

UNIVERSITY OF BIALYSTOK
FACULTY OF LAW

BIALYSTOK LEGAL STUDIES

BIAŁOSTOCKIE STUDIA
PRAWNICZE

BIALYSTOK LEGAL STUDIES

BIAŁOSTOCKIE STUDIA
PRAWNICZE



VOLUME 30 no. 1

Editor-in-Chief of the Publisher Wydawnictwo Temida 2: Dariusz Kijowski

Chair of the Advisory Board of the Publisher Wydawnictwo Temida 2: Rafał Dowgier

Advisory Board:

Representatives of the University of Białystok: Leonard Etel, Ewa M. Guzik-Makaruk, Dariusz Kijowski, Cezary Kulesza, Agnieszka Malarewicz-Jakubów, Maciej Perkowski, Joanna Sieńczyło-Chlabicz, Mieczysława Zdanowicz

Representatives of other Polish Universities: Marek Bojarski (University of Law in Wrocław), Dorota Malec (Jagiellonian University in Kraków), Tomasz Nieborak (Adam Mickiewicz University in Poznań), Maciej Szpunar (University of Silesia in Katowice; Advocate General at the Court of Justice of the European Union), Stanisław Waltoś (University of Information, Technology and Management in Rzeszów), Zbigniew Witkowski (Nicolaus Copernicus University in Toruń)

Representatives of Foreign Universities and Institutions: Lilia Abramczyk (Janek Kupała State University in Grodno, Belarus), Vladimir Babčák (University of Kosice, Slovakia), Renata Almeida da Costa (University of La Salle, Brazil), Jose Luis Iriarte Angél (University of Navarra, Spain), Andrew S. Horsfall (Syracuse University, USA), Jolanta Kren Kostkiewicz (University of Bern, Switzerland), Martin Krygier (University of New South Wales, Australia), Anthony Minnaar (University of South Africa, South Africa), Antonello Miranda (University of Palermo, Italy), Petr Mrkyvka (University of Masaryk, Czech Republic), Marcel Alexander Niggli (University of Fribourg, Switzerland), Lehte Roots (Tallinn University of Technology, Estonia), Jerzy Sarnecki (University of Stockholm, Sweden), Rick Sarre (University of South Australia, Australia), Kevin Saunders (Michigan State University, USA), Bernd Schünemann (University of Munich, Germany), Liqun Cao (Ontario Tech University, Canada)

Editors:

Editor-in-Chief: Elżbieta Kuźelewska

Editorial Secretary: Ewa Lotko, Paweł Czaplicki, Diana Dajnowicz-Piesiecka

Other Editors: Tanel Kerikmäe, Christopher Kulander, Andrzej Sakowicz, Urszula K. Zawadzka-Pąk, Bruna Žuber

© Copyright by Author(s) under the Creative Commons CC BY NC ND 4.0 license

No part of this work may be reproduced and distributed in any form or by any means (electronic, mechanical), including photocopying – without the written permission of the Publisher.

The original version of the journal is a print one.

ISSN 1689–7404

e-ISSN 2719–9452

Volume Theme Editor: Katarzyna Bagan-Kurluta

Language Editors: Ewa Gorlewska, Claire Taylor-Jay

Statistical Editor: Ewa Glińska

Graphic and Typographic Development: Eliza Wasilewska, Jerzy Banasiuk

Cover Design: Bogusława Guenther

Publisher: Faculty of Law, University of Białystok; Temida 2

All volumes can be purchased from Wydawnictwo Temida 2. Address: ul. A. Mickiewicza 1, 15-213 Białystok, Poland. E-mail: temida2@uwb.edu.pl, Tel. +48 85 745 71 68

Spis treści

Andrzej Jackiewicz, Kalvis Engīzers, Jānis Pleps & Anna Rytel-Warzocho <i>From Social Invisibility to Legal Recognition: Same-Sex Partnership in Latvia</i>	9
Annija Kārklīņa & Anita Rodiņa <i>Protection of the Family in Latvia: Recent Developments</i>	33
Anna Sylwestrzak, Małgorzata Balwicka-Szczyrba & Marjolein van den Brink <i>The Legal Position of Children of Same-Sex Parents in Poland and the Netherlands: A Discussion of Opposing Approaches</i>	49
Katarzyna Bagan-Kurluta <i>Wyrok w sprawie Przybyszewska i inni przeciwko Polsce na tle orzecznictwa ETPCz w sprawach związków par jedнопłciowych</i>	65
Salvatore Antonello Parente <i>The Family in the Italian Legal System: Civil Models and Income Taxation</i>	83
Marcin Sokołowski <i>The New Polish Act on Family Foundations: A Comparative Study of Foundations in Poland and Other European Countries</i>	109
Katarzyna Jadach <i>Rodzina w sieci, czyli o kierunku normatywnych zmian w prawie dotyczącym rodziny</i>	125
Anna Wilk <i>Obowiązek wierności małżeńskiej w kontekście nowych technologii</i>	139
Daniela Wybrańczyk <i>Udział profesjonalnego pełnomocnika w rozwiązaniu małżeństwa przed notariuszem –propozycje dla polskiego ustawodawcy</i>	155

Agnieszka Wojcieszak-John

*Uwagi na temat potrzeby wprowadzenia natychmiastowego świadczenia
alimentacyjnego*..... 177

Katarzyna Strąk

*Status dziecka posiadającego obywatelstwo Unii w świetle prawa pobytu
wynikającego z art. 20 TFUE* 193

Paweł Księżak & Katarzyna Duszyńska-Misarko

Zdolność zarodka do dziedziczenia..... 209

Kinga Michałowska & Dorota Ambrożuk-Wesołowska

*Ochrona praw małoletnich pacjentów w świetle wymogów dokumentu
Standardy ochrony małoletnich*..... 223

Joanna Haberko & Krzysztof Niziołek

*Wykorzystywanie algorytmów sztucznej inteligencji w rozpoznawaniu twarzy
w celu określenia podobieństwa fenotypowego w procedurach medycznie
wspomaganej prokreacji*..... 241

Cezary Pachnik

*The Right of the Child to Be Vaccinated as Derived from the Right to Life:
The Perspective of Polish Public Law*..... 263

Contens

Andrzej Jackiewicz, Kalvis Engīzers, Jānis Pleps & Anna Rytel-Warzocha <i>From Social Invisibility to Legal Recognition: Same-Sex Partnership in Latvia</i>	9
Annija Kārklīņa & Anita Rodiņa <i>Protection of the Family in Latvia: Recent Developments</i>	33
Anna Sylwestrzak, Małgorzata Balwicka-Szczyrba & Marjolein van den Brink <i>The Legal Position of Children of Same-Sex Parents in Poland and the Netherlands: A Discussion of Opposing Approaches</i>	49
Katarzyna Bagan-Kurluta <i>The Judgment in the Case of Przybyszewska and Others v. Poland against the Background of the EC-tHR's Jurisprudence in Cases of Same-Sex Couples</i>	65
Salvatore Antonello Parente <i>The Family in the Italian Legal System: Civil Models and Income Taxation</i>	83
Marcin Sokołowski <i>The New Polish Act on Family Foundations: A Comparative Study of Foundations in Poland and Other European Countries</i>	109
Katarzyna Jadach <i>The Family in a Net: On the Direction of Normative Changes in Family Law</i>	125
Anna Wilk <i>The Obligation of Marital Fidelity in the Context of New Technologies</i>	139
Daniela Wybrańczyk <i>The Participation of a Professional Lawyer in Dissolving a Marriage before a Notary: Proposals for the Polish Legislature</i>	155

Agnieszka Wojcieszak-John

Comments on the Need for Immediate Child Maintenance Benefits 177

Katarzyna Strąk

The Status of a Child Who Is a European Union Citizen in the Light of the Right of Residence under Article 20 TFEU 193

Paweł Księżak & Katarzyna Duszyńska-Misarko

The Embryo's Capacity to Inherit 209

Kinga Michałowska & Dorota Ambrożuk-Wesołowska

Protection of the Rights of Minor Patients in the Light of the Requirements of the Document on 'Standards for the Protection of Minors' 223

Joanna Haberko & Krzysztof Niziołek

The Use of Artificial Intelligence Algorithms in Face Recognition to Determine Phenotypic Similarity in Medically Assisted Procreation Procedures 241

Cezary Pachnik

The Right of the Child to Be Vaccinated as Derived from the Right to Life: The Perspective of Polish Public Law 263

Andrzej Jackiewicz

University of Białystok, Poland

jackiewicz@uwb.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6957-3139>

Kalvis Engīzers

University of Latvia, Latvia

kalvis.engizers@lu.lv

ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0007-0364-8442>

Jānis Pleps

University of Latvia, Latvia

janis.pleps@lu.lv

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7407-4959>

Anna Rytel-Warzocha

University of Gdansk, Poland

anna.rytel@prawo.ug.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8972-4088>

From Social Invisibility to Legal Recognition: Same-Sex Partnership in Latvia

Abstract: The authors offer a deep insight into the recent development of same-sex partnership regulation in Latvia. The judgments of the Constitutional Court of 12 November 2020 and 8 April 2021 required the guarantee of legal, social and economic protection for same-sex families and respect for their human dignity. In response to these judgments, the Saeima adopted same-sex partnership legislation on 9 November 2023. The authors analyse the content of these regulations and the previous legislative discussions that led to the adoption of this law. The implementation of the Constitutional Court judgments was ensured by the administrative courts in specific cases even before the Saeima adopted the relevant laws. According to the judgment of the Supreme Court of 10 December 2021, the administrative courts began to recognize same-sex families legally. Relevant case law is also analysed in this article.

Keywords: case law, civil partnership, human dignity, Latvia, popular veto, same-sex couples

Introduction

On 1 July 2024, the same-sex partnership regulation adopted by the Saeima (the Parliament of the Republic of Latvia) on 9 November 2023 came into force in Latvia. This is a good reason to start a new chapter for the Latvian legal system and for Latvian society in understanding the requirements of the principle of human dignity and equal protection for everyone before the law. As the former president of the Constitutional Court (CC) Sanita Osipova stated, ‘Latvia finally loves all its children.’¹

The path to this turning point was neither easy nor quick. The first drafts concerning the recognition of same-sex families were discussed in the Saeima in the early 2000s and were rejected. The late judge of the Supreme Court (SC) Dace Mita, who served at that time as a legal adviser at the Legal Service of the Saeima, always remembered those discussions; for her, it was important to provide necessary legal protection for same-sex couples and recognition of their human dignity. Unfortunately, at that time the majority opinion was that such couples were invisible and that society was still not ready for such a step forward in understanding human rights (Višņakova, 2024). In 2021, Judge Mita had a historic opportunity to sit on the panel of the SC which decided on the direct application of the judgment of the CC and began the legal recognition of same-sex couples by the state, without any law having been adopted by the Saeima but solely based on the Satversme (the Constitution of the Republic of Latvia) of 15 February 1922 and on fundamental human rights. As Mita stated, the basis of western culture, its fundamental value, is the acceptance of differences and respect for them; only this attitude can serve as a foundation for a happy and successful society (Mita, 2024). This case study of the recognition of same-sex couples in Latvia illustrates this statement.

This article aims to analyse the main legal factors contributing to the adoption of legislation providing legal recognition to same-sex couples in Latvia. To fulfil this goal, the authors consider the socio-legal background of the issue through a historical lens, provide insight into the European and national standards for the legal recognition of same-sex couples in Latvia, and analyse the judicial and legislative efforts made to comply with these standards. The primary hypothesis of the article is that the discourse about civil partnership in Latvia represents a critical intersection of legal, political and ideological tensions, wherein family law has transformed into a polarizing arena of confrontations about social value, with the people’s veto procedure (Article 72 of the Satversme, which provides citizens with the right to reject a law already adopted by the Saeima in a referendum) serving as a

1 The President of the CC, Sanita Osipova, used this statement as an argument during the hard talk interview “One to One” on Latvian Television on December 1, 2020. See: Viens pret vienu (2020). This quotation became a slogan for those who fight to recognize same-sex partnerships; see Diversity Shop (n.d.).

pivotal mechanism for public engagement in normative legal debates. Beyond this, additional sub-hypotheses can be formulated: first, the Latvian discussion about civil partnership exemplifies how contemporary family law has become increasingly politicized, reflecting broader societal conflicts over fundamental social values. Second, the implementation of the people's veto procedure in Latvia demonstrates an emerging model of direct democratic participation in complex legal-normative processes, particularly in sensitive areas of family and gender legislation.

This research provides the first comprehensive, detailed analysis of the Latvian civil partnership case, offering unique insights into the intricate dynamics of legal-political transformation in Central and Eastern European contexts. It is also worth noting that, similar to recent high-profile judicial debates in the United States such as the Supreme Court's overturning of *Roe v. Wade*, the Latvian discourse about civil partnership highlights the increasingly contentious nature of legal frameworks governing personal and social rights. The hypothesis emphasizes an innovative research approach while situating the Latvian case within broader contemporary legal-political discourse on family law and social rights.

1. Legislative efforts to recognize same-sex unions in Latvia

The first legislative efforts to recognize same-sex unions in Latvia began as early as 1999, when the National Human Rights Office (which was transformed into an ombudsman in 2007) introduced a bill on registered civil unions to the Saeima; however, the Saeima rejected it shortly after (Lipša, 2017, pp. 88, 106). This was one of the events that inspired efforts by NGOs to bring about the legalization of same-sex unions in Latvia in the subsequent years.

One such effort was the first Pride in Latvia, which took place in Riga in July 2005. Seventy people participated in the march while thousands watched, swearing and throwing eggs and tomatoes at the participants (Lipša, 2017, p. 106). Furthermore, the march was seemingly followed by legislative retaliation, as in December 2005, the Saeima voted 65–6 (9 abstentions) in favour of an amendment to the Satversme defining marriage as a union between a man and a woman, hence banning same-sex marriage and confirming its intention to uphold the status quo of the time (Saeima of Latvia, 2005). In the explanatory report to these amendments, the Legal Affairs Committee of the Saeima, which drafted the law, claimed that it was necessary to define marriage on a constitutional level because, in their view, the 'traditional' notion of marriage was under constant threat (Legal Affairs Committee, 2005).

Further attempts to act in this field took place in the 2010s. In 2011, the local LGBTQ+ NGO Mozaika drafted a package of laws to recognize same-sex unions; however, the public debate on the draft legislation revolved around the threats posed to the 'traditional' notion of marriage and did not indicate any support for

the draft legislation, hence legislative proceedings were not even initiated (Lipša, 2017, p. 89). A year later, after the 2012 Baltic Pride event, the Ministry of Welfare, headed by Ilze Viņķele, urged the Ministry of Justice to consider the recognition of same-sex partnerships. Nevertheless, the Ministry, headed by Gaidis Berziņš, a member of a conservative nationalist party, declined, saying that this topic was not on its agenda (Delfi, 2012).

Matters gained momentum in November 2014, when Prime Minister Laimdota Straujuma spoke on the matter after Foreign Minister Edgars Rinkēvičs came out and called for the recognition of same-sex unions in Latvia. While the prime minister reiterated her position in favour of a constitutional ban on same-sex marriage, she also acknowledged that Latvian legislation has not yet adequately addressed the issue of civil partnerships. She also noted that the failure to recognize non-marital unions touches many people in Latvia, regardless of their sexual preference, and stressed the need for a public and parliamentary discussion on the protection of such families (BNS, 2014). Shortly thereafter, the next legislative attempt was made in this field: on 30 January 2015, a proposal to amend the Civil Code to legally recognize same-sex partnerships was submitted to the Legal Affairs Committee of the Saeima by MP Veiko Spolitis (2015). The proposed law was intended to allow 'any two people' to be able to have their partnership registered and benefit from nearly all the privileges and responsibilities of marriage. However, after a heated debate, reasonable discussions about the legal quality of the proposal and several mentions of the amended Article 110 of the Satversme, Christian values and the 'traditional' notion of marriage, the Legal Affairs Committee of the Saeima rejected the proposal on 24 February 2015 (Legal Affairs Committee, 2015).

A bottom-up attempt at legislative normalization of the issue should also be noted. Shortly after the Legal Affairs Committee's decision, activists started a citizens' initiative to introduce legislation on cohabitation (manabalss.lv, 2015). It took almost three years to collect the necessary number of citizens' signatures to move forward with the initiative; in January 2018, it was submitted to the Saeima (Saeima of Latvia, 2018a). The debates in the Mandates, Ethics and Submissions Committee, which reviews citizens' initiatives, once again involved references to Christian values and the 'traditional' notion of marriage (Mandates, Ethics and Submissions Committee, 2018). Unfortunately, in March that year, the Committee, in a very tight vote (5–4), recommended that the Saeima reject the initiative (LSM, 2018); the Saeima upheld this view (Saeima of Latvia, 2018b). Despite this, in October 2018, the Ombudsman urged lawmakers to comply with its positive obligation and establish a legal framework for the protection of different forms of families by passing a law which would legally recognize the de facto cohabitation of two persons regardless of their sex (Tiesībsargs, 2018a). Furthermore, the Ombudsman referred to statistics indicating that about half of Latvia's children were not born within a marriage, and said that these families also deserve legal protection (Tiesībsargs, 2018b).

The next attempt at adoption of a civil union law took place in June 2019, when ten MPs submitted the draft 'Partners' Law' to the Saeima; however, just a few days later, the majority of MPs voted against referring the bill to parliamentary committees for further discussion. In the vote, 23 deputies were in favour, 60 against and one abstained (Saeima of Latvia, 2019). Shortly thereafter, in October 2020, the Saeima again spoke negatively about a bill on the issue. This time, it rejected a citizens' initiative entitled 'Registration of same-sex partners' by a vote of 55–30. The proposal, which was signed by 10,392 citizens, called for the enactment of a law on civil partnerships (Saeima of Latvia, 2020). In both cases, reference was made to the amended Article 110 of the Satversme, 'traditional' families, and 'traditional' and Christian values.

The above facts show that the issue of civil unions has been a subject of keen interest in Latvia, especially over the past ten years. However, it was not until the CC's ruling of 20 November 2020 that it became a real landmark.

2. The notions of family and civil partnership in the case law of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Latvia

In this section, we will refer to a key ruling of the Latvian CC concerning same-sex relationships. However, an analysis of the case law of the Latvian CC on this issue first requires recalling the cornerstone judgments of the European Court of Human Rights (ECtHR). One of the landmark rulings by the ECtHR regarding civil unions is *Schalk and Kopf v. Austria* in 2010 (Judgment of the ECtHR, 2010). In this case, the Court rejected the applicant's argument that Austria was obliged to legally recognize their same-sex relationship, through either marriage or some other legal form, but since the Court made some relevant considerations regarding the character of states' obligations in this field, the case represents a milestone in its jurisprudence (Hodson, 2011). The Court held that the European Convention on Human Rights does not require states to provide for same-sex marriage, but it does require that same-sex couples have access to some form of legal recognition and protection for their relationships. This ruling emphasized the importance of non-discrimination and respect for private and family life in the context of civil partnerships (Cerna, 2010; Pustorino, 2014).

Another significant ruling by the ECtHR regarding civil unions is the case of *Oliari and Others v. Italy* in 2015 (Judgment of the ECtHR, 2015), in which the ECtHR took another look at the legal representation of same-sex partnerships. Six Italian same-sex citizens complained that Italian legislation did not allow them to marry or enter into any other type of civil union, and therefore they had no legal option to protect their relationship. Furthermore, they were discriminated against based on their sexual

orientation. Central to the case, therefore, became the claim that until the filing of the complaint, Italy had not fulfilled its positive obligation to ensure respect for the private and family life of the complainants, in particular by failing to provide a legal environment allowing them to recognize and protect their relationship under national law (Giles, 2016). In this case, the Court found that the lack of legal recognition and protection for same-sex couples in Italy violated the European Convention on Human Rights. The Court emphasized that states must ensure that all individuals, regardless of sexual orientation, have access to legal protections for their relationships. The ruling further emphasized the principles of non-discrimination and respect for private and family life in the context of civil partnerships. The *Oliari* ruling is certainly an important step in affirming the obligations of ECtHR contracting states to provide legal recognition of same-sex partnerships. However, as Vito John Marzano notes, in practice, the implementation of the Court's ruling is likely to bring little additional movement in the more conservative states, 'as the factors utilized to establish a violation on the part of Italy remain highly unique to the Italian experience, making any perception of victory merely psychological' (Marzano, 2017, p. 250).

As of now, the latest rulings by the ECtHR on civil unions involve cases that continue to address the rights of same-sex couples in various European countries. The Court consistently emphasizes the principles of non-discrimination, respect for private and family life, and the importance of legal recognition and protection for same-sex relationships (Mos, 2020). It is important to stay updated on the Court's decisions and rulings as they continue to shape the legal landscape regarding civil unions and LGBTQ+ rights in Europe. One example of such a ruling is the case of *Fedotova and Others v. Russia* (Judgment of the ECtHR, 2023). This case involved six Russian citizens who complained to the ECtHR about the Russian government's refusal to recognize their same-sex relationships. They argued that the lack of any form of legal recognition of their unions violated their rights to respect for private and family life, as protected by Article 8 of the European Convention on Human Rights. In July 2021, the ECtHR ruled that Russia had violated the applicants' rights by denying them any form of legal recognition of their relationships and said that the state must provide a legal framework for the recognition of such unions, regardless of public opinion (Polgári, 2022). In January 2023, the Grand Chamber of the ECtHR upheld this ruling (Gill-Pedro, 2023; Palazzo, 2023; Vikarská, 2023).

Undoubtedly, the Latvian CC's 20 November 2020 ruling is crucial to the issue of legislative changes regarding the recognition of civil unions of same-sex couples; however, it should be borne in mind that the CC already addressed the issue of the definitions of family and marriage in earlier rulings (Plepa, 2024, pp. 167–168). In particular, it is important to recall here the ruling in case no. 2004-02-0106 of 11 October 2004, in which the CC referred to Article 110 of the Satversme for the first time in its jurisprudence. Citing the ruling of the ECtHR in the case of *Keegan v. Ireland*, the CC noted that the concept of 'family life' in the understanding of

Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms does not refer solely to marriage-based relationships and may encompass other de facto 'family' ties where the parties are living together outside of marriage. The CC further stressed that the ECtHR interprets the concept of 'family life' more extensively, stressing that several factors may be relevant, including whether the couple lives together, the length of their relationship, whether the parties are faithful to one another, whether they have children together, etc. When interpreting the concept of 'family life', the ECtHR points out that biological and social reality prevail over legal presumption. While agreeing with the ECtHR's position that Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms makes no distinction between a 'legitimate' and an 'illegitimate' family, the Latvian CC stated clearly that it follows that the state shall protect every family.

The thesis of the obligation to protect each family has been repeated by the CC on several occasions, such as in its rulings of 27 June 2016, in case no. 2015-22-01, and of 5 December 2019, in case no. 2019-01-01 (Engizers & Meļņika, 2021). In the latter, the CC clearly emphasized that a family may also exist between persons whose relations are not established by biological or legally recognized ties, and that it follows from international human rights instruments, as well as from Articles 96 and 110 of the Satversme, that the concepts of 'family' and 'family life' are to be interpreted more broadly and apply not only to a family based on marriage but also to de facto families. According to the CC, family does not mean only a legally contracted marriage or a relationship of persons established by biological or legally recognized ties; it may be based on ties of kinship, but the couple's cohabitation, joint farming, aspiration to a common future, upbringing of children and other family relationships also allow persons living in unregistered partnerships to be covered by the concept of 'family'. Furthermore, the CC stated that one of the rights included in Article 110 of the Satversme is the right of the family to special state support and protection, as it had previously pointed out in its 4 November 2005 ruling in case no. 2005-09-01. Significantly for the issue of legal recognition of same-sex couples' partnerships, the CC noted that Article 110 contains the state's obligation to ensure the legal protection of the family, including by establishing a legal framework for family relations. Given these rulings, one could have expected the CC's 20 November 2020 ruling, especially since, in a slightly earlier ruling of 25 June 2020 in case no. 2019-24-0, it had already reiterated that human dignity as a fundamental right is unconditionally vested in each person, and the state's obligation to ensure a just social order, levelling out the most significant social differences in society, fostering social inclusion and ensuring to each group of inhabitants the possibility to lead a life that is worthy of human dignity, follows from the principle of a socially responsible state based on human dignity (Plepa, 2024, p. 171).

On 12 November 2020, the CC ruled that the Labour Law violates Article 110 of the Satversme because it does not provide parental leave to a non-biological parent

in a same-sex union. The complainant – a woman in a same-sex union – challenged the paternity leave legislation, claiming that the state had failed in its duty to protect the family and had discriminated based on sexual orientation because the law did not grant her, as a second parent, the right to parental leave of ten calendar days after the birth of her partner's child as if the second family member were a man (the father). Although, as already mentioned, Article 110 has identified marriage as 'the union of a man and a woman' since 2006, the concept of 'family' is not clearly defined; the CC, as in the judgments cited above, has stated that the family is a social institution based on strong personal bonds of mutual respect and understanding, the existence of which can be confirmed by social reality. Furthermore, the CC has stressed that it would be contradictory to the principle of human dignity to consider that the dignity of one person could be less valuable than that of another. The principle of human dignity prevents the state from giving up its obligation to guarantee the protection of the human rights of a particular person or group of persons. The CC also drew attention to the principle of equality contained in Article 91 of the Satversme, from which it follows that the legislature is not entitled to adopt legal regulation which, without any reasonable grounds, allows for differential treatment of persons under circumstances that are equal and comparable concerning certain criteria, or unequal treatment of persons under different circumstances. The legislature must observe the non-discrimination principle contained in the second sentence of Article 91 of the Satversme, which is aimed at preventing the possibility that in a democratic state governed by the rule of law, the fundamental rights of a person could be restricted based on certain impermissible criteria. The CC has already recognized that, following international human rights norms binding on Latvia, gender is one of the criteria contained in Article 91 of the Satversme (see Judgment of the CC, 2018).

The CC stated that under the first sentence of Article 110 of the Satversme, the legislature must also, *inter alia*, ensure legal protection for families of same-sex partners and envisage measures of social and economic protection and support considering the particular needs of these families, in accordance with the general principles of law and other provisions of the Satversme. It should also be noted that in making its ruling, the CC repeatedly referred to the ECtHR standards mentioned earlier. The CC acknowledged that although the legislature enjoys certain discretion in determining the form and content of the legal regulation of the family relationships of same-sex partners and the measures for the social and economic protection of the family, it does not have the discretion to choose whether legal protection as well as economic and social protection and support should be ensured to these families at all. Therefore the first sentence of Article 110 requires the legislature to ensure legal protection and measures of social and economic protection and support to all families, including families of same-sex partners. Since the legislature has not established legal protection in this regard, this means that it has not fulfilled its positive obligation arising out of the first sentence of Article 110 to also ensure legal,

social and economic protection for families of same-sex partners. The CC therefore declared the challenged Article 155 of the Labour Law incompatible with the first sentence of Article 110 and invalid as of 1 June 2022, thus leaving the Saeima time to enact new legislation.

Shortly thereafter, on 8 April 2021, the CC passed another judgment, on case no. 2020-34-03, based on an application filed by the Ombudsman, who claimed that the challenged provision is incompatible with Articles 91, 105 and 110 of the Satversme, as it does not provide protection and support for families consisting of same-sex partners, because the amount of state fee for the surviving same-sex partner of a testator who lived with the deceased as family is the same as for a person who did not have a family relationship with them. In deciding the case, the CC referred to the findings of its judgment of 12 November 2020, in case no. 2019-33-01, reiterating that the first sentence of Article 110 of the Satversme provides for the state's obligation to protect every family, including the families of same-sex couples. Also reiterating the findings on the importance in this regard of the principles of dignity and equality, the CC recalled that the legal regulation of family relations of same-sex partners and the legal regulation of social and economic protection and support adopted by the legislature cannot be discriminatory, and without any objective and reasonable justification put such families in a less favourable position in comparison with the families of opposite-sex couples. The CC further noted that the first sentence of Article 110 contains the duty of the legislature to provide the family with legal protection first and foremost, that is, to establish a regulatory framework for family relations.

It is worth noting, however, that while the CC restated that the legislature, in establishing the legal framework for family relations, can choose different solutions, it made it clear that this is possible as long as an appropriate regulation ensures, first, that individuals can legally register family relations and be recognized as a family by the state, and second, that the family and its members are protected in personal and property relations. The legislature has broader freedom to set the regulatory framework for the economic and social protection and support of the family, where it is free to choose what measures to provide for the family in certain situations, but the appropriate regulation must be based on objective and reasonable criteria, taking into account the peculiarities of family relations, including the differences between situations and between participants in these relations.

The CC recalled that it had already stated in case no. 2019-33-01 that the legislature had not created a legal framework for family relations of same-sex partners, giving the legislature a reasonable time to adopt, within the limits of its discretion, the most appropriate regulation of these family relations and to provide for adequate socio-economic protection and support measures for the families of same-sex couples. The CC stated that as of the date of the recognition of the present case, the legislature had not yet adopted a legal framework for the family relations of same-sex partners, that is, it had not determined the form and content of this

framework, which means that according to the legal framework in effect at the time of the ruling, the state did not 'see', in a legal sense, the actual families of same-sex couples, since they were not allowed to legally register their family relationships. Thus, according to the CC, same-sex partners were not legally recognized as a family and could only organize legal relations between themselves as individuals between whom there are no family ties. Thus the CC's conclusion was that as long as there is no legal regulation of family relations between same-sex partners, which would allow the legal registration of their family relationship, it is also not possible to identify such a family to provide it with social and economic protection and support, and thus the state's system of family protection and support does not protect the families of same-sex couples either legally, economically or socially.

3. Implementation of the Constitutional Court judgment in legal reality

The judgment of the CC shifted the discussion about introducing a legal framework for the families of same-sex partners from being a matter of legislative discretion and political will to a constitutional obligation to fulfil the CC's judgments (Monciunskaitė, 2022, pp. 136–139). According to Article 32 of the Constitutional Court Law, a CC judgment and the interpretation of the relevant legal norm provided therein shall be obligatory for all state and local government authorities (including courts) and officials, as well as natural and legal persons. This means that the judgments of the CC and the interpretation of legal norms given by it are final, with generally binding force (*erga omnes*) and directly applicable (Rodiņa & Spale, 2012, pp. 61–63). The interpretations given by the CC in its judgments in the Latvian legal system is recognized as an independent source of law that is compulsory and has binding force and that can be applied as a legal norm for deciding individual cases (Rezevska, 2024, pp. 63–64). Once the CC has provided a legally binding interpretation of a legal norm in a judgment, the relevant legal norm should be applied according to that judgment. When judging specific cases, courts should follow the interpretation given by the CC and implement its judgments in legal reality. Even if the CC judgments provoke discussion or critique in society, or if politicians refuse to fulfil them, courts have a constitutional obligation to enforce those judgments. It is impossible to judge a specific case while ignoring the interpretation of a legal norm given by the CC or its conclusion that a legal norm or a lack of legal regulation is unconstitutional. Courts should apply legal norms according to the interpretation given by the CC and exclude any possibility of deciding specific cases on unconstitutional grounds after a CC judgment.

In the Latvian legal system, after the judgment of the CC in case no. 2019-33-01, the necessary minimal grounds for the legal protection of families of same-sex partners were created and implemented by the administrative courts.

While politicians discussed possible CC activism and invasion of the legislature's competence, the administrative courts protected the families of same-sex partners in specific cases and established the necessary regulation for this purpose in their case law. The turning point for the direct implementation of the CC's judgment was the SC (Senate) decision in case no. SKA-[B1]/2021. In this case, two same-sex partners requested legal recognition of their relationship by the state through an administrative procedure. Acting as a court of cassation, the SC overturned the judgment of the Court of Appeal on the grounds that the courts have a constitutional obligation to provide for the effective enforcement of the Satversme and of fundamental human rights. The SC also stated that the first sentence of Article 110 of the Satversme, in connection with the principle of human dignity, imposes a legal duty on the state to provide for the legal recognition of family unions of same-sex couples, which was also ruled on by the CC.

Until the Saeima adopts legislation for legal protection of families created by same-sex couples, same-sex partners can apply to the administrative court to have their relationships recognized as families protected by Article 110 of the Satversme. As the SC stated, an administrative court judgment recognizing the existence of a family relationship in a same-sex couple could substitute for the registration of such a relationship with competent state institutions and serve as binding legal recognition of such families. This court judgment could be used in situations where it is necessary to justify that these same-sex couples are afforded certain rights intended for families.

After the judgment of the SC, 26 same-sex couples applied to the administrative court for legal recognition (The Baltic Times, 2022). On 31 May 2022, the administrative court of first instance issued the first judgment recognizing a family relationship between two same-sex partners who had applied to the court (Eng. LSM.lv, 2022); by October 2023, the administrative courts had recognized almost 50 same-sex families (Zālītis, 2023).² Judge Līga Biksiniece-Martinova commented that through their judgments, the administrative courts provided provisional protection for same-sex couples until the Saeima adopted same-sex partnership regulations. The administrative courts had to step forward ahead of the Saeima to protect same-sex couples and fulfil the judgments of the CC and the SC (Eniņa, 2023).

It should be noted that the strong and consistent position of the administrative courts in ensuring the legal recognition of same-sex couples made it easier for the parliamentary majority to agree on the adoption of the partnership regulation. As this was well established through case law in legal reality, it became reasonable to finally regulate these issues in law, thereby taking back the initiative from the courts. The administrative courts proved the correctness of Lech Garlicki's thesis

2 The Association of LGBT and their friends Mozaika even prepared necessary information concerning an application to the administrative court and provided pro bono legal assistance; see Mozaika (2021).

that constitutional courts need assistance from ordinary courts, especially supreme courts, to ensure the implementation of their judgments in legal reality (Garlicki, 2007, pp. 67–68).

4. The bricks of legislation in the road to rehumanization

A few months after the CC adopted its judgment, two committees of the Saeima established working groups for its implementation. One of these groups worked on amendments to the Labour Law so that same-sex parents of a newborn child would have the same rights to parental leave as different-sex parents, while the other aimed to draft framework legislation for legal recognition of same-sex couples' relationships (Legal Affairs Committee, 2021). Nevertheless, these processes were disrupted by false claims about arbitrariness on the CC's part and demands for its abolition (Engīzers & Meļņika, 2021). As a result, the political debate during the meetings of these working groups was so heated and polarizing that none of them managed to accomplish their respective goals.

A year later, in early 2022, the Cabinet of Ministers took matters into its own hands and submitted the draft Amendments to the Labour Law to the Saeima (Prime Minister of Latvia, 2022). Meanwhile, the Ministry of Justice ensured that the draft framework legislation – the draft Civil Union Law, which was supposed to regulate couples' personal and property relations – was also submitted to the Saeima by its Legal Affairs Committee (LSM, 2022). The Amendments to the Labour Law were adopted in June 2022 and established that the right to parental leave after childbirth can also be exercised by 'a person who is not the mother of the child' if the mother has requested this person to participate in child care (Republic of Latvia, 2001). The story of the draft Civil Union Law, however, went differently.

Once the Labour Law had been amended, some public figures, including members of the Saeima, claimed that the judgment of the CC had been fully implemented. These claims found their way into the Legal Affairs Committee, and discussions arose about whether a framework legislation for legal recognition of same-sex couples' relationships was necessary at all. Furthermore, in the third and final reading of the draft Civil Union Law in the plenary sitting of the Saeima, several of its members did not participate in the voting, hence rendering the vote invalid due to a lack of quorum (Saeima of Latvia, 2022a). As a result, the Civil Union Law was not adopted. Although after the parliamentary elections in October 2022 some members of the Saeima initiated the legislative proceedings again, the parliamentary majority at the time did not support it, and once again the law was not adopted (Saeima of Latvia, 2022b). Nevertheless, all was not lost, as the political debate revealed that some members of the Saeima might be willing to support amendments to particular laws providing rights to same-sex couples, rather than adopting a single framework law.

The government formed after the 2022 parliamentary election had declared that it would 'ensure the protection of rights and interests of people living in a joint household regardless of their sex and age' (Cabinet of Ministers, 2022). This goal did not turn into reality, as less than a year later, in September 2023, a new, less conservative government was formed. The new government declared that it would 'stand for a modern legal framework for human rights issues and adopt laws on eradication of violence and hate crime and on cohabitation of couples' (Cabinet of Ministers, 2023). Just a month later, the Minister of Justice, Inese Libiņa-Egnere, sent a letter to the Legal Affairs Committee of the Saeima asking them to initiate legal proceedings regarding a package of laws drafted by the Ministry of Justice. The package aimed to establish legislation on registered partnership – a new legal institute in the Latvian legal system. The Ministry of Justice characterized it as 'a new kind of legal recognition, as well as social and economic protection for the relationship between two adults' (Tieslietu ministrija, 2023). The package of laws establishing the legal institute of partnership consisted of eight draft laws; this package was adopted by the Saeima in early November 2023 over the course of two weeks and came into force in July 2024. The relatively small amount of time the Saeima spent on these laws suggests that some of the discussions might have happened away from the public eye. Be that as it may, the content of the partnership package requires elaboration in slightly more detail.

First, the Amendments to the Notariate Law envisage the procedure for the creation and dissolution of registered partnerships, as well as the very idea of them. According to the amendments, a partnership may be formed by two adults who declare that they have a close personal relationship, a joint household and the will to take care of it, as well as that they take care of and support each other. Second, the Amendments to the Register of Natural Persons Law establish that information on registered partnerships must be recorded in this register, thus ensuring the 'legal visibility' of the relationships of same-sex couples. These amendments also provide that a same-sex couple whose family relationship has been recognized by the administrative courts may request the judgment of the administrative court to be used as the legal basis for updating their record in the Register of Natural Persons with information on their partnership. Lastly, the other six laws envisage social and economic benefits (e.g. some tax exemptions in transactions between partners, and the right to make medical decisions in case one of the partners cannot make it themselves due to a health condition) as well as creating some legal obligations for partners regarding prevention of conflicts of interests (Saeima of Latvia, 2023).

The partnership package came into force on 1 July 2024; in the very first minutes of that day, the first same-sex couple officially registered their partnership (LSM, 2024b). In the first month, 95 couples (among them 47 same-sex couples) concluded a civil partnership (LSM, 2024c), and within four months, 277 civil partnerships were registered (among them 120 same-sex couples) (Delfi, 2024). It is now safe to

say that the partnership package is the first significant legislative step to implement the judgment of the CC and to provide legal, social and economic protection to the families of same-sex couples, therefore filling the legal lacunae previously existing in Latvia. Nevertheless, legislation regulating the personal and property relations of registered partners is still necessary for the judgment to be implemented in full. But one thing is clear: the implementation of this judgment fostered one of the most intense political debates in Latvian political history, as some members of the Saeima even attempted to exercise the people's veto – a tool used rather rarely.

5. Appeal to the sovereignty of the people

In the course of the legislative procedure for the adoption of the amendments introducing the civil partnership regime, a group of deputies initiated a referendum procedure to block their entry into force. According to the Satversme, a referendum, which can take place after the enactment of the law by the Saeima but before it is signed by the president of the Republic, has the character of a people's veto over that law. It can only be ordered as a result of the exercise of a referendum at the initiative of citizens in a situation where the promulgation of a law is suspended by the president. According to Article 72 of the Satversme, the president has the right to suspend the proclamation of a law for a period of two months within ten days of its adoption by the Saeima. Such a decision may be taken by the head of state on his / her own initiative; however, in the event of a request by at least one-third of MPs, the president's suspension of the law is obligatory. Suspension of the promulgation of a law allows citizens to call for a referendum, which must be supported by at least 10% of the electorate; if no such request is made within two months, the law shall be proclaimed. It should be noted that this is the only case in Latvian law where citizens have the right to initiate a referendum. Moreover, it is an exclusive initiative, as neither the Saeima, the government nor the president can decide to submit a bill to a referendum by themselves.

If the collection of signatures is successful, a referendum is ordered. A law enacted by the Saeima, the promulgation of which has been suspended by the president, is deemed to have been revoked if at least half of the voters who took part in the last parliamentary election participate in the referendum and a majority of them vote against the law. In the case of amendments to the Notariate Law including the provisions on registered same-sex partnerships (and dual-sex partnerships), if the referendum were to take place, the turnout required for a binding result would be approximately 30% (458,184 votes), as 916,368 voters had taken part in the previous Saeima elections (a turnout of approximately 60%). However, the Saeima can prevent the holding of a 'veto referendum' in two ways. First, a referendum is not held if a new vote on the suspended law is ordered and at least three-quarters of all deputies

vote for the adoption of the law. In practice, however, the Saeima has never used this option. Second, according to Article 75 of the Satversme, if the Saeima, by a majority of at least two-thirds, deems a law to be urgent, the president may not request its reconsideration, but, more importantly for the situation under analysis, it may not be submitted to a nationwide referendum. A law adopted under this procedure is promulgated no later than the third day after its receipt by the president.

A further restriction on the scope of matters that may be the subject of a referendum is of a substantive nature. According to Article 73 of the Satversme, these are the budget, loans, taxes, customs duties, railway tariffs, military service, the declaration and initiation of war, the conclusion of peace, the declaration of a state of emergency and its termination, mobilization and demobilization, and agreements with foreign states. It can therefore be concluded that this provision indirectly excludes the right of the president to postpone the promulgation of such laws, since the purpose of such a decision by the head of state is precisely to hold a referendum.

It should be noted that the question of the material scope of the admissibility of the people's veto has been debated in Latvian doctrine (Pleps et al., 2022, pp. 433–434). The CC of Latvia, in its judgment of 19 December 2012 in case no. 2012-03-01, admitted that the Satversme and the general principles of law are binding not only for the Saeima, but also for the people acting as a legislature in the referendum. The people as well as the Saeima should respect the constitution as a set of legal norms with the highest legal force (Pleps et al., 2022, pp. 47, 102). In a referendum, the people cannot adopt laws which are unconstitutional or infringe the constitutional identity of the country. And, vice versa, a referendum in which people could adopt unconstitutional decisions, rejecting some law adopted by the Saeima, also cannot be held. Fundamental human rights and human dignity is one of the constitutional values protected by the constitutional identity of Latvia; a referendum could not be held against human rights and dignity.

The law on the amendments to the Notariate Law, including provision for registered same-sex partnerships, was adopted by the Saeima on 9 November 2023 by a 53–43 vote. Exercising the right provided for in Article 72 of the Satversme, a group of 34 opposition MPs submitted a request to President Edgars Rinkēvičs to postpone the promulgation of the law until January 2024, which started the process of vetoing it. For a referendum to be called, the petition would have to be signed by at least 154,241 people (10% of the electorate). The collection of signatures took place from 7 December 2023 to 5 January 2024; signatures were collected in person at places designated by each local council on its territory. A total of 312 signature collection points were in operation, of which 277 were in Latvia and 35 were abroad (LSM, 2024a). The Central Election Commission announced that by 26 December only 16,170 signatures had been collected, and that by 5 January 2024 only 35,191. This meant, of course, that the referendum initiative had failed due to the law being supported by only 2.28% of all citizens eligible to vote. Consequently, the amendments

to the Notariate Act could not be put to a vote of the citizens. The consequence of the above was that the law was signed by the president and came into force on 1 July 2024.

The people's veto is not just a theoretical institution, as it has been successfully implemented in Latvian constitutional practice on several occasions. The first legislative referendum was held on the repeal of the Law of 22 June 1998 amending the Law on Citizenship, the promulgation of which had been postponed by the president. This amendment was intended to allow several tens of thousands of permanent residents on Latvian territory, mainly of Russian nationality, to apply for Latvian citizenship. At the request of parliamentarians, President Guntis Ulmanis suspended the promulgation of the law for two months, which allowed a successful campaign to collect signatures for a referendum to be launched. The vote on the law, held on 3 October 1998 in conjunction with the parliamentary elections, resulted in a relatively high turnout of 69.16% of those who had voted in the previous parliamentary elections, of whom 53.92% voted against the repeal of the Saeima amendment.

A year later, a referendum was called on an amendment to the Retirement Law.³ The presidential suspension of the law's promulgation allowed the initiative to collect enough signatures for a referendum, but despite the high level of support – 94.63% of the electorate voted against the law – the referendum was not binding as only 25.1% of those who voted in the previous general election took part. The issue of pensions was the subject of a referendum again in 2008, when Article 72 of the Satversme was applied regarding the amendment of the State Pensions Act. Again, although 94.44% of voters supported the new law, the referendum failed due to low turnout, which was only 22.9%.

In 2007, two security laws were put to a referendum after the president refused to sign them due to the possible influence of oligarchs on Latvia's national security and after 212,000 signatures were collected, exceeding the requirement of around 150,000.⁴ Despite the insufficient turnout of 22.59%, the results showed a massive rejection of the two government laws, with 96.49% of the votes cast against the first and 96.41% against the second. Although the referendum was not formally binding, in the face of such results the Saeima decided to abandon both laws, so the referendum had its intended effect *de facto*, demonstrating the persuasive power that even a non-binding referendum can have.

3 On 5 August 1999, a new pension law was approved by Parliament, which provided for an increase in the retirement age to 62 (for women and men), as well as the loss of pension benefits for working pensioners if their earnings exceeded twice the retirement amount. The referendum question on abolishing the pension reform was 'Are you in favour of abolishing the changes to the Pension Act of 5 August 1999?'

4 At the end of 2006, two laws on state security services were passed. The president vetoed the bills, but as they were voted down by the Saeima, the president suspended the promulgation of the two laws in accordance with Article 72 of the Satversme. The referendum question was 'Are you in favour of abolishing the amendments to the State National Security Act of 1 March 2007?'

In our discussion of the shape of the veto referendum in Latvia, there are several key issues to be highlighted. First, the current system requires a two-stage procedure: first collecting signatures from one-tenth of voters to initiate a referendum and then conducting the referendum itself introduces unnecessary complexity as well as generating much higher costs than if the referendum were ordered straight away. The costs of collecting signatures are similar to those of holding a referendum, and the requirement for voters to visit polling stations twice reduces participation, making it difficult to achieve a quorum. Nevertheless, this seems to be true only regarding those initiatives which are successful. Second, the necessity for a high quorum for a referendum to be valid is problematic. As can be seen from the above data, high quorum requirements lead to most referendums failing. The need for at least half the voters who participated in the previous parliamentary election to partake in the referendum, with a majority voting for the repeal of the law, makes it challenging for referendums to succeed (Trabucco, 2020, pp. 757–758). Addressing these issues would require constitutional amendments and legislative changes to modernize the referendum process, making it more accessible, understandable and effective in reflecting the voters' will (Balodis, 2021).

Conclusions

The legal recognition of same-sex couples and their human dignity and equality are among the issues where it is possible to witness recent developments in the understanding of human rights standards in 21st-century Europe. In the Latvian legal system, necessary steps for the legal recognition of same-sex couples were taken by the CC and the SC. Implementing the judgment of the CC of 12 November 2020, the Saeima adopted same-sex partnership legislation on 9 November 2023. After this judgment, the administrative courts took steps to directly apply and enforce it in legal reality. The administrative courts began to legally recognize same-sex couples as families according to the SC judgment of 10 December 2021, based on the Satversme and fundamental human rights. Before the legal framework was adopted by the Saeima, more than 50 families were recognized by the administrative courts. The legal framework adopted by the Saeima at this moment is compatible with the standards of the European Convention on Human Rights as defined by the ECtHR. However, further steps are still necessary to ensure the human dignity and legal, social and economic protection of same-sex couples, as required by the Satversme and the judgments of the CC.

The recent legislative advancements relating to the legal recognition of same-sex couples in Latvia mark a transformative moment in the pursuit of human dignity and equality within the framework of contemporary European human rights standards. The journey towards institutionalizing this recognition culminated in the Saeima's

adoption of same-sex partnership legislation on 9 November 2023, which can be traced back to the pivotal rulings by the CC and the SC. These rulings asserted the necessity of recognizing same-sex relationships based on principles embedded in the Satversme and fundamental human rights. The CC's landmark judgment on 12 November 2020, which called for the acknowledgement of same-sex partnerships, triggered a series of proactive implementations by administrative courts. Prior to the formal legislative framework being established by the Saeima, these courts had already recognized over 50 same-sex families, clearly illustrating a societal shift towards recognizing diverse family structures and a commitment to protecting their rights. The legislation adopted by the Saeima aligns with the standards set forth in the European Convention on Human Rights interpreted by the ECtHR. However, the path to this recognition was marked by significant challenges, most notably the failed citizens' initiative aimed at prompting a referendum against the adoption of the same-sex partnership law.

The people's veto, as established in the Satversme, allows for the suspension of a law passed by the Saeima if a certain threshold of citizen support is reached. In this case, while a group of opposition deputies sought to utilize this mechanism to block the public's endorsement of the partnership legislation, the effort faltered as it did not garner sufficient signatures from the electorate. Specifically, only 35,191 valid signatures were collected, falling drastically short of the 154,241 required to initiate a referendum. This shortfall in public engagement can be interpreted as a significant indicator of evolving societal attitudes towards same-sex partnerships in Latvia; it reflects both the growing acceptance of LGBTQ+ rights and a decisive moment when the electorate chose not to challenge the progress made towards legal recognition. Despite the vocal opposition from certain political factions, the inability to successfully launch a referendum demonstrates a broader social tolerance and readiness to embrace legal reforms that uphold human dignity.

While the legal framework established is a crucial step forward, there remains a pressing need for further legislative actions to ensure comprehensive social and economic protections for same-sex couples. The CC has firmly established that the Satversme requires legal recognition and protection for all families, including same-sex partners, and it is incumbent upon lawmakers to fulfil this constitutional obligation fully. Moving forwards, it is essential to continue fostering dialogue around these issues and to promote understanding of the importance of equality for all citizens, regardless of their sexual orientation. The legislative successes achieved thus far in Latvia represent hope and progress, yet they also call for vigilant advocacy to ensure that the rights and dignities of same-sex couples are not only recognized on paper but also fully realized in practice.

In summary, the adoption of the same-sex partnership legislation is indicative of a significant legal and societal evolution in Latvia. The failed referendum initiative, underscored by a lack of enough public signatures, has proven to be a pivotal

moment; it signifies a collective movement towards acceptance and legal recognition that transcends the political divisions often seen in contemporary debates on human rights. Continuing on this path will require ongoing efforts to advance social acceptance, facilitate necessary legislative changes, and, ultimately, ensure that the principles of human dignity and equality are enshrined firmly within Latvian law for all families.

REFERENCES

- Balodis, R. (2021). The procedure for amending the Satversme of the Republic of Latvia and the substance of restrictions established by it. *Journal of the University of Latvia: Law*, 14, 21–48.
- BNS. (2014, 7 November). Straujuma: Latvijā juridiski nav atrisināts jautājums par partnerattiecībām. *Latvijas Sabiedriskie Mediji*. <https://www.lsm.lv/raksts/zinas/latvija/straujuma-latvija-juridiski-nav-atrisinats-jautajums-par-partnerattiecibam.a105467/>
- Cabinet of Ministers. (2022, 14 December). *Declaration on the action plan of the Cabinet of Ministers led by Arturs Krisjanis Karins*. <https://www.mk.gov.lv/lv/media/14490/download>
- Cabinet of Ministers. (2023, 15 September). *Declaration on the action plan of the Cabinet of Ministers led by Evika Silina*. <https://www.mk.gov.lv/lv/media/16704/download>
- Cerna, C. M. (2010). European Court of Human Rights: Schalk & Kopf v. Austria. *International Legal Materials*, 49(5), 1302–1324. DOI:10.5305/intelegamate.49.5.1302
- Delfi. (2012, 1 June). TM darba kārtībā nav jautājuma par viendzimuma partnerattiecību reģistrāciju. *Delfi*. <https://www.delfi.lv/193/politics/42402772/tm-darba-kartiba-nav-jautajuma-par-viendzimuma-partnerattiecibu-registraciju>
- Delfi. (2024, 2 November). Izmantojot jauno likuma regulējumu, četros mēnešos nodibinātas 277 partnerattiecības. *Delfi*. <https://www.delfi.lv/193/politics/120048716/izmantojot-jauno-likuma-regulejumu-cetros-menesos-nodibinatas-277-partnerattiecibas>
- Diversity Shop. (n.d.). *Mātei Latvijai* [‘Latvia loves all its children’]. https://diversityshop.org/product-category/0_9_9_8_matei_latvijai
- Eniņa, Z. (2023) Tiesnese par viendzimuma pāru attiecību atzīšanu: Tiesas ir gājušas pa priekšu likumdevējam. <https://www.lsm.lv/raksts/zinas/latvija/28.07.2023-tiesnese-par-viendzimuma-paru-attiecibu-atzisanu-tiesas-ir-gajusas-pa-prieksu-likumdevejam.a518041/>
- Eng.LSM.lv. (2022, 31 May). *Court legally recognizes same-sex relationships for the first time in Latvia*. <https://eng.lsm.lv/article/society/society/court-legally-recognizes-same-sex-relationship-for-the-first-time-in-latvia.a459319/>
- Engģizers, K., & Melnika, M. (2021, 2 February). Defining the modern family: The Latvian Constitutional Court, the definition of ‘family’, and parliamentary bitterness. *Verfassungsblog*. DOI:10.17176/20210202-235854-0
- Garlicki, L. (2007). Constitutional courts versus supreme courts. *International Journal of Constitutional Law*, 5(1), 44–68.
- Giles, J. (2016). Oliari and Others v. Italy: Application nos. 18766/11 and 36030/11: European Court of Human Rights (Fourth Section): Hirvelā, Raimondi, Bianku, Tsotsoria, Mahoney, Vehabović,

- Grozev JJ; Mahoney, joined by Tsotsoria and Vehabović concurring: 21 July 2015. *Oxford Journal of Law and Religion*, 5(1), 176–177. DOI:10.1093/ojlr/rwv054
- Gill-Pedro, E. (2023, 27 January). No new rights in Fedotova. *Verfassungsblog*. DOI:10.17176/20230130-202753-0
- Hodson, L. (2011). A marriage by any other name? Schalk and Kopf v. Austria. *Human Rights Law Review*, 11(1), 170–179. DOI:10.1093/hrlr/ngq054
- Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 7 November 2018 on the case “On Compliance of Section 50.4 of the Sentence Execution Code of Latvia (hereinafter – the Code) establishes the regime for serving the sentence in closed prisons, inter alia, that men, who have been sentenced to the deprivation of liberty for committing a serious or a particularly serious crime, serve the sentence in a closed prison”, no. 2018-25-01. https://www.satv.tiesa.gov.lv/web/viewer.html?file=https://www.satv.tiesa.gov.lv/wp-content/uploads/2018/12/2018-25-01_Judgement.pdf
- Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 12 November 2020 on the case “On compliance of Section 155(1) of the Labour Law with the first sentence of Article 110 of the Constitution of the Republic of Latvia”, no. 2019-33-01. https://www.satv.tiesa.gov.lv/web/viewer.html?file=https://www.satv.tiesa.gov.lv/wp-content/uploads/2019/12/2019-33-01_Judgment.pdf
- Judgment of the European Court of Human Rights of 24 June 2010 on the case of *Schalk and Kopf v. Austria*, application no. 30141/04.
- Judgment of the European Court of Human Rights of 21 July 2015 on the case of *Oliari and Others v. Italy*, application nos. 18766/11 and 36030/11.
- Judgment of the European Court of Human Rights of 17 January 2023 on the case of *Fedotova and Others v. Russia*, applications nos. 40792/10, 30538/14 and 43439/14.
- Judgment of the Supreme Court (Senate) of 10 December 2021 on the case “The State’s Duty to Legally Recognize Families Formed by Same-Sex Couples and Acknowledge the Existence of Legal Relationships Between Family Members”, no. SKA-[B1]/2021 <https://www.at.gov.lv/downloadlawfile/8243>
- Legal Affairs Committee of the Saeima. (2005). *Explanatory Report of the Draft Law ‘Amendment to the Constitution of the Republic of Latvia’*. https://www.saeima.lv/Lapas/8Sae_Lprj/lasadd=LP1400_0.htm
- Legal Affairs Committee of the Saeima. (2015). *Minutes of Sitting no. 35 of 24 February 2015*. [https://titania.saeima.lv/livs/saeimasnotikumi.nsf/0/860b9e221fc9de81c2257df100391469/\\$FILE/PR_24_02_2015_10_00_JK.doc](https://titania.saeima.lv/livs/saeimasnotikumi.nsf/0/860b9e221fc9de81c2257df100391469/$FILE/PR_24_02_2015_10_00_JK.doc)
- Legal Affairs Committee of the Saeima. (2021). *Minutes of Sitting no. 169 of 19 January 2021*. [https://titania.Parliament.lv/livs/Parliamentsnotikumi.nsf/0/b96c87ffadfb7a12c225865c004d8464/\\$FILE/PR_2021_01_19_10_00_JK.pdf](https://titania.Parliament.lv/livs/Parliamentsnotikumi.nsf/0/b96c87ffadfb7a12c225865c004d8464/$FILE/PR_2021_01_19_10_00_JK.pdf)
- Lipša, I. (2017). *LGBTI vēsture Latvijā pēdējos 100 gados*. Dardedze hologrāfija.
- LSM. (2018, 7 March). Saeimas Komisijas Zoraida Kopdzīves likuma iniciatīvu. *Latvijas Sabiedriskie Mediji*. <https://www.lsm.lv/raksts/zinas/latvija/saeimas-komisija-noraida-kopdzives-likuma-iniciativu.a270507/>

- LSM. (2022, 31 March). Saeimā sāk skatīt Civilās savienības likumu viendzimuma pāru ģimeņu aizsardzībai. *Latvijas Sabiedriskie Mediji*. <https://www.lsm.lv/raksts/zinas/latvija/saeima-sakskatit-civilas-savienibas-likumu-viendzimuma-paru-gimenu-aizsardzibai.a450431/>
- LSM. (2024, 11 January). CVK oficiāli apstiprina – referendumā par partnerības regulējumu nebūs. *Latvijas Sabiedriskie Mediji*. <https://www.lsm.lv/raksts/zinas/latvija/11.01.2024-cvk-oficiali-apstiprina-referenduma-par-partneribas-regulejumu-nebus.a538599/>
- LSM. (2024, 1 July). Stājas spēkā Partnerības regulējums; pirmais viendzimuma pāris reģistrē attiecības. *Latvijas Sabiedriskie Mediji*. <https://www.lsm.lv/raksts/zinas/latvija/01.07.2024-stajas-speka-partneribas-regulejums-pirmais-viendzimuma-paris-registre-attiecibas.a559690/>
- LSM. (2024, 1 August). Mēneša laikā partnerību noslēguši 95 pāri. *Latvijas Sabiedriskie Mediji*. <https://www.lsm.lv/raksts/zinas/latvija/01.08.2024-menesa-laika-partneribu-noslegusi-95-pari.a563521/>
- manabalss.lv. (2015, 23 March). *Par kopdzīves likuma pieņemšanu latvijā*. <https://manabalss.lv/par-kopdzives-likuma-pienemsanu-latvija/show>
- Mandates, Ethics and Submissions Committee of the Saeima. (2018). *Minutes of Sitting no. 127 of 31 January 2018*. [https://titania.saeima.lv/livs/saeimasnotikumi.nsf/0/9d1c971e95fc349ac22582240027420c/\\$FILE/Nr.127_PR_2018_31_01_1200_MEIK.doc](https://titania.saeima.lv/livs/saeimasnotikumi.nsf/0/9d1c971e95fc349ac22582240027420c/$FILE/Nr.127_PR_2018_31_01_1200_MEIK.doc)
- Marzano, V. J. (2017). Oliari and the European Court of Human Rights: Where the court failed. *Pace International Law Review*, 29(1), 250–287. DOI:10.58948/2331-3536.1370
- Tieslietu ministrija. (2023, 26 October). *Par likumprojektu iesniegšanu*. https://www.tm.gov.lv/sites/tm/files/media_file/tm_pavadvestule_261023.pdf
- Mita, D. (2024). Cieņa pret atšķirīgo. In *Senatore Dace Mita* (p. 31). Augstākā tiesa.
- Monciunskaita, B. (2022). The risks to judicial independence in Latvia: A view eighteen years since EU accession. *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 18, 129–149.
- Mos, M. (2020). The anticipatory politics of homophobia: Explaining constitutional bans on same-sex marriage in post-communist Europe. *East European Politics*, 36(3), 395–416. DOI:10.1080/21599165.2020.1733983
- Mozaika. (2021, 11 December). *Viendzimuma partner ģimenes atzīšana tiesas ceļā*. <https://www.mozaika.lv/l/mozaika-nodrosinas-atbalstu-tiesa-atzit-viendzimuma-partneru-gimenes-pastavesanas-faktu/>
- Ombudsman. (2018). *Report of 29 October 2018 'On the Recognition of Different Forms of Families'*. https://www.tiesibsargs.lv/wp-content/uploads/migrate_2022/content/atzinumi/atzinums_lieta_nr_2018_38_26g_1541406373.pdf
- Palazzo, N. (2023). Fedotova and Others v. Russia: Dawn of a new era for European LGBTQ families? *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 30(2), 216–228. DOI:10.2139/ssrn.4612696
- Plepa, D. (2024). Satversmīga kopdzīve jeb radniecības un ģimenes tiesību tvērums Latvijas likumkopā. In K. Sedlenieka (Ed.), *Radniecība un valsts īstenošana mūsdienā Latvijā* (pp. 147–178). Rīgas Stradiņa Universitāte.
- Pleps, J., Pastars, E., & Plakane, I. (2022). *Constitutional law*. Latvijas Vēstnesis. https://juristavards.lv/wwwraksti/JV/BIBLIOTEKA/GRAMATAS/KT_ENG.PDF

- Polgári, E. (2022). Fedotova v. Russ (Eur. Ct. H. R.). *International Legal Materials*, 61(3), 438–452. DOI:10.1017/ilm.2021.55
- Prime Minister of Latvia. (2022, 21 March). *On the submission of a draft law*. <https://titania.Parliament.lv/LIVS13/Parliamentlivs13.nsf/0/84487ED0DCD7420CC225880C00497AA4?OpenDocument>
- Pustorino, P. (2014). Same-sex couples before the ECtHR: The right to marriage. In D. Gallo, L. Paladini, & P. Pustorino (Eds.), *Same-sex couples before national, supranational and international jurisdictions* (pp. 399–408). Springer. DOI:10.1007/978-973-642-35434-2_17
- Republic of Latvia. (1922). *The Constitution of the Republic of Latvia*. <https://likumi.lv/ta/en/en/id/57980-the-constitution-of-the-republic-of-latvia>
- Republic of Latvia. (1996). *The Constitutional Court Law of the Republic of Latvia*. <https://likumi.lv/ta/en/en/id/63354-constitutional-court-law>
- Republic of Latvia. (2001). *Labour Law of 20 June 2001 (consolidated text of 2022, article 155, as amended)*. <https://likumi.lv/ta/id/26019-darba-likums>
- Republic of Latvia. (2023a). *Amendments of 9 November 2023 to the Notariate Law*. <https://likumi.lv/ta/id/349238-grozijumi-notariata-likuma>
- Republic of Latvia. (2023b). *Amendments of 9 November 2023 to the Register of Natural Persons Law*. <https://likumi.lv/ta/id/347527-grozijumi-fizisko-personu-registra-likuma>
- Rezevska, D. (2024). *General principles of law: Natural rights, legal methods and system principles*. Brill/Nijhoff.
- Rodiņa, A., & Spale, A. (2012). Constitutional status of the Constitutional Court of the Republic of Latvia. Конституционное Правосудие [*Constitutional Justice*], 4, 36–80. [https://www.concourt.am/pdf/uploads/62c81a405baba_4\(58\)%202012.pdf](https://www.concourt.am/pdf/uploads/62c81a405baba_4(58)%202012.pdf)
- Saeima of Latvia. (2005). *Transcript of the Plenary Session of 5 December 2005*. https://saeima.lv/Likumdosana/8S_DK/lasdk-dd=20051215.htm
- Saeima of Latvia. (2018a). *Agenda of the Sitting of the Mandates, Ethics, and Submissions Committee of the Saeima of 31 January 2018*. <https://titania.saeima.lv/livs/saeimasnotikumi.nsf/0/9D1C971E95FC349AC22582240027420C>
- Saeima of Latvia. (2018b). *Transcript of the Plenary Session of 15 March 2018*. https://titania.saeima.lv/LIVS12/saeimalivs_lmp.nsf/0/24EEC09C320F58B1C2258267003FBD0F
- Saeima of Latvia. (2019). *Transcript of the Plenary Session of 20 June 2019*. <https://titania.saeima.lv/LIVS13/saeimalivs13.nsf/0/3B2A66723AFECB61C225885300358630>
- Saeima of Latvia. (2020). *Transcript of the Plenary Session of 29 October 2020*. https://titania.saeima.lv/LIVS13/saeimalivs_lmp.nsf/0/A892369C38C20F3DC22586230049F9A1
- Saeima of Latvia. (2022a). *Transcript of Plenary Session of 26 May 2022*. <https://titania.Parliament.lv/LIVS13/Parliamentlivs13.nsf/0/15D9FED46F96EA50C2258869002F1DFE?OpenDocument>
- Saeima of Latvia. (2022b). *Transcript of Plenary Session of 15 December 2022*. <https://titania.Parliament.lv/LIVS14/Parliamentlivs14.nsf/0/A92703427893BD8EC22589210038EC20?OpenDocument>
- Saeima of Latvia. (2023, 10 November). *Saeima: Two adults will be able to enter into a partnership to be registered by a notary*. <https://www.Parliament.lv/en/news/Parliament-news/32825-Parliament-two-adults-will-be-able-to-enter-into-a-partnership-to-be-registered-by-a-notary>

- Spolitis, V. (2015, 30 January). *On proposals for draft law 'Amendments to the Civil Code'*. <https://titania.saeima.lv/LIVS12/SaeimaLIVS12.nsf/0/AE031B89B11B728AC2257DDD004EA58E>
- Tiesībsargs. (2018a). *21. gadsimta ģimenei nepieciešams atbilstošs juridisks ietvars*. <https://www.tiesibsargs.lv/news/21-gadsimta-gimenei-nepieciešams-atbilstošs-juridisks-ietvars/>
- Tiesībsargs. (2018b). *Par dažādu ģimenes formu atzišanu. Atzinums pārbaudes lietā Nr.2018-38-26G*. https://www.tiesibsargs.lv/wp-content/uploads/migrate_2022/content/atzinumi/atzinums_lieta_nr_2018_38_26g_1541406373.pdf
- Trabucco, F. R. (2020). The Latvian direct democracy tools in a comparative European context. *Onati Socio-Legal Series*, 10(4), 744–788. DOI:10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1075
- The Baltic Times (2022). *26 LGBT couples ask court to recognize their relationships as de facto families*. https://www.baltictimes.com/26_lgbt_couples_ask_court_to_recognize_their_relationships_as_de_facto_families/
- Viens pret vienu (2020). *Tiesnese Osipova: Patiesa vienlīdzība ir iespējama vien tad, ja ir iecietība*. <https://www.lsm.lv/raksts/zinas/latvija/tiesnese-osipova-patiesa-vienlidziba-ir-iespejama-vien-tad-ja-ir-iecietiba.a384401/>
- Vikarská, Z. (2023, 24 January). *The many troubles of the Fedotova judgment*. *Verfassungsblog*. <https://verfassungsblog.de/the-many-troubles-of-the-fedotova-judgment/>. DOI:10.17176/20230124-215932-0
- Višņakova, G. (2024). *Atmiņas*. In *Senatore Dace Mita* (p. 208). Augstākā tiesa.
- Zālītis, K. (2023). *Nepieciešams cienpilns partnerattiecību regulējums, lai izvairītos no tiesvedībām*. <https://ir.lv/2023/10/23/nepieciešams-cienpilns-partnerattiecibu-regulejums-lai-izvairitos-notiesvedibam/>

Annija Kārklīņa

University of Latvia, Latvia

annija.karklina@lu.lv

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4992-8403>

Anita Rodiņa

University of Latvia, Latvia

anita.rodina@lu.lv

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6611-6717>

Protection of the Family in Latvia: Recent Developments

Abstract: This article examines the development of the understanding of the concept of the family in Latvia during the last few years, and reflects the contribution made by the Constitutional Court of the Republic of Latvia to the development of this concept. The article analyses the judgment of the Constitutional Court of 12 November 2020 (case no. 2019-33-01), in which the legislature was determined to regulate the legal relations of same-sex partners (families) and provide for the economic and social protection of all families. The article outlines the problems that were encountered during the execution of this judgment and the constitutional mechanisms with which the conservative parties represented in the Parliament tried to delay the entry into force of the law. Finally, the authors reflect on the changes in the regulatory acts that entered into force on 1 July 2024 introducing the regulation of partnership relations in Latvia, i.e. providing that adult persons will be allowed to register their partnership or cohabitation in accordance with the procedure established by law (a right which will apply also to same-sex partners). Thus, by registration of their partnership, individuals will enjoy wider social protection in various aspects, such as the other partner's ability to make decisions about the treatment of the partner injured in an accident, the partner's right to receive support from the state or municipality in cases specified by law, more favourable provisions regarding inheritance processes, taxes, etc.

Keywords: Constitutional Court, family, partnership, same-sex partners, the Constitution

Introduction

The understanding of the concept of the family in Latvia has developed over the past few years, and several times questions related to the scope of the concept have been evaluated by the Constitutional Court and have been included in the agenda of the Parliament. The Constitutional Court has played a very important role in shaping the understanding of the family in Latvia. It was this Court that, by interpreting the concept of the family, highlighted the problematic nature of the regulation of legal relations between same-sex partners – or more precisely, the lack of regulation – and its incompatibility with Article 110 of the Constitution of Republic of Latvia (in Latvian, the *Satversme*). It can be said that the *erga omnes* legal nature of the Constitutional Court's judgments has ensured that same-sex legal regulation has been created in Latvia. Although the adoption of this regulation has been difficult, the first step in protecting all families has been taken, and it is no doubt a huge success in the quite conservative society of Latvia. In the development of the understanding of the concept of the family, international law and findings expressed in the jurisprudence of the European Court of Human Rights have also undoubtedly played a significant role.

Within the framework of this article, the authors will analyse step by step the regulation of the family and its protection in the Constitution of the Republic of Latvia, as well as the findings of the Constitutional Court regarding issues of the family and same-sex partnerships, with a more in-depth focus on the content of the 2020 Constitutional Court judgment (which was viewed critically by the most conservative part of society) and the problems with the implementation of this judgment. Over time, the Parliament of Latvia has adopted progressive amendments to the regulatory acts in this context: in November 2023, amendments to the Notariate Law were adopted, which provide for the possibility, from 1 July 2024, for any adult persons (including persons of the same sex) to register their partnership. The final part of the article will analyse the new regulation on the procedure for partnership registration, its termination and the advantages of partnership registration.

1. The concept of the family in Latvia: The regulation established in the Constitution

The understanding of the concept of the family in Latvia is established at the constitutional level, in the Constitution of the Republic of Latvia. It should be explained that Latvia has one of the oldest constitutions in force; it was adopted in 1922. It did not include a separate section on human rights until 1998, but in that year it was supplemented with Chapter 8, 'Fundamental Human Rights', and since then it has also included regulation on the family. Legal protection of the family is defined in Article 110 of the Constitution. Initially in 1998, this article was adopted with the following wording: 'The state protects and supports marriage, family, parents' and

children's rights. The state especially helps disabled children, children left without parental care or victims of abuse' (Constitution of the Republic of Latvia).

In 2005, the Parliament adopted amendments to the Constitution, supplementing Article 110 with a sentence that emphasizes that marriage is a union between a man and a woman, i.e. since then, the article stipulates that '[t]he State shall protect and support marriage – a union between a man and a woman – the family, the rights of parents and rights of the child. The State shall provide special support to disabled children, children left without parental care or who have suffered from violence' (Republic of Latvia, 2005). At that time, many lawyers and senior state officials criticized the adoption of such an amendment; it was pointed out that considering that Article 35 of the Civil Law of Latvia already clearly states that '[m]arriage between persons of the same sex is prohibited', there was no need to repeat it in the Constitution.

In the annotation of the amendments to the Constitution, the authors of the draft law justified the need for amendments by the fact that in the course of cultural and historical development in Latvia, a view of marriage over the family and constant threats to this traditional value have been formed. Therefore conservative forces also advocated for strengthening the ban on same-sex partnership in the highest legal act – the Constitution – in order to reduce the discussion over whether Article 35 of the Civil Law complies with the norms of the highest force, which provide for the prohibition of discrimination. The president of the state at the time characterized these amendments as trivial and called on the Parliament not to accept them, pointing out that they would conflict with internationally recognized human rights. The prime minister also stated that 'according to the laws of Latvia, same-sex marriage is already prohibited, so we should not play with the Constitution' (Jurista Vārds, 2005).

It should be noted that since 2005, amendments to Article 110 of the Constitution have not been adopted, although they have been initiated several times. An initiative to amend Article 110 also followed as a reaction to a 2020 judgment of the Constitutional Court: at that time, the conservative political parties from the opposition in parliament wanted to unequivocally write into the Constitution that 'the foundation of the family is formed by the mother (woman) and the father (man)', but these amendments were not adopted by the Parliament (see Republic of Latvia, 2021). Basically, political developments often show that Article 110 of the Constitution is a legal norm that certain political forces want to use to increase their popularity during pre-election periods, thus attracting the sympathy of the most conservative voters.

In 2014 the Constitution was supplemented with an extended preamble, which also emphasizes the significance of the family, i.e. that 'the family is the basis of a cohesive society and [...] everyone takes care of their loved ones and the common good of society, acting responsibly towards others and future generations'. This means that in the sense of the Constitution, the family is a social institution based

on close personal ties found in social reality, which are based on understanding and respect (see Judgment of the Constitutional Court of 12 November 2020, case no. 2019–33–01). The judge and professor Jautriete Briede has pointed out that the characteristics of a family can be compared to the characteristics of a state: it has its own territory (most often a shared home), people (a family consists of at least two members) and sovereign power (in a family many issues related to cohabitation are decided collegially or patriarchally) (Briede, 2022).

2. Understanding of the family in the case law of the Constitutional Court of the Republic of Latvia

Since 1996, the Constitutional Court exercises the constitutional review or protection of the Constitution in Latvia.¹ Individuals can also protect their fundamental human rights at the Constitutional Court by submitting a constitutional complaint if a violation is caused by a legal norm. The Constitutional Court has often been seen as the ‘last hope’ for private persons, therefore it has always enjoyed great public confidence. However, particularly in the context of family-related cases, it has been criticized both by the public and by politicians. Moreover, in the context of this exact case, proposals were made to liquidate the Court.

The criticism of the Constitutional Court was triggered by the judgment in case no. 2019–33–01, in which the Court assessed the compliance of Section 155(1) of the Labour Law with the first sentence of Article 110 of the Constitution. This provision regulated the right of the father of a child to take leave after the birth. However, in this case, the mother’s partner wished to exercise the right provided for in the contested norm, which had not been foreseen. In other words, it was not the father who wished to take the leave provided for by the Labour Law, but the person with whom the mother of the child had established a relationship. The Constitutional Court shocked the public not because it declared the contested legal norm unconstitutional, but because it made a historical conclusion about the scope of the state’s obligation in the context of family protection, and more precisely, how the term ‘family’ as included in Article 110 of the Constitution should be understood.

First of all, it should be noted that it is a misleading perception that the judgment in case no. 2019–33–01 was the first in which the Court emphasized the legal protection of every family. A few years before this judgment, in 2016, the Constitutional Court had already emphasized that the state must protect every family, without specifying how the term ‘every family’ should be understood (Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia, 2016). It should also be clarified that, unlike the

1 The competence of the Latvian Constitutional Court is regulated in the Constitutional Court Law, Article 16. See Constitutional Court of the Republic of Latvia (1996).

concept of marriage, the concept of the family is not specified in Article 110 of the Constitution and does not make gender the criteria for determining the persons to be recognized as family. Therefore interpreting the concept of the family included in Article 110 of the Constitution, and also in the Introduction to the Constitution,² the Court recognized that the family is the foundation of a cohesive and solidary society and that it is based on close personal ties observable in social reality, which are based on understanding and respect (Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia, 2019, p. 16). In other words, the family is not only based on legal or relational ties, but also on the close personal ties that have developed between persons if they live together. Moreover, it is not only persons of the opposite sex who can live together and form close ties, but also two persons of the same sex. Thus family in the Constitution means family in a broader sense, including that a family may also consist of two persons of the same sex. It means that the first sentence of Article 110 of the Constitution covers the state's positive obligation to protect and support every family, including a de facto family (Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia, November 2020). The legislature is also obliged to ensure legal protection for same-sex families and to provide appropriate economic and social support measures for such families. According to the Constitutional Court, such an obligation to protect and support the family of same-sex partners also follows from the principle of human dignity and the right to protection of private life (Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia, November 2020).

This judgment is unquestionably the most discussed judgment in the history of the Constitutional Court, as it theorized the concept of the same-sex partner family, which is protected by the Constitution. Moreover, the line of interpretation of the Constitutional Court's norms draws parallels with the findings of the European Court of Human Rights in the case of *Fedotova and Others v. Russia*, which found a violation of Articles 8 and 14 of the Convention because the state had failed to provide a legal framework to protect the rights of same-sex couples (Judgment of the European Court of Human Rights, 2023).

It was clear to everyone that it would be a great challenge for the legislature to execute this judgment of the Constitutional Court, because first of all it needed to create a legal framework for the recognition of same-sex families. Moreover, in a case heard six months later, the Court once again expressed its arguments on the content of the family. In this latter case the Court assessed the compatibility of the provisions of the Cabinet of Ministers' Regulations with a number of constitutional norms, which did not provide for the right to pay a reduced state fee in the event of inheritance by a partner. In particular, if the surviving partner received the inheritance, the state fee was 60 times higher than for a surviving spouse. In this case, the contested norms

2 The Preamble of the Constitution says that the family is one of the foundations of a cohesive society.

were also found to be incompatible with Article 110 of the Constitution, in essence reaching similar conclusions to case no. 2019–33-01, acknowledging once again that the state does not ‘legally see’ the same-sex partner families that actually exist (Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia, April 2021).

3. The execution of the judgment of the Constitutional Court: Theory

Constitutional law theory has devoted much attention to analysis of the legal relationship between courts and the legislature. Indeed, exactly these relationships determine whether a court is strong or weak. It has been explained that a court is strong if its judgment is final, binding on all persons and institutions, and no one can overrule its judgment, except if the court overrules itself in another case or the constitution is changed (Chen & Maduro, 2013, p. 102). In Latvia, the judgment of the Constitutional Court is final; it has *erga omnes* effect and cannot be overridden by the legislature. It can be said that the dialogue between the Constitutional Court and the legislature has always been constructive, respectful and consistent with the principle of separation of powers and the competence of each institution. The Constitutional Court’s judgments have, in most cases, been implemented because a democratic state governed by the rule of law cannot allow a situation in which one of the state institutions does not implement what the Court has decided (Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia, December 2020).³

In accordance with Article 32(3) of the Constitutional Court Law, a legal norm which the Constitutional Court has recognized as incompatible with a legal norm of higher legal force shall be considered null and void as of the date of publication of the Constitutional Court judgment, unless the Court has decided otherwise. This means, firstly, that the Court itself may determine when the unconstitutional norm becomes invalid, taking into account all considerations; secondly, the Court must argue why the norm becomes invalid not from the date of publication of the judgment, but from another moment. This ‘other’ moment may, according to the case law of the Court, be a certain time in the future (*pro futuro*) or in the past (*ex tunc*). To decide on the moment when the norm loses its legal force, the Constitutional Court takes into account, for example, the principles of justice, legality and separation of powers, legal expectations and legal certainty (Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia, June 2021; Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia, October 2023). In particular, the Constitutional Court is not only empowered by law, but also has a responsibility to ensure that its judgments bring legal stability, clarity and peace to social reality (Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia, 2009).

3 For example, the Ombudsman has criticised the implementation of Constitutional Court judgments in the field of social rights. See Jurista Vārds (2020).

The Court recognized that the legislature needed time to prepare a complex and in-depth study on the best way to regulate the legal family relations of same-sex partners. It was obviously aware that, in general, the legal regulation of same-sex partners' family relationships could have a significant impact on the entire legal system. Consequently, the contested legal norm, Section 155(1) of the Labour Law, insofar as it does not provide for protection and support for the mother's partner in connection with the birth of a child, was declared incompatible with the first sentence of Article 110 of the Constitution and null and void as of 1 June 2022. The Constitutional Court gave the Parliament one and a half years to adopt the necessary legislation. Also, in the second case, no. 2020-34-03, the Court, being aware of the need to first establish a mechanism to 'see' same-sex families, ruled that the unconstitutional provisions of the Cabinet of Ministers would lose their force *pro futuro* as of 1 June 2022.

Moreover, in case no. 2019-33-01, the Constitutional Court took into account the fact that the case was initiated by the application of a private person.⁴ Therefore the Court had to decide how to eliminate the infringement of the fundamental rights of the submitter, because under the Court's case law, a constitutional complaint is a subjective legal method, meaning that the person turns to the Court to prevent violation. The Court ruled that the contested norm of the Labour Law should be recognized as null and void from the moment the infringement of the fundamental rights of the person who applied to the court occurred (*ex tunc*). This is the Constitutional Court's usual method of ensuring that the violation of the applicant's fundamental rights is prevented, which in this case meant the possibility of taking leave.

Taking into account the principle of separation of powers, the adoption of legislation is the exclusive competence of the legislature. However, if in a given case the normative regulation should be adopted in order to implement a judgment of the Constitutional Court, the principle of good legislation requires the legislature to take the findings expressed in the judgments of the Constitutional Court into account (Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia, 2014). Formal implementation of the judgment is not permissible (Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia, June 2023). Moreover, if a judgment is executed ignoring the findings expressed in another judgment, this may lead to a re-examination of the issue before the Constitutional Court, and such a situation or actions of the legislature may raise a question of compliance with the principle of good legislation (Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia, June 2023).

In this particular situation, in the context of the execution of the judgment of the Constitutional Court in case no. 2019-33-01, different opinions were expressed on what the execution means. Does it mean that only the Labour Law should be amended, since only this provision of the Law has been declared unconstitutional?

4 Case no. 2020-43-03 was initiated after the application of the Ombudsman.

Or does it mean that the Constitutional Court's judgment will only be enforced if a solution is found for all families to be 'visible' by the state?

Taking into account the fact that the Constitutional Court declared a provision of the Labour Law (Section 155(1)) unconstitutional, the legislature, in order to comply with the judgment, included a regulation in the Labour Law on 16 June 2022 providing for the possibility for a person other than the father of a child to take ten working days of leave (Republic of Latvia, 2022). The opinion was expressed that the legislature had thereby complied with the judgment and nothing more needed to be done. However, such an implementation of the Constitutional Court's judgment would mean a conflict with the Court's statement that implementation of the judgment cannot be formal. Namely, according to the Constitutional Court Law (Article 32(2)), a judgment, and the interpretation of the relevant legal norm provided therein, shall be obligatory for all state and local government authorities (including courts) and officials, as well as natural and legal persons. The 'relevant legal norm' means both the norm that is challenged and also the norm of the Constitution or a higher legal norm. In this judgment, the Constitutional Court provided an interpretation of the 'family' – the constitutional norm (Article 110) – noting that the state shall protect all families. This means that the judgment would only be implemented if the legislature also regulated the legal status of same-sex families (Jansons, 2021; Libiņa-Egnere, 2021). In the following case, no. 2020–34-03, the Court, taking into account the diversity of public opinion, reiterated that the legislature is expected to establish a unified and harmonious legal framework, which includes both the legal regulation of family relations and a set of measures for the economic and social protection and support of the family.

4. The execution of a judgment of the Constitutional Court in a particular case: The administrative court as a legal remedy if the law keeps silent

Administrative courts in Latvia are an important tool for protecting fundamental human rights, and their role became particularly prominent after the above-mentioned judgments were passed. Namely, as the legislature could not agree on the appropriate regulation (see further), people used the existing mechanism for protecting their rights. In particular, they applied to administrative courts in order to establish a public-law relationship – family – between two persons of the same sex, in accordance with the Law on Administrative Procedure. The first such historical court judgment was delivered on 31 May 2022 (see Jurista Vārds, 2022).

The administrative courts, taking into account that there is no regulation on the basis of which such persons could enjoy family protection, have, at the request of the applicants and by directly applying a constitutional norm (Article 110), created legal

protection for certain persons. The courts' task was essentially to establish whether a family relationship had been established between the persons concerned. As the court stated in one case, it is irrelevant whether the two persons actually live together or share a household; 'The decisive factor is that two adults have freely expressed their will to have family relations' (see Judgment of the Administrative District Court, 2022; Judgment of the Senate of the Republic of Latvia, 2021). If it is established that two people freely desire to maintain a family relationship, it is sufficient to recognize such relations as a family relationship.

It can be considered that it is not the legislature but the courts that have performed the function of protection of the Constitution. Publicly available information shows that by mid-2023, 39 couples had established a family relationship (see Apollo, 2023). However, administrative courts can deal with the legal remedies of specific couples who apply to the court. The legal protection of others or of whole people was a matter which had to be decided by the legislature.

5. The amendment of normative acts of the Parliament in order of urgency, and the rights of minorities to request suspension of the proclamation of a law

Proposals to adopt a regulation of same-sex couples' partnerships had been on the agenda of the Parliament several times before the above-mentioned Constitutional Court judgment, but they had always been rejected. It should be explained here that in Latvia, in addition to a right to legislative initiative for voters (which stipulates that one-tenth of voters have the right to submit a fully developed bill to the Parliament), there is also the so-called collective submission procedure (see Chapter 5(3) of the Rules of Order of the *Saeima*), which stipulates that 10,000 Latvian citizens who have reached the age of 16 have the right to submit a collective submission, including in it a request to the Parliament. By collecting more than 10,000 signatures on the online initiative platform, several initiatives regarding registration of partnership were submitted. The Parliament rejected all of them, on the pretext that the existing legislation already allows different legal arrangements of relationships (meaning, for example, individuals' rights to issue power of attorney and make wills for inheritance) and stating that the registration of same-sex partnerships would be contrary to Article 110 of the Constitution (LSM.lv, 2020).

Rapid progress in the implementation of the institution of partnership took place in the autumn of 2023. Finding that there could be sufficient support for the regulation of partnership relations in the convocation of the relevant parliament, the Ministry of Justice developed a package of regulatory acts, submitting to the Parliament eight draft laws relating to the regulation of partnership (including proposing relevant amendments to the Notariate Law, the Law on Patients' Rights, the

Law on State Pensions, etc.) (see LSM.lv, October 2023). The draft laws provided that two adults will have the rights to legally strengthen their relationship, i.e. registering their partnership with a sworn notary, thus ensuring the legal, social and economic protection of these persons. It is interesting that the above-mentioned draft laws were even considered in the Parliament as a matter of urgency, i.e. adopted in two readings instead of three, as other laws usually are. The law stipulated that the amendments enter into force on 1 July 2024.

The opposition parties represented in the Parliament (approximately 30–40 members) did not support the regulation of this law, primarily expressing objections directly to the fact that same-sex persons will be able to register partnerships.⁵ The members of the opposition also expressed the opinion that the registration of partnerships of different sexes will reduce the interest of couples in getting married and thus will nullify the institution of marriage. Therefore, by implementing the procedures provided for in the Constitution, opposition parties tried to stop the entry into force of these laws and put the question of partnerships to a referendum (see LSM.lv, November 2023).

It should be explained that in Latvia, the Constitution provides two separate rights to the president of Latvia before the publication of a law, which can be used within ten days of its adoption. Firstly, the president may, in accordance with Article 71 of the Constitution, use the suspensive veto by returning the adopted law to the Parliament for reconsideration. Secondly, according to Article 72 of the Constitution, the president on his/her own initiative, or if one-third of the members of the Parliament so request, must suspend the publication of the adopted law. Thus, if such a request is submitted by one-third of the members of the Parliament, the president of the Republic has no right to refuse to fulfil his/her duty under the Constitution.

The right of one-third of the members of Parliament to request suspension of the publication of a law is a serious tool that opposition members of Parliament can use to influence the outcome of a particular law. If the publication of a law is suspended, the signatures of the electorate shall be collected in order to call a national referendum on the cancellation of the law. To hold a national referendum, the signatures of one-tenth of the electorate (around 154,241 signatures) must be collected. This means that the issue has to be important enough to make voters interested in going to sign; it has been possible to get the required number of votes only three times in the last 30 years. If the signatures are not collected, the law is published, but if they are, a national referendum is held. As stipulated in Article 74 of the Constitution, a suspended law is cancelled in a national referendum if the number of voters is at least half of the number of voters who participated in the last parliamentary elections and if a majority has voted in favour of cancelling the law. It means that the people exercise their absolute veto, as explained by the pro-monumental constitutional law scholar Dišlers (1929).

5 The Parliament of Latvia – the *Seima* – consists of 100 members.

After the president of the Republic of Latvia, Edgars Rinkēvičs, received the adopted law ‘Amendments to the Notariate Law’ for promulgation, on 9 November 2023 a request was received from 34 opposition members of Parliament to suspend the publication of the law. In accordance with the Constitution, the promulgation of the law was suspended (see Republic of Latvia, 13 November 2023). The collection of signatures took place between 7 December 2023 and 5 January 2024 (see Republic of Latvia, 16 November 2023). According to the information provided by the Central Election Commission, only 35,191 signatures were collected during this period, or 2.28% of the total number of people entitled to vote (see Central Election Committee of Latvia, 2024). Obviously, no referendum was therefore held, and the law was published.

Although in this case no national referendum was held, such a theoretical possibility raised the question of whether in such a case the people could decide on the issue on which the Constitutional Court had ruled and whether the people could theoretically have the right to override the Constitutional Court’s judgment. While no sociological studies are available on the reason why the necessary number of signatures was not collected, it is possible to assume that for the majority of people in Latvia this issue (the need to annul the law) is not topical, and it is accepted that there are different families in Latvian society that need to be equally protected. Notwithstanding the attempts of various political forces to block the law, Latvia has a legal framework to register partnership that is a major step forward in ensuring the protection of all families.

6. Regulation of partnership: Long-awaited amendments and the partnership registration procedure

As mentioned above, the regulation of partnership relations was finally adopted in Latvia in 2023 and entered into force on 1 July 2024. Earlier, in 2022, one unified bill was submitted to the Parliament, the Civil Union Law; it was planned in this law to determine almost all aspects regarding registration of partnerships, but the Parliament did not accept it. However, now the regulation of partnership is prescribed in eight different laws.

The most detailed regulation is included in the Notariate Law; it defines the subjects who have the right to register a partnership as well as prescribing the registration procedure and the cases of termination of partnership relations. Article 107(12) stipulates that a sworn notary will draw up a notarial deed on a partnership if two adult persons come to him/her together in person and certify that they have a close personal relationship, a common household and the intention to take care of it, as well as providing for and supporting each other. At the same time, the law emphasizes that partnership is not comparable to marriage (see Republic of Latvia, 2023, Amendments to the Notariate Law). People who are married, relatives in direct line, as well as brothers

and sisters, half-brothers and half-sisters will not be able to form a partnership (Article 107(13)). The partnership will end with the death of one person or if a court declares one of the persons to be dead, with the marriage of one or both persons, with the expression of the will of both persons to a notary or with a court judgment (Article 107(15)). A sworn notary will include information about the partnership in the Register of Natural Persons, thus the state and municipal authorities will be able to identify the persons who have registered or terminated the partnership. The notary prepares a notarial deed on establishing and terminating the partnership.

With the amendments to the Law on Patients' Rights, it is established that people in a partnership will have the right to make a decision on consenting to the other's treatment, the method used in the treatment or the refusal of it. In turn, amendments to the Law on State Pensions provide that the partner will have the right to obtain social guarantees, including, in the event of the death of the other partner, to receive the calculated pension amount that has not been paid out before the person's death. But the Law on Personal Income Tax provides relief for various transactions concluded by partners (for example, gifts, loans or property sales). At the same time, in order to exclude the risk of conflicts of interest, the Law on the Prevention of Conflicts of Interest in the Activities of Public Officials stipulates that a state official's partner will be subject to the same restrictions as the official's relatives, and the partnership will have to be indicated in the public official's declaration (see Article 1(16), 24).

Thus the aforementioned amendments adopted in 2023 have finally resulted in the implementation of the 2020 judgment of the Constitutional Court and are a significant step in the field of ensuring equal human rights for all people. Although, initially, organizations representing the interests of same-sex couples actively required the registration of partnerships in particular, the amendments adopted by the Parliament apply identically to partnerships of all persons (also to persons of different sexes), and thus all partnerships will receive the same protection and will be considered as equal families.

Conclusion

The road to partnership registration in Latvia has been long. Undoubtedly, the settlement of this issue was most directly stimulated by the 2020 judgment of the Constitutional Court, according to which the Court decided that 'family' in the Constitution means family in a broader sense, including that a family may also consist of two persons of the same sex, and emphasized that it means that Article 110 of the Constitution covers the state's positive obligation to protect and support every family, including a *de facto* family. Such an obligation to protect and support the families of same-sex partners also follows from the principle of human dignity and the right to

protection of private life. The aforementioned judgment of the Constitutional Court caused widespread criticism from the more conservative part of society.

However, in 2023, the political situation in the Parliament was suitable for execution of the judgment, and a package of laws which introduced the institution of partnership in Latvia was even adopted as a matter of urgency, granting the right to register both homosexual and heterosexual partnerships. The registration of the fact of partnership is entrusted to sworn notaries, who are equivalent to state officials in their duties. It is important to emphasize that the registration of a partnership does not provide the same rights as marriage. Registration of the fact of partnership is a good option for those couples who do not want to or cannot get married but still want to officially and legally confirm their relationship. Normative acts adopted in the field of partnership balance the rights of individuals (in the spheres of medical care, property rights and taxes) and their obligations (for example, establishing an obligation to comply with the requirements for prevention of conflicts of interest).

REFERENCES

- Apollo. (2023, 28 July). *Court recognizes around 40 families of same-sex couples in Latvia*. <https://www.apollo.lv/7823189/tiesa-latvija-atzist-ap-40-viendzimuma-paru-gimenes>
- Briede, J. (2022). Ģimene. *Jurista Vārds*, 7(1221). <https://m.juristavards.lv/doc/280639-gimene/>
- Central Election Committee of Latvia. (2024, 11 January). *The national referendum on the repeal of the suspended law 'Amendments to the Notariate Law' will not be held*. <https://www.cvk.lv/lv/jaunums/tautas-nobalsosana-par-aptureta-likuma-grozijumi-notariata-likuma-atcelšanu-netiks-rikota>
- Chen, A.Y., & Maduro, M.P. (2013). The judiciary and constitutional review. In M. Tushnet, T. Fleiner, & C. Saunders (Eds.), *The Routledge Handbook of Constitutional Law* (pp. XX–YY). Routledge.
- Constitutional Court of the Republic of Latvia. (1996, 5 June). Constitutional Court Law <https://www.satv.tiesa.gov.lv/en/2016/02/04/constitutional-court-law/>
- Dišlers, K. (1929). Suspensive veto of the President and absolute veto of the citizens in the Constitution of the Republic of Latvia. *Tieslietu ministrijas Vēstnesis*, 1(2), 14.
- Jansons, J. (2021). Any legal framework for family protection and support must be meaningful. *Jurista Vārds*, 24(1186).
- Judgment of the Administrative District Court Riga Court House of 31 May 2022 on the case of XXX, no. A420129622 (not published).
- Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 21 December 2009 on the case of XXX, no. 2009–43-01.
- Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 24 April 2014 on the case of XXX, no. 2013–12-01.
- Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 27 June 2016 on the case of XXX, no. 2015–22-01.
- Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 5 December 2019 on the case of XXX, no. 2019–01-01.

- Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 12 November 2020 on the case of XXX, no. 2019–33-01.
- Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 3 December 2020 on the case of XXX, no. 2020–16-01.
- Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 8 April 2021 on the case of XXX, no. 2020–43-03.
- Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 21 June 2021 on the case of XXX, no. 2020–41-0106.
- Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 28 June 2023 on the case of XXX, no. 2021–45-01.
- Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 5 October 2023 on the case of XXX, no. 2022–34-01.
- Judgment of the European Court of Human Rights of 17 January 2023 on case of *Fedotova and Others v. Russia*, application no. 40792/10.
- Judgment of the Senate of the Republic of Latvia, Department of Administrative Cases, case no. SKA-[B1]/2021. https://www.at.gov.lv/files/uploads/files/3_jaunumi/Par_tiesas_sedem/SKA-B1-2021.docx
- Jurista Vārds. (2005). Should the Constitution be amended. *Jurista Vārds*, 41(396). <https://juristavards.lv/doc/120230-vai-jagroza-satversme/>
- Jurista Vārds. (2020). On concerning trends in the enforcement of Constitutional Court judgments. *Jurista Vārds*, 42(1152).
- Jurista Vārds. (2022, 31 May). For the first time, a court grants an application by a same-sex couple recognizing the existence of a family relationship.
- Latvijas Vēstnesis. (2020, 29 October). *Transcript of the Parliament sitting of 29 October 2020*. <https://www.vestnesis.lv/op/2020/216.2>
- Libiņa-Egnere, I. (2021). Unresolved issues can lead to unclear legal situations. *Jurista Vārds*, 24(1186).
- LSM.lv. (2020, 29 October). *The Parliament rejects the citizens' initiative on the registration of same-sex partner relationships*. <https://www.lsm.lv/raksts/zinas/latvija/saeima-noraida-pilsonu-iniciativu-par-viendzimuma-partneru-attiecibu-registresanu.a379760/>
- LSM.lv. (2023, 31 October). *The Parliament committee is advancing the partnership framework for adoption already in the new week*. [https://www.lsm.lv/raksts/zinas/latvija/31\(10\).2023-saeimas-komisija-virza-partnerattiecibu-regulejumu-pienemsanai-jau-jaunnedel.a529796/](https://www.lsm.lv/raksts/zinas/latvija/31(10).2023-saeimas-komisija-virza-partnerattiecibu-regulejumu-pienemsanai-jau-jaunnedel.a529796/)
- LSM.lv. (2023, 9 November). *The Parliament adopts a partnership regulation for unmarried couples; The opposition will try to hold a referendum*. [https://www.lsm.lv/raksts/zinas/latvija/09\(11\).2023-saeima-pienem-nepreceto-paru-partneribas-regulejumu-opozicija-meginas-sarikot-referendumu.a530999/](https://www.lsm.lv/raksts/zinas/latvija/09(11).2023-saeima-pienem-nepreceto-paru-partneribas-regulejumu-opozicija-meginas-sarikot-referendumu.a530999/)
- Republic of Latvia. (1922, 15 February). The Constitution of the Republic of Latvia. <https://likumi.lv/ta/en/en/id/57980-the-constitution-of-the-republic-of-latvia>
- Republic of Latvia. (1937, 28 January). Civil Law. <https://likumi.lv/ta/en/en/id/225418-civil-law>

- Republic of Latvia. (2005, 15 December). Amendments to the Constitution of the Republic of Latvia. <https://likumi.lv/ta/id/124957-grozijums-latvijas-republikas-satversme>
- Republic of Latvia. (2021). Draft law amendment to the Constitution of the Republic of Latvia. (2021, 7 January). <https://titania.saeima.lv/LIVS13/saeimalivs13.nsf/0/6D9BD173B173103EC2258656003189DD>
- Republic of Latvia. (2022, 16 June). Amendments to the Labour Law. <https://likumi.lv/ta/id/333711-grozijumi-darba-likuma>
- Republic of Latvia. (2023, 9 November). Amendments to the Law on the Rights of Patients. <https://likumi.lv/ta/id/347548-grozijumi-pacientu-tiesibu-likuma>
- Republic of Latvia. (2023, 9 November). Amendments to the Notariate Law. <https://likumi.lv/ta/id/349238-grozijumi-notariata-likuma>
- Republic of Latvia. (2023, 13 November.) Announcement no. 18 of 13 November 2023 of the President of the Republic of Latvia on suspension of publication of the Law on Amendments to the Notariate Law. <https://www.vestnesis.lv/op/2023/220A.1>
- Republic of Latvia. (2023, 16 November). Decision no. 18 of the Central Election Commission of 16 November 2023 on the collection of signatures for the referendum on the law 'Amendments to the Notariate Law'. <https://m.likumi.lv/ta/id/347445-par-parakstu-vaksanu-tautas-nobalsanas-ierosinasanai-par-likumu-grozijumi-notariata-likuma>

Anna Sylwestrzak

University of Gdansk, Poland

anna.sylwestrzak@prawo.ug.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8346-1926>

Małgorzata Balwicka-Szczyrba

University of Gdansk, Poland

malgorzata.balwicka@prawo.ug.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7981-5602>

Marjolein van den Brink

Utrecht University, Netherlands

m.vandenBrink@uu.nl

<https://www.uu.nl/staff/MvandenBrink>

The Legal Position of Children of Same-Sex Parents in Poland and the Netherlands: A Discussion of Opposing Approaches

Abstract: This paper presents two different approaches to the regulation of legal parent–child relationships in the case of same-sex couples. The Polish legal framework can be qualified as traditional and grounded in hetero and cisnormativity. The Dutch family code is grounded in the same heteronormative approach but has evolved over the past decades into a more liberal and inclusive framework; however, its heteronormative foundation is still visible. Both case studies reflect the unruly character of everyday life, in which the legal regulation of family relations is continuously put to the test, resulting in exclusions and in particular vulnerable positions for children born into other than opposite-sex relationships. In Poland such situations do not just occur when same-sex couples decide to raise a family despite the absence of a protective legal framework; transgender parents who change their legal gender marker and Polish immigrants with foreign documents also present complex questions issues to the authorities. In the Netherlands the heteronormative foundation of family law is reflected in, for example, the fact that if a child was conceived with the semen of a known donor, only male married or registered partners of the woman who gives birth will automatically become the child's legal parent. The aim of this paper, which presents two case studies, is to provide an incentive for rethinking the current legal systems, so as to bet-

ter protect all children, regardless of their parents' sex or gender, and thus strengthen respect for and implementation of the rights of children born from same-sex relationships.¹

Keywords: cisnormativity, co-fatherhood, co-motherhood, family law, heteronormativity, same-sex couples

Introduction

The phenomenon of the formalization of same-sex parenting is a manifestation of the inclusivity or equality approach of some national jurisdictions, such as the Netherlands, to same-sex unions; they are increasingly seen as relationships that allow for family life just like different-sex partnerships. This inclusive approach to the legal parental status of same-sex couples is closely connected to the possibilities available to formalize such relationships through marriage or similar institutions such as civil partnerships. Especially but not exclusively western European countries are developing more inclusive legal frameworks. Indeed, in most of these countries, regulations allow the legalization of same-sex unions in one way or another.² Jurisdictions that additionally grant parental status to both partners in a same-sex union have come up with various solutions to solve issues related to the fact that as a rule, same-sex couples cannot conceive a child without the support of a third party; in same-sex marriages, there is no presumption that the child is descended from the mother's husband (Pawliczak, 2014, p. 318). For example, Belgian law has 'copy/pasted' the rules on fatherhood to co-mothers; this construction finds its origin in the joint parental project of the female couple (Swennen & Goossens, 2022, p. 54). In Ireland, on the other hand, co-motherhood can arise only in the case of the conception of a child through assisted reproductive technology. In all other cases the partner in a same-sex relationship in which the child is raised may only apply for legal guardianship (Harding, 2022, pp. 218–219).

In the next section the Dutch legal framework regarding the options for co-parents in same-sex unions is mapped out, followed by an overview of the state of play in Poland. Both sections first outline the regulation of intimate partner relationships, and then discuss the regulation of child–parent relationships. The article finishes with a brief conclusion.

1 A prognosticator of possible changes aimed at protecting children from same-sex relationships in Poland may be the submission in 2022 of a draft amendment to the Civil Status Records Act, at the initiative of the Ministry of Justice, the aim of which is to facilitate the documentation of the status of children who are Polish citizens whose foreign birth certificate indicates same-sex parents. However, this project has been criticized by doctrinal legal scholars (Wojewoda, 2022, pp. 273–274).

2 Models of same-sex relationships are classified into four groups: the marital model, the registered partnership model, the civil law contract model and the cohabitation model (Pilch, 2013, pp. 49–60).

1. Parenthood for same-sex couples in the Dutch legal system

Dutch law generally allows same-sex couples to establish legal parent–child relationships with their children. Legislative developments in the last three decades have aimed at equal treatment in this respect between couples of the same sex and of different sexes. However, some differences remain, related to marital status and to gender. The legal relationship between partners is one of the factors determining the various ways to establish a legal relationship between the (intended) parent and child.

Public and political debates on the possibility and desirability of same-sex marriage started in the early 1990s. It was sparked by a decision of the Dutch High Court which rejected the request of a same-sex couple to be allowed to marry (Judgment of the High Court of the Netherlands, 1990). Even though the text of the relevant provision on marriage did not explicitly exclude the possibility of same-sex marriage, the Court argued that marriage was primarily an institution to regulate family law relationships based on parentage.³ The Court observed that ‘marriage has traditionally been understood as a permanent bond between a man and a woman with a whole range of legal consequences that are partly connected to differences between the sexes’ regarding procreation. The inability of same-sex couples to procreate thus arguably can be understood to justify their exclusion from the institution of marriage. In his Advisory Opinion to the High Court, the Advocate General acknowledged that, apart from relationships with children as provided for by the law of descent, the lack of a possibility to marry did affect same-sex couples in many other respects as well, such as regarding shared property, inheritance, pension rights, tax law, etc. However, he considered that this would be for the legislature to regulate, as it went beyond the competence of the judiciary. The Court rejected the applicants’ argument that the difference in treatment between couples of the same and of different sexes amounted to discrimination in contravention of the equality principle, as protected in international human rights law, in particular Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

Subsequently, in 1998, the legal institution of registered partnerships was introduced (Government of the Netherlands 1997). Initially, such partnerships did not affect the parentage of children born within the relationship. However, since 2014 the institution of registered partnerships is very similar to marriage, the main difference being that in the case of divorce, only a court can officially end marriages, whereas a partnership can be dissolved without a judicial decision provided there are no underage children. The main aim of the introduction of this registered partnership option was to bring equal treatment of same – and different-sex couples closer and to offer same-sex couples the possibility to legally regulate their relationship, while leaving

3 Article 1(33) of the Dutch Civil Code (*Burgerlijk Wetboek*, BW) at the time read: ‘The man can only be married to a woman, the woman only with a man at the same time’ (translation mvdb).

out legal parenting and affiliation issues. Also, different-sex couples could, and still can, opt for a registered partnership instead of marriage.

A mere three years after the introduction of registered partnerships, the legislature took another step towards a more equal treatment of same-sex relationships. Rather than introducing a form of 'same-sex marriage', the existing provision of marriage was opened up for same-sex couples (Government of the Netherlands, 2001a), however excluding automatic legal consequences regarding children and succession (*afstammingsrechtelijke gevolgen*) (see e.g. Waaldijk, 2016, p. 241).⁴ Instead, automatic legal joint parental authority (*gezamenlijk gezag*) was granted regarding children born within the marriage of two women (Article 1(253)(sa) BW) (Government of the Netherlands, 2001b).

This legal framework was further expanded in 2014 by the so-called 'Duomoederwet' (Act on Dual Motherhood; Government of the Netherlands, 2013), which introduced three new modalities for legal motherhood, complementing the existing two, i.e. by giving birth (*mater semper certa est* rule) and by adoption.⁵ The first and most far-reaching of these new modalities was automatic legal motherhood for the married or registered partner of the birth mother (Article 1(198)(b) BW). This option, however, is restricted to children conceived with the semen of an 'anonymous' donor.⁶ In all other situations (provided there is no second legal parent), including in

4 The new provision (now Article 1(30) BW) reads 'A marriage can be concluded by two persons of different or the same sex' (translation mvdb).

5 The current Trans Act provides that parents will be fathers or mothers in accordance with their legal gender at the time of the birth of their child. However, because of the *mater semper certa est* rule, an exception is made in Article 1(28)(c) BW for trans men who give birth to a child. These fathers will legally be registered on their child's birth certificate as their mother. Compare Judgment of the ECtHR, April 2023; see also the UK case brought by Freddie McConnell (aka the *Seahorse* case) (Judgement of the UK Supreme Court, 2020). A change in the *Besluit van 28 november 2022 tot wijziging van het Besluit burgerlijke stand 1994 in verband met de aanduiding van het ouderschap van de persoon uit wie het kind is geboren in de akten van de burgerlijke stand en de latere vermeldingen daarbij* (a decree regarding birth registrations) enables trans men who gave birth to a child after 1 March 2023 to register as 'parent' rather than as mother (Government of the Netherlands, 2022).

6 The *Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting* provides that specific information on the donor, including personal data such as name and date of birth, must be collected and archived, to give children the possibility of finding out their genetic affiliation later in life. The law entered into force on 1 June 2004. A curious situation caused by evolving legislation was presented to the District Court of Zwolle-Lelystad (2010); two women had had two children together using an anonymous donor. The co-mother at the time had been appointed as co-guardian; the appointment of a co-guardian was prescribed by law in case of single motherhood (regardless of the sexual orientation of the mother). However, the institution of co-guardian was discontinued in 1995, thus leaving the co-mother without a legal relationship with the children. In 1999 the mother and co-mother entered into a registered partnership and the co-mother was granted joint custody. The mothers and their children assumed that this established legal family ties between them. This turned out to be mistaken, as they discovered when one of the children wanted to marry. This led the co-mother

the case of a known donor, the co-mother may opt for recognition of the child (Article 1(198)(c) BW). For the recognition of children under 16, the consent of the legal parent – in this case the birth mother – is required (Article 1(204)(1)(c) BW). If the mother does not consent, the donor may ask the court for substitute authorization, on condition of a personal relationship between him and the child, which will be granted unless this would negatively impact the mother–child relationship or harm the child’s development. If the donor actually fathered the child, the requirement of a personal relationship does not need to be fulfilled (Article 1(204)(3) BW).

In cases of adoption (Article 1(227)(3) BW), a more stringent test applies. Adoption by a co-mother will only be granted if ‘nothing is to be expected from the donor’. A case decided by the Dutch High Court illustrates the application of this criterion. In this case a donor successfully objected to the request of a co-mother to adopt the child that had been born in the marriage with her female partner (Judgment of the High Court of the Netherlands, 2006). The two mothers made use of the semen of a known donor. At his request, the two mothers had granted the donor the possibility to visit their child for a few hours every three weeks in their home. The Court regarded this (minimal) arrangement as ‘family life’ in the sense of Article 8 of the European Convention on Human Rights. It noted, moreover, that the donor was eager to play a more important role in the child’s life and was only prevented in this by the opposition of the two mothers. On this basis, the High Court concluded that the criterion that ‘nothing is to be expected any longer from the donor as a parent’ was not fulfilled and therefore rejected the co-mother’s request to adopt the child.

The third new path to maternity status is by way of judicial determination of parenthood (Article 1(198)(d) BW). This latter option is very similar to the possibility that already exists for mothers and children to ask a court for the judicial determination of the paternity of the biological father. The criterion for the judicial determination of legal motherhood for a co-mother is whether she, as the birth mother’s ‘life companion’ (*levensgezel*), consented to the conception of the child (Article 1(207)(1) BW). This provision was applied prior to, and anticipating, its entry into force in the case of a married female couple, one of whom was a trans woman with whose semen the child had been conceived (Judgment of the District Court of Noord-Holland, 2014). Because she had changed her legal gender by the time of the birth, and because the couple could obviously not submit an ‘anonymous donor certificate’ (see above), the trans co-mother could not automatically become the child’s legal co-mother. The court decided that the best interest of the child required the court to determine the legal parenthood of the co-mother, also in light

to request the court give permission for her to adopt her children, although by then, the children were adults so the request did not fulfil the under-age requirement for adoption of Article 1(228) (1)(a) BW. The court nevertheless granted the request for adoption because the situation was so exceptional.

of her biological connection to the child, despite the fact that this provision had at the time not yet entered into force. A similar case was decided along the same lines, albeit that Article 1(207) BW had entered into force by then (Judgment of the District Court of Den Haag, 2018). The criterion of consent to the conception of a child was discussed in a little more detail in a decision of the High Court in 2024; in this case the relationship between the birth mother and the (former) co-mother had only started after the birth mother's decision to try to get pregnant and after she had started an IVF trajectory. The co-mother's request was denied.

The Duomoederwet significantly strengthened the equal treatment between female same-sex and different-sex couples regarding their children. However, a major difference remained, i.e. the fact that the husband of the birth mother automatically becomes the legal parent of the child, whereas the wife of the birth mother will only become the legal parent upon the presentation of an official certificate that the child was conceived with the help of an 'anonymous' donor when the birth is officially registered at the municipality. In a number of cases courts have granted legal motherhood to a co-mother as a consenting (former) life partner (*vervangende toestemming*) against the will of the birth mother (Judgment of the District Court of Noord-Holland, 2017; Judgment of the District Court of Overijssel, 2022).

The situation of co-fathers differs from that of co-mothers, which can be traced back to the fact that in a male couple's relationship, no children are usually born. Fatherhood can be obtained in four different ways (Article 1(199) BW). The husband or registered partner of the birth mother will automatically become the legal father of the child; this has long been the most common route to fatherhood. Other than that, men can recognize or adopt a child, or a court can also determine paternity. An important difference between recognition and court determination of paternity is that the legal consequences of the latter have a retroactive effect until the moment of birth, whereas the former does not.

As discussed above, Article 1(207) BW applies to the man who has fathered a child (the begetter) or the consenting life partner of the birth mother, who may also be male. The decisive criterion is that the consenting life partner has 'consented to an act that may have led to the conception of the child'. Such acts may also regard surrogacy arrangements; such arrangements, including international ones, are allowed in the Netherlands. In 2023 a bill was introduced to enable surrogacy provided that at least one of the intending parents is also genetically related to the child; this bill is still pending (The Minister for Legal Protection and the Minister of Education, Culture and Science, 2023).

Most of the published legal decisions regarding legal fatherhood concern international surrogacy arrangements, originating from the United States and often involving so-called high-tech IVF arrangements. Often, one of the intending fathers will also be the biological father of the child. The intending parents in these surrogacy cases have generally concluded extensive and carefully drafted surrogacy agreements,

including sometimes with the egg donor. Dutch courts have to decide whether the documents issued by US courts establishing the legal parent–child relationships between the child and one or both fathers can be recognized by operation of law (*van rechtswege*) in the Netherlands (e.g. Judgment of the District Court of Den Haag, 2022).

An important step towards a more equal treatment of men regarding legal parenthood was taken in 2009, when intercountry adoption became possible for same-sex couples. An important precondition for this arrangement is that the child's country of origin allows such same-sex couple adoption. In a case regarding adoption from the US, advance permission (*beginseltoestemming*) to adopt had been granted to only one of the two intending fathers, because the couple was not married, nor were they in a registered partnership. The court observed that the second father should also be enabled to adopt the child, to avoid unequal treatment compared to the couple's other children and because the couple fulfilled all other conditions for the requested adoption (Judgment of the District Court of Amsterdam, 2016). It is noteworthy that in May 2024, the government announced its intention to put an end to intercountry adoption practices, given the many instances of abuse and exploitation in countries of origin that have come to light over the years (Rijksoverheid, 2024).

The criterion that for a co-parent to adopt, 'nothing is to be expected from [them] as a parent', as mentioned above, also applies to surrogate mothers. In the published case law, a waiver by the surrogate mother, and sometimes by her husband, is generally accepted to fulfil this criterion (e.g. Judgment of the District Court of Noord-Holland, 2022).

2. The Polish legal system as an example of the traditional concept of parenthood

The traditional model of parenthood in the Polish legal system is an element of the traditional model of regulating family law relations, the basis of which can only be marriage, kinship and adoption. The exclusivity of marriage as being for an opposite-sex couple and being the only permissible form of legalizing the cohabitation of persons to create a family is seen in Article 18 of the Constitution of the Republic of Poland, which defines this bond as the union of a man and a woman. Several attempts to introduce civil unions in Poland have failed (Łączkowska, 2013). In the public debates on these initiatives, the prevailing conviction is that providing same-sex couples with legal options that are equal or almost equal to marriage would violate the Polish Constitution (among others, see Nazar, 1997, p. 109). Moreover, it is widely held that as it is incapable of realizing the procreative function, a same-sex relationship finds no basis in nature (Smyczyński, 2013, pp. 75–82). It has been argued that maintaining the status quo does not constitute discrimination against

same-sex unions, since heterosexual and homosexual relationships are so different that they cannot be compared (Mostowik, 2013, p. 212).

However, it must be noted that on 12 December 2023, the European Court of Human Rights found that the Polish failure to offer any form of legal recognition and protection for same-sex couples constitutes a violation of the Convention which must be addressed (Judgment of the European Court of Human Rights, December 2023). It should also be noted that the Polish Constitutional Tribunal has in recent years discontinued complaints concerning the lack of regulation of same-sex unions (for example, the Judgment of the Constitutional Tribunal, 2021) because it recognized that the construction of marriage as a heterosexual union is a fully conscious and deliberate decision of the legislature and that only the legislature has the power to change this state of affairs. Thus, as noted in the doctrine, the Constitutional Tribunal did not exclude the possibility of introducing in Poland a type of union dedicated to same-sex couples other than marriage (Muszyński, 2023).

Turning to the analysis of Polish law in the context of parenthood, it should be noted that Polish law, just like in the Netherlands, is grounded in the presumption of biological parenthood. The person giving birth is the mother (Article 61(9) of the Family and Guardianship Code) and the father is the person with whose semen the child was conceived, the presumption being that the mother's husband is the biological father. Other ways for men to become fathers are by acknowledgement of paternity or by judicial determination. Men and women may also adopt (see below). Thus there is no doubt that the legislature's intention was not to create same-sex parenthood. As a consequence of the traditional approach to parenthood, surrogacy contracts are not allowed; any kind of contract or agreement for this purpose would be invalid as violating the law and the rules of social intercourse (Article 58 of the Civil Code) (Wilk, 2020).

However, same-sex parenthood occurs in Poland as a social phenomenon (Oronowicz & Modzelewski, 2016) in cases where the status of parent (mother or father) is granted to only one of the parties in a same-sex relationship. Such a situation occurs when a single parent subsequently enters into a same-sex relationship in which the child is raised, or when the parties in a same-sex relationship decide to parent with a third party and the child is raised from the beginning by the same-sex couple. Sometimes dual-national same-sex couples formalize their parental status abroad, in a foreign legal system. Such documents may not be recognized in Poland, resulting in a so-called 'limping status.' This issue will be discussed in more detail in the next section.

Adoption of a child by a same-sex couple is not permissible in Poland. Indeed, a child can be adopted either by a married couple, which by definition is an opposite-sex couple (joint adoption), or by only one person (single adoption). This restriction is justified by the desire to create an optimal educational environment for the child to learn about the different social roles of men and women, which will enable the

child to establish a family of their own in the future (Sokołowski, 2013, pp. 114–115). However, the possibility of single-parent adoption creates a gateway to the adoption of a child by a gay person and thus to gay legal parenthood. In adoption proceedings, sexual orientation may be considered by the court as an obstacle to the adoption due to the law's preferred family model. Therefore this fact may be concealed by the petitioner, leading to the placement of a child in a fostering environment created by a same-sex couple (Gajda, 2013, p. 121).

To complete the picture of the traditional model of parenthood in Poland, mention should also be made of the Act of 25 June 2015 on the treatment of infertility, which allows the use of medically assisted procreation methods only for married couples and heterosexual couples in cohabitation, thereby excluding both single people and those living in homosexual relationships. The law's restrictions are justified with reference to the welfare of the child, which is considered more important than the desire for parenthood felt by those 'unable to provide the child with a proper nurturing environment' (see Grabinski & Haberko, 2011).

Despite the legislature's purpose to withhold legal parental status from gay parents, this may also occur as a result of a change of the legal gender marker of one of the parents after the birth of their child. It has been noted in literature that Polish law is completely unprepared for cases in which a parent remains in a family relationship, such as with a minor child, after changing their legal gender. Differently from the Netherlands, where, as discussed above, it is explicitly provided for by law, in Poland it is unclear whether such a change affects the parental status of this person as either mother or father. If, in spite of the change, the parental status is to be maintained, the person who is legally male would still be the child's mother, or vice versa. If, on the other hand, the parental status changes with the legal gender marker, the child will have two fathers or two mothers as a consequence, which is also the way the parents will be perceived in everyday life.⁷ In this area, it would be desirable to intervene in legislation, which should protect the interests of parents and children in such a way that the change of the parent's gender does not violate the child's right to be brought up by both parents, including the loss of parental authority by the parent. For a long time, there has been a call for the introduction of comprehensive regulation in this area (Boratyńska, 2015, pp. 78–83; Rozental, 1991, pp. 70–71). The European Court of Human Rights has so far considered this issue to fall within states' margin of appreciation (see Judgment of the ECtHR, April 2023).

A significant problem in the Polish legal system is the practice of the heads of the registry office to refuse to transcribe foreign birth certificates of children of a same-sex couple. This has significant consequences for children, since it prevents

7 According to Article 10(2) of the draft law of 10 September 2015 on gender reconciliation, a legal change of gender would not affect the relationship between an applicant and his / her biological children. However, this law was vetoed by the president and did not enter into force.

them from being issued with a passport or identity card (see Judgment of the Supreme Administrative Court, 2019; Judgment of the Supreme Administrative Court, 2020; Resolution (7) of the Supreme Administrative Court, 2019; compare Judgment of the Supreme Administrative Court, 2018; Judgment of the Provincial Administrative Court in Poznań, 2018). The legitimacy of this administrative practice is generally accepted in legal doctrine (see Kasprzyk, 2019, pp. 311–312; Mostowik, 2019; Wojewoda, 2017, p. 146), although, exceptionally, one can find dissenting voices (see Zachariasiewicz, 2019).

Article 107(3) of the Law on Civil Status Records, in conjunction with Article 7 of the Private International Law, is cited as the basis for the refusal to transcribe the birth certificate of a child with same-sex parents. It follows from the Law on Civil Status Records that a civil status record must be refused if the transcription would be contrary to the fundamental principles of the legal order of the Republic of Poland. A similar clause of compliance with the fundamental principles of public policy is contained in Article 7 of the Private International Law, which states that foreign law shall not be applied if its application would have effects contrary to the fundamental principles of the legal order of the Republic of Poland (for more, see Balwicka-Szczyrba et al., 2023, pp. 6–7).

Legal scholars emphasize in particular that compliance with the Polish legal order should be understood in a broad sense as compliance with both constitutional principles and the principles governing individual areas of law, especially civil, family, labour and procedural law (cf. judgment of the Supreme Court, 1978). Inconsistencies may arise with the provisions of the Family and Guardianship Code; for example, its Article 61 provides that the mother is the woman who gave birth to the child. A co-mother thus does not fit the system. In turn, Polish paternity regulations place a man in this role (see Balwicka-Szczyrba et al., 2023, p. 8), which makes it impossible to grant this status to a woman.

The practice indicated above does not seem to adequately protect the interests of a child with same-sex parents, and thus violates not only Polish but also European and international standards. First of all, the principle of protecting children's rights is well-established in Polish law; it is expressed in Article 72 of the Constitution, which emphasizes that Poland ensures the protection of children's rights and that everyone has the right to demand that public authorities protect a child against violence, cruelty, exploitation and demoralization. It is also worth recalling Article 2 of the Convention on the Rights of the Child: state parties, including Poland, have the obligation to protect children against discrimination based on their own or their parents' characteristics or status. Article 3 provides that the child's best interest must always be a primary consideration.

The refusal to transcribe the civil status records of a child of a same-sex couple may also violate the freedom of movement of European Union citizens (see Judgments of the CJEU, 2021 and 2022); this case law is discussed by Tracz (2023, pp. 54–55). In

December 2023 the European Parliament adopted the EU Commission's proposal to regulate the recognition of decisions and documents in matters of parenthood, with 366 votes in favour, 145 against and 23 abstentions, underscoring the importance of taking legislative action (European Parliament, 2023). In Poland, the bill of 9 May 2022 amending the Act on the Family and Guardianship Code and some other acts addresses the issue of civil status certificates. In light of the critique of this bill as not meeting basic international and European standards (see the project, and expert opinions, on it, Rządowe Centrum Legislacji (n.d.)), it is expected that the debate about the regulation of civil status documents of children from same-sex unions will continue for a while.

As has been proposed elsewhere (see Balwicka-Szczyrba et al., 2023, p. 12), there seem to be four possible ways forward for the Polish legislature. First, despite the impossibility of having a birth certificate transcribed, an exception could be introduced for Polish citizens that would enable them to obtain an identity document and a Universal Electronic Population Registration System number. A second option could be to transcribe only the parts of a foreign civil status record that are permissible under Polish law, while the data that is inadmissible in the domestic system would be subject to replacement with so-called obscuring data (i.e. a fictitious father's data). A third way to exclude inadmissible data from transcription would be to leave those spaces blank. Finally, the principle of full transcription of a foreign birth certificate could be introduced, whereby the content of the foreign certificate would be fully reflected in the Polish birth certificate by including both same-sex parents. Each of the indicated avenues of legislative change is worthy of further debate. In comparison, in the Netherlands the transcription of foreign certificates will not generally present a problem, provided the documents are found to be legally valid. However, just like in Poland, issues may still arise in cases where a situation is regarded as contravening public order. If, for example, a child with three legal parents would require registration, the request is – at least currently – likely to be refused both for principled public-order arguments as well as for practical reasons, because the relevant form only provides space for two parents.

Conclusions

Legal regulation of same-sex unions varies widely between countries. This article has presented two different approaches: a traditional one, exemplified by Polish law, and a more inclusive one, exemplified by Dutch legislation. Both jurisdictions are rooted in the hetero and cisnormative notion of the traditional family as consisting of a father, a mother and one or more children. The main difference between the two jurisdictions as they currently are is that the Dutch legislature has been modifying the law for over three decades in order to accommodate same-sex couples and

their families. This legislative change is grounded in the growing conviction that same-sex couples may be just as good (or bad) for any children growing up with them as opposite-sex couples or single parents. International human rights law has contributed to this development.

On the other hand, the existing legal framework in Poland is rooted in the conviction that an optimal environment for upbringing can only be provided by opposite-sex parents, and therefore, unlike in the Netherlands, neither adoption nor medically assisted procreation procedures are accessible for same-sex couples. As already mentioned, current Polish laws affect the rights and interests of children growing up with same-sex parents in many aspects, and this article addresses only some of them. First, there is a lack of regulation of children's relationships with a parent who has undergone gender reassignment. Second, and unfavourable to children, is the practice of refusing to transcribe foreign birth certificates indicating same-sex parentage. In this area, statutory changes are recommended to allow such transcription, with a clause of compliance with the principles of Polish public policy. The four possible legislative avenues proposed in this area may provide a good starting point for further debate on this important issue. It should be strongly emphasized that a child from a same-sex union whose foreign birth certificate is to be transcribed should have the right to receive an identity document or passport in Poland on an equal footing with other children.

REFERENCES

- Balwicka-Szczyrba, M., Sylwestrzak, A., & Mielewczyk, D.D. (2023). Transcription of foreign civil status documents of children of same-sex parents in Polish law. *Papers di Diritto Europeo*, Special Issue, 1–14.
- Boratyńska, M. (2015). Ustawa o uzgodnieniu płci a przygody transseksualistów w próżni legislacyjnej. *Prawo i Medycyna*, 3, 53–83.
- European Parliament. (2023, 14 December). Legislative Resolution on the Proposal for a Council Regulation on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition of Decisions and Acceptance of Authentic Instruments in Matters of Parenthood and on the Creation of a European Certificate of Parenthood (COM(2022)0695, C9–0002/2023, 2022/0402(CNS)).
- Gajda, J. (2013). 'Adopcja' przez pary homoseksualne. Aspekty prawne. In M. Andrzejewski (Ed.), *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych* (pp. 117–126). TNOiK – Dom Organizatora.
- Government of the Netherlands. (1997). Wet van 17 december 1997 tot aanpassing van wetgeving aan de invoering van het geregistreerd partnerschap in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (Aanpassingswet geregistreerd partnerschap). Staatsblad, 660.
- Government of the Netherlands. (2001b). Wet van 4 oktober 2001 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het gezamenlijk gezag van rechtswege bij geboorte tijdens een geregistreerd partnerschap. Staatsblad, 468.

- Government of the Netherlands. (2001a). Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht (Wet openstelling huwelijk), 1 April 2001. Staatsblad, 9.
- Government of the Netherlands. (2002). Wet van 25 april 2002, houdende regels voor de bewaring, het beheer en de verstrekking van gegevens van donoren bij kunstmatige donorbevruchting (Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting). Staatsblad, 240.
- Government of the Netherlands. (2013). Wet van 25 November 2013 tot wijziging van Boek 1 Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie. Staatsblad, 480.
- Government of the Netherlands. (2022). Besluit van 28 november 2022 tot wijziging van het Besluit burgerlijke stand 1994 in verband met de aanduiding van het ouderschap van de persoon uit wie het kind is geboren in de akten van de burgerlijke stand en de latere vermeldingen daarbij. Staatsblad, 484.
- Grabinski, A., & Haberko, J. (2011). Dobro dziecka a stosowanie procedur wspomaganey medycynie prokreacji w prawie francuskim i prawie polskim. *Studia Prawnicze*, 1, 33–60.
- Harding, M. (2022). LGBT+ family rights in Ireland. In R. Fretwell Wilson & J. Carbone (Eds.), *International survey of family law* (pp. 205–226). Intersentia.
- Judgment of the CJEU of 14 December 2021 on the case of V.M.A. v Stolichna obshtina, rayon ‘Pancharevo’, C-490/20.
- Judgment of the CJEU of 24 June 2022 on the case of Rzecznik Praw Obywatelskich C-2/21.
- Judgment of the Constitutional Tribunal of 1 July 2021 on the case regarding admissibility of marriage for persons of the same sex, SK 15/17. <https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/postanowienia/art/11653>
- Judgment of the District Court of Amsterdam of 1 June 2016 on the case regarding the recognition of a foreign adoption, ECLI:NL:RBAMS:2016:3272.
- Judgment of the District Court of Den Haag of 12 February 2018 on the case regarding the judicial determination of parenthood, ECLI:NL:RBDHA:2018:1731.
- Judgment of the District Court of Den Haag of 18 October 2022 on the case regarding surrogacy, ECLI:NL:RBDHA:2022:10741.
- Judgment of the District Court of Noord-Holland of 26 February 2014 on the case regarding the determination of parenthood and adoption, ECLI:NL:RBNHO:2014:1900.
- Judgment of the District Court of Noord-Holland of 12 July 2017 on the case regarding substitute approval for recognition, ECLI:NL:RBNHO:2017:5743.
- Judgment of the District Court of Noord-Holland of 25 March 2022 on the case regarding single-parent adoption, ECLI:NL:RBNHO:2022:2599.
- Judgment of the District Court of Overijssel of 3 February 2022 on the case regarding substitute approval for recognition by female partner, ECLI:NL:NL:RBOVE:2022:357.
- Judgment of the District Court of Zwolle-Lelystad of 22 June 2010 on the case regarding the adoption of adult children, ECLI:NL:RBZLY:2010:BM8664.
- Judgment of the European Court of Human Rights of 4 April 2023 on the case of *O. H. and G. H. v. Germany*, nos. 53568/18 and 54941/18.

- Judgment of the European Court of Human Rights of 12 December 2023 on the case of *Przybyszewska and Others v. Poland*, nos. 11454/17 and 9 others.
- Judgment of the High Court of the Netherlands of 19 October 1990 on the case regarding marriage between two people of the same sex, ECLI:NL:HR:1990:AD1260.
- Judgment of the High Court of the Netherlands of 21 April 2006 on the case regarding step-parent adoption and family life of the biological father, ECLI:NL:HR:2006:AU9726.
- Judgment of the High Court of the Netherlands of 2 February 2024 on the case on recognition by co-mother, ECLI:NL:HR:2024:148.
- Judgment of the Provincial Administrative Court in Poznań of 5 April 2018 on the case regarding violation of children's rights by refusing to transcribe the birth certificate, LEX no. 2478177.
- Judgment of the Supreme Administrative Court of 10 October 2018 on the case regarding inadmissibility of refusing to transcribe the child's birth certificate, II OSK 2552/16, LEX no. 2586953.
- Judgment of the Supreme Administrative Court of 17 April 2019, on the case regarding the need of a resolution on the admissibility of transcription of the birth certificate, II OSK 1330/17, LEX no. 2681568.
- Judgment of the Supreme Administrative Court of 11 February 2020 on the case regarding inadmissibility of transcription of a birth certificate in which persons of the same sex are indicated as parents, II OSK 1330/17, LEX no. 3053191.
- Judgment of the Supreme Court of Poland of 21 April 1978, on the case regarding basic principles of the Polish legal order, IV CR 65/78, Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izna Cywilna, 1979 no. 1, position 12.
- Judgment of the UK Supreme Court of 29 April 2020 on the case of *Freddie McConnell*, case nos. C1/2019/2730 & C1/2019/2767.
- Kasprzyk, P. (2019). In P. Kasprzyk (Ed.), *Podręcznik urzędnika stanu cywilnego, Obrót prawny z zagranicą w zakresie rejestracji stanu cywilnego* (Vol. 2) (pp. 311–312). Fundacja Instytut Naukowy im. Prof. Józefa Litwina.
- Łączkowska, M. (2013). Charakter prawny rejestrowanego związku partnerskiego w świetle polskich projektów regulacji. In M. Andrzejewski (Ed.), *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych* (pp. 171–208). TNOiK – Dom Organizatora.
- Mostowik, M. (2013). Brak 'strasburskiego' bądź 'brukselskiego' obowiązku instytucjonalizacji pożycia osób tej samej płci oraz regulacji związku partnerskiego kobiety i mężczyzny. In M. Andrzejewski (Ed.), *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych* (pp. 209–242). TNOiK – Dom Organizatora.
- Mostowik, P. (2019). O żądaniu wpisu w polskim rejestrze stanu cywilnego zagranicznej fikcji prawnej pochodzenia dziecka od 'rodziców jednopłciowych'. *Forum Prawnicze*, 3, 24–27.
- Muszyński, M. (2023). *Co załatwił środowisku LGBT polski trybunał*. <https://www.rp.pl/opinie-prawne/art37823941-mariusz-muszynski-co-zalatwil-srodowisku-lgbt-polski-trybunał>
- Nazar, M. (1997). Niektóre zagadnienia małżeństwa i rodziny w świetle unormowań Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997. *Rejent*, 5, 100–125.
- Oronowicz, W., & Modzelewski, P. (2016). Wychowywanie dzieci przez pary homoseksualne. *Czasopismo Pedagogiczne*, 2, 62–72.

- Parliament of Poland (1964). Kodeks rodzinny i opiekuńczy of 25.02.1964 r (the consolidated text: Dziennik Ustaw of 29.12.2023 position. 1359).
- Parliament of Poland (2015). Ustawa o leczeniu niepłodności of 25.06.2015 (consolidated text: Dziennik Ustaw of 16.03.2020, position 442).
- Pawliczak, J. (2014). *Zarejestrowany związek partnerski a małżeństwo*. Wolters Kluwer.
- Pilch, P. (2013). Instytucjonalizacja związków partnerskich w Europie – kilka uwag o historii zjawiska, modelach obowiązujących regulacji oraz Unii Europejskiej. In M. Andrzejewski (Ed.), *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych* (pp. 49–70). TNOiK – Dom Organizatora.
- Resolution (7) of the Supreme Administrative Court of 2 December 2019, on the case regarding inadmissibility of transcription of a birth certificate in which persons of the same sex are indicated as parents, II OPS 1/19, ONSAiWSA 2020 no. 2, position 11.
- Rijksoverheid. (2024, 21 May). *Per direct geen nieuwe interlandelijke adopties*. <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2024/05/21/per-direct-geen-nieuwe-interlandelijke-adopties>
- Rozental, K. (1991). O zmianie płci metrykalnej de lege ferenda. *Państwo i Prawo*, 10, 68–73.
- Rządowe Centrum Legislacji. (n.d.). *Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw*. <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12359960/katalog/12881518>
- Smyczyński, T. (2013). Małżeństwo-konkubinat-związek partnerski. In M. Andrzejewski (Ed.), *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych* (pp. 71–82). TNOiK – Dom Organizatora.
- Sokołowski, T. (2013). Dobro dziecka wobec rzekomego prawa do adopcji. In M. Andrzejewski (Ed.), *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych* (pp. 114–115). TNOiK – Dom Organizatora.
- Swennen, F., & Goossens, F. (2022). What is a parent? Answers and questions. In R. Fretwell Wilson & J. Carbone (Eds.), *International survey of family law* (pp. 47–63). Intersentia.
- The Minister for Legal Protection and the Minister for Education, Culture and Science (2023). Voorstel van Wet, Wijziging van Boek 1 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de introductie van onder meer een regeling voor draagmoederschap en de versterking van het recht van het kind op afstammingsinformatie (Wet kind, draagmoederschap en afstamming), Kamerstukken II, 2022–23, 36 390, no. 2.
- Tracz, K. (2023). Transkrypcja aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych. Rozważania de lege lata i de lege ferenda fundamentali. *Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne*, 44, 47–63.
- Waldijk, K. (2016). Vijftien jaar openstelling huwelijk. Naar een huwelijksrecht ongeacht gerichtheid en geslacht. *Ars Aequi*, Vol. 65, Iss. 4, 237–246.
- Wilk, A. (2020). Macierzyństwo zastępcze w Polsce – dozwolone czy zakazane? *Radca Prawny*, 1, 219–236.
- Wojewoda, M. (2017). Małżeństwa jedнопłciowe i związki partnerskie w polskim rejestrze stanu cywilnego? *Studia prawno-ekonomiczne*, 103, 146.

Wojewoda, M. (2022). Rodzicielstwo osób tej samej płci w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej – glosa do wyroku z dnia 14.12.2021 w sprawie C-490/20. *Białystok Legal Studies*, 27(3), 259–275.

Zachariasiewicz, M. (2019). Transkrypcja aktów urodzenia dzieci par jednopłciowych, *Studia prawno-ekonomiczne*, 111, 157–168.

Katarzyna Bagan-Kurluta

Uniwersytet w Białymstoku, Polska

bagan-kurluta@uwb.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8551-6214>

Wyrok w sprawie Przybyszewska i inni przeciwko Polsce na tle orzecznictwa ETPCz w sprawach związków par jednopłciowych

The Judgment in the Case of *Przybyszewska and Others v. Poland* against the Background of the ECtHR's Jurisprudence in Cases of Same-Sex Couples

Abstract: On 12 December 2023, the European Court of Human Rights issued a judgment ordering Poland to institutionalize relationships between same-sex couples. This judgment was a consequence of a well-established line of jurisprudence and the application of the evolutionary doctrine of interpretation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as a living instrument. The judgment in *Przybyszewska and Others v. Poland* is the first in this matter issued in relation to Poland, and the next in which the court's line of jurisprudence on the issue of same-sex couples has been defined. It is an important signal for such couples in Poland and indicates the existence of a general Strasbourg standard developed in recent years. In the judgment issued in relation to Poland, the European Court of Human Rights explicitly stated that the current legal status in the country in relation to same-sex couples does not meet the Strasbourg minimum specified in Article 8 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. It took the European Court of Human Rights three decades to extend protection to cohabiting couples under the right to family life, and another three to adopt the obligation to legally recognize and protect same-sex unions. The ECtHR judgment in *Przybyszewska and Others v. Poland* is a milestone in Polish family law, although some see it rather as a stone that broke the framework of the traditional family protection system.

Keywords: European Court of Human Rights, marriage, same-sex couples

Słowa kluczowe: Europejski Trybunał Praw Człowieka, małżeństwo, pary jednopłciowe

Wprowadzenie

Trzy dekady zajęło Europejskiemu Trybunałowi Praw Człowieka objęcie ochroną konkubinatów w ramach prawa do życia rodzinnego, kolejne trzy – przyjęcie powinności prawnego uznania i ochrony związków jednopłciowych. Wyrok ETPCz z 12/12/2023 r. Przybyszewska i inni przeciwko Polsce stanowi kamień milowy w polskim prawie rodzinnym, choć niektórzy postrzegają go raczej jako kamień, którym rozbito ramy tradycyjnego systemu ochrony rodziny.

1. Małżeństwo, konkubinaty, związek partnerski

Punktem wyjścia do rozważań na temat związków partnerskich jest instytucja małżeństwa, chroniona art. 18 Konstytucji (małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej) oraz stanowiąca trzon regulacji kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (KRO zaczyna się od przepisu dotyczącego zawarcia małżeństwa, przepisy dotyczące pokrewieństwa znajdują się w jego dalszej części, tak jak dotyczące pochodzenia dzieci od rodziców, kodeks nie zawiera definicji rodziny ani definicji małżeństwa). Wynika z tego, że to od małżeństwa zaczyna się rodzina, a podniesienie instytucji małżeństwa do rangi wartości chronionej konstytucyjnie wyłącza możliwość uregulowania innych związków. Pierwsze twierdzenie jest po części prawdziwe, jednak w rzeczywistości pozakodeksowej istnieją i funkcjonują pary, które nie łączy małżeństwo. Co do drugiego z twierdzeń, w doktrynie od lat istnieje dwugłos (Bagan-Kurluta, 2017, s. 23–39), zgodnie z którym argument ten jest tylko jednym ze stanowisk, nie zaś jedynym słusznym.

Model małżeństwa stanowi uniwersalny wzorzec najbardziej intensywnego związku łączącego tradycyjnie: dwie (nie więcej i nie mniej) osoby (a nie inne byty) odmiennych płci (dwóch). Ten model został ukształtowany ewolucyjnie, aby w efekcie najlepiej służyć potrzebom społecznym – małżeństwo stało się podstawową komórką społeczną. Przez przypisanie małżonkom praw, a przede wszystkim obowiązków, stało się również instytucją ograniczającą swobodę jednostek. Pozycja mężczyzny była tradycyjnie uprzywilejowana. Pozycję kobiety w małżeństwie najlepiej odzwierciedla brytyjska doktryna o nieistnieniu (w świetle prawa) mężatki jako osobnego podmiotu, czyli *coverture*. Istnienie kobiety było niejako skonsolidowane z istnieniem męża. Pod jego osłoną (*cover*) żona działała jako *femme-cover*, jej mąż jako *covert-baron* (Blackstone, 1770, s. 442; Wright, 2003–2004, s. 903). Pozycja mężczyzny była lepsza również dlatego, że było ich z reguły mniej niż kobiet. W małżeństwie przekładało się to na nierówne rozłożenie obowiązków przy założeniu, że rygory małżeńskie są ograniczeniem głównie dla kobiet. Prawo rozwodowe stanowiło w wielu państwach przykład podwójnego standardu: od zróżnicowanej dopuszczalności po różnicowanie przesłanek rozwodu. Przykładowo, brytyjskie prawo rozwodowe jesz-

cze w XX w. pozwalało mężowi na uzyskanie rozwodu z powodu niewierności żony, żonie – z powodu niewierności męża, ale połączoną z inną okolicznością, która mogłaby być samodzielną przesłanką rozwodu, tj. kazirodztwem, bigamią, gwałtem, sodomia, bestialstwem, okrucieństwem czy porzuceniem żony na co najmniej dwa lata (American and English Divorce Laws, 1900–1901, s. 51; Bagan-Kurluta, 2013, s. 196). Większe równouprawnienie, niemożność zawarcia małżeństwa w niektórych sytuacjach, a także poczucie, że intensywna i stabilna więź może istnieć także w związku mniej ograniczającym, obwarowanym mniejszym rygorami lub bez odium związku do grobowej deski, czyli łatwiejszym do rozwiązania, przyczyniły się do zwiększenia popularności konkubinatów, a później związków partnerskich.

Argumentem za wyjątkową pozycją małżeństwa, jednocześnie dyskredytującym jednopłciowe związki partnerskie jest fakt, że to właśnie małżeństwo ma wpływ na przyszłość społeczeństwa, ponieważ to w nim przychodzą na świat dzieci. Teza o kierującej statusem małżeństwa funkcji prokreacyjnej jest przesadą, ponieważ jest ona tylko jedną z jego funkcji. Ponadto istnieją małżeństwa, w których występuje problem bezpłodności, a także takie, które zwyczajnie nie chcą mieć dzieci. Małżeństwo nie ustaje w związku z tym, że małżonkowie nie mają potomstwa, niezdolność jakiegokolwiek pary do poczęcia dziecka lub wychowywania dziecka nie może wiązać się z pozbawieniem prawa do zawarcia małżeństwa (wyrok ETPCz w sprawie Christine Goodwin v. the United Kingdom, § 98). Sąd, orzekając rozwód, bada, czy nastąpił trwały i całkowity rozpad związku, tj. czy między małżonkami nie występują trzy więzi: duchowa, fizyczna i ekonomiczna. Istnienie tych stabilnych więzi świadczy o trwaniu małżeństwa, nie świadczy o nim natomiast fakt spółdzenia dzieci w małżeństwie.

Sam termin „konkubinat” miał ujemne konotacje, takie związki były humorystycznie określane mianem życia „na kocią łapę”, co po części zmniejszało negatywny wydźwięk wiązany z nimi. Nie bez znaczenia dla tej materii były także skojarzenia religijne, tj. z jednej strony sakrament, z drugiej – życie w grzechu. Termin ten odnoszony był wyłącznie do związków heteroseksualnych.

Emancypacja osób homoseksualnych, niechęć do konkubinatu z jednoczesnym brakiem jego prawnej regulacji oraz potrzeba równouprawnienia osób pozostających w związkach to, jak się wydaje, główne przesłanki powstania związków partnerskich. O ile z samej koncepcji zamążpójścia i jej długich niechlubnych tradycji podporządkowania kobiety mężczyźnie, a nawet jej zniknięcia z życia za sprawą zawarcia tego związku, wyłania się obraz nierówności, o tyle samo określenie „partnerski” narzuca diametralnie inny sposób pojmowania związku. W efekcie popularność małżeństw wśród par heteroseksualnych spadła kosztem związków partnerskich – przykładem jest francuski PACS. Od chwili jego wprowadzenia w 1990 r. liczba zawieranych homoseksualnych związków PACS malała, w 2012 r. było to około 5% w stosunku do wszystkich zawieranych związków PACS (Dziewulak, 2012, s. 2). Natomiast (paradoksalnie) koncepcja małżeństwa była ciągle doceniana przez pary jednopłciowe, o czym świadczy

historia starań o legalizację takich małżeństw w wielu państwach na świecie. W 2015 r. jedenaście państw członkowskich Rady Europy (Belgia, Dania, Francja, Islandia, Luksemburg, Holandia, Norwegia, Portugalia, Hiszpania, Szwecja i Wielka Brytania) uznawały małżeństwa osób tej samej płci, natomiast dwadzieścia cztery kraje z czterdziestu siedmiu państw członkowskich Rady Europy przyjęły ustawodawstwo zezwalające parom tej samej płci na uznanie ich związku za legalne małżeństwo lub formę związku cywilnego albo zarejestrowanego związku partnerskiego (wyrok w sprawie Oliari and Others v. Italy, §§ 53, 55).

2. Konwencyjny minimalny standard ochronny

Rozwiązanie przyjęte w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r. (Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284) rozdziela prawo do zawarcia małżeństwa (i założenia rodziny) i prawo do życia rodzinnego (i życia prywatnego). Wbrew pozorom ani pojęcie małżeństwa, ani pojęcie prawa do życia rodzinnego nie są jednoznaczne i dają szeroką możliwość interpretacyjną. Zatem zasadne jest interpretowanie pojęcia małżeństwa, zgodnie z art. 18 polskiej konstytucji, jako związku kobiety i mężczyzny, możliwe natomiast jako związku, do którego zawarcia mają prawo zarówno kobiety, jak i mężczyźni, nie wykluczając relacji jedнопłciowych. Z kolei prawo do życia rodzinnego można przypisać krewnym i powinowatym, jak również osobom, które wiąże stabilna relacja, często znacznie intensywniejsza niż osób połączonych więzami krwi.

Wprowadzone w 1950 r. regulacje konwencyjne mają charakter minimalnych standardów ochronnych w demokratycznych społeczeństwach. W realiach lat pięćdziesiątych XX w. i kolejnych dekad brakowało powodu do tego, by mieć wspomniane dylematy interpretacyjne. Pojawiły się one jako konsekwencja zmian społecznych i obyczajowych, ale także stopniowych zmian w prawach krajowych, najpierw sporadycznych, idących w kierunku akceptacji związków partnerskich, a nawet małżeństw jedнопłciowych. Oczywiście i cały czas aktualnym dylematem jest to, czy prawo ma stać na straży wartości, które uznano za podstawowe, czy też uwzględnić element zmian społecznych i zmieniających się poglądów. Z pierwszej opcji można wnioskować, że paradoksalnie prawo powinno chronić społeczeństwo nawet przed nim samym i jego poglądami, co w demokratycznym społeczeństwie nie powinno mieć miejsca, a świadczy o rozdźwięku między intencjami ustawodawcy i intencjami jego adresatów. W dyskusję dotyczącą roli prawa wpisują się dwie podstawowe dla orzecznictwa ETPCz doktryny: ewolucyjna metoda wykładni postanowień konwencji jako żywego instrumentu i koncepcja marginesu oceny zakładająca, że w interpretacji praw i wolności mieści się założenie, że państwowi członkowskim pozostawiono pewien margines swobody co do sposobu ich implementacji (Garlicki, 2023, s. 31–32).

3. Żywy instrument kontra margines oceny

Metoda traktowania postanowień konwencji jako żywego instrumentu oznacza, że chociaż pozostają one literalnie niezienne (oprócz zmian wprowadzanych protokołami), to ich treść nie jest jednakowa. Jak słusznie wskazał L. Garlicki, metoda ta, choć odmienna od klasycznych metod interpretacji traktatów międzynarodowych sprowadzających się do prób wyinterpretowania intencji ich twórców, wynikać może właśnie z uznania, że twórcom konwencji przyświecała podstawowa intencja, aby prawom człowieka nadać kształt odpowiadający rozwojowi ich pojmowania w państwach członkowskich, a czasem nawet stymulujący te państwa do reform (Garlicki, 2023, s. 31). Ewolucyjność metody polega na odrzuceniu treści składających się na kształt praw, o ile zmieniają się one w społecznej świadomości i będą, jak się wydaje, ukształtowanymi trendami społecznymi. Obserwując zmiany społeczne i obyczajowe, trudno zakładać, że treść praw człowieka powinna pozostać na poziomie świadomości człowieka ukształtowanego na początku XX w. i żyjącego w jego połowie. Z drugiej strony, jak zmieniają się linie orzecznicze ETPCz, tak za pośrednictwem protokołów zmieniały się prawa lub ich katalog, czego najlepszym przykładem jest prawo do życia w aspekcie zakazu stosowania kary śmierci, co może stanowić argument przeciwko stosowaniu ewolucyjnej metody wykładni. Trudno także zakładać, że treść norm konwencyjnych może być różna w zależności od tego, w jakim państwie członkowskim prowadzona jest ich wykładnia. Standard ochronny wprowadzony przez konwencję jest jednolity i minimalny, co po pierwsze oznacza, że jego treść jest taka sama we wszystkich państwach i ukształtowana przez jedyny organ właściwy do prowadzenia wykładni, tj. przez ETPCz, po drugie, państwa mają swobodę w przyjmowaniu rozwiązań zapewniających wyższy niż konwencyjny poziom ochrony praw. W istocie prowadzi to do konstatacji, że okoliczności te niejako wymuszają wspomniany ewolucyjny sposób prowadzenia wykładni, o ile zakładamy, że uniwersalną ideą jest stałe wzmacnianie ochrony praw człowieka. Z kolei do tego ostatniego założenia prowadzi obserwacja, że od czasu przyjęcia Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka w 1948 r. nigdy nie miało miejsca obniżenie standardu ochrony praw człowieka, przeciwnie – z upływem czasu zwiększał się zarówno katalog chronionych praw, jak i rygorizm ich ochrony. Interpretacja zawartych w konwencji praw uzależniona jest od tego, co ETPCz uzna za wyraz poglądów demokratycznego społeczeństwa. W jednym z dość wczesnych orzeczeń, bo pochodzącym z 1978 r., w sprawie Tyrer przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, Trybunał stwierdził konieczność przypomnienia, że Konwencja jest żywym instrumentem, który, jak podkreśliła Komisja, należy interpretować w świetle warunków współczesnych. Ponieważ sprawa dotyczyła stosowania kar cielesnych, Trybunał nie mógł pozostać obojętny na powszechnie przyjęte standardy polityki karnej Państw członkowskich Rady Europy w tej dziedzinie (Tyrer v. The United Kingdom). Podobnie w wyroku w sprawie z 2023 r., Fedotova i inni przeciwko Rosji, Trybunał przypomniał o koncepcji ży-

wego instrumentu, dodając ponadto kontekst idei panujących obecnie w państwach demokratycznych, powołując się na sprawy Tyrer przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, Marckx przeciwko Belgii i Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu. Stwierdził, że ponieważ Konwencja jest przede wszystkim systemem ochrony praw człowieka, Trybunał musi uwzględniać zmieniające się warunki w Umawiających się Państwach i reagować na przykład na każdą ewoluującą zbieżność w zakresie standardów, które należy osiągnąć, jak w sprawach Stafford przeciwko Zjednoczonemu Królestwu i Scoppola przeciwko Włochom (nr 2) (*Scoppola v. Italy* (No. 2)), a niezachowanie przez Trybunał dynamicznego i ewolucyjnego podejścia groziłoby uczynieniem go przeszkodą dla reform lub ulepszeń. W tej pierwszej Trybunał stwierdził, że niezwykle ważne jest, aby Konwencja była interpretowana i stosowana w sposób, który sprawi, że jej prawa będą praktyczne i skuteczne, a nie teoretyczne i iluzoryczne. Jeżeli Trybunał nie utrzyma dynamicznego i ewolucyjnego podejścia, istnieje ryzyko, że stanie się ono przeszkodą dla reform lub ulepszeń (*Stafford v. The United Kingdom*, § 68). Duża liczba wyroków wydanych przez Trybunał ilustruje to podejście interpretacyjne, które czerpie ze zmian w prawie Państw członkowskich Rady Europy w celu interpretacji zakresu praw gwarantowanych przez Konwencję. W odniesieniu do będącej przedmiotem rozpoznania w sprawie kwestii związków par jednopłciowych ETPCz wskazał, że orzecznictwo Trybunału dotyczące art. 8 Konwencji, z którego wynika, że Państwa-Strony mają pozytywny obowiązek zapewnienia prawnego uznania i ochrony parom tej samej płci, jest zgodne z wymierną i ciągłą ewolucją ustawodawstwa krajowego Państw-Stron i prawa międzynarodowego (*Fedotova And Others v. Russia*).

Z kolei w odniesieniu do marginesu oceny Trybunał wypowiadał się wielokrotnie¹, przy czym przyjął, że w realizacji pozytywnych obowiązków polegających na zapewnieniu przestrzegania art. 8 Konwencji zakres korzystania z marginesu oceny państw nie jest taki sam. Zależy on bowiem od różnych czynników, co ilustrują zasady ustalone w orzecznictwie. Jeżeli sprawa dotyczy istotnego lub szczególnie ważnego aspektu istnienia lub tożsamości jednostki, margines przyznany Państwu jest zwykle ograniczony. Jeżeli jednak w Państwach członkowskich Rady Europy nie ma konsensusu co

1 Por.: *Evans v. the United Kingdom* (Application no 6339/05), wyrok z 10/4/2007 r., § 77; *Dubská and Krejzová v. the Czech Republic* (Application nos. 28859/11 and 28473/12), wyrok z 11/12/2014 r., §§ 178, 182–84; *Paradiso and Campanelli v. Italy* (Application no 25358/12), wyrok z 24/1/2017 r., §§ 182, 194–95; *S.H. and Others v. Austria* (Application no 57813/00), wyrok z 3/11/2011 r., § 97 (zob. krytykę: E. Jackson, *S.H. And Others v. Austria, Reproductive BioMedicine Online* (2012) 25, s. 663–664); *Hämäläinen v. Finland* (Application no 37359/09), wyrok z 16/7/2014 r., § 67; *Vavříčka and Others v. the Czech Republic* (Application no 47621/13 and 5 others), wyrok z 8/4/2021 r., § 273; *Dudgeon v. the United Kingdom* (Application no 7525/76), wyrok z 22/10/1981 r., § 60; *Christine Goodwin v. the United Kingdom* (Application no 28957/95), wyrok z 11/7/2002 r., § 90, *Mennesson v. France* (Application no 65192/11), wyrok z 26/6/2014 r., § 80.

do wagi danego interesu lub co do najlepszych środków jego ochrony, margines będzie szerszy, szczególnie gdy sprawa dotyczy delikatnych kwestii moralnych lub etycznych (Fedotova And Others v. Russia, § 183). W najlepszym stopniu wyrażono to w orzeczeniu w sprawie S.H. i inni przeciwko Austrii z 2011 r. dotyczącym sztucznej prokreacji. Trybunał stwierdził istnienie wyraźnej tendencji w ustawodawstwie Umawiających się Państw w kierunku zezwolenia na dawstwo gamet w celu zapłodnienia *in vitro*, co, jego zdaniem, odzwierciedlało wyłaniający się konsensus europejski. Konsensus nie opierał się jednak na ustalonych i długotrwałych zasadach ustanowionych w prawie państw członkowskich, ale, zdaniem ETPCz, wskazywał raczej na etap rozwoju w szczególnie dynamicznej dziedzinie prawa i nie zawęził w sposób zdecydowany marginesu oceny państwa. Ponieważ zastosowanie zapłodnienia *in vitro* dotyczyło drażliwych kwestii moralnych i etycznych w kontekście szybkiego rozwoju medycyny, ponadto kwestie podniesione w sprawie dotyczyły obszarów, w których nie było jeszcze jasnej wspólnej płaszczyzny porozumienia pomiędzy Państwami członkowskimi, Trybunał przyjął, że margines oceny, jaki należy przyznać pozwanemu Państwu, musi być szeroki (S.H and Others v. Austria). Margines państwa zasadniczo rozciąga się zarówno na jego decyzję o interwencji w danym obszarze, jak i, po dokonaniu interwencji, na szczegółowe zasady, które ustanawia w celu osiągnięcia równowagi pomiędzy konkurującymi interesami publicznymi i prywatnymi. Potwierdzenie zwykle szerokiego marginesu, jeżeli od państwa wymagane będzie znalezienie równowagi pomiędzy konkurującymi interesami prywatnymi i publicznymi lub prawami określonymi w Konwencji, znalazło się także w wyroku Oliari i inni przeciwko Włochom (Oliari And Others v. Italy).

4. Ewolucja orzecznictwa ETPCz

W 1950 r. w Konwencji w dwóch artykułach przyjęto rozwiązania dotyczące poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8, 1. Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. 2. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób) oraz prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny (art. 12. Mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa). Postanowienia te ani wówczas, ani przez kolejne dekady nie dawały podstawy do twierdzenia, że obowiązkiem państwa jest dopuszczenie małżeństw jednopłciowych lub też związków partnerskich, co znajdowało potwierdzenie w ówczesnym orzecznictwie ETPCz (Kuźelewska et al., 2024, s. 181–182).

Przykładowo jeszcze w wyroku z 27/9/1990 r. w sprawie *Cossey przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (*Cossey v. the United Kingdom*), dotyczącym szczególnej pozycji osób transseksualnych, Trybunał stwierdził, że to przywiązanie do tradycyjnej koncepcji małżeństwa stanowi wystarczający powód do dalszego przyjmowania biologicznych kryteriów określania płci osoby do celów zawarcia małżeństwa. Zmiana linii orzeczniczej nastąpiła w wyroku w sprawie *Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (*Christine Goodwin v. The United Kingdom*), ale nawet tam przyjęto, że artykuł 12 Konwencji nie nakłada na pozwany rząd obowiązku zapewnienia parom tej samej płci, takim jak skarżący, dostępu do małżeństwa (§ 63).

W 1986 r. Trybunał wyrokował w sprawie *Johnson i inni przeciwko Irlandii* (*Johnston and Others v. Ireland*). Skarżącymi była heteroseksualna para pozostająca w konkubinacie oraz ich 8-letnia wówczas córka. Kontekst stanowiły przepisy irlandzkiego prawa niedopuszczające rozwodów, podczas gdy jeden z konkubentów pozostawał w związku małżeńskim. Mimo że w wyroku tym nie stwierdzono naruszenia prawa do poszanowania życia rodzinnego konkubentów, to za pośrednictwem stwierdzenia jego naruszenia w odniesieniu do ich córki (także w relacji z rodzicami) prawo to odniesiono także do osób żyjących w stabilnych związkach powstałych po rozpadzie małżeństwa.

W wyroku z 2010 r. w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii* ETPCz uznał, że sytuacja mieszkającej razem pary osób tej samej płci pozostającej w stabilnym związku partnerskim stanowi „życie rodzinne” w myśl art. 8 Konwencji, tak samo jak związek pary odmiennej płci znajdującej się w tej samej sytuacji. Trybunał, orzekając, stwierdził, że biorąc pod uwagę szybką ewolucję postaw społecznych w Europie wobec par tej samej płci w ciągu ostatniej dekady, sztuczne byłoby utrzymywanie przez Trybunał poglądu, że takie pary nie mogą cieszyć się „życiem rodzinnym”. Sprawa dotyczyła pary skarżących tej samej płci, którzy zwrócili się do właściwych władz o pozwolenie na zawarcie związku małżeńskiego. Zgodnie z prawem krajowym małżeństwo mogło zostać zawarte jedynie pomiędzy osobami odmiennej płci, w związku z czym wniosek skarżących został oddalony (*Schalk and Kopf v. Austria*).

W 2015 r. Trybunał orzekł w sprawie *Oliari i inni przeciwko Włochom* (*Oliari And Others v. Italy*) dotyczącej zarzutu naruszenia art. 8, 12 i 14 Konwencji w odniesieniu do sześciu skarżących o orientacji homoseksualnej w związku z tym, że włoskie ustawodawstwo nie zezwalało im na zawarcie związku małżeńskiego ani innego rodzaju związku cywilnego. Uznał, że z badania kontekstu krajowego wynika, że istnieje konflikt pomiędzy rzeczywistością społeczną skarżących, którzy w większości żyją w otwartych związkach we Włoszech, a prawem, które nie daje im żadnego oficjalnego uznania na tym terytorium. W opinii Trybunału obowiązek zapewnienia uznania i ochrony związków osób tej samej płci, a tym samym umożliwienia, aby prawo odzwierciedlało realia sytuacji skarżących, nie stanowiłby żadnego szczególnego obciążenia dla Włoch, czy to legislacyjnego, czy administracyjnego lub innego. Co więcej, takie ustawodawstwo służyłoby ważnej potrzebie

społecznej, ponieważ oficjalne statystyki krajowe pokazują, że w samych środkowych Włoszech jest około miliona homoseksualistów lub osób biseksualnych (§ 173). Konkludując, Trybunał stwierdził, że w obliczu braku przeważającego interesu społecznego przedstawionego przez rząd włoski, który mógłby zrównoważyć doniosłe interesy skarżących, a także w świetle wniosków sądów krajowych w tej sprawie, rząd włoski przekroczył swój margines oceny i nie dopełnił swojego pozytywnego obowiązku zapewnienia skarżącym dysponowania konkretnymi ramami prawnymi zapewniającymi uznanie i ochronę związków osób tej samej płci (§ 185).

W 2023 r. Wielka Izba Trybunału rozpatrzyła sprawę sześciu obywateli rosyjskich wynikłą ze skarg złożonych między 2010 a 2014 rokiem, czyli sprawę Fedotova i inni przeciwko Rosji (Fedotova And Others v. Russia). Na wniosek Rosji, na mocy art. 43 Konwencji, sprawa wcześniej rozstrzygnięta przez Izbę (wyrok z 13/7/2021 r.) została przekazana do Wielkiej Izby, co wskazywało na uznanie, że: 1) był to wyjątkowy przypadek uzasadniający powtórne rozpatrzenie w większym składzie, 2) sprawa ujawniła poważne zagadnienie dotyczące interpretacji lub stosowania Konwencji, ewentualnie poważną kwestię o znaczeniu ogólnym.

Okoliczności przedstawione w trzech skargach były jednakowe: we wszystkich przypadkach skarżącym odmówiono udzielenia związku małżeńskiego, powołując się na przeszkodę braku odmienności płci nupturientów. Trybunał potwierdził, że zgodnie z ich pozytywnymi obowiązkami wynikającymi z art. 8 Konwencji państwa członkowskie mają obowiązek zapewnić ramy prawne umożliwiające parom tej samej płci odpowiednie uznanie i ochronę ich związku, a celem takiej interpretacji tego przepisu jest troska o zapewnienie skutecznej ochrony życia prywatnego i rodzinnego osób homoseksualnych. Jest to zgodne z wartościami „społeczeństwa demokratycznego” promowanymi przez Konwencję, wśród których najważniejszymi są pluralizm, tolerancja i otwartość. Jakakolwiek interpretacja praw i wolności gwarantowanych Konwencją musi być zgodna z jej ogólnym duchem, właśnie jako instrumentu mającego na celu utrzymanie i promowanie ideałów i wartości społeczeństwa demokratycznego (§§ 175, 179). Zezwolenie parom tej samej płci na prawne uznanie i ochronę niezaprzeczalnie służy tym ideałom i wartościom, ponieważ tego rodzaju uznanie i ochrona przyznaje takim parom legitymację i sprzyja ich włączeniu do społeczeństwa, niezależnie od orientacji seksualnej. Trybunał, powołując się na orzeczenia w sprawie Bayev i inni przeciwko Rosji z 2017 r. (Bayev and Others v. Russia) oraz Nachova i inni przeciwko Bułgarii z 2005 r. (Nachova and Others v. Bulgaria), podkreślił, że społeczeństwo demokratyczne w rozumieniu Konwencji odrzuca jakąkolwiek stygmatyzację ze względu na orientację seksualną, a opiera się na równej godności jednostek i różnorodności, którą postrzega nie jako zagrożenie, ale źródło wzbogacenia (Fedotova And Others v. Russia, § 180).

W wyroku Trybunał wypowiedział się zarówno w kwestii postrzegania Konwencji jako żywego instrumentu, jak i zakresu marginesu oceny państw. ETPCz zdecydował, że margines oceny państw dotyczącej zapewnienia parom tej samej

płci możliwości prawnego uznania i ochrony jest znacznie ograniczony. Wziął przy tym pod uwagę to, że w grę wchodzi szczególnie ważne aspekty tożsamości osobistej i społecznej osób tej samej płci, a dodatkowo w Państwach członkowskich Rady Europy zaobserwowano wyraźną utrzymującą się tendencję. Niemniej jednak, państwa dysponują szerszym marginesem oceny przy ustalaniu dokładnego charakteru reżimu prawnego, jaki należy udostępnić parom tej samej płci, który niekoniecznie musi przybierać formę małżeństwa. W istocie państwa mają „wybór środków”, mogących zostać użyte w celu wywiązania się z pozytywnych obowiązków wynikających z art. 8 Konwencji. Swoboda przyznana państwom w tym zakresie dotyczy zarówno formy uznania, jak i treści ochrony, która ma być przyznana parom tej samej płci (§§ 187–188). Natomiast w odniesieniu do traktowania Konwencji jako żywego instrumentu, który należy interpretować w świetle współczesnych warunków, państwo, wybierając środki mające na celu ochronę rodziny i zapewnienie poszanowania życia rodzinnego zgodnie z wymogami art. 8, musi koniecznie brać pod uwagę rozwój społeczeństwa oraz zmiany w postrzeganiu kwestii i relacji społecznych i cywilno-społecznych, w tym fakt, że nie istnieje tylko jedna droga lub jeden wybór, jeśli chodzi o prowadzenie życia rodzinnego lub prywatnego (§ 209). Trybunał uznał, że żaden ze względów interesu publicznego podnoszonych przez państwo nie przeważał nad interesem skarżących, jakim jest odpowiednie uznanie i ochrona ich związków przez prawo. Trybunał stwierdził, że państwo przekroczyło swój margines oceny i nie dopełniło swojego pozytywnego obowiązku zabezpieczenia prawa skarżących do poszanowania ich życia prywatnego i rodzinnego (§ 224).

5. Polska sprawa

Po wyroku w sprawie Fedotova i inni przeciwko Rosji w 2023 roku wydane zostały kolejne orzeczenia w odniesieniu do Rumunii (Buhuceanu and Others v. Romania), Ukrainy (Maymulakhin and Markiv v. Ukraine), Bułgarii (Koilova and Babulkova v. Bułgaria) i Polski (Przybyszewska and Others v. Poland). We wszystkich odniesiono się do orzeczenia w rosyjskiej sprawie, w większości przyjmując stosowanie zasad w nim ustalonych, ponadto brak przeważania względów interesu publicznego nad interesami skarżących oraz przekroczenie przez pozwane państwa marginesu oceny. Stany faktyczne generalnie nie odbiegały od siebie. We wszystkich sprawach podniesiono brak możliwości uzyskania prawnej ochrony przez związki osób tej samej płci, przy czym w odniesieniu do Rumunii i Ukrainy wskazywano na niemożność zawarcia małżeństwa, w przypadku Bułgarii – niemożność uznania małżeństwa zawartego w Wielkiej Brytanii i dokonania wpisu o zawarciu małżeństwa do aktów stanu cywilnego, a w przypadku Polski – na niemożność korzystania z jakiegokolwiek formy uznania i ochrony związków jednopłciowych. We wszystkich sprawach, oprócz ukraińskiej, przedmiotem skargi było naruszenie art. 8 Konwen-

cji. Natomiast w sprawie *Maymulakhin i Markiv przeciwko Ukrainie* podniesiono zarzut naruszenia art. 14 w związku z art. 8 Konwencji, stąd też wyrok w tej sprawie nieco różni się od pozostałych, a Trybunał odmiennie niż w pozostałych sprawach potraktował materię będącą przedmiotem postępowania, ponieważ skupił się na dyskryminacji par jednopłciowych, czego nie czynił w pozostałych sprawach. W wyroku wskazał, że Umawiające się Państwa korzystają z marginesu oceny odnośnie do tego, czy i w jakim stopniu różnice w skądinąd podobnych sytuacjach uzasadniają odmiennie traktowanie. Zakres marginesu oceny różni się w zależności od okoliczności, przedmiotu i jego kontekstu, ale ostateczna decyzja co do przestrzegania wymogów Konwencji należy do Trybunału. Dodatkowym czynnikiem istotnym przy ustalaniu zakresu, w jakim pozwanemu Państwu należy przyznać margines oceny, jest istnienie lub nieistnienie konsensusu europejskiego, co zostało już wcześniej wyrażone w wyroku w sprawie *Khamtokhu i Aksenchik przeciwko Rosji* (*Khamtokhu and Aksenchik v. Russia*) i innych. Orientacja seksualna to pojęcie objęte art. 14 Konwencji i różnice oparte wyłącznie na względach orientacji seksualnej są niedopuszczalne w jego świetle. W przypadku, gdy różnica w traktowaniu wynika z płci lub orientacji seksualnej, margines oceny Państwa jest wąski. Trybunał wcześniej już konsekwentnie odmawiał poparcia polityki i decyzji, które mogły wzmacniać uprzedzenia ze strony heteroseksualnej większości wobec mniejszości homoseksualnej. Wielokrotnie także wskazywał, że podobnie jak różnice ze względu na płeć, różnice ze względu na orientację seksualną wymagają uzasadnienia szczególnie przekonującymi i ważnymi powodami (*Maymulakhin and Markiv v. Ukraine*, §§ 61–62). Finalnie ETPCz uznał zarzuty skarżących za uzasadnione, wskazując na brak jakiegokolwiek formy prawnego uznania i ochrony par osób tej samej płci oraz nieuzasadnioną różnicę w traktowaniu par osób tej samej płci w stosunku do par osób różnej płci ze względu na orientację seksualną.

Stanowiska pozwanych w powyższych sprawach państw były odmiennie, od najmniej zdecydowanego w sprawie bułgarskiej, po wnoszące o pozostawienie państwu decyzji odnośnie do instytucjonalizacji związków jednopłciowych i uznanie, że mieści się to w zakresie przysługującego mu marginesu oceny w zakresie sposobu wdrażania Konwencji, w sprawie rumuńskiej. Polska strona rządowa po pierwsze kontestowała dopuszczalność skarg, podnosząc, że skarżący nie ponieśli żadnej znaczącej szkody. Argumentowała, że mogą oni korzystać z szeregu środków prawnych umożliwiających im uporządkowanie swojego codziennego życia, bez względu na brak prawnego uznania ich związków, zbliżając się w tym do podejścia państwa rumuńskiego (*Przybyszewska and Others v. Poland*, § 54).

Na stanowisko polskiego rządu złożył się ponadto argument, że treść pojęcia małżeństwo w prawie i doktrynie została ukształtowana jako tradycyjnie pojmowany związek kobiety i mężczyzny, co było zgodne z postanowieniami art. 8 i 12 Konwencji. Orzecznictwo Trybunału wyraźnie pozostawiało kwestię, czy zezwolić na małżeństwo dwóch osób tej samej płci, ocenie państwa. Zgodna z prawem zatem odmowa

udzielenia skarżącym ślubu służyła słusznemu celowi, jakim była ochrona moralności i praw innych osób (tj. zdecydowanej większości Polaków opowiadających się za heteroseksualną koncepcją małżeństwa), a także ochrona tradycyjnego modelu rodziny. Zdaniem strony rządowej obecnie ani z Konwencji, ani z innych instrumentów międzynarodowych nie wynika prawnie wiążący obowiązek wprowadzenia regulacji dotyczącej związków jednopłciowych (§ 68).

Ewolucyjna interpretacja Konwencji nie powinna skutkować wyprowadzeniem z niej lub z jej protokołów praw, które nie były w nich pierwotnie zawarte. Wyłaniający się konsensus w sprawie poparcia dla związków osób tej samej płci i rosnąca tendencja w wielu państwach do uznawania stabilnych związków pomiędzy partnerami tej samej płci nie może stanowić źródła międzynarodowych zobowiązań dla innych państw. Polski rząd wyraźnie sprzeciwił się podejściu, zgodnie z którym w przypadku, gdy wiele państw zdecyduje się wyjść poza minimalny poziom ochrony określony w Konwencji, ten wyższy standard powinien automatycznie być stosowany do wszystkich Umawiających się Stron, wpływając na zakres ich zobowiązań międzynarodowych (§ 70).

Na podstawie ugruntowanego orzecznictwa Trybunału dotyczącego realizacji swoich pozytywnych obowiązków wynikających z art. 8 Konwencji Państwa cieszyły się pewnym marginesem oceny. Podczas gdy margines ten odnośnie do dopuszczenia małżeństw jednopłciowych jest szeroki, w kwestii uznania związków cywilnych takich osób, a więc prawa, które nawet nie było wpisane w Konwencję, jest stopniowo zawężany przez Trybunał (§ 71).

Kolejnym argumentem było to, że w polskim społeczeństwie nie nastąpiły zmiany, także w postrzeganiu zagadnień społecznych i cywilnoprawnych, które wymagałyby wprowadzenia nowelizacji w tym obszarze prawa. Nie można zatem twierdzić, że w Polsce istniała rozbieżność pomiędzy rzeczywistością społeczną a prawem. Według sondaży przeprowadzonych w 2019 r. zdecydowana większość społeczeństwa nie popiera małżeństw osób tej samej płci ani prawnego uznania związków partnerskich osób tej samej płci (jedynie 29% respondentów popiera małżeństwa osób tej samej płci, a 35% związki partnerskie osób tej samej płci). Zdecydowana większość Polaków była także przeciwna nowelizacji przepisów w tym zakresie, a liczba osób popierających związki osób tej samej płci od 2017 r. nawet nieznacznie spadła. Rząd stwierdził ponadto, że jednocześnie większość Polaków wyraża tolerancję i akceptację wobec rodaków o orientacji nieheteroseksualnej (§ 72).

Podobnie jak w rumuńskim stanowisku, polska argumentacja dotyczyła również odróżnienia uwarunkowań sytuacji w Polsce od okoliczności analizowanych we włoskiej sprawie Oliari i inni przeciwko Włochom, tj. przede wszystkim wagi, jakie sądownictwo przywiązywało do prawnego uznania par osób tej samej płci, potrzeby zapewnienia im ochrony oraz uspokojenia nastrojów społecznych w tej kwestii. Po pierwsze, brak uznania związków osób tej samej płci wynikał z Konstytucji oraz z tradycyjnej koncepcji rodziny, która stanowiła dziedzictwo społeczno-prawne Polski

i cieszyła się poparciem zdecydowanej większości polskiego społeczeństwa. Po drugie, prawo i orzecznictwo sądów nie pozwalało na wprowadzenie jakichkolwiek modyfikacji w tym zakresie, ani też nie było przesłanek wskazujących na taką potrzebę, przy niedopuszczalności stosowania norm prawa rodzinnego odnoszących się do osób pozostających w związku małżeńskim do stosunków innych niż małżeńskie. W związku z tym rząd zwrócił się do Trybunału, aby nie spieszył się z zastąpieniem własnym wyrokiem orzeczeń polskich sądów, najlepiej przygotowanych do oceny potrzeb polskiego społeczeństwa i do reagowania na nie. W konkluzji strona rządowa zanegowała naruszenia art. 8 Konwencji przez Polskę w odniesieniu do prawa skarżących do poszanowania ich życia prywatnego i rodzinnego w zakresie, w jakim nie mieli oni możliwości uznania przez prawo swoich związków (§ 74).

W efekcie Trybunał potraktował polskie stanowisko jako najbardziej zbliżone do rosyjskiego ze sprawy Fedotova i inni przeciwko Rosji, a okoliczności w Polsce jako po części zbliżone do tych, jakie miały miejsce w Rosji. Rosyjska strona rządowa podnosiła istnienie interesu publicznego uzasadniającego brak instytucjonalizacji związków w postaci: konieczności ochrony tradycyjnej rodziny, negatywnego odbioru społecznego takich związków oraz konieczności ustawowej ochrony małoletnich przed promowaniem homoseksualizmu. Trybunał uznał, że po pierwsze, przyznanie prawnego uznania i ochrony parom tej samej płci pozostającym w stabilnych i zaangażowanych związkach nie mogłoby samo w sobie zaszkodzić rodzinom utworzonym w tradycyjny sposób lub zagrozić ich przyszłości czy integralności. Uznanie par osób tej samej płci w żaden sposób nie uniemożliwia parom odmiennej płci zawarcia małżeństwa lub założenia rodziny odpowiadającej ich koncepcji tego pojęcia, a szerzej – zapewnienie praw parom tej samej płci nie oznacza samo w sobie osłabienia praw przysługujących innym osobom lub innym parom. Co za tym idzie, ochrona tradycyjnej rodziny nie może uzasadniać braku jakiegokolwiek formy prawnego uznania i ochrony par osób tej samej płci (Fedotova And Others v. Russia, §§ 212–213). Po drugie, rzekomo negatywne lub nawet wrogie podejście ze strony heteroseksualnej większości w Rosji nie może być przeciwstawiane interesowi skarżących w prawnym uznaniu i ochronie ich związków (§ 219). Po trzecie, odnośnie do ustawowego zakazu promowania homoseksualizmu lub nietradycyjnych stosunków seksualnych wśród nieletnich, ETPCz wypowiedział się już wcześniej w sprawie Bayev i inni przeciwko Rosji (Bayev and Others v. Russia, §§ 68–69, 83, 91) i pozostaje na niezmiennym stanowisku. Wynika z niego, że przepisy odzwierciedlały uprzedzenia części heteroseksualnej większości wobec mniejszości homoseksualnej, a poprzez ich przyjęcie władze wzmacniały piętno i uprzedzenia oraz sprzyjały homofobii, która jest niezgodna z pojęciami równości, pluralizmu i tolerancji właściwymi dla społeczeństwa demokratycznego (Fedotova and Others v. Russia, § 222).

Trybunał w sprawie Przybyszewska i inni przeciwko Polsce nakazał zastosowanie zasad ustanowionych w rosyjskiej sprawie. Orzekł w przedmiocie pozytywnych

obowiązków państwa wynikających z art. 8 Konwencji, tj. o braku przestrzegania pozytywnego obowiązku zapewnienia prawnego uznania i ochrony takich par poprzez określone ramy prawne w związku z brakiem jakiegokolwiek formy rozpoznawania prawnego i ochrony dla takich par, skutkiem czego była niemożność regulowania przez nie podstawowych aspektów ich życia. Trybunał uznał, że podniesione przez stronę pozwaną przesłanki interesu publicznego nie przeważały nad interesami wnioskodawców. W jego opinii miało miejsce przekroczenie marginesu uznania, przy czym państwa mają szerszy margines uznania przy ustaleniu dokładnego charakteru reżimu prawnego, który zostanie udostępniony parom osób tej samej płci, aby ochrona taka była adekwatna. W tym kontekście możliwe jest uwzględnienie polskiego społecznego i kulturowego tła (*Przybyszewska and Others v. Poland*, §§ 121, 123).

Podsumowanie

Polski wyrok jest efektem konsekwentnej od wyroku w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii* linii orzeczniczej Trybunału. Nie uznał on zasadności argumentacji polskiej strony rządowej forsującej brak istnienia prawnie wiążącego zobowiązania do instytucjonalizacji związków jedнопłciowej wynikającego wprost z artykułów Konwencji lub z innych aktów prawa międzynarodowego. Nie uznał również zasadności twierdzenia, że brak takiej instytucjonalizacji mieści się w granicach marginesu oceny państwa. Nie znalazł także względów interesu publicznego, które miałyby uzasadnić pozostawienie sytuacji par jedнопłciowych bez zmian. Wyrok jest prawomocny i podlega wykonaniu, co w konsekwencji przekłada się na konieczność wprowadzenia regulacji prawnej, która zapewni parom jedнопłciowym uznanie ich związków i adekwatną ochronę prawną. W chwili obecnej nie sposób dywagować nad ostateczną wersją przyszłej ustawy.

We wszystkich wskazanych sprawach czas między złożeniem skargi a jej rozpoznanem był długi, najdłuższy w przypadku rosyjskiej sprawy, bo wynosił aż trzynaście lat. W żadnej ze spraw, może oprócz sprawy *Oliari i inni przeciwko Włochom*, w której sądy krajowe wyrokowały w sposób najbardziej przychylny dla par jedнопłciowych, ale w granicach prawa, sytuacja skarżących nie uległa zmianie. Nawet w Rumunii, której teoretycznie przychylnie zmianom władze argumentowały, że wymagają one własnego tempa, w ciągu czterech lat, jakie upłynęły między złożeniem skargi a jej rozpoznanem, nie zostały podjęte żadne działania w kierunku takich zmian.

W każdej ze spraw skarżącym był więcej niż jeden człowiek. W sprawie rumuńskiej złożono 21 skarg, w polskiej – 10. Nawet ta okoliczność świadczy o tym, że przedstawiane w skargach okoliczności nie stanowią problemów jednostkowych, natomiast odnoszą się do grup osób, które w każdym z pozwanych państw czują się pozbawione praw przynależnych innym. Słuszny jest podniesiony przez Trybunał w wyroku *Oliari i inni przeciwko Włochom* argument, że instytucjonalizacja zwią-

ków nie stanowiłaby żadnego szczególnego obciążenia legislacyjnego, administracyjnego lub innego dla państwa, natomiast służyłaby ważnej potrzebie społecznej znacznej grupy osób. Międzynarodowy sondaż IPSOS LGBT+ Pride 2023 pokazuje, że 2% badanych Polaków nie identyfikuje się jako kobieta lub mężczyzna, a 5% osób określa swoją orientację jako inną niż heteroseksualna. Wśród ogółu 2% to osoby homoseksualne, przy czym częściej spotkać je można wśród ankietowanych w wieku 35–49 lat (4%) (Ipsos, 2023). W trakcie postępowania w sprawie Przybyszewska i inni przeciwko Polsce obie strony przedstawiły odmienne statystyki dotyczące stopnia akceptacji społecznej dla uregulowania związków partnerskich. Obecnie, wnosząc z ogólnodostępnych, statystyk, większość Polaków opowiada się za instytucjonalizacją związków partnerskich. Według badania Ipsos dla OKO.press, opublikowanego w czerwcu 2022 r., jest to 64% Polaków (w tym 28% za dopuszczeniem małżeństw jedнопłciowych), podczas gdy 33% badanych uważa, że prawo nie powinno zostać zmienione (Oko Press, 2022), według międzynarodowego sondażu IPSOS LGBT+ Pride 2023, przeprowadzonego w lutym–marcu 2023 r., jest to 67% (Business Insider, 2024). Według sondażu United Surveys, przeprowadzonego dla „Dziennika Gazety Prawnej” i RMF FM w kwietniu 2024 r., dwie trzecie Polaków (66%) popiera wprowadzenie związków partnerskich dla par jedнопłciowych (Business Insider, 2024). Duże społeczne poparcie dla wprowadzenia w Polsce związków partnerskich osób tej samej płci (59,8%) potwierdza również sondaż SW Research dla portalu Rzeczpospolita, opublikowany w końcu października 2024 r. (Rzeczpospolita, 2024). Społeczny odbiór wyroku nie jest jednolity, o czym świadczą publikacje prezentujące argumenty przeciw wprowadzeniu regulacji związków partnerskich, stojące niejako w kontrze do wyników sondaży (Ordo Iuris, 2023).

Konkludując, należy zgodzić się z twierdzeniem M. Wąsika (2024, s. 26), że z punktu widzenia lokalnego wyrok w sprawie Przybyszewska i inni przeciwko Polsce stanowi ważny sygnał dla wszystkich par jedнопłciowych w Polsce. Z perspektywy ogólnego standardu strasburskiego, który został wypracowany w ostatnich latach, wyrok nie jest jednak kamieniem milowym, gdyż powtarza zdecydowaną większość też znanych z poprzednich wyroków, niemniej jednak rząd polski otrzymał wyraźny sygnał ze Strasburga, że aktualny stan prawny nie wypełnia minimum strasburskiego określonego w art. 8 Konwencji.

Zanim w Polsce zostały podjęte działania wykraczające poza sferę projektów legislacyjnych, ETPCz wydał kolejny „polski” wyrok w połączonych pięciu sprawach (Formela and Others v. Poland), potwierdzając stanowisko przyjęte w sprawie Przybyszewska i inni przeciwko Polsce.

BIBLIOGRAFIA

- American and English Divorce Laws. (1900–1901). *Western Reserve Law Journal*, 6, 50–52.
- Bagan-Kurluta, K. (2013). Rozwody w Anglii – krótka historia sekularyzacji małżeństwa. *Miscelanea Historico-Iuridica*, 12, 191–201.
- Bagan-Kurluta, K. (2017). Konstytucyjna regulacja instytucji małżeństwa: temat do dyskusji. w: J.M. Łukasiewicz, A.M. Arkuszewska & A. Kościółek (red.), *Wokół problematyki małżeństwa w aspekcie materialnym i procesowym* (ss. 23–39). Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Blackstone, W. (1770). *Commentaries on the Laws of England in Four Books*. Clarendon Press.
- Business Insider. (2024, kwiecień). *Polacy gotowi na związki jednopłciowe. Sondaż*. <https://businessinsider.com.pl/wiadomosci/polacy-gotowi-na-zwiazki-jednoplciowe-sondaz/hl3yty1>
- Dziewulak, D. (2012). Instytucja rejestrowanego związku partnerskiego PACS we Francji. *Analizy BAS*, 22(89), 2–5.
- Garlicki, L. (2023). Fedotova i inni przeciwko Rosji, czyli sformowanie europejskiego standardu nakazującego prawne uznanie związków monoseksualnych. *Europejski Przegląd Sądowy*, 2, 27–36.
- Ipsos. (2023, czerwiec). *Większość Polaków chce legalizacji związków osób tej samej płci*. <https://www.ipsos.com/pl-pl/wiekszosc-polakow-chce-legalizacji-zwiazkow-osob-tej-samej-plci>
- Jackson, E. (2012). S.H. And Others v. Austria, *Reproductive BioMedicine Online*, 25, 663–664.
- Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. Dz.U. Z 1997 r., nr 78, poz. 483.
- Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r. Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284.
- Kuźlewska, E., Michalczuk-Wlizło, M., Żuber, B., Bedič, M., Vilas Boas, M.M. & Ramos Naia, L. (2024). The Evolution of Same-Sex Marriage Case Law in Europe. *Białostockie Studia Prawnicze*, 29(3), 179–205.
- Oko Press. (2022, czerwiec). *Rosnie poparcie dl związków partnerskich i równości małżeńskiej. Sondaż*. <https://oko.press/rosnie-poparcie-dla-zwiazkow-partnerskich-i-rownosci-malzenskiej-wladza-tego-nie-zatrzyma-sondaz-oko-press>
- Ordo Iuris (2023, grudzień). *Analiza wyroku Izby ETPC z 12.12.2023 r., Przybyszewska i inni v. Polska*. <https://ordoiuris.pl/rodzina-i-malzenstwo/analiza-wyroku-izby-etpc-z-12122023-r-przybyszewska-i-inni-v-polska>
- Rzeczpospolita (2024, październik). *Sondaż: Czy wprowadzić związki partnerskie w Polsce? Znamy zdanie Polaków*. <https://www.rp.pl/spoleczenstwo/art41356011-sondaz-czy-wprowadzic-zwiazki-partnerskie-w-polsce-znamy-zdanie-polakow>
- Wąsik, M. (2024). Przybyszewska i inni przeciwko Polsce. Istotny wyrok dla Polski i mała cegiełka w budowaniu podwyższonego standardu strasburskiego dla związków jednopłciowych. *Europejski Przegląd Sądowy*, 3, 20–26.
- Wright, D.C. (2003–2004). Untying the Knot: An Analysis of the English Divorce and Matrimonial Causes Court Records, 1858–1866. *University of Richmond Law Review*, 38, 903–1010.
- Wyrok ETPCz z dnia 1/6/2023 r. w sprawie Maymulakhin and Markiv v. Ukraine. Application no. 75135/14.
- Wyrok ETPCz z dnia 3/11/2011 r. w sprawie S.H. and Others v. Austria. Application no. 57813/00.

- Wyrok ETPCz z dnia 5/9/2023 r. w sprawie Koilova and Babulkova v. Bułgaria. Application no. 40209/20.
- Wyrok ETPCz z dnia 6/7/2005 r. w sprawie Nachova and Others v. Bulgaria. Application nos. 43577/98 and 43579/98.
- Wyrok ETPCz z dnia 8/4/2021 r. w sprawie Vavříčka and Others v. the Czech Republic. Application no. 47621/13 and 5 others.
- Wyrok ETPCz z dnia 10/4/2007 r. w sprawie Evans v. the United Kingdom. Application no 6339/05.
- Wyrok ETPCz z dnia 11/7/2002 r. w sprawie Christine Goodwin v. the United Kingdom. Application no. 28957/95.
- Wyrok ETPCz z dnia 11/12/2014 r. w sprawie Dubská and Krejzová v. the Czech Republic. Application nos. 28859/11 and 28473/12.
- Wyrok ETPCz z dnia 12/12/2023 r. w sprawie Przybyszewska and Others v. Poland. Applications nos. 11454/17 and 9 others.
- Wyrok ETPCz z dnia 16/7/2014 r. w sprawie Hämäläinen v. Finland. Application no. 37359/09.
- Wyrok ETPCz z dnia 17/1/2013 r. w sprawie Fedotova And Others v. Russia. Applications nos. 40792/10,30538/14.
- Wyrok ETPCz z dnia 17/9/2009 r. w sprawie Scoppola v. Italy (No. 2). Application no. 10249/03
- Wyrok ETPCz z dnia 18/12/1986 r. w sprawie Johnston and Others v. Ireland. Application no. 9697/82.
- Wyrok ETPCz z dnia 19/9/2024 r. w sprawie Formela and Others v. Poland. Application no. 58828/12.
- Wyrok ETPCz z dnia 20/6/2017 r. w sprawie Bayev and Others v. Russia. Applications nos. 67667/09, 44092/12 and 56717/12.
- Wyrok ETPCz z dnia 21/7/2015 r. w sprawie Oliari and Others v. Italy. Applications nos. 18766/11 and 36030/11.
- Wyrok ETPCz z dnia 22/10/1981 r. w sprawie Dudgeon v. the United Kingdom. Application no. 7525/76.
- Wyrok ETPCz z dnia 23/5/2023 r. w sprawie Buhuceanu and Others v. Romania. Applications nos. 20081/19 and 20 others.
- Wyrok ETPCz z dnia 24/1/2017 r. w sprawie Khamtokhu and Aksenchik v. Russia. Applications nos. 60367/08 and 961/11.
- Wyrok ETPCz z dnia 24/1/2017 r. w sprawie Paradiso and Campanelli v. Italy. Application no. 25358/12.
- Wyrok ETPCz z dnia 24/6/2010 r. w sprawie Schalk and Kopf v. Austria. Application no. 30141/04.
- Wyrok ETPCz z dnia 25/4/1978 r. w sprawie Tyrer v. The United Kingdom. Application no. 5856/72.
- Wyrok ETPCz z dnia 26/6/2014 r. w sprawie Mennesson v. France. Application no. 65192/11.
- Wyrok ETPCz z 27/9/1990 r. w sprawie Cossey v. the United Kingdom. Application no. 10843/84.
- Wyrok ETPCz z dnia 28/5/2002 r. w sprawie Stafford v. The United Kingdom. Application no. 46295/99.

Salvatore Antonello Parente

University of Bari, Italy

salvatore.parente@uniba.it

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5426-9043>

The Family in the Italian Legal System: Civil Models and Income Taxation

Abstract: In the Italian legal system, the taxation of family income has undergone profound changes over the years, in line with the economic-social balances that characterized the original structure and subsequent evolution of the family, a term for which there is no univocal definition. The family today can be founded on marriage, civil union or de facto cohabitation; the first two models, by attributing the *status familiae* to the partners, identify the family aggregation as a place of production of wealth as well as affection and, therefore, an expression of ability to pay, with consequent relevance also on a tax level; the third model, rising to a mere fact resulting in significant effects on a legal level, instead has a completely marginal fiscal discipline. This essay, starting from an analysis of the choices made within the OECD and from the diachrony of the sources of Italian law, examines critical issues in the current legislation from a proactive perspective, from which, despite the warnings expressed on more than one occasion by the Judge of Laws on the basis of Italian constitutional principles, the lack of an organic tax regime designed for families becomes evident, the system being based on an atomistic vision of interpersonal relationships.

Keywords: civil models, family, income taxation, Italian legal system, perspectives

Introduction

In the Italian legal system, the taxation of family income has undergone profound changes over the years (Aassve et al., 2010, p. 190; Allena, 2018a, p. 281; Allena, 2018b, p. 326; Capozzi, 2005, p. 333; Cernigliaro Dini, 2005, p. 342; d'Amati, 1971, p. 67; d'Amati, 1973, p. 229; Bagarotto, 2022, p. 27; De Mita, 1997, p. 1413; Di Nicola, 2009, p. 5; Di Salvo, 1980, p. 1527; Lo Giudice, 1980, p. 1699; Logozzo, 2014, p. 53; Miccinesi, 2018, p. 37; Parente, 2022, p. 207; Scuffi, 2021, p. 1; Vincenzi Amato,

1995, p. 2650; Visco, 1981, p. 49; Zoppis, 1982, p. 519), in line with the economic-social balances that characterized the original structure and subsequent evolution of the family, a term for which there is no univocal definition today (Pace, 2018, p. 71).

Indeed, it is possible to discern different family models, each of which is characterized by specific peculiarities, on the basis of a system of civil rules that identify the 'family phenomenon' and of constitutional principles (articles 29 and 31 of the Constitution) that aim to enhance it (Allena & Purpura, 2018, p. 1663; Logozzo, 2023, p. 630; Pace, 2017, p. 93; Pace, 2019, p. 847; Pace, 2021, p. 28).

From a *de iure condito* perspective, the family models in force in the Italian system appear to be different and varied: first of all, marriage (art. 29 of the Constitution and art. 79 CC), a solemn legal transaction through which a man and a woman constitute a communion of material and spiritual life, acquiring the status of spouses; secondly, civil union (art. 1, paragraphs 1–34, Law of 20 May 2016, no. 76, and art. 2 of the Constitution), a social formation ritually constituted through a declaration made to the civil status officer by two adults of the same sex, permanently united by emotional bonds as a couple and mutual moral and material assistance, who each assume the status of being in a 'civil union' (Kuźelewska, 2019, p. 13; Mastroiacovo, 2016, p. 511; Palkova & Rozentale, 2021, p. 103; Parente, 2017, p. 956; on the evolution of European case law, see Kuźelewska et al., 2024, p. 179); finally, *de facto* cohabitation (art. 1, paragraphs 36–65, Law of 20 May 2016, no. 76, and art. 2 of the Constitution), which involves two adults of the same or different sex, permanently united by emotional bonds as a couple and mutual moral and material assistance, not bound by kinship, affinity or adoption, by marriage or civil union, which, without the obligation of cohabitation but through a personal declaration, requires verification of stable cohabitation to be noted in the municipal registry records (Parente, 2018, p. 797; Torroni, 2020, p. 649).

The first two models, attributing the *status familiae* to spouses and civil unions, identify the family aggregation as a place of production of wealth as well as affection and, therefore, an expression of ability to pay (Giovannini, 2013, p. 221; Viotto, 2014, p. 925), with consequent relevance also on a fiscal level (Capolupo, 2016a, p. 3529; Turchi, 2021, p. 613) through the recognition of specific deductions for family dependents, reserved for each of the partners by art. 12, Decree of the President of the Republic of 22 December 1986, no. 917; the third model, a mere fact resulting in significant effects on a legal level, instead has a completely marginal fiscal discipline (Capolupo, 2016b, p. 3651; Logozzo, 2023, p. 631; Scalinci, 2005, p. 159).

Despite the importance assumed by the family unit as a socially relevant aggregating model, it is doubtful whether the family could be the recipient of an *ad hoc* tax status, influencing the choice of the taxable person to be 'hit' with the tax burden (Logozzo, 2023, p. 631). Precisely the lack of a homogeneous definition of 'family', deriving from the diachrony of social models which then affected regulatory sources, has oriented the taxation systems for family income over time.

1. Family and income taxation: The choices made within the OECD

From this perspective, as far as direct taxation is concerned (Aglietta, 2011, p. 20; Braccini, 1977, p. 1239; Contrino, 2020, p. 1; De Mita, 1994; Declich & Polin, 2007, p. 149; Farri, 2018, p. 10; Filippi, 1989, p. 1; Gaffuri & Cernigliaro Dini, 2005, p. 134; Gianoncelli, 2018, p. 406; Leccisotti & Patrizii, 2002, p. 15; Scalinci, 2004, p. 864; Scarlata, 2007, pp. 344–345), it is not irrelevant, for the purposes of the *quantum debeat* by way of tax, to establish whether the income produced within the family unit should be taxed independently through each individual earner or rather cumulate in the hands of a single subject, normally identified as the *paterfamilias*, representative of the family entity (Bargain & Doorley, 2011, p. 1096; Pace, 2021, p. 37). In other words, it is a question of establishing whether to tax personal or family income, identifying the tax unit in the natural person or in the family considered as a whole: in the first hypothesis, the (personal) tax takes into account the income and expenses of the single individual; in the second, there is a tax which, although personal, is calculated as a fraction of the family income, determined according to different schemes (Logozzo, 2023, p. 632).

In the abstract, depending on the fiscal policy choices made by the individual domestic system, it is possible to make use of three different tax models: individual taxation, taxation by parts and mandatory cumulation (Alm & Melnik, 2005, p. 67; Bizioli, 2010, p. 107; Marini & Salvini, 2022a, pp. 151–152; Marini & Salvini, 2022b, p. 230; O'Donoghue & Sutherland, 1999, p. 565; Olivo, 1980, p. 511; Paladini, 2012; Parente, 2022, p. 209; Visco, 1995, p. 1221). In an individual tax system, each taxpayer declares their income and the tax is calculated on all of it; the possible presence of a spouse, children or other dependent family members is relevant only for the purposes of tax deductions or allowances (Nastri, 2007, p. 93). In taxation by parts, the sum of the incomes of the spouses (and possibly of the dependent minor children) is added and then divided; with mandatory cumulation, however, the spouse's income is added to that of the head of the family (Pace, 2021, p. 42; Parente, 2022, p. 209; Sacchetto, 2015).

At the OECD (OECD, 2005, p. 31; OECD, 2018, p. 24), in order to prepare a family-friendly tax system (Jayawardena & Clougherty, 2023, p. 4), different choices have been made regarding the identification of the so-called 'tax unit' (Contrino & Farri, 2024, p. 297): most tax jurisdictions provide for an individual taxation system, designed to ensure the objectives of fairness and equal tax treatment with respect to the growing complexity of family structures in modern society. However, there is no shortage of systems (such as in Belgium, France, Greece, Luxembourg and Switzerland) which provide for forms of cumulation of the incomes of the members of the 'tax family', and states (the USA, Germany, Iceland, Ireland, Norway, Poland and Spain) which allow family members to opt for taxation on a family or an individual basis (for example, in the USA it seems that in fact, the cumulation of family incomes is the rule, as it is more convenient than individual taxation) (Bittker, 1975, p. 1388;

Del Federico, 2015, p. 529; Guervós Maíllo, 2010, p. 828; Guervós Maíllo, 2012, p. 51; Infanti & Crawford, 2009, p. 11; Logozzo, 2023, p. 633; Soler Roch, 1999, p. 30). The general trend of recent decades is, therefore, that to an individual taxation model, as demonstrated by the fact that from the beginning of the 70s to today, as many as eight tax jurisdictions (Italy, Austria, Denmark, Finland, Holland, Sweden, the United Kingdom and Portugal) have opted for this tax regime, definitively abandoning the 'family' system (Logozzo, 2023, p. 633; Toso, 1995, p. 507).

The objectives that legal systems can set themselves in choosing the family or the individual as a unit of taxation are multiple and diverse (Alm & Whittington, 1997, p. 219; Alm & Whittington, 1999, p. 297; Alm & Whittington, 2003, p. 169): achieving uniform tax treatment of families who have the same income (for example, through the cumulative income); treating the overall income of the family in a uniform manner compared to that produced by the individual member; ensuring that taxation does not undergo changes based on the taxpayer's family status (single, married, in a civil union or a *de facto* cohabitant), as happens in a 'pure' personalistic system such as that chosen by the Italian legislature; or guaranteeing the progressiveness of the tax system (Logozzo, 2023, p. 632). The difficulties that stand in the way of achieving these diverse objectives have increased over the years due to the disappearance of the unitary concept of the family and the simultaneous multiplication of the types of family which the legal system should take into account, not only on a civil level, but also from a tax point of view (Logozzo, 2023, pp. 632–633).

2. The evolution of family income taxation models

In Italy, family relationships originally assumed relevance in the context of family tax (Bernardino, 1961, p. 73; d'Amati, 1982, p. 647; Di Renzo, 1954, p. 8; Morelli, 1967, p. 808; Provini, 1972, p. 505; Zoppis, 1968, p. 16), introduced into the tax system of local authorities by the Law of 26 July 1868, no. 4513, the basis of which was represented by the different levels of wealth expressed by the family unit (Ficari & Paparella, 2004, p. 385; Logozzo, 2023, p. 633). Subsequently, under the force of the progressive complementary tax on income (Boidi, 1956, p. 21; Poli, 1969, p. 96), the tax system chosen was that of legal cumulation (art. 2, paragraph 2, Royal Decree of 30 December 1923, no. 3062) (De Mita, 1976, p. 337; Fantozzi, 1989, p. 1083; Fedele, 1976, p. 2159; Gallo, 1977, p. 92; Giovannini, 2013, p. 228; Grippa Salvetti, 1976, p. 2530; Maresta, 1975, p. 23; Marongiu, 1975, p. 177; Mencarelli, 2009, p. 46; Moschetti, 1988, pp. 11–12; Sacchetto, 2015; Turchi, 2012, p. 59; Turchi, 2015a, p. 53), consisting of the general taxation of the husband and also that possessed by his wife, the latter being aimed at satisfying family needs. This tax model was adapted to a patriarchal family in which the family unit was represented before the tax authorities by the

paterfamilias, who was responsible for all the income produced by the spouse and minors (Capozzi, 2010, p. 33; Capozzi, 2019, p. 1305; Nava, 1974, p. 618).

The principle was reaffirmed, albeit in different declinations, first by art. 131, paragraph 2, Decree of the President of the Republic of 20 January 1958, no. 645 (Consolidated Text of the Laws on Direct Taxes), and subsequently by art. 4, Decree of the President of the Republic of 29 September 1973, no. 597, on the occasion of the 1970s tax reform (Nava, 1974, p. 618; Zingali, 1971, p. 701), also attributing to the husband, in his role as head of the family, the income produced by the members of the family unit (wife and dependent minor children living with the taxpayer) alongside his own income, as is freely available or administered without an accounting obligation (d'Amati, 2006, p. 149). This resulted in the recognition of the passive tax subjectivity of the head of the family also for the income produced by the other members of the family, without autonomous fiscal subjectivity (Manzoni, 1975, p. 2052). On an accounting level, the head of the family was obliged to indicate in the tax declaration the income of the family members, in addition to his own, and to indicate to the former the income produced (Palmerini, 1978, p. 227). The family thus became a fiscal 'nucleus', capable of expressing an ability to pay distinct from that of the individual members (Logozzo, 2023, p. 634).

This criterion, compliant with the patriarchal structure of the family, was declared unconstitutional (Judgment of the Italian Constitutional Court, 1976; on this topic, see Cirillo, 1976, p. 1696; Granelli, 1976, p. 1172; Perrone, 1976, p. 2188; Provini, 1976, p. 1401; Stefani, 1976, p. 1637; Zorzi, 1976, p. 2207), due to conflict with articles 3, 29, 31 and 53 of the Italian Constitution, as attributing to a single person the income produced by those who were part of the same family unit entailed an inevitable disparity in treatment, especially after the implementation of legal equality between spouses by the Law of 19 May 1975, no. 151 (the so-called 'reform of family law') in response to the changes that had occurred at a social level, as well as the infringement of the principle of protection of the family and of the canons of ability to pay and the progressiveness of the tax system (Bagarotto, 2022, p. 31; Carpentieri, 2012, p. 60; Ciampani, 2004, p. 4298; Contrino & Farri, 2021, p. 57; Ficari & Paparella, 2004, pp. 385–386; Marini & Salvini, 2022a, p. 154; Marini & Salvini, 2022b, p. 232; Mazzilli, 1976, p. 429; Perrone, 1977, p. 113; Schiavolin, 2014, p. 455; Spada, 1976, p. 175; Tesauro, 2008, p. 28).

Following the intervention of the Constitutional Court, the matter of family income taxation was redesigned by the Law of 13 April 1977, no. 114, which marked a transition from the principle of legal cumulation to that of decumulation, later merged into art. 4, Decree of the President of the Republic of 22 December 1986, no. 917, characterized by the individual (or separate) taxation of the income produced by each member of the family unit (Angiello, 1982, p. 166; Capozzi, 2010, p. 34; Capozzi, 2019, p. 1306; d'Amati & Uricchio, 2008, p. 122; Ficari & Paparella, 2004, p. 386; Uricchio, 2017, p. 206; Uricchio, 2025, p. 120; Zoppis, 1980, p. 1911; Zoppis, 1981,

p. 485). In this framework, through the preparation of a 'pure' personalistic taxation system (Logozzo, 2023, p. 634), each taxpayer sees their income taxed autonomously, regardless of any evaluation inherent to their family situation, with the exception of deductions for dependent family members, and with the consequent penalization of single-income families compared to those who benefit from the income produced by multiple members (Grosso, 1996, p. 137; Tallarico, 1998, p. 965; Tesauro, 2008, p. 28).

Therefore the family tax regime has changed over time, as a consequence of the regulatory choice to characterize the direct tax system in a personalistic sense and to place the individual taxpayer rather than the family at the centre; the latter, in the current regulatory structure, no longer constitutes an independent taxable person (Logozzo, 2023, p. 633; Pino, 2004, p. 2066). In fact, the family, understood as an 'economic entity in its own right' capable of producing and disbursing income for purposes common to its members and of justifying the taxation of the wealth of the 'nucleus', has over time had to give way to a model that is more in line with social reality, so as to subject the income attributable to the individual members of the family unit to taxation and to grant each of them tax reliefs connected to the maintenance of dependent family members (Logozzo, 2023, p. 633).

3. The difficulty of valorising the family nucleus as a reference economic unit with a different and autonomous ability to pay from that of the individual members and the need to rethink the family income tax regime from a dual perspective

The regulatory framework outlined above has remained substantially unchanged over the years, as the tax system today is still based on an atomistic vision of interpersonal relationships inspired by an accentuated individualism, which does not give importance to the family as an autonomous subject of income attribution, if not for the purposes of recognizing modest deductions and tax credits (Turchi, 2015b, p. 307). From this perspective, the family becomes a unitary subject in the expense attribution phase, rather than in the wealth production phase (Cernigliaro Dini, 2007, p. 386). Therefore, despite the attention shown towards the institution of the family and the subjection of the income of each spouse to taxation, Italian tax legislation still has difficulty in valorizing the family nucleus as an economic unit of reference with an ability to pay differently and autonomously from the individual members (Contrino, 2020, p. 1; Sacchetto, 2015).

In this context, despite the importance assumed by the family on a fiscal level, and also in light of the repeated wishes addressed to the legislature by the Constitutional Court which, in a system ordered by the separate taxation of income (Muscolino, 2004, p. 939), has expressed several times the need to give spouses the right to opt for a different tax regime (Judgment of the Italian Constitutional Court 1976; Judgment

of the Italian Constitutional Court 1983), the Italian tax system still appears to be focused on the individual nature of taxation (Logozzo, 2019, pp. 261–272), the family being excluded from the list of taxable subjects (Filippi, 1989, p. 1; Grippa Salvetti, 1990, p. 476; Proto, 1991, p. 795; Tosi, 1988, p. 344). Therefore, with the evolution of family models, current legislation has also raised many critical issues, as it lacks an organic tax regime designed for families (Turchi, 2022a, p. 307). In fact, there is still inconsistency, inadequacy and criticality that make a structural reform necessary (Farri, 2016, p. 89), rather than a mere regulatory restyling, in order to prepare a tax regime compliant with the principles and values expressed by the Italian Constitution and which are reiterated repeatedly by the Judge of Laws, and which is designed to facilitate the formation and development of the family as a unit of consumption and savings, as well as a social formation protected on a constitutional level (Judgment of the Italian Constitutional Court 1983; Logozzo, 2019, p. 272; Rovelli, 1995, p. 1048; Turchi, 2022b, p. 2). In short, the current income tax system is of a personal type, with certain corrections of a ‘family’ nature aimed at guaranteeing the horizontal fairness of the tax levy with a view to individualizing taxation; the application of these corrective measures, the result of a fiscal policy choice, is not free from criticism, as these are tax measures anchored to the personal situation of the taxpayer and related to the amount of overall income (Logozzo, 2019, p. 262).

In the past, the tax system provided for a series of deductions for family expenses (which formed the so-called ‘no-tax family area’, accompanied by the provision of a ‘no-tax area’), consisting of amounts which decreased as income increased and which was diversified according to the different categories of dependent family members (Logozzo, 2023, p. 635). Subsequently, this mechanism was replaced by the provision of deductions for dependent family members, established by art. 12, Decree of the President of the Republic of 22 December 1986, no. 917, on the basis of the overall income (up to a maximum limit) and having regard to the number of children, with the introduction of a specific deduction in favour of families with at least four dependent children (Logozzo, 2023, p. 635). In particular, these were deductions for dependent spouses, children and other dependent family members (Logozzo, 2023, p. 636).

More recently, the Legislative Decree of 29 December 2021, no. 230, implementing the Law of 1 April 2021, no. 46, established a single and universal allowance for dependent children, recognizing the parents until the child reaches the age of 21 (unless they are disabled, when there are no age limits); this is a monthly allowance that varies based on the economic situation of the family, thus limiting deductions for dependent children only to those aged 21 or over (Bagarotto, 2022, p. 37; Carpentieri, 2022, p. 1; Contrino & Farri, 2021, p. 62; De Vita, 2023, p. 81; De Vita & Rasi, 2023, pp. 3091–3092; Marini & Salvini, 2022a, pp. 159–160; Marini & Salvini, 2022b, pp. 236–237; Pace, 2021, p. 65; Pepe, 2020, p. 1; Polidori & Teobaldelli, 2022, p. 197; Pollastri & Iafrate, 2022, pp. 2–3). Furthermore, the provision of a tax credit equal

to the deduction for families with at least four dependent children, which was not covered by the personal income tax, was repealed (Logozzo, 2023, p. 636).

The deductions for the spouse and other dependent family members – which vary depending on the existing family relationship and the income thresholds – have not been modified: unlike the previous regime, they are extremely complex, with the amount of the deduction decreasing based on a ratio between the taxpayer's total income and the income thresholds established by law and, at least for the spouse, subsequently increased in proportion to other income thresholds (Logozzo, 2023, p. 636). From a *de iure condendo* perspective, it would be preferable to simplify this mechanism, anchoring the amount of the deduction to the income thresholds established by law, and ignoring any deduction where the overall income is higher than a certain amount (Logozzo, 2023, p. 636).

It is necessary to verify whether these corrective measures are effective in favour of the family unit (Logozzo, 2023, p. 636). In this view, the taxation of family income could be rethought from a dual perspective: on the one hand through the provision of an alternative system to that of taxation on an individual basis, taking up the mechanisms of 'splitting' (specific to the German and American legal systems) and the 'family quotient' (typical of French law) (Turchi, 2015b, p. 333; Yang, 2022, pp. 3–4); on the other, by restructuring the deductible charges and tax credits, fiscal measures recognized in direct reference to the taxpayer's family situation, to make the tax levy commensurate with the income that is actually possessed and taking into account any assistance and maintenance obligations that weigh on the partners, avoiding unequal treatment between subjects with similar burdens (Cernigliaro Dini, 2007, p. 392; Logozzo, 2023, p. 635; Turchi, 2022a, p. 307; Turchi, 2022b, p. 2).

4. The 'splitting' mechanism typical of the German and American legal systems

The 'splitting' and 'family quotient' systems parameterize the taxation to the overall family income or to a portion of it, rather than to the income of each member of the family; the foundation of these taxation criteria lies in the consideration that the ability to pay is influenced not only by the income of the individual taxpayer but also by the resources available to the family nucleus to which they belong and by the number in the family, as the fiscal unit is not the individual but the family (Bagarotto, 2022, p. 34; Contrino & Farri, 2024, p. 299; Marini & Salvini, 2022a, p. 152; Marini & Salvini, 2022b, p. 231; Logozzo, 2019, p. 263; Logozzo, 2023, pp. 636–637; Zopolo, 1981, p. 92). The 'splitting' mechanism, widespread on an optional basis in the German (Birk, 2006, p. 75; Fehr et al., 2015, p. 53; Kirchhof, 2007, p. 1037; Steiner & Wrohlich, 2006, p. 2) and US legal systems, allows the overall family income to be determined through the articulation of two operations: firstly, by adding together the

incomes of the family members; secondly, by applying the expected average rate to the resulting amount (Logozzo, 2019, p. 263; Logozzo, 2023, p. 637; Pace, 2021, p. 49).

In particular, the total family income, resulting from the sum of the spouses' incomes, is divided by two and the rate is applied to the result: the tax thus determined is multiplied by two, in order to obtain the tax income of the household, which takes into account the presence of children or other dependent family members through specific deductions from the tax base and tax credits (Cernigliaro Dini, 2007, p. 391; Logozzo, 2019, p. 263; Logozzo, 2023, p. 637). If they decide to make use of 'splitting', the spouses proceed to pay a single tax and submit a joint tax declaration (Logozzo, 2019, p. 263). The application of the 'splitting' mechanism produces the same state of affairs that would exist if both spouses had the same income and were taxed individually, as the incomes are calculated together and then the tax is applied on each half (Logozzo, 2019, p. 263; Logozzo, 2023, p. 637).

As a result of this system, a reduction in the taxable base and rate is obtained, in the presence of a progressive tax (Cernigliaro Dini, 2007, p. 391). Consequently, this method of taxing family income produces the maximum advantage in single-income families or in those in which there is a large discrepancy between the incomes of the spouses; when, however, the spouses have an equivalent income, splitting does not produce any advantage compared to the individual tax system (Logozzo, 2019, p. 263; Logozzo, 2023, p. 637; Uricchio, 2025, p. 120).

5. The 'family quotient' mechanism in the French legal system

The 'family quotient' mechanism, widespread in the French legal system, as an evolution of splitting, allows the incomes produced by the other members of the family, to whom a weight is attributed (i.e. a quotient), to be also taken into account alongside the incomes of the spouses (Cardillo, 2018, pp. 1581–1582; Cernigliaro Dini, 2007, p. 391; Lamarque et al., 2011, p. 855; Llau & Herschel, 1986, p. 79; Marini & Salvini, 2022a, p. 153; Marini & Salvini, 2022b, p. 231; Pace, 2021, p. 50; Turchi, 2013a, p. 886; Turchi, 2013b, pp. 972–973). In this way, it is not so much the received unit income that is subject to taxation but the income available to each family member (Cardillo, 2018, p. 1582).

Using this taxation methodology, the rate to be applied and the part of the income on which the tax is paid are determined by dividing the overall family income by a quotient obtained through the attribution of a coefficient to each individual, depending on the composition of the household family and the personal condition of each member; the total tax due is obtained by multiplying the tax calculated on each part by the quotient (Logozzo, 2019, p. 264; Logozzo, 2023, p. 637). In other words, as a result of this mechanism, the cumulative income of the family is divided by the sum of the shares and the corresponding average rate is applied to the result

thus obtained, with a consequent reduction in the rates applicable to the entire family income, without excessive inequalities between single-income and multi-income families (Cernigliaro Dini, 2007, p. 391).

As can be anticipated, the ‘family quotient’ mechanism differs from the ‘splitting’ system in that the division operates not only between the spouses, but also between the children, allowing the tax to be distributed based on share of income; the result is a global taxation of the family, considered from an economic point of view as a taxed unit, with each taxpayer subjected to an income tax for all the incomes possessed by the members of the ‘tax family’ (composed of the taxpayer, the spouse, unmarried children under the age of 18 and cohabiting children) (Logozzo, 2019, p. 264). In the French system, due to the application of the ‘family quotient’, the number of income earners does not constitute a significant variable, as the two spouses both are weighed as one unit, regardless of whether they are income earners or not; furthermore, a particular advantage is given to families with at least three children, since the presence of the third child determines an increase of one unit in the quotient, leading to a more significant reduction in the tax burden compared to that for the first two children (Logozzo, 2019, p. 265; Logozzo, 2023, p. 638).

Thus, a family-friendly system emerges, with the provision of tax advantages that increase as the income and the number of members of the family unit increase, eliminating the inequities deriving from the application of the individual taxation system, in which, given the same overall income, single-income families are at a disadvantage compared to families with multiple income earners (Logozzo, 2019, p. 265). In summary, with the application of the ‘family quotient’, the tax burden is attenuated for large families in a more incisive way than what happens in a system based only on tax deductions and reliefs; this operates to a greater extent the smaller the number of income-producing family members (Cernigliaro Dini, 2007, p. 391).

6. The Italian experience, critical profiles and the tax implications of the principle of gender equality

In the Italian legal system, the ‘family quotient’ solution was proposed in art. 19 of the Law of 29 December 1990, no. 408, relating to the revision of the tax treatment of family income (Brandolini, 1991, p. 29; Capolupo, 2008, p. 3041; Grippa Salvetti, 1991, p. 473; Marini & Salvini, 2022a, p. 155; Marini & Salvini, 2022b, p. 233; Rapallini, 2006, p. 8; Visco, 1991, p. 26); the enabling law, which remained unimplemented, was intended to introduce a family tax regime, left to the choice of individual taxpayers, on the basis of principles similar to those of the French system (Logozzo, 2019, p. 269; Logozzo, 2023, p. 639). Among the directive criteria of the enabling law was the right to opt for the cumulation of incomes, together with the possibility of making the tax commensurate with the income strength of the family unit (based on the number of

its members and the incomes they possess) and the provision of the ‘family quotient’ mechanism, a tool aimed at implementing progressiveness (Logozzo, 2019, pp. 269–270). In the last two decades, there has been no shortage of further pre-planned attempts to introduce optional taxation based on the French family quotient, with differences in the quotient to be attributed to the spouse and children (Logozzo, 2023, p. 639; Visco, 2012, p. 185).

Most recently, the family quotient criterion was provided for by art. 9 of the Decree Law of 18 November 2022, no. 176, converted by the Law of 13 January 2023, no. 6, among the conditions for accessing benefits relating to the redevelopment of building stock: in particular, to benefit from the 90% superbonus, a taxpayer is required to have a ‘reference income’ not exceeding a certain amount, determined by dividing the sum of the total incomes of the taxpayer and his / her family members by a number equal to the sum of certain amounts indicated by the legislation (De Vita & Rasi, 2023, pp. 3088–3089; Logozzo, 2023, p. 639).

This embryonic form of a ‘family quotient’ presents multiple critical issues (Contrino & Farri, 2024, p. 300): firstly, the family members do not include children under the age of 21, which is a completely anachronistic situation; secondly, the only income considered by the family quotient for access to the superbonus is the total taxable income, thus excluding from the calculation incomes subject to replacement regimes or the withholding of taxes at source; moreover, from the point of view of fairness and equal tax treatment, the choice made by the legislature appears to be clearly erroneous, discriminating against taxpayers on the basis of the type of income they possess; finally, large families are not given due prominence, as families with more than four children or with dependent family members are penalized (Logozzo, 2023, p. 640). This is not to mention that the ‘family quotient’ mechanism benefits single-income families – which do not always coincide with lower-income families – more, thus generating contradictory effects on the tax plan (Cernigliaro Dini, 2007, p. 391).

In reality, taxation ‘by parts’ of family income presents further critical aspects: firstly, from a constitutional point of view, it is questionable whether the tax burden can be shifted to a family member who does not contribute to producing the taxed wealth; secondly, taxation cannot ignore the presentation of a joint tax declaration which highlights the income from which the family benefits (Cernigliaro Dini, 2007, p. 391); on an operational level, then, both ‘splitting’ and the ‘family quotient’ would favour families with higher incomes to the detriment of those in which the income is produced equally by several members (Gallo, 2012a, pp. 295–296; Gallo, 2012b, p. 45; Gallo, 2013, p. 351, n. 38); finally, by reducing the progressivity of the tax on the income produced by the husband, these systems could constitute a disincentive to female work (in a critical sense, see Contrino & Farri, 2021, pp. 69–70), with consequent damage to the principle of gender equality (Turchi, 2015b, p. 333; on the tax implications of the principle of gender equality, see Alfano, 2023c, p. 159; Bargain et al., 2019, p. 514; Doorley, 2018, p. 10; Doorley & Keane, 2020, p. 2; Doorley & Keane, 2024, p. 285;

Doorley et al., 2018, p. 25; Doorley et al., 2022, p. 311; Gunnarsson & Spangenberg, 2019, p. 141; Gunnarsson et al., 2017, p. 15; Iacobellis, 2021, p. 82; Marini & Salvini, 2022a, p. 135; Marini & Salvini, 2022b, p. 218; Spangenberg, 2021, p. 15).

With regard to the latter principle, although in the European context the area of direct taxes is left to the domestic legislation of the Member States, in order to remedy gender inequalities, the European Parliament has passed two resolutions on gender equality and taxation policies (European Parliament, 2019; European Parliament, 2021), asking the Commission to draw up specific guidelines and recommendations addressed to the Member States in order to eliminate gender gaps in taxation through preparation of a 'gender-based taxation' (GBT) (Alesina et al., 2007, p. 2; Alesina et al., 2011, p. 1; Alfano, 2023a, p. 30; Alfano, 2023b, p. 232). In this way, individual states will have the opportunity to design personal income tax models that actively promote an equal distribution of work (paid and unpaid) and income between women and men, also taking into account existing family systems (Marinello, 2022, p. 561).

In addition to the EU, the topic of gender taxation has been addressed in various international fora (such as the UN, OECD and IMF) due to its interference with family income taxation models, by analysing the impact of tax measures on men and women (Coelho et al., 2022, p. 4; Lahey, 2018, p. 16) in relation to each sex's economic, social and physical characteristics (Marini & Salvini, 2022a, p. 135; Marini & Salvini, 2022b, p. 218). At the OECD (OECD, 2022, p. 4), the principle of gender equality was the subject of in-depth study, leading to the preparation of a report that illustrated the results of questionnaires sent to Member States on the relevance of gender taxation issues in their tax policies (Marini & Salvini, 2022a, pp. 143–144; Marini & Salvini, 2022b, p. 224). Although tax policies are often not the best way to correct sex discrimination, data analysis shows that even formally neutral tax policies can contribute to increasing social inequalities (Marini & Salvini, 2022a, p. 146; Marini & Salvini, 2022b, p. 226).

7. The 'family quotient' proposed by the 'Budget Law 2025' and further *de iure condendo* solutions

In relation to the family quotient, despite the prospective criticisms, the 'Budget Law 2025' (Law of 30 December 2024, no. 207), with the proclaimed aim of containing tax expenditures (Aulenta, 2015a, p. 554; Aulenta, 2015b, p. 33; Aulenta, 2017, p. 465; Uricchio & Calculli, 2024, p. 3) and rewarding larger families in terms of taxation, has proposed a variant of it, through the provision of a new article, art. 16ter, Decree of the President of the Republic of 22 December 1986, no. 917 (Aglietta, 2025, p. 79; Barbieri & Dani, 2025, p. 269; Gheido, 2025, p. 156; Giovanardi, 2024, p. 1; Valcarengi & Facchetti, 2025, p. 567), which parameterizes tax deductions not only according to income bracket, but also to two specific indicators, constituted by the

number of members and the characteristics of the household (Magnani & Renella, 2024, pp. 4178–4179; Mobili & Parente, 2024). Thus, to determine the amount of deductible expenses, coefficients defined according to the characteristics and number of family members (for example, the presence of one or more dependent children or persons with disabilities) would be applied to the total income of the family divided by the number of its members.

Even in the French legal system (Collet, 2015, p. 61; Grosclaude & Marchessou, 2006, p. 409), the ‘family quotient’ mechanism, not without controversy (Beltrame, 2010, p. 28), has raised doubts both on an ethical level and due to its deleterious effects on the labour market (Landais et al., 2011, p. 7; Turchi, 2015b, p. 334). In order to overcome these critical issues and enhance the value of the family in terms of taxation, the legislator has decided to build a tax system aimed at recognizing the deductibility of all expenses incurred by taxpayers for family burdens, also enhancing the contribution that family members without income can provide in terms of assistance and services (Turchi, 2015b, p. 334).

A further solution, partly proposed by the Law of 7 April 2003, no. 80, but which then remained unimplemented, could lie in the institution of a ‘family factor’, with the provision of an income base not subject to taxation, coinciding with the ‘vital minimum’ (Antonini, 1999, p. 867), i.e. with a ‘no-tax area’ determined for each taxpayer based on his / her real family burden, which would become a constitutional right deducible from the principle of ability to pay (art. 53, paragraph 1 of the Constitution) (Aulenta, 2022, p. 36); the real family burden would derive from the application of a coefficient parameterized to the number and type of the family burdens weighing on the income earner (Logozzo, 2019, pp. 270–271; Pace, 2021, p. 58; Turchi, 2015b, p. 334). Incomes exceeding the ‘no-tax area’ would be discounted at ordinary rates, while those below would benefit from negative taxation, through the provision of a monetary allowance equal to the tax benefit not enjoyed (Cigno, 1986, p. 1035; Logozzo, 2019, p. 271; Turchi, 2015b, p. 334). In this way, tax credits would be attributed to taxpayers with insufficient income compared to the deductions for other dependent family members (Turchi, 2015b, p. 334).

Finally, there has been no lack of attempts to replace the indicator of ‘equivalent economic situation’ with the ‘family quotient’ as a parameter for access to concessions and social benefits of various kinds, fulfilling a redistributive function in favour of the family (Logozzo, 2023, p. 640). The substantial difference between the two criteria lies in the circumstance that, while the ‘family quotient’ is based exclusively on the amount of income of the family nucleus, the ‘equivalent economic situation’ (on the basis of which the household’s wealth is measured) also takes into account a share (equal to 20%) of the value of the household’s movable and immovable assets, excluding the first dwelling (Capolupo, 2012, p. 1151; Colasuonno, 2014, p. 5; Goatelli, 2012, p. 25); this last criterion is a source of many quandries, since, by taking into account financial

situation as well as income, it would exclude many families with low incomes from benefits (Blundell & Shephard, 2016, p. 358; Logozzo, 2023, p. 641).

Conclusions

Although the need for family tax reform has been felt for several decades, the Italian tax system has remained indifferent and neutral for too long, relying on episodic, fragmentary and occasional regulation (Cernigliaro Dini, 2007, p. 390). In recent years, interventions in favour of the family have focused more on welfare, social security and support policies for large and needy families than on strictly fiscal aspects (Guerra, 2015, p. 235; Logozzo, 2023, p. 647).

Not even the hoped-for reform of the tax system (as set out in the Law of 9 August 2023, no. 111, and subsequent implementing decrees) has dealt incisively with the issue of family taxation, instead limiting itself, within the general principles of national tax legislation (art. 2, paragraph 1(a)), to provide for an ‘increase in the efficiency of the tax structure and the reduction of the tax burden, especially in order to support families, in particular those in which there is a person with a disability’, as well as, among the guiding principles and criteria for the revision of the personal income taxation system (art. 5, paragraph 1(a)(1.1)), taking into account the ‘composition of the family nucleus, in particular those in which there is a person with a disability’, and the costs incurred in raising children (De Vita & Rasi, 2023, p. 3086).

From a *de iure condito* perspective, the interventions implemented by domestic legislation have never been able to give the family the role of primary importance it deserves, since the need to protect and promote the family unit, as a primary and vital social formation to also be promoted at the fiscal level, has always taken second place (Logozzo, 2023, p. 641). Nonetheless, there has been no lack of pre-planned attempts to promote the formation and development of the family on a fiscal level: during the 18th legislature alone, several draft laws were presented, which proposed increasing deductions for dependent children (a measure later superseded by the single universal allowance), the provision of tax breaks for young couples (Draft Law S1175 of 27 March 2019), economic support interventions for families with children (Draft Law C2561 of 25 June 2020), the introduction of the ‘tax family’ institution in order to identify the basis of the income tax payable by its members (Draft Law S1435 of 25 July 2019) or a possible flat-rate tax regime (Draft Law S1831 of 27 May 2020), and the subjection to taxation of income held by a family (Basilavecchia, 2021, p. 6; Contrino & Farri, 2021, p. 56; Corasaniti, 2021, p. 50; Della Valle, 2021a, p. 4313; Della Valle, 2021b, p. 4; Procopio, 2021, p. 1110; Stevanato, 2021, p. 45; Stevanato & Anastasia, 2021, p. 13; Turchi, 2022a, pp. 308–309; Visco, 2021, p. 5) according to the ‘family quotient’ criterion (Draft Law C706 of 7 June 2018; Draft Law S547 of 29 June 2018; Draft Law S1678 of 22 January 2020).

Following the failure to implement these proposals, our family tax system is still anchored to an individual taxation regime, outlined by the tax reform of the 1970s, which, although consistent with the relevant civil law, is certainly not able to attribute to the family the role of primary social importance that the Italian Constitution reserves for it (Logozzo, 2019, p. 271; Turchi, 2015b, p. 334). Each member of the family unit is therefore independently obliged to declare and pay taxes, without prejudice to the right to present a so-called 'joint tax declaration', which is currently limited to spouses who exclusively possess certain categories of income (Rinaldi, 2003, p. 1583; Rinaldi, 2008, p. 1062); the latter, without affecting the method of determining income – which remains personal – is relevant only for the purposes of paying the *quantum debeatur* (Logozzo, 2023, p. 635).

Yet despite the fact that in the Italian constitutional system the family forms the most appropriate unit to define the potential for well-being and, therefore, also the ability to pay of its members, the need for the protection and promotion of the family nucleus, as a primary and vital entity to be preserved and fostered, has always been sacrificed to the pursuit of mere revenue purposes or to counter avoidance or evasive behaviour (Logozzo, 2019, p. 271; Sacchetto, 2010, p. 91; Turchi, 2015b, p. 334). It is therefore necessary to adopt suitable measures to place the family at the centre of the tax system, in order to outline a model that is not only rational and coherent in its approach, but also designed and applied to be 'family friendly' (Logozzo, 2019, p. 272; Parente, 2023, p. 427; Turchi, 2015b, p. 334; Turchi, 2022a, p. 308). Only through the preparation of an alternative taxation system to that of taxation on an individual basis, consisting of the provision of an adequate 'family quotient' supported by a single universal allowance for families with an income lower than the so-called 'vital minimum', would the family be given its due importance in the tax field (Logozzo, 2023, p. 648; Redmond et al., 2021, p. 1034). This is a mix of interventions in which the fiscal profile would be predominant, in order to give a signal of the legislature's attention to the family (Logozzo, 2023, p. 648).

In perspective, rather than being limited to mere revenue needs, tax legislation should ensure the pursuit of the purposes entrusted to the family in compliance with the constitutional principles governing tax matters; these principles must necessarily guide any legislative intervention on family taxation (Contrino, 2020, p. 1), in order to enhance the solidarity and the affective aspects that underpin all families (Sacchetto, 2015).

REFERENCES

- Aassve, A., Paziienza, M.G., & Rapallini, C. (2010). Family taxation and labour market participation incentives in Italy. *Economia pubblica*, 1–6, 189–217.
- Aglietta, P. (2011). *Tassazione e famiglia. Aspetti fiscali, tutela giuridica e accertamento nelle vicende familiari*. Giuffrè.
- Aglietta, P. (2025). Superbonus e altri bonus edilizi dal 2025. *Pratica Fiscale e Professionale*, 3, 75–80.
- Alesina, A., Ichino, A., & Karabarbounis, L. (2007). *Gender based taxation and the division of family chores* [Working paper 13638]. National Bureau of Economic Research.
- Alesina, A., Ichino, A., & Karabarbounis, L. (2011). Gender-based taxation and the division of family chores. *American Economic Journal: Economic Policy*, 3(2), 1–40.
- Alfano, R. (2023a). Gender discrimination and taxation in the EU: Tax policy and gender equality in Italian and Spanish systems. *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 1, 30–66.
- Alfano, R. (2023b). International and European taxation policies and gender discrimination. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 19, 230–251.
- Alfano, R. (2023c). Tutela della famiglia e discriminazioni di genere: possibili prospettive di tassazione del reddito. In F. Amatucci (Ed.), *Fiscalità e tutela della famiglia* (pp. 159–172). Editoriale Scientifica.
- Allena, M. (2018a). Fiscalità e famiglia tra prospettive de jure condendo e principi costituzionali. *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 2, 281–294.
- Allena, M. (2018b). Fiscalità e Famiglia: alcune riflessioni a margine della terza conferenza nazionale sulla famiglia. *Bollettino tributario d'informazioni*, 5, 326–330.
- Allena, M., & Purpura, A. (2018). Brevi riflessioni in tema di Tari e art. 31 della Costituzione. *Bollettino tributario d'informazioni*, 85(23), 1663–1666.
- Alm, J., & Melnik, M.I. (2005). Taxing the 'family' in the individual income tax. *Public Finance and Management*, 5(1), 67–103.
- Alm, J., & Whittington, L.A. (1997). Income taxes and the timing of marital decisions. *Journal of Public Economics*, 64(2), 219–240.
- Alm, J., & Whittington, L.A. (1999). For love or money? The impact of income taxes on marriage. *Economica*, 66(3), 297–316.
- Alm, J., & Whittington, L.A. (2003). Shacking up or shelling out: Income taxes, marriage, and cohabitation. *Review of Economics of the Household*, 1(3), 169–186.
- Angiello, M. (1982). Cumulo e decumulo dei redditi familiari. *Rassegna mensile delle imposte dirette*, 3, 166–170.
- Antonini, L. (1999). La tutela costituzionale del minimo esente, personale e familiare. *Rivista di diritto tributario*, 4, 867–898.
- Aulenta, M. (2015a). Tax expenditures negli enti territoriali. *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 4, 554–597.
- Aulenta, M. (2015b). Tax expenditures nelle imposte erariali. In A.F. Uricchio, M. Aulenta, & G. Selicato (Eds.), *La dimensione promozionale del fisco* (pp. 33–85). Cacucci.

- Aulenta, M. (2017). La spesa mediante le imposte. In A. Uricchio, V. Peragine & M. Aulenta, *Manuale di scienza delle finanze, diritto finanziario e contabilità pubblica* (pp. 465–490). Nel Diritto.
- Aulenta, M. (2022). *Capacità contributiva ed equilibri finanziari dei soggetti attivi*. Cacucci.
- Bagarotto, E.M. (2022). La famiglia e la riforma dell'IRPEF. *Studi Urbinati. Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, 73(1–4), 27–43.
- Barbieri, L., & Dani, L. (2025). A digest of recent news. *Diritto & Pratica del Lavoro*, 4, 268–270.
- Bargain, O., & Doorley, K. (2011). Caught in the trap? Welfare's disincentive and the labor supply of single men. *Journal of Public Economics*, 95(9–10), 1096–1110.
- Bargain, O., Doorley, K., & Van Kerm, P. (2019). Minimum wages and the gender gap in pay: New evidence from the United Kingdom and Ireland. *The Review of Income and Wealth*, 65(3), 514–539.
- Basilavecchia, M. (2021, 22 March). *Audizione nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulla riforma dell'IRPEF e altri aspetti del sistema tributario*. https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/312/901/Intervento_prof._Basilavecchia.pdf
- Beltrame, P. (2010). Famille et impôt. La prise en compte des charges de famille en droit fiscal français. In C. Sacchetto (Ed.), *La tassazione della famiglia: aspetti nazionali e comparati* (pp. 19–35). Rubbettino.
- Bernardino, A. (1961). Famiglia (imposta di). In *Novissimo digesto italiano* (Vol. 7) (pp. 73–87). Utet.
- Birk, D. (2006). *Diritto tributario tedesco*. Giuffrè.
- Bittker, B.I. (1975). Federal income taxation and the family. *Stanford Law Review*, 27(4), 1388–1463.
- Bizioli, G. (2010). Brevi considerazioni sui profili soggettivi della tassazione della famiglia. In C. Sacchetto (Ed.), *La tassazione della famiglia: aspetti nazionali e comparati* (pp. 107–115). Rubbettino.
- Blundell, R., & Shephard, A. (2016). Employment, hours of work and the optimal taxation of low-income families. In A. Peichl & K.F. Zimmermann (Eds.), *Labor supply and taxation* (pp. 358–396). Oxford Academic Books.
- Boidi, A. (1956). *Commento alla legge sulla imposta complementare progressiva del reddito*. Utet.
- Braccini, R. (1977). Osservazioni sulla rilevanza tributaria dei doveri economici familiari. *Diritto e pratica tributaria*, 6, 1239–1260.
- Brandolini, M. (1991). Quoziente familiare: molto meglio l'assegno di cura. *Politica ed economia*, 5, 29.
- Capolupo, S. (2008). Reddito metro e 'famiglia fiscale'. *Il fisco*, 17–1, 3037–3044.
- Capolupo, S. (2012). Nuovi criteri per la determinazione dell'ISEE. *Corriere tributario*, 35(15), 1151–1158.
- Capolupo, S. (2016a). Riflessi fiscali delle unioni civili: ricostruzione interpretativa con diversi aspetti da chiarire. *Il fisco*, 37, 3529–3537.
- Capolupo, S. (2016b). Regime fiscale delle coppie di fatto: assimilazione solo parziale a quello previsto tra i coniugi. *Il fisco*, 38, 3651–3659.
- Capozzi, V. (2005). La famiglia nella riforma Irpef. *Rivista di diritto tributario*, 3, 333–356.

- Capozzi, V. (2010). Commento all'art. 4, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917. In G. Falsitta, A. Fantozzi, G. Marongiu, & F. Moschetti (Eds.), *Commentario breve alle leggi tributarie*, tomo III, *Testo unico delle imposte sui redditi e leggi complementari* (pp. 33–39). Cedam.
- Capozzi, V. (2019). Commento all'art. 4, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917. In A.A. Carrabba & G. Perlingieri (Eds.), *Codice del notaio annotato con la dottrina e la giurisprudenza. Catasto – Pubblicità immobiliare – Tributi* (pp. 1305–1315). Esi.
- Cardillo, M. (2018). La riscossione delle 'collette' nell'ordinamento feudale, segnali di attualità. *Diritto e pratica tributaria*, 4, 1578–1587.
- Carpentieri, L. (2012). *L'illusione della progressività. Contributo allo studio del principio di progressività nell'ordinamento tributario italiano*. Dike Giuridica.
- Carpentieri, L. (2022, 5 January). Prime avvisaglie di una revisione dell'IRPEF: l'assegno unico e universale come silver bullet per il sostegno a (tutte) le famiglie con figli? *Rivista di diritto tributario – Supplemento online*, 1–8.
- Cernigliaro Dini, M.V. (2005). La famiglia nel diritto tributario. *Famiglia, Persone e Successioni*, 5, 342–349.
- Cernigliaro Dini, M.V. (2007). Famiglia nel diritto tributario. In *Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale, Aggiornamento* (Vol. 3) (pp. 386–400). Utet Giuridica.
- Ciampani, S. (2004). Il divieto di splitting e la via alternativa per un'equa tassazione dei redditi familiari. *Il fisco*, 28–1, 4297–4302.
- Cigno, A. (1986). Fertility and the tax-benefit system: A reconsideration of the theory of family taxation. *The Economic Journal*, 96(384), 1035–1051.
- Cirillo, G. (1976). Legittimità costituzionale del 'cumulo dei redditi'. Illegittimità costituzionale delle norme che lo limitano. *Legislazione e giurisprudenza tributaria*, 10, 1696–1702.
- Coelho, M., Aieshwarya, D., Klemm, A., & Osorio Buitron, C. (2022). *Gendered taxes: The interaction of tax policy with gender equality* [Working paper 22/26]. International Monetary Fund.
- Colasuonno, N. (2014, 17 March). *Brevi note in tema di I. S. E. E. alla luce del recente decreto*. <https://www.diritto.it/brevi-note-in-tema-di-i-s-e-e-alla-luce-del-recente-decreto/>
- Collet, M. (2015). *Droit fiscal*. Presses Universitaires de France.
- Contrino, A. (2020, 31 December). Sulla riforma della fiscalità della famiglia: una proposta strutturale e articolata, che va oltre il c.d. assegno unico, tra ineludibili moniti del giudice delle leggi ed eliminabili effetti collaterali in punto di disincentivo al lavoro femminile. *Rivista di diritto tributario – Supplemento online*, 1–12.
- Contrino, A., & Farri, F. (2021). La riforma dell'IRPEF con riguardo alla fiscalità della famiglia. *L-JUS. Rivista Semestrale del Centro Studi Rosario Livatino*, 1, 56–76.
- Contrino, A., & Farri, F. (2024). Costituzione, tributi e famiglia nell'attuale contesto di riforme: un'ipotesi di lavoro. *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1, 290–313.
- Corasaniti, G. (2021, 12 March). *Audizione nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulla riforma dell'imposta sul reddito delle persone fisiche (IRPEF) ed altri aspetti del sistema tributario*. https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/305/801/Audizione_prof._Corasaniti.pdf

- d'Amati, N. (1971). Le basi civilistiche della fattispecie soggettiva dell'imposta di famiglia. *Rivista di diritto civile*, 1, 67–97.
- d'Amati, N. (1973). *Progettazione giuridica del reddito: Vol. 1. Le ipotesi della riforma tributaria*. Cedam.
- d'Amati, N. (1982). Famiglia (imposta di). In *Novissimo digesto italiano, Appendice* (Vol. 3) (pp. 647–660). Utet.
- d'Amati, N. (2006). *Istituzioni di diritto tributario*. Cacucci.
- d'Amati, N., & Uricchio, A. (2008). *Corso di diritto tributario*. Cedam.
- De Mita, E. (1976). L'illegittimità costituzionale del c.d. cumulo. *Diritto e pratica tributaria*, 2, 337–355.
- De Mita, E. (1994, 22 February). La tassazione della famiglia. *Il Sole 24 Ore*.
- De Mita, E. (1997). Il principio della tassazione soggettiva al netto e la tassazione della famiglia. *Bollettino tributario d'informazioni*, 19, 1413–1416.
- De Vita, M. (2023). Solidarietà fiscale e assegno unico universale. *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 1, 81–111.
- De Vita, M., & Rasi, F. (2023). Riordino delle deduzioni e detrazioni: sostegno alla famiglia in ottica redistributiva. *Il fisco*, 32–33, 3086–3092.
- Declich, C., & Polin, V. (2007). Individuo e famiglia: quale fisco? *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 66(2), 149–201.
- Del Federico. (2015). La tassazione della famiglia: imposte dirette ed indirette in ambito europeo ed internazionale. In A. Cagnazzo, F. Preite, & V. Tagliaferri (Eds.), *Il nuovo diritto di famiglia. Profili sostanziali, processuali e notarili* (Vol. 3) (pp. 529–547). Giuffrè.
- Della Valle, E. (2021a). La struttura della delega fiscale e la revisione dell'IRPEF. *Il fisco*, 45, 4307–4313.
- Della Valle, E. (2021b, 17 November). Le coordinate della delega sulla 'riforma' del sistema tributario. *Rivista di diritto tributario – Supplemento online*, 1–12.
- Di Nicola, F. (2009). *Tassazione e Sostegno del Reddito Familiare* [Working paper 118]. Istituto di studi e analisi economica.
- Di Renzo, F. (1954). *L'imposta di famiglia nella dottrina e nella pratica tributaria*. Giuffrè.
- Di Salvo, E. (1980). Trattamento fiscale della famiglia. *Legislazione e giurisprudenza tributaria*, 9, 1527–1533.
- Doorley, K. (2018). *Taxation, work and gender equality in Ireland* [Discussion paper 11495]. IZA – Institute of Labor Economics.
- Doorley, K., & Keane, C. (2020). *Tax-benefit systems and the gender gap in income* [Discussion paper 13786]. IZA – Institute of Labor Economics.
- Doorley, K., & Keane, C. (2024). Tax-benefit systems and the gender gap in income. *The Journal of Economic Inequality*, 22(2), 285–309.
- Doorley, K., O'Donoghue, C., & Sologon, D.M. (2022). The gender gap in income and the COVID-19 pandemic in Ireland. *Social Sciences*, 11(7), 311.
- Doorley, K., Bercholz, M., Callan, T., Keane, C., & Walsh, J.R. (2018). *The gender impact of Irish budgetary policy 2008–2018*. The Economic and Social Research Institute.

- European Parliament. (2019, 15 January). Resolution on Gender Equality and Taxation Policies in the European Union (2018/2095(INI)). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0014_IT.html
- European Parliament. (2021, 21 January). Resolution on the EU Strategy on Gender Equality (2019/2169(INI)). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0025_IT.html
- Fantozzi, A. (1989). Regime tributario. In C.M. Bianca (Ed.), *La comunione legale* (Vol. 2) (pp. 1083–1096). Giuffrè.
- Farri, F. (2016). Punti fermi e profili di irrazionalità nel regime fiscale della famiglia. *Rivista di diritto tributario*, 1, 89–115.
- Farri, F. (2018). *Un fisco sostenibile per la famiglia in Italia*. Wolters Kluwer – Cedam.
- Fedele, A. (1976). 'Possesso' di redditi, capacità contributiva ed incostituzionalità del 'cumulo'. *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2159–2176.
- Fehr, H., Kallweit, M., & Kindermann, F. (2015). Reforming family taxation in Germany: Labor supply versus insurance effects. *FinanzArchiv/Public Finance Analysis*, 71(1), 53–81.
- Ficari, V., & Paparella, F. (2004). L'imposta sul reddito delle persone fisiche (Irpef). In A. Fantozzi (Ed.), *Corso di diritto tributario* (pp. 385–389). Utet.
- Filippi, P. (1989). Famiglia VII) Diritto tributario. In *Enciclopedia giuridica Treccani* (Vol. 14) (pp. 1–15). Istituto della Enciclopedia Italiana.
- Gaffuri, G., & Cernigliaro Dini, M.V. (2005). La tassazione della famiglia (trattamento fiscale della famiglia: favore o disfavore del legislatore?). *Iustitia*, 58(2), 131–146.
- Gallo, F. (1977). Regime fiscale della famiglia e principio di capacità contributiva. *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1, 92–110.
- Gallo, F. (2012a). Disuguaglianze, giustizia distributiva e principio di progressività. *Rassegna tributaria*, 2, 287–297.
- Gallo, F. (2012b). *Luguaglianza tributaria*. Editoriale Scientifica.
- Gallo, F. (2013). Ancora in tema di uguaglianza tributaria. *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 72(4), 321–353.
- Gheido, M.R. (2025). Misure per il lavoro, fiscali e per le famiglie. *Diritto & Pratica del Lavoro*, 3, 155–162.
- Gianoncelli, S. (2018). La famiglia inquadrata nella prospettiva dell'ordinamento tributario. *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 77(4), 406–438.
- Giovanardi, A. (2024, 23 November). Dalla flat tax al taglio orizzontale delle detrazioni: che delusione! *IPSOA Quotidiano*, 1–3.
- Giovannini, A. (2013). Famiglia e capacità contributiva. *Rivista di diritto tributario*, 3, 221–233.
- Goatelli, C. (2012). Il mondo possibile tra ISEE, Quoziente Familiare e ICEF. *Non profit*, 1, 25–28.
- Granelli, A.E. (1976). Finalmente abolita la ... 'tassa di maritaggio'. *Bollettino tributario d'informazioni*, 15–16, 1172–1178.
- Grippa Salvetti, M.A. (1976). Cumulo dei redditi e Costituzione. *Foro italiano*, 11, 2530–2535.

- Grippa Salvetti, M.A. (1990). *Famiglia nel diritto tributario*. In *Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale* (Vol. 5) (pp. 476–490). Utet.
- Grippa Salvetti, M.A. (1991). Note in margine alla legge delega sull'introduzione del quoziente familiare. *Rivista di diritto tributario*, 3, 473–495.
- Grosclaude, J., & Marchessou, P. (2006). *Diritto tributario francese. Le imposte – Le procedure*. Giuffrè.
- Grosso, E. (1996). Ancora un monito al legislatore sul sistema di tassazione delle famiglie monoreddito. *Giurisprudenza italiana*, 3, 137–142.
- Guerra, M.C. (2015). The tax system and welfare for families. In U. Ascoli & E. Pavolini (Eds.), *The Italian welfare state in a European perspective: A comparative analysis* (pp. 235–256). Policy Press.
- Guervós Maíllo, M.Á. (2010). Familia, crisis económica y tributación: subida de impuestos o aumento de beneficios fiscales. In L. Cruz de Quiñones, S. Regueros de Ladrón de Guevara, G. Pardo Carrero, & F. Londoño Gutiérrez (Eds.), *Lecciones de derecho tributario inspiradas por un maestro. Liber Amicorum en homenaje a Eusebio González García* (Vol. 2) (pp. 828–859). Universidad del Rosario.
- Guervós Maíllo, M.Á. (2012). Políticas fiscales para la conciliación de la vida familiar y laboral. In N. Sanz Mulas (Ed.), *Políticas de empleo e igualdad: Especial referencia al ámbito universitario* (pp. 51–66). Comares.
- Gunnarsson, Å., & Spangenberg, U. (2019). Gender equality and taxation policies in the EU. *Intereconomics*, 54(3), 141–146.
- Gunnarsson, Å., Schratzenstaller, M., & Spangenberg, U. (2017). *Gender equality and taxation in the European Union: Study for the FEMM Committee*. European Parliament.
- Iacobellis, L. (2021). La tassazione dei redditi delle donne ed il principio di uguaglianza tributaria: la leva impositiva per la realizzazione e la promozione dell'equità fiscale di genere. *Economia e società regionale*, 2, 82–94.
- Infanti, A.C., & Crawford, B.J. (2009). *Critical tax theory: An introduction*. Cambridge University Press.
- Jayawardena, R., & Clougherty, T. (2023). *Family-friendly taxation: How to restore fairness to the tax system*. Centre for Policy Studies.
- Judgment of the Italian Constitutional Court of 15 July 1976, no. 179. <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do1976>
- Judgment of the Italian Constitutional Court of 24 March 1983, no. 76. *Giurisprudenza italiana*, 1, 1766–1770.
- Kirchhof, P. (2007). Die Steuern. In J. Isensee & P. Kirchhof (Eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (pp. 1037–1050). C.F. Müller.
- Kuźelewska, E. (2019). Same-sex marriage – a happy end story? The effectiveness of referendum on same-sex marriage in Europe. *Białystok Legal Studies*, 24(1), 13–26.
- Kuźelewska, E., Michalczuk-Wliziło, M., Žuber, B., Bedič, M., Vilas Boas, M.M., & Ramos Naia, L. (2024). The evolution of same-sex marriage case law in Europe. *Białystok Legal Studies*, 29(3), 179–205.
- Lahey, K.A. (2018). *Gender, taxation and equality in developing countries: Issues and policy recommendations* [Discussion paper]. UN Women.
- Lamarque, J., Nègrin, O., & Ayrault, L. (2011). *Droit fiscal général*. LexisNexis.

- Landais, C., Piketty, T., & Saez, E. (2011). *Pour une révolution fiscale. Un impôt sur le revenu pour le XXI siècle*. Seuil.
- Leccisotti, M., & Patrizii, V. (2002). *Il trattamento fiscale della famiglia nei paesi industrializzati*. Giappichelli.
- Llau, P., & Herschtel, M.L. (1986). Quotient familial et situation fiscale des familles. *Revue française de finances publiques*, 14, 79–98.
- Lo Giudice, B. (1980). La tassazione dei redditi familiari. *La commissione tributaria centrale*, 11, 1699–1702.
- Logozzo, M. (2014). Riflessioni sulla tassazione della famiglia. *Innovazione e diritto*, 5, 53–77.
- Logozzo, M. (2019). Il trattamento della famiglia nell'ordinamento tributario. In M. Logozzo, *Temi di diritto tributario* (pp. 261–291). Pacini Giuridica.
- Logozzo, M. (2023). Famiglie e imposizione fiscale. *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 3, 629–648.
- Magnani, M., & Renella, G. (2024). Aliquote e scaglioni IRPEF stabilizzati e regole riscritte per il riconoscimento delle detrazioni. *Il fisco*, 45, 4174–4180.
- Manzoni, I. (1975). Cumulo dei redditi e legittimità costituzionale: non manifesta infondatezza o manifesta infondatezza delle questione? *Giurisprudenza costituzionale*, 3–4, 2052–2067.
- Maresta, P. (1975). Tutela della famiglia legittima e... imposizione 'per cumulo'. *Bollettino tributario d'informazioni*, 1, 23–27.
- Marinello, A. (2022). Equità di genere e imposizione personale. Riflessioni sistematiche, questioni aperte e prospettive. *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 3, 561–594.
- Marini, G., & Salvini, L. (2022a). Tassazione di genere, lavoro femminile e delega fiscale. *Studi Urbinati. Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, 73(1–4), 135–165.
- Marini, G., & Salvini, L. (2022b). Tassazione di genere, lavoro femminile e delega fiscale. *Rassegna tributaria*, 1, 218–241.
- Marongiu, G. (1975). Il 'cumulo' al vaglio della Corte Costituzionale. *Diritto e pratica tributaria*, 2, 177–190.
- Mastroiacovo, V. (2016). Considerazioni a margine della legge sulle unioni civili: il concorso alle pubbliche spese nella prospettiva dell'effettiva attuazione dei diritti. *Rivista di diritto tributario*, 4, 511–533.
- Mazzilli, T. (1976). Aspetti patrimoniali e tributari della 'nuova' famiglia italiana. *Bollettino tributario d'informazioni*, 6, 429–436.
- Mencarelli, S. (2009). Art. 4 – Coniugi e figli minori. In G. Tinelli (Ed.), *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi* (pp. 46–56). Cedam.
- Miccinesi, M. (2018). Famiglia e fiscalità nel quadro dei principi costituzionali e comunitari. *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 1, 37–48.
- Mobili, M., & Parente, G. (2024, 17 October). Manovra 2025, le nuove detrazioni fiscali per quoziente familiare e reddito. *Il Sole 24 Ore*.
- Morelli, M. (1967). Famiglia (imposta di). In *Enciclopedia del diritto* (Vol. 16) (pp. 808–820). Giuffrè.

- Moschetti, F. (1988). Capacità contributiva. In *Enciclopedia giuridica Treccani* (Vol. 5) (pp. 1–15). Istituto della Enciclopedia Italiana.
- Muscolino, M. (2004). Tassazione separata dei componenti della famiglia. *GT – Rivista di giurisprudenza tributaria*, 10, 939–944.
- Nastri, M.P. (2007). La tassazione del reddito in presenza del coniuge non residente ed il regime fiscale delle detrazioni. *Rivista di diritto tributario*, 4, 93–107.
- Nava, G. (1974). Imposta sul reddito delle persone fisiche e tassazione dei coniugi: prospettive della riforma tributaria e comparazioni nell'ambito della Comunità europea. *Rivista dei dottori commercialisti*, 4, 618–654.
- O'Donoghue, C., & Sutherland, H. (1999). Accounting for the family in European income tax systems. *Cambridge Journal of Economics*, 23(5), 565–598.
- OECD (2005). *Taxing working families: A distributional analysis* [OECD Tax Policy Studies 12]. OECD Publishing.
- OECD (2018). *Taxation of household savings* [OECD Tax Policy Studies 25]. OECD Publishing.
- OECD (2022). *Tax policy and gender equality: A stocktake of country approaches*. OECD Publishing.
- Olivo, D. (1980). Breve analisi comparata del sistema attuale di tassazione dei redditi dei coniugi. *Nuova rivista tributaria*, 11, 511–513.
- Pace, A. (2017). I profili fiscali della famiglia transnazionale nella giurisprudenza adeguatrice della Corte di Giustizia UE. *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 1, 93–116.
- Pace, A. (2018). La dimensione tributaria della famiglia. *Diritto e processo tributario*, 1, 71–98.
- Pace, A. (2019). La famiglia transnazionale tra criticità e prospettive di tassazione: brevi cenni. *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 4, 847–867.
- Pace, A. (2021). *La famiglia transnazionale: profili fiscali*. Wolters Kluwer – Cedam.
- Paladini, R. (2012). *Famiglia (tassazione della)*. https://www.treccani.it/enciclopedia/tassazione-della-famiglia_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/
- Palkova, K., & Rozentale, L. (2021). Civil unions (non-registered partnerships) and patients' rights: Problematics and the future perspective. *Bialystok Legal Studies*, 26(5), 103–118.
- Palmerini, C. (1978). La dichiarazione dei redditi dei componenti un nucleo familiare. *Legislazione e giurisprudenza tributaria*, 1, 227–233.
- Parente, F. (2017). I modelli familiari dopo la legge sulle unioni civili e sulle convivenze di fatto. *Rassegna di diritto civile*, 38(3), 956–967.
- Parente, F. (2018). La 'convivenza di fatto': un nuovo modello legale di organizzazione familiare. *Diritto delle successioni e della famiglia*, 4(3), 797–820.
- Parente, S.A. (2022). Family income taxation models in the Italian legal system: Analysis and perspectives. *Bialystok Legal Studies*, 27(3), 207–225.
- Parente, S.A. (2023). Toward a new family-friendly tax system: Which tax regime? In E. Dawidziuk, P. Panero, & A. Tarwacka (Eds.), *Family, law, and society: From Roman law to the present day* (pp. 427–445). Peter Lang.

- Pepe, F. (2020, 9 October). Vantaggi, criticità ed implicazioni sistematiche dell'istituendo 'Assegno Unico e Universale per Figli a carico'. *Rivista di diritto tributario – Supplemento online*, 1–12.
- Perrone, L. (1976). Il cumulo dei redditi familiari: costituzionalmente illegittimo o soltanto iniquo? *Giurisprudenza costituzionale*, 12, 2188–2198.
- Perrone, L. (1977). Il cumulo dei redditi, il principio della capacità contributiva e la progressività del sistema tributario. *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2, 113–130.
- Pino, C. (2004). La Cassazione nega lo 'splitting' dei redditi familiari. *Corriere tributario*, 26, 2066–2070.
- Poli, O. (1969). *L'imposta complementare progressiva sul reddito*. Giuffrè.
- Polidori, P., & Teobaldelli, D. (2022). Effetti redistributivi e possibili scenari futuri della riforma dell'Irpef e dell'assegno unico universale. *Studi Urbinati. Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, 73(1–4), 197–215.
- Pollastri, C., & Iafrate, F. (2022, 31 March). *L'Assegno unico universale: effetti distributivi e interazione con la riforma Irpef* [Focus tematico 3]. Ufficio Parlamentare di Bilancio.
- Procopio, M. (2021). La progettata riforma governativa relativa all'irpef: alcuni spunti di riflessione de iure condendo. *Diritto e pratica tributaria*, 3, 1110–1190.
- Proto, A.M. (1991). Riflessioni in tema di tassazione dei redditi del nucleo familiare. *Rivista di diritto tributario*, 3, 795–815.
- Provini, G. (1972). L'imposta di famiglia e l'indennità di licenziamento. *Diritto e pratica tributaria*, 3, 505–510.
- Provini, G. (1976). Il cumulo e la diversificazione dei redditi. *Bollettino tributario d'informazioni*, 19, 1401–1406.
- Rapallini, C. (2006). *Il quoziente familiare: valutazione di un'ipotesi di riforma dell'imposta sul reddito delle persone fisiche* [Working paper 475]. Società italiana di economia pubblica. Dipartimento di economia pubblica e territoriale – Università di Pavia.
- Redmond, P., Doorley, K., & McGuinness, S. (2021). The impact of a minimum wage change on the distribution of wages and household income. *Oxford Economic Papers*, 73(3), 1034–1056.
- Rinaldi, R. (2003). Ancora sulla responsabilità solidale del coniuge codichiarante. *Rassegna tributaria*, 5, 1583–1613.
- Rinaldi, R. (2008). Ancora in discussione i diritti e gli obblighi derivanti dalla dichiarazione congiunta dei coniugi. *GT – Rivista di giurisprudenza tributaria*, 12, 1062–1067.
- Rovelli, L. (1995). Tassazione dei redditi familiari: compiti della corte e scelte legislative. *GT – Rivista di giurisprudenza tributaria*, 11, 1048–1054.
- Sacchetto, C. (2010). La tassazione della famiglia: il modello italiano. In C. Sacchetto (Ed.), *La tassazione della famiglia: aspetti nazionali e comparati* (pp. 91–106). Rubbettino.
- Sacchetto, C. (2015). *Famiglia (dir. trib.)*. Diritto on line. [https://www.treccani.it/enciclopedia/famiglia-dir-trib_\(Diritto-on-line\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/famiglia-dir-trib_(Diritto-on-line)/)
- Scalinci, C. (2004). La famiglia 'community care' nell'imposizione sul reddito. *Diritto e pratica tributaria*, 75(4), 864–886.
- Scalinci, C. (2005). Profili fiscali della 'famiglia di fatto'. *Giurisprudenza di merito*, 11, 159–184.

- Scarlata, G. (2007). Famiglia e impresa familiare. In *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore* (Vol. 6) (pp. 344–360). Corriere della Sera – Il Sole 24 Ore.
- Schiavolin, R. (2014). L'imposta sul reddito delle persone fisiche. In G. Falsitta (Ed.), *Corso istituzionale di diritto tributario* (pp. 455–540). Cedam.
- Scuffi, G. (2021). *La fiscalità nel diritto di famiglia*. Giuffrè.
- Soler Roch, M.T. (1999). *Family taxation in Europe*. Kluwer Law International.
- Spada, A. (1976). Riforma del diritto di famiglia: problemi tributari. *Rivista del notariato*, 1, 175–183.
- Spangenberg, U. (2021). Gender equality and tax policies in the EU. *European Equality Law Review*, 1, 15–28.
- Stefani, G. (1976). Imposta personale, cumulo dei redditi e capacità contributiva. *Bollettino tributario d'informazioni*, 22, 1637–1643.
- Steiner, V., & Wrohlich, K. (2006). *Introducing family tax splitting in Germany: How would it affect the income distribution and work incentives?* [Discussion paper 2245]. Institute for the Study of Labor (IZA).
- Stevanato, D. (2021). Indagine conoscitiva sulla riforma dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e altri aspetti del sistema tributario. Audizione VI Commissione (Finanze) della Camera dei Deputati 6a Commissione (Finanze e Tesoro) del Senato della Repubblica. *Giurisprudenza delle imposte*, 1, 45–75.
- Stevanato, D., & Anastasia, B. (2021). Intorno alla riforma dell'irpef: alcune considerazioni introduttive su presupposti, vincoli, aspettative e alternative. *Economia e società regionale*, 2, 13–26.
- Tallarico, R. (1998). La tassazione delle famiglie monoreddito tra Corte Costituzionale e prospettive di riforma. *Tributi*, 965–975.
- Tesauro, F. (2008). *Istituzioni di diritto tributario: Vol. 2. Parte speciale*. Utet Giuridica.
- Torroni, A. (2020). La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza: disciplina legislativa e ricorso all'autonomia privata. *Rivista del notariato*, 4, 649–690.
- Tosi, L. (1988). Considerazioni sul regime fiscale della famiglia: discriminazioni ai danni delle famiglie monoreddito, prospettive di riforma e problematiche di ordine costituzionale. *Rassegna tributaria*, 1, 344–364.
- Toso, S. (1995). Recenti riforme dell'imposta personale sul reddito: una prospettiva internazionale. *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 3, 507–540.
- Turchi, A. (2012). *La famiglia nell'ordinamento tributario: Parte prima. I modelli di tassazione dei redditi familiari*. Giappichelli.
- Turchi, A. (2013a). Il quoziente familiare nella giurisprudenza del Consiglio costituzionale francese. *Rassegna tributaria*, 4, 886–896.
- Turchi, A. (2013b). Francia e contributo di solidarietà. *Giurisprudenza italiana*, 4, 972–974.
- Turchi, A. (2015a). *La famiglia nell'ordinamento tributario: Parte seconda. Tra favore e limiti del sistema*. Giappichelli.
- Turchi, A. (2015b). Famiglia nel diritto tributario. In *Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale. Aggiornamento* (Vol. 7) (pp. 307–325). Utet Giuridica.

- Turchi, A. (2021). Unione civile, convivenze di fatto e imposizione reddituale. *Rassegna tributaria*, 64(3), 613–640.
- Turchi, A. (2022a). *Diritto tributario di famiglia*. Giappichelli.
- Turchi, A. (2022b, 7 June). Proposte legislative e spunti per un riordino della tassazione dei redditi familiari. *Rivista di diritto tributario – Supplemento online*, 1–14.
- Uricchio, A.F. (2017). *Percorsi di diritto tributario*. Cacucci.
- Uricchio, A.F. (2025). *Manuale di diritto tributario. Seconda edizione aggiornata alla riforma fiscale 2023/2024 (l. delega 111/2023 e decreti attuativi)*. Cacucci.
- Uricchio, A.F., & Calculli, T. (2024). Le spese fiscali: tra prospettive di codificazione e controllo sulla spesa pubblica. *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 83(1), 3–37.
- Valcarengi, G., & Facchetti, C. (2025). IRPEF 2025: confermate le aliquote con detrazioni al restyling. *Il fisco*, 7, 565–570.
- Vincenzi Amato, D. (1995). Tassazione dei redditi dei coniugi e tutela della famiglia. *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 2650–2660.
- Viotto, A. (2014). Considerazioni sui regimi di tassazione dei redditi dei coniugi alla luce del principio di capacità contributiva. *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 4, 925–947.
- Visco, V. (1981). L'imposizione fiscale sui redditi familiari. *Politica ed economia*, 2, 49–51.
- Visco, V. (1991). Razionalità ed effetti dell'introduzione del quoziente familiare. *Rivista di diritto tributario*, 1, 26–45.
- Visco, V. (1995). Il problema della tassazione dei redditi familiari. *Corriere giuridico*, 11, 1221–1226.
- Visco, V. (2012). Prospettive di riforma fiscale in Italia. *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 71(2), 178–211.
- Visco, V. (2021). Come valutare la delega fiscale? *Astrid Rassegna*, 16, 1–9.
- Yang, T. (2022, 9 February). Tassazione della famiglia e riforma fiscale: alcune note in tema di eguaglianza e imposizioni sostitutive. *Rivista di diritto tributario – Supplemento online*, 1–10.
- Zingali, G. (1971). La famiglia nella Costituzione e nella riforma tributaria. *Diritto e pratica tributaria*, 2, 701–723.
- Zopolo, A. (1981). La tassazione dei coniugi in Francia, Germania ed Italia. *Rassegna mensile delle imposte dirette*, 2, 92–98.
- Zoppis, C. (1968). *Imposta di famiglia*. Bollettino tributario d'informazioni.
- Zoppis, C. (1980). La tassazione per quote separate dei redditi familiari. Appunti sullo 'splitting' e sul 'quoziente familiare' per eliminare il 'cumulo'. *La commissione tributaria centrale*, 12, 1911–1920.
- Zoppis, C. (1981). Fare e disfare dopo la riforma. *Bollettino tributario d'informazioni*, 7, 485–490.
- Zoppis, C. (1982). Ad una svolta la tassazione del reddito familiare? IRPEF: famiglia monoreddito e plurireddito. *La commissione tributaria centrale*, 4, 519–523.
- Zorzi, A.G. (1976). Ma il cumulo dei redditi è davvero illegittimo? *Giurisprudenza costituzionale*, 12, 2207–2215.

Marcin Sokołowski

Adam Mickiewicz University, Poznań, Poland

msokolow@amu.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7403-5765>

The New Polish Act on Family Foundations: A Comparative Study of Foundations in Poland and Other European Countries¹

Abstract: This article presents a new regulation on family wealth management recently adopted in Poland and compares it with the solutions adopted in relevant legislation in other states, particularly German-speaking countries, with a special focus on German law. This comparative analysis starts with a retrospective look at the development of regulations on foundations in Poland leading to the adoption of the Act on Family Foundations, and subsequently examines the regulations currently binding in Germany, Austria and Luxembourg, aiming at pinpointing the basic similarities as well as differences in the way foundations are approached by legislators in Poland and other European (mostly German-speaking) countries. It also points out the main difference that characterises Polish family foundations, which, rather than serving charitable purposes, are predominantly if not only intended to manage and preserve family wealth.

Keywords: economic activity, family foundations, Polish Act on Family Foundations, Polish charity foundations, Privatstiftungen, Stiftungen

Introduction

Foundations are usually established for the purpose of pursuing certain goals, such as performing charitable tasks for the common good, or in some cases providing family members with better prospects for the future. In January 2023, a

1 Opracowanie powstało w związku z realizacją zadania badawczego w ramach: “Inicjatywa Doskonałości – Uczelnia Badawcza” wniosek nr 116/07/POB5/0028.

new regulation on family foundations was adopted in Poland (Republic of Poland, 2023). Before it came into force in May 2023, the only 'foundations' that had been known under Polish law were entities dedicated exclusively to the common good, and especially charity (Republic of Poland, 1984, item 97), performed by private individuals, certain families, and often by the Catholic Church.² Not much capital is needed to establish a foundation in Poland. As they are entities of public interest and subject to regulations on charitable activities, foundations receive financial support from two different sources: private donations or payments from public bodies (often in the form of fines which courts have adjudicated to be made to charity foundations). These are expected to be subsequently distributed by those charities to various entities in legitimate need (such as orphans, victims of traffic accidents or persons with disabilities). A completely opposite situation prevails in neighbouring Germany, where since 2002, about two-thirds of the existing foundations have been established not only for charitable purposes carried out by churches or communities, but for aims pursued by individuals or, often, families, various organisations and sometimes private companies (Hopt & Reuter, 2001). The year 2022 witnessed a 2.5% increase in the number of foundations in comparison to 2021 (and 3.2% in 2021 compared to 2020), and with 693 different types of foundations established then, there were 25,254 foundations with legal status operating in Germany altogether. What is more, about 90% of all foundations have been created for tax-deductible purposes (Bundesverband Deutscher Stiftungen, n.d.).

In Poland, before the Act of 2023, foundations only operated under the Act on Foundations of 1984, which was generally applicable to legal entities governed by public law whose general purpose was mainly not for profit, and therefore particularly for charitable activities. Therefore in the first two decades of its enforcement, Polish foundations only served charitable purposes; however, since 2016, equipped with legal personality, foundations have also been able to carry out business and commercial activities within the scope of their main charitable purposes (Kidyba, 1999, p. 2). Operating as a foundation enables its creators to separate the risks generated by their business from their individual funds, because all losses, if any, must be covered by the foundation from its own assets. Moreover, under the former regulations, members of the management board could receive remuneration from the foundation's funds,

2 The best-known examples of foundations are the Fundacja Izabeli i Adama Małyszów 'Wystarczy chcieć' and the Fundacja Wielka Orkiestra Świątecznej Pomocy (WOŚP). Polish law did not define the Church's foundations differently, and they were commonly known as legal entities established by legally acknowledged churches such as the Roman Catholic Church (based on an Agreement between the Polish State and the Roman Catholic Church drawn pursuant to the Act of 17 May 1983; see Republic of Poland (1983)). Other acts, like Article 43 of the Act on the Relationship between the Polish State and the Polish Autokefalic Orthodox Church (Republic of Poland, 1991, item 287), apply to other churches, for example the Polish Orthodox Church. See Walencik (2013, p. 66).

a very tempting possibility which was prone to abuse (Dominowska, 2017, pp. 19–20). Before the 2023 Act, foundations in Poland had been commonly considered to be established for charitable purposes rather than as vehicles for conducting other activities, particularly business, as well (Kappes, 2023, As they were supervised by public bodies, the scope of their activities other than charity was indeed marginal, although not completely non-existent.³

However, the increasing participation of private equity in Polish society, especially of businesses constantly looking for tax optimisation solutions or wealthy individuals seeking the best ways of solving inheritance matters and shaping their family's assets over the next decades and generations, has led to a desire to create a new, specific 'legal vehicle'. A concept like this already existed in the laws of some older EU countries and was known as a foundation solely oriented to private, personal purposes (a *Privatstiftung*) and not to charitable activities. After two years of initial considerations, the Act on Family Foundations came into effect in May 2023 and offered a 'designated vehicle' capable of running and continuing accumulated family wealth for the coming decades, perhaps even centuries.

1. Family foundations in Poland and the idea of a trust: Are these compatible?

The new regulation for family foundations in Poland has been drawn from governing foundations of western European law and is based on already existing concepts and the idea of a foundation grounded in its founders' tangible assets. Foundations are established when their creators wish to actively pursue certain purposes with the use of a part of their fortune and determine those purposes clearly, at the same time creating a certain asset base to achieve those aims. In Germany, family foundations exist under the name *Familienstiftungen*, but they are not treated any differently than other foundations and are not subject to any special provisions.⁴

Under Polish law, the assets of a foundation cannot be spent as such and must be preserved as the capital of the foundation. The average surplus generated by these assets may be invested profitably or used for the actual purpose of the foundation. The main difference between foundations based on the Polish Act of 1984 and family foundations governed by the Act of 2023 is that they are different legal entities (Szpura, 2013, p. 25). Both have legal personality, but they serve different purposes. Usually, foundations were established for public charitable purposes and not for

3 In the WOŚP foundation previously mentioned, the Małysz family, members of the founder's family, were employed and paid reasonable compensation from the foundation's funds.

4 Schiffer & Pruns (2012, p. 327) indicate that just because of foundations' ultimate aim of supporting family members, and not serving the common good, German courts have expressed certain doubts about whether they should be referred to as foundations.

the purpose of providing for a family; therefore transfers of funds could only be an activity additional to the normal operations of the foundation, which often operated on financial means acquired from public donations. Under the 2023 Act, a family foundation is intended to serve a family, providing it with financial support. This, however, does not exclude it serving as a public charity, particularly if a foundation acquires funds from a private person, i.e. the founder.

Prior to the enactment of the Act on Family Foundations in May 2023 (Republic of Poland, 2023), successful Polish entrepreneurs seeking tax optimisation, as well as private individuals with substantial means, would sometimes transfer significant financial resources abroad, to countries like Austria, Liechtenstein or Luxembourg, where the establishment of family foundations was possible.⁵ However, creating and running a foundation in a foreign country turned out to be quite expensive because of high operational costs. The wish to ensure the security of the private wealth of Polish families and to develop a plan for its management in the future triggered discussions about developing options that would also offer potential founders in Poland wealth-management instruments, similar to those available under trust law.

Trusts, although found in the inheritance law of other legal systems, are not known in Polish law (they are not available under German law either; Wienbracke, 2012, pp. 21–22) and therefore as yet have not been considered a viable solution.⁶ Yet as a very convenient way of disposing of wealth, they are sometimes resorted to in Poland, although only in *mortis causa* actions (Zachariasiewicz, 2009, p. 244; also see Hayton & Kortmann, 1999), as is reflected in some recent wills.⁷ All these considerations gave rise to the development of the family foundation, a new legal form capable of continuing the deceased person's business at no risk to his or her family.⁸

2. Establishment of a family foundation

Under Article 21(1) of the Act on Family Foundations (FFA), a family foundation may be created in two ways, *inter vivos* or *mortis causa*. In the first case, a family

5 For example, Austria and Liechtenstein have accomplished complex reforms of private foundation law (*Stiftungsrecht*): Austria in 2019 (Parliament of Austria, 2019), and Liechtenstein on 1 April 2009 (Parliament of Liechtenstein, 2008), when it issued a new regulation which was the effect of a complex reform of its foundation law, according to the *Stiftungsrecht* started in 2001.

6 Trusts are so widely applied in common law 'because trusts are so flexible they are the single most useful estate planning device' (Anderson, 1996) p. 18.

7 Poland and Germany are not parties to the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and Their Recognition of 1 July 1985, nor have they ratified this convention; therefore trusts do not seem to be an applicable solution.

8 Only 8.1% of the successors of family enterprises declare that they are carrying on businesses created by their parents, according to a survey by the Polish Institute of Family Business (Instytut Biznesu Rodzinnego, 2017).

foundation is created by an act of establishment executed by a founder (or multiple founders), while in the second, it may be created as a part of the founder's last will and, pursuant to Article 12(2) FFA, by one founder only. In both cases, as provided for in Article 22 FFA, the creation of a foundation should be done in the form of a deed drawn up by a notary. The deed starts the existence of a 'foundation in organisation', and until its final registration by a registry court, its business name should always include the words 'in organisation'. Such a 'family foundation in organisation' may act on its own, enjoying legal capacity, and may, among other things, acquire rights, obligations or even immovable property (estates), although until it is registered, it will not have legal personality (Górny, 2021, p. 512; Mariański, 2023, p. 151ff). However, all the financial assets brought into the foundation become its property and continue to exist outside the founder's area of competencies. According to Article 24 FFA, as soon as the 'foundation in organisation' is registered and begins to enjoy legal personality, the reference 'in organisation' is no longer required. Article 25 provides further that if the act establishing a family foundation is invalid, if the court of registration rejects the application for its registration, or if no such application has been submitted to the court within six months of the date of the adoption of the act, then the 'foundation in organisation' shall be dissolved. However, all acts and obligations performed on behalf of this dissolved 'foundation in organisation' are considered valid. Pursuant to Article 17 FFA, the initial capital of a foundation must be PLN 100,000⁹ and the act establishing the foundation must indicate, among other things, its name and registered office, a precise description of its purpose, a list of beneficiaries with their powers and the rules governing them, the duration of the foundation, the value of its share capital, the rules according to which the foundation will be managed and represented, the supervising authority responsible for the supervision of the management board within the duration of the 'foundation in organisation', at least one beneficiary authorised for a beneficiary meeting, rules governing subsequent changes to the statutory act, and rules on the foundation's property after dissolution of the foundation, in particular those indicating the beneficiary or beneficiaries to whom the remaining property should go. Pursuant to Article 20 FFA, assets that have already been contributed to the family foundation in its name are to be clearly separated from the founder's assets and remain the property of the foundation, regardless of future claims against the founder or founders. Therefore those assets cannot be returned to the founder during the valid duration of the foundation. Pursuant to Article 27, all assets already contributed to the foundation's share capital shall be duly registered in the foundation's assets catalogue, which shall be updated by the management board in the event of changes. Hence these assets could not be returned back to the founder's property during the foundation's existence.

9 The exchange rate for Polish złoty to euros is between PLN 4.40–4.60 to EUR 1, which makes the base founding stock capital of PLN 100,000 equivalent to about EUR 22,222.

2.1. The major characteristics and main purposes of a family foundation

Pursuant to Article 2 FFA, foundations are oriented towards acquiring assets on their behalf, managing these assets (funds) as property and providing for the beneficiaries in accordance with the founder's will, which must be clearly stated in the act of establishment. According to Article 11, the creator of a family foundation can only be a natural person (Marianński, 2023, p. 148). Foundations based on private sources are to be described as private foundations, alongside other foundations which are not exclusively oriented to provide for certain family members but to act in the name of another common good, such as the support of children or students, local cultural activities, etc.¹⁰

However, family foundations, which enjoy full legal personality from the moment of their registration, are not allowed to engage in full economic and commercial activity. According to Article 5 FFA, some commercial activities, in particular in agriculture and forestry, real estate such as renting and leasing, capital activities, borrowing or private equity investments and stock exchange activities, are allowed only as a subsidiary. In view of the enumerative catalogue contained in Article 5, it seems that the scope of possible activities is quite wide, which indicates that the main purpose of a foundation may not only be contributing to the satisfaction of family needs. The other interesting aspect of the functioning of family foundations is remuneration for services, which (pursuant to Article 6) must be paid into a bank account only on behalf of the beneficiaries.

Pursuant to Article 8 FFA, a foundation is only subsidiarily liable (*in solidum*) for the founder's prior obligations, the only special exception to this rule being the foundation's liability for maintenance claims against the founder, which may arise or be claimed even after the foundation has been established. In addition, it is possible to sue the foundation for maintenance claims against a founder, regardless of any legal proceedings already in progress against them. However, the liability of the foundation for the maintenance claim is limited to the value of its assets. On the other hand, as provided for in Article 16, the founder is not liable for the foundation's obligations that arise within its duration. Should a financial loss in the current year occur, it must be covered from all the financial gains of the next year, while the payments due to beneficiaries must, if necessary, be partially suspended or reduced. Pursuant to Article 37, pending maintenance claims against the founder must be paid before any other payment can be made to any of the beneficiaries.

10 According to German regulations (BGB, *Stiftungsrecht*), a family foundation oriented to providing for a founder's family member is to be called a *Familienstiftung*.

As provided for in Article 30(1) FFA, a beneficiary is a person on whose behalf the family foundation acts. They may be a natural person or an NGO, according to the definition in Polish law.¹¹ Article 30(2) provides that a founder may also be a beneficiary. Under Article 34, all beneficiaries must be registered, entered into the list of beneficiaries and must identify themselves in advance with personal identification documents. In order to receive certain deposits from the foundation, some additional provisions may also be made. Pursuant to Article 39, beneficiaries' rights to such benefits and obligations cannot be sold, transferred or disposed of in any way. This is a reflection of the personal boundary between the foundation and its beneficiaries, which is made in the same way as is regulated in the Code of Commercial Companies and Partnerships, where not only the financial aspect is important, but also the whole personal relationship created within the entity. However, in the case of a beneficiary's complete disposal of his or her rights, he or she renounces their status and must have their name removed from the list of beneficiaries.

Articles 40–41 of the FFA provide that the beneficiaries may contact the management board of the family foundation or even communicate remarks and suggestions regarding the foundation's activities. The beneficiary may also request information from the management board on the activities. The management board may refuse access to certain information relating to the foundation if its disclosure could harm the interests of the foundation or infringe the protection of personal data. In such a case, a beneficiary can apply to a registry court as a supervisory authority and ask for permission to obtain access to such information. While a beneficiary is allowed to have access to information concerning the activities of the foundation or even to communicate remarks or suggestions concerning its activities, the management board is not under an obligation to follow the proposed recommendations.

2.2. The most important aspects of the management of a family foundation

Under Polish law, family foundations may have three organs, of which only two are obligatory: the management board, the beneficiaries' meeting and the voluntary supervisory board. The latter becomes obligatory if the number of beneficiaries exceeds 25, as provided for in Article 64 FFA. In order for someone to become a member of the foundation's governing bodies, a written endorsement must be obtained (Mariański, 2023, pp. 170 and 174ff). According to Article 48, the meetings of the family foundation's governing bodies are held at a statutory place, but they may also be held online. In such a case, a real-time connection and the possibility of active communication between the members should be provided (Article 48(2)), and the chair who has previously convened meetings should fix its date and place and invite the other members to the meeting as has been duly scheduled (Article 49). In

11 Such NGOs are mentioned in Article 3(2) of the Act of 24 April 2003 on public benefit activity and voluntary work (Republic of Poland, 2003).

addition, any member of the management board may submit a request to the chair for a board meeting, in which case the chair is obliged to convene it. According to Article 50, decisions on the agenda of the meeting are to be taken during the meeting after a vote, in which case the vote is generally open and the majority is decisive.

2.3. The main governing bodies of family foundations

Article 54 FFA provides that the management board represents and manages the foundation and is appointed to fulfil the statutory tasks of it. If not previously agreed, managers are not paid for their work, although their financial expenses should be covered. The management board may be one person only, but it may also consist of more members, in which case the foundation is represented pursuant to Article 59, and two directors must act jointly. Pursuant to Article 61, the term of office of a board member expires after three years, with the possibility of a prolonged term in accordance with the law or of such a member continuing in office for the next term. The mandate of a management board member also ends with their resignation, dismissal or death; pursuant to Article 75, all members of the board are jointly and severally liable for their acts and omissions, and their actions are assessed based on the rule of diligent management. According to Article 79, the foundation's finances must be audited every four years by a professional accountant, and if the foundation engages in economic activity, its books must be audited every year. Pursuant to Article 81, the foundation's financial statements must be submitted to the beneficiaries' meeting or the supervisory board.

As provided for in Articles 64 and 66–68, the founder may appoint the supervisory board, which may consist of one person or several. The term of office of the members of this body is five years and can be renewed. New members can be appointed at the beneficiaries' meeting after the death of a founder. Pursuant to Article 65, this meeting may demand access to all documents and information concerning the activities of the management board. Article 69 provides that a member of the management board may not be appointed as a member of the supervisory board. If the number of beneficiaries exceeds 25, a supervisory board is mandatory.

As provided for in Article 70 of the FFA, the beneficiaries' meeting must be formed in accordance with the existing legal regulations and, interestingly, not every beneficiary can be a member of the meeting. Each beneficiary who is a member of this body must carry out the functions of a member properly and diligently. The beneficiaries' meeting is an obligatory body in a foundation and is important because it incorporates, in a way, the identity of the foundation, serving its beneficiaries. In the event of a member of the management board resigning, this resignation must also be received and approved by the beneficiaries' meeting. As provided for in Article 71(1), all conditions necessary for a general meeting (the beneficiaries' meeting) to be called should be stated in the act of establishment. Normally, it is the management board that should call the beneficiaries' meeting, but if it does not do so, any beneficiary is

entitled to call a meeting, as provided for in Article 71(3), for example when a founder is the only manager and has died, and no other manager has been appointed. Then, pursuant to Article 71(6), if a manager does not convene a beneficiaries' meeting within seven days of the date of the request, the beneficiaries should request a registry court convene such a meeting.

Pursuant to Article 72 FFA, the beneficiaries' meeting accepts the financial report every year, and following the vote of acceptance, it decides on the balance sheet, profits and other aspects of the functioning of the family foundation as provided for in the act of establishment. The beneficiaries' meeting is valid regardless of the number of beneficiaries present (Article 73), but at least one beneficiary must be in attendance. However, conclusions or motions may only be taken if not fewer than half of the members of the beneficiaries' meeting have actively voted.

3. The main differences between Poland's and Germany's legal regulations: A basic overview

A family foundation in Poland is a legal entity organised under private law, economically based on private financial transfers and endowed with legal personality. However, its existence and activities are supervised by the public authorities, although to a much lesser extent than charitable foundations, which have to be inspected every year due to the public financial resources they receive. A Polish family foundation is based on private financial sources, so it is subject to much less control. In both cases, however, it is a Polish registry court that checks the foundation's financial reports. A family foundation in Poland, if it does not carry out any economic activity, should only have its financial statements checked every four years, whereas a German foundation (*Stiftung*) must be checked every year regardless of its activity. Polish family foundations enjoy legal personality, which means that they can perform a wide range of acts in their own name. In particular, they may carry out economic activities, as long as these are not their main purpose but only additional (Kidyba, 1999, p. 2). Austrian foundations, known as *Stammvermögen*, on the other hand, are established to manage the family's core assets, and an Austrian foundation is prohibited by law from carrying out any economic or commercial activity on its own (Scheuber, *Die „Familien-Versorgungsstiftung“* p.938).¹²

German foundations (*Stiftungen*), on the other hand, are a homogeneous type because there is no special legal subdivision that indicates different specialised foundations. However, German jurisprudence names a variety of such specialised foundations within this single description (Mansel, 2023, p. 39). Among others, there is the family foundation, or *Familienstiftung* (Lehleiter, 1996 p. 52;). This type

12 'Keine gewerbsmäßige Tätigkeit betreiben'.

is mostly founded by economic and commercial entrepreneurs (Schiffer J. & Pruns M. 2012). In German jurisprudence there is still a debate as to what should be considered a family: it could be a nuclear family, which is quite obvious for the majority of jurisprudence, but some consider a family to be a large group of different individuals who are not really very close to the person of the founder. Thus the point of view of the law of succession could be very important, as different persons could acquire property without paying tax (Schiffer, 2010, p. 69). Over the decades, German tax law has seemed to deal with this issue quite gently, based on the assumption of the good will of many German foundations which obediently follow the tax rules. Over the years, the only problem was that a rather large number of family foundations (*Privatstiftungen*) had to be audited.¹³ Unfortunately, in the few years after 2000, it seemed quite obvious that a large number of these German foundations, especially those located in the Duchy of Liechtenstein, had been used for tax avoidance and optimisation, which finally led to a major revision of the law of the Duchy of Liechtenstein in 2012 and 2014 (Parliament of Liechtenstein, 2008; 2012). All the changes were made in response to complaints from the German authorities about tax evasion by foundations based in Liechtenstein, and GRECO (the *Groupe d'États contre la Corruption*), as a working group, also requested more state control against money laundering in the country.¹⁴ These new regulations are in part based on the Austrian regulations on foundations (Marxer & Partner Rechtsanwälte, 2021, p. 7).

Under Polish law, there are two separate kinds of foundation: a public charity foundation (regulated in the Act of 1984, as indicated previously) and a foundation established and operating under the new Polish Act on Family Foundations of 2023. The Polish regulation was shaped in a similar way to the German one (*Stiftungsrecht*). However, while the German regulation on foundations simply constitutes a part of the German Civil Code (BGB) and contains no more than 39 paragraphs regulating its subject (§§ 80–89 BGB; there are additional paragraphs marked with letters), the Polish regulation (FFA) consist of 145 articles, which in consequence makes it more complex and detailed. Regarding *Stiftungsrecht*, the commentaries of German jurisprudence fill the gap easily.¹⁵ German foundations are not only regulated by the BGB, but also by local laws according to the federal state in which the statutory location of the foundation and the place from which it is managed is situated. The new BGB of 2023 contains many provisions that change the previous regulations about German foundations; *Stiftungsrecht* is one of them, under which there is a description of the 'foundation location' (*Sitz*), which has been changed from the

13 In the report of the Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht (2000), *Stiftung & Sponsoring*, 2, p. 56ff; this was criticised in Schiffer & Pruns (2012, p. 327).

14 GRECO is a special cooperation started in 1996 by the European Council; see Smulders (2018).

15 Best known among German jurisprudence's commentaries are the latest versions of Heidel et al. (2023) and Mansel (2023, p. 39ff).

statutory location to the 'management location' (*Verwaltungssitz*) (in § 83a BGB). Bearing in mind that the applicable German tax authorities are relevant to the location of a given foundation, there is a possibility of an adjustment for a lack of specific localisation in certain German provinces (*Bundesländer*) in order to apply the appropriate taxation (Huttemann & Rawert, 2021, p. 12). What is more, German foundations must not be managed from abroad, which seems to be quite different from the Polish regulation, where, pursuant to Article 26(2)(2) FFA, the location of a foundation must be indicated in the legislative act without any additional provisional remarks, whether it is in Poland or elsewhere. However, taking into account that Polish law follows the doctrine of a location and a registered office, the location of the Polish family foundation must be in Poland. In addition, according to Articles 47–48 FFA, the management board may meet not only in the location of the foundation, but in any other place as agreed by all board members, and meetings may also be conducted online.

There is no mention in Polish regulations of any additional membership of other legal entities, but according to Article 11 FFA, only a natural person can be a founder of a family foundation. On the other hand, there is no prohibition against including a whole company in the foundation's share capital, as Article 19(1) FFA provides only that the amount of Polish currency (PLN 100,000) or its equivalent in various assets must be contributed in the form of an organised and functioning enterprise. In Germany, however, various specialised foundations exist which are established for the purpose of ensuring that an undertaking is a going concern and continues its operations (*Beteiligungsträgerstiftungen*, such as the Breuniger Stiftung and the Aldi, Lidl and Würth Stiftungen); some enterprises, though, could be based only on financial assets without any enterprise or other material assets like real estates (*Kapitalfondsträgerstiftungen*, such as the Vorwerk Elektrowerke Stiftung & Co KG).¹⁶

Conclusions

a) General

As mentioned at the beginning of this article, quite a new legal form of entity seems to have developed in Poland, based on the provisions governing foundations in force in the legal systems of other European countries. However, its main purpose is not oriented to charitable tasks only, but rather on preserving and managing family wealth. This is the main difference in comparison with some other European foundations (mostly in German-speaking countries), which are not so obviously dedicated to private interests but are intended to carry out charitable actions in the public interest. As can be seen from the considerations presented here, the activities of foundations in Poland, as well as those in other European countries, may include

16 German jurisprudence indicates Schiffer & Pruns (2012, p. 328).

those of charities and NGOs. There are differences, however, regarding how family foundations operate within different legal orders. In Germany, there is only one form of foundation (*Stiftung*), regulated in §§ 80–89 BGB, whereas in Poland, there are two forms regulated separately, one (a foundation) mainly intended for public charity and one (a family foundation) rather intended for carrying out economic activity that serves the private interests of the founder and his or her family, and only exceptionally providing benefits to directly indicated beneficiaries (Sokolowski, 2024). It must be noted that the same tasks are performed by the German and Austrian specialised foundations described as a *Privatstiftungen*. Hence in German-speaking countries, there is only one type of foundation, but its precise description may be related to its specific operational profile. In light of the analysis carried out, it is justified to state that the above-mentioned legislations differ from one another. In Germany, foundations are mainly, although not entirely, subject to the provisions of the BGB; under Austrian and Luxembourgish laws, there are many different detailed legislative acts governing various types of foundation, but there is no specific law regulating family foundations.

b) Specific limitations within the Polish law on foundations: Restricted economic activity

A family foundation in Poland operates under different legal regulations than those applicable to a typical (charitable) foundation due to its slightly different legal form, although charitable purposes are not excluded from the scope of its operations. Due to the general purpose of a foundation, which is charity, pursuant to Article 1 of the Act on Foundations of 1984, economic activity by such a foundation is not part of its purpose.¹⁷ However, such an activity, if intended, could be indicated in its founding act and performed on the side or alongside its main charitable tasks (Judgment of the Polish Supreme Court, 2021). Pursuant to the exact wording of Article 5 of the newly issued Act on Family Foundations of 2023, an economic activity may be conducted by a specialised type of foundation, but it is not certain to what extent it could be performed, bearing in mind that this activity may be ‘only additional’. The basic catalogue of activities listed in Article 5 provides for only a specific number of types of economic activity for family foundations; they mostly include certain financial investment activities (among them loans), farming and forestry, albeit on a very limited scale (Leszczyk D. 2023).¹⁸ General economic activity is allowed only to a very limited extent, and running a business could be problematic without transforming a foundation into a form of a limited liability company whose shares could be included

17 Cioch (2007) discusses Article 1 and its mainly wide oriented characteristic of foundation activities.

18 Article 6 of the Polish Forestry Act of 2024 provides that a forestry activity is directed to the organisation, protection and management of forests, keeping up and growing forest resources, protecting wildlife and harvesting wood and other products. Leszczyk D. p. 18.

in the foundation's assets. In such a general overview, the main idea of a family foundation seems to be providing for a family economically (Dumkiewicz, 2023, art. 1(2)), which is not in the same line as the intended activity of a typical foundation set up for charitable purposes or acting as an NGO. It seems reasonable to extend the economic activity allowable under Article 5 to economic activities typical for small entrepreneurs, who after their retirement (or death) may pass on their enterprises directly in favour of and in the name of the family foundation.

REFERENCES

- Anderson, R.W. (1996). *Fundamentals of trusts and estates*. Matthew & Bender.
- Bundesverband Deutscher Stiftungen. (n.d.). *Bundesverband Deutscher Stiftungen*. Retrieved 20 February 2025, from <https://www.stiftungen.org/en/home.html>
- Cioch, H. (2007) *Prawo fundacyjne* (Kraków Zakamycze) pp. 28–29.
- Dominowska, J. (2017). *Prowadzenie działalności gospodarczej przez fundacje. Studium prawne*. Wolters Kluwer.
- Dumkiewicz, M. (2023). In A. Kidyba (Ed.), *Ustawa o fundacjach. Komentarz* (LEX).
- Górny, K. (2021) Wpływ aktu fundacyjnego na statut fundacji w kontekście czynności notarialnej. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, 4, 51–56.
- GRECO Report on Liechtenstein, GRECO's 52 Meeting (Strassburg, 17.–21. October 2011), Greco Eval I/II Rep (2011) https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://m.e.t/16806ca080&ved=2ahUKewi5jei0leSLAxU1GBAIHYzEH7EQFnoECBQQAQ&usq=AOvVaw1kzTjMtDL9_NKb3VrmAuy
- Heidel T., Husstege R., Mansel H.P., Noack U. (2023). *BGB Kommentar*. NOMOS.
- Hopt, K., & Reuter, D. (2001). *Stiftungsrecht in Europa. Stiftungsrecht und Stiftungsrechtsreform in Deutschland, den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, der Schweiz, Liechtenstein und den USA*. Edition Carl Heymanns Verlag.
- Huttemann, R., & Rawert, P. (2021). Das neue Bundesstiftungsrecht. Darstellung und Analyse sowie Vorschläge für notwendige Reformen der Landesstiftungsgesetze. *Zeitschrift für Internationales Privatrecht*, 42(12) Beilage zu ZIP 33/2021, pp. 1–44.
- Instytut Biznesu Rodzinnego. (2017). *Publiczna ankieta Instytutu Biznesu Rodzinnego 2017 rok*. <http://www.ibrpolska.pl/aktualnosci/przyszlosc-firm-rodzinnych-sukcesorzy-przed-trudna-decyzja-o-przejeciu-firmy-rodzicow>
- Judgment of the Polish Supreme Court (Sąd Najwyższy) of 17 February 2021 on the case of XXX, I NSNc 152/20, OSP 2022/9/72, LEX no. 3120991.
- Kappes, A. (2023). Długo oczekiwane dobrodziejstwo czy legislacyjny bubel? Kilka uwag o fundacji rodzinnej. *Przegląd Prawa Handlowego*, 12, 5–12.
- Kidyba, A. (1999). Prowadzenie działalności gospodarczej przez fundacje. *Przegląd Prawa Handlowego*, 10, 1–5.
- Kidyba, A. (Ed.), *Ustawa o fundacjach: Komentarz*. Lex Online.

- Kirchain Ch. (2005). *Gemeinnützige Familienstiftung*. Peter Lang, p. 24–34.
- Lehleiter, R. (1996). *Familienstiftung als Instrument zur Sicherung der Unternehmenskontinuität bei Familienunternehmen*. P. Lang, p. 52
- Leszczyk, D. (2023). *Ustawa o fundacji rodzinnej. Komentarz*. Beck Nb 10, p. 18.
- Mansel, P. (2023). *BGB Kommentar* (19th ed.) (Berger, Budzikiewicz, Kern, Mansel, Stadler, Sturner). Beck.
- Mariański, M. (Ed.). (2023). *Fundacje rodzinne, aspekty prawne i podatkowe. Komentarz do ustawy*. Wolters Kluwer.
- Marxer & Partner Rechtsanwälte. (2021). *Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht*. Marxer Wien.
- Parliament of Austria. Bundesgesetz über Privatstiftungen (Privatstiftungsgesetz–PSG). StF: BGBl. Nr. 694/1993 (NR: GP XVIII RV 1132 AB 1203 S. 131. BR: 4636 AB 4627).
- Parliament of Liechtenstein. (2008). New Regulation on Foundations Issued on 1 April 2009 and Nouvelles of 26 June 2008 (Gesetz über die Abänderung des Personen – und Gesellschaftsrechts), LGBl. 2008 no. 220.
- Parliament of Liechtenstein. (2012). Nouvelle of 2012 (Gesetz vom 21. Oktober 2011 über die Abänderung des Personen und Gesellschaftsrechts (PGR)), LGBl. 2011 no. 537.
- Republic of Poland. (1983). Act on the Polish State and Roman Catholic Church of 17 May 1983 on the Relationship between the Polish State and the Roman Catholic Church (Ustawa o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej). Dz. U. 1989.29.154.
- Republic of Poland. (1984). Act on Foundations of 6 April 1984 (Ustawa o fundacjach). Dz. U. 1984 no. 21.
- Republic of Poland. (1991). Act on the Relationship between the Polish State and the Polish Orthodox Church of 4 July 1991 (Ustawa z dnia 4 lipca 1991 r. o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego). Dz. U. 1991 no. 66.287.
- Republic of Poland. (2003). NGO Legal Act of 24 April 2003 (Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie). Dz. U. 2003.96.873.
- Republic of Poland. (2023). Act on Family Foundations (Ustawa o fundacji rodzinnej). Dz. U. 2023.326.
- Republic of Poland. (2024). Forestry Act (Ustawa o lasach). Dz. U. 2024.530.
- Schiffer J. & Pruns M. (2012). *BGB Kommentar, Allgemeiner Teil* (2nd ed.) (Vol. 1). T. Heidel.
- Elisabeth Scheuber: *Die „Familien-Versorgungsstiftung“ – Eine Wiederbelebung der Familienfideikomisse?* In: Constanze Fischer-Czermak, Andreas Kletecka, Martin Schauer, Wolfgang Zankl (Hrsg.): *Festschrift Rudolf Welser – Zum 65. Geburtstag*. MANZ Verlag Wien 2004, pp. 931–1288.
- Smulders, J. (2018). Le Groupe d'États contre la corruption (GRECO) et la transparence en matière de comptabilité des partis politique. *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2377, 5–44.
- Sokolowski, M. (2024). *Fundacja rodzinna jako metoda planowej sukcesji przedsiębiorstwa rodzinnego. Nowy element w sektorze małych i średnich przedsiębiorstw a potencjał oddziaływań tej formuły prawnej na gospodarkę narodową*. In M. Flieger & D. Mączyński (Eds.) *Kierunki usprawnień gospodarki oraz organizacji w aspekcie zarządczym i prawnym* (pp. 135–136). Wydawnictwo Naukowe UAM.

- Szpura, E. (2013). O potrzebie regulacji fundacji niesamodzielnej w prawie polskim (?). *Roczniki Nauk Prawnych*, 2, 23–49.
- Walencik, D. (2013). Fundacje zakładane przez osoby prawne Kościoła Katolickiego w Polsce. *Studia z prawa wyznaniowego*, 16, 65–91.
- Wienbracke, M. (2012). *Trusts in Deutschland. Zivilrecht-Steuerrecht*. Springer Gabler.
- Zachariasiewicz, M. (2009). *Trust i inne stosunki powiernicze w prawie porównawczym i prawie prywatnym międzynarodowym*. Wolters Kluwer.

Katarzyna Jadach

Polska Akademia Nauk, Polska

k.jadach@inp.pan.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4875-6558>

Rodzina w sieci, czyli o kierunku normatywnych zmian w prawie dotyczącym rodziny

The Family in a Net: On the Direction of Normative Changes in Family Law

Abstract: This article is about the network issue and the location of the family within it. Based on research conducted in public management, it was proposed to approach the legal protection system of the family and the child as a judicial inter-organizational network. This is understood as a set of individuals, organizations and institutions connected by a system of relations, integrated by a family court, that focus on activities that protect and support the family. The argument assumes that the administrative process contributes to the construction of a network understood in this way, perceived as a manifestation of the legal system's evolution towards blurring the boundaries dividing its area, especially the public and private spheres. Due to the lack of definitions of the concept in family law, its meaning and manifestations in various areas of law are indicated. An attempt is then made to show the administrative process in family law. Axiological and functional considerations justify the outlined direction of changes in the law, which are associated with the need to build relationships between the links in a network based on cooperation. Building and tightening the family support network can improve the justice system's effectiveness in family and care matters.

Keywords: administrative process, family law, legal protection of the family, nets

Słowa kluczowe: administratywizacja, prawo dotyczące rodziny, prawna ochrona rodziny, sieć

Wprowadzenie

W obszarze rozmaitych gałęzi i działów prawa, zwłaszcza konstytucyjnego, rodzinnego i opiekuńczego, nieletnich, socjalnego czy prawa pracy, podejmowane są działania ukierunkowane na optymalizację prawnej ochrony rodziny. Aksjologiczną

podbudowę dla płaszczyzny normatywnej i wykonawczej tworzy Konstytucja, sytuująca rodzinę wśród podstawowych dóbr i wartości, które państwo przez swe agendy ma obowiązek zabezpieczać (art. 18). W sferze swobody doboru pozostają natomiast sposoby i środki, z wykorzystaniem których organy władzy publicznej realizują dyspozycje zawarte w konstytucyjnych normach¹ (Borysiak, 2016, s. 494).

W prawie rodzinnym ochrona rodziny dokonuje się na dwóch płaszczyznach. Pierwsza to warstwa normatywna, na którą składają się zasady prawne oraz normy nieposiadające tej rangi, wskazujące pożądany sposób kształtowania stosunków rodzinnoprawnych i poszczególnych instytucji prawa rodzinnego. Ich treść wyznaczają zasada autonomii rodziny, solidarności tej grupy społecznej, pomocniczości, a przede wszystkim dobra rodziny i dobra dziecka. Na drugą płaszczyznę składa się aktywność orzecznicza i pozaorzecznicza sądów rodzinnych. Uzasadnione jest oczekiwanie, iż sędziowie będą wykazywać się inicjatywą i zaangażowaniem w rozwiązywanie rodzinnych problemów prawnych, respektem dla dorobku dziedzin pozaprawnych i umiejętnością współpracy z biegłymi i działającymi w środowisku lokalnym instytucjami (Arczewska, 2009, s. 78; Andrzejewski, 2012, s. 90; Andrzejewski, 2017a, s. 89; Andrzejewski, 2020, s. 371). Współdziałanie sądów rodzinnych z tymi instytucjami na zapewnić rodzinie optymalną ochronę.

Na pozanormatywny aspekt prawnej ochrony rodziny można spojrzeć z perspektywy nauki o zarządzaniu. W teorii zarządzania rozwinął się nurt zarządzania publicznego², który dostarcza inspiracji do poszukiwania mechanizmów służących rodzinie i zapewniających jej skuteczniejszą ochronę. Akcentuje się w nim zwłaszcza aspekt relacyjny, sprowadzający się do umiejscowienia rodziny i dziecka w sieci oddziaływań podmiotów, które mają obowiązek wspierać rodziny (art. 18).

1. Zjawisko „sieci” – uwagi ogólne

Sieć społeczną tworzą zbiory jednostek, organizacji, instytucji (tzw. węzły) połączone ze sobą układem relacji (Downem 2005, s. 411–417; Austen, 2014, s. 27). Geneza powstawania „sieci” związana jest z pojawieniem się w Stanach Zjednoczonych i Europie Zachodniej w latach 70. i 80. ubiegłego wieku koncepcji prowadzących do zanegowania państwa w jego dotychczasowym weberowskim kształcie (Chrisidu-Budnik, 2009, s. 162–163). Negacji uległa wówczas omnipotencja i wszechwładza państwowa, jako stanowiące zaprzeczenie zasady pomocniczości. W miejsce idei państwa paternalistycznego, opartego na centralizmie i hierarchii, pojawił się nowy sposób myślenia o państwie i społecznym rozwoju, inicjując reformy w obszarze administracji publicznej. Oparte one zostały na dialogu i otwartości oraz współpracy

1 Poza art. 18, są to również art. 47, 48, 71, 72.

2 Istnieje obszerna literatura dotycząca zarządzania publicznego. Wśród polskich opracowań można wskazać m.in. Kożuch, 2004; Kożuch (red.), 2006; Krukowski (red.), 2006.

z sektorem prywatnym (Chrisidu-Budnik, 2009, s. 162–165), prowadząc do wykształcenia się modelu wielosektorowego. Sprowadza się on do angażowania wielu podmiotów w rozwiązywanie problemów społecznych. Są wśród nich zarówno podmioty reprezentujące władzę publiczną, organizacje społeczne, jak i podmioty prywatne (Austen, 2014, s. 7).

W procesie kształtowania się organizacji należących do sieci redefinicji ulega pojęcie struktury. Przestaje być ono zarezerwowane dla wnętrza organizacji i zostaje poszerzone o relacje z jej otoczeniem³ (Łobos, 2003, s. 7). Między elementami sieci zachodzą wzajemne zależności oraz wymiana zasobów, umożliwiającą realizację wspólnego celu (Austen, 2014, s. 45), który rozstrzyga o charakterze całej struktury: jeśli jest nim zysk, struktura składa się na sieć komercyjną, jeśli zaś realizacja celu publicznego – to sieć jest publiczna (Austen, 2014, s. 28).

Sieci publiczne powstają w związku z potrzebą rozwiązania specyficznego problemu występującego w obszarze polityki społecznej, co jest niemożliwe w warunkach działania pojedynczej organizacji (Chrisidu-Budnik, 2009, s. 161–162)⁴. Ich zasięg wykracza zwykle poza jeden sektor, uwzględniając wiele szczebli zarządzania (Provan & Kenis, 2008, s. 231). Wśród innych specyficznych właściwości sieci publicznych wymienia się również brak formalnej podległości jednej organizacji od innej, istnienie różnych szczebli władzy i różnych ośrodków decyzyjnych zaangażowanych w dany projekt oraz przewodniczenie sieci przez przedstawicieli władzy publicznej (Austen, 2014, s. 29; Klimas, 2013, s. 163).

Sieciowość stanowi nowy sposób osiągnięcia celów publicznych⁵ (Klimas 2013, s. 161; Izdebski, 2007, s. 189; Chrisidu-Budnik, 2009, s. 16). Chodzi w szczególności o takie obszary, jak ochrona zdrowia, zarządzanie kryzysowe, ochrona środowiska, szkolnictwo czy usługi socjalne.

2. Sądowa sieć międzyorganizacyjna a ochrona rodziny

Zaprezentowany nurt myślenia rozwija się w ostatnim czasie w Polsce również w zarządzaniu wymiarem sprawiedliwości, gdzie zachodzą typowe procesy zarządcze zmierzające do optymalizacji działań podejmowanych w sądzie i sprawnego osiągnięcia zakładanych celów (Banasik, 2015a, s. 1–12). Sąd przybliżają do takiego stanu procesy, jakie uruchamiane są w sferze subsydiarnej do sfery orzekania, czyli związanej z jej aspektem organizacyjno-administracyjnym. Sfera ta ma charakter

3 Celem jest rozszerzenie terminu „struktura organizacyjna” na strukturę najbliższego otoczenia organizacji.

4 W wymiarze zasobowym chodzi o generowanie przez sieć wartości dodanej, powstałej w wyniku kumulowania zasobów materialnych i niematerialnych przez uczestników sieci.

5 Realizacja założeń paradygmatu sieciowego prowadzi do wykształcenia się państwa sieciowego, przeciwstawianego tradycyjnemu państwu administracyjnemu.

wielopodmiotowy, a jej funkcjonowanie pozwala na stworzenie nowej jakości, ujętej w określeniu „sądowa sieć międzyorganizacyjna”, czyli „układu współdziałania niezależnych pod względem organizacyjno-prawnym organizacji (...) [w tym sądu – KJ], który zawsze oparty jest na potencjale synergicznym podmiotów sieci co najmniej w jednym obszarze funkcjonowania oraz na współpracy szerszej niż jednorazowa wymiana” (Banasik, 2015b, s. 56–64). W teorii i praktyce zarządzania sieci sądowe traktowane są jako podkategoria sieci publicznych (Chrisidu-Budnik, 2012, s. 179–201).

Sieci powstające w ramach wymiaru sprawiedliwości można podzielić na regulacyjne i dobrowolne. W przypadku powiązań regulacyjnych ich utworzenie, kompetencje i zakres zadań wyznaczane są przez ustawodawcę, który kreuje system hierarchicznego podporządkowania – jego elementy mają wskazane w ustawie w sposób ścisły obowiązki i podlegają kontroli. Elastyczność jest z kolei właściwością sieci dobrowolnych, co przejawia się m.in. w przemieszczaniu się poszczególnych aktorów, występowaniu w różnych konfiguracjach i wzajemnym krzyżowaniu się.

Jednym z rodzajów sieci dobrowolnych są te, które sąd tworzy z organami pomocniczymi (kuratorami sądowymi, specjalistami wchodzącymi w skład opiniodawczych zespołów sądowych, mediatorami, ławnikami, biegłymi), powiązanymi z nim strukturalnie i funkcjonalnie, i z tymi podmiotami, od których istnienia zależą społeczne i prawne skutki sądowych rozstrzygnięć (Banasik, 2015b, s. 58–60). Są to m. in. agendy pomocy społecznej, w tym rodzinne i instytucjonalne formy pieczy zastępczej, urzędy pracy, zakłady poprawcze, służba więzienna i inne. Relacje w obrębie tych sieci oparte są na formule ciągłego komunikowania się m.in. poprzez wymianę doświadczeń, redagowanie list dobrych praktyk, wypracowywanie zasad pomocy technicznej, instrukcji, wyjaśnień czy też innych specyficznych reguł typu soft law (Lipowicz, 2008, s. 6). Takie mechanizmy przyczyniają się do stworzenia nowej jakości strukturalnej, w której rolę sądu jest integrowanie wspólnych działań.

Tworzenie sieci poparte jest szeregiem argumentów prakseologicznych i normatywnych. W szczególności akcentowane jest skrócenie okresu postępowania w sprawie oraz efektywność orzeczeń (mniejsza zaskarżalność), przepływ wiedzy, dążenie do ujednoczenia poglądów, poprawa kultury orzekania sędziów. Ważkim celem jest też poprawa wizerunku wymiaru sprawiedliwości, zwiększenie społecznego zaufania do sądów oraz wypracowanie dobrych relacji między partnerami sieci (Banasik, 2015a, s. 11–12; Prusinowska-Marek, 2018, s. 214). Współpraca, na której opierają się sądowe sieci, jest ustawowo nakazana (§ 245 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości Regulamin urzędowania sądów powszechnych 2019). Pod względem instytucjonalnym system obejmuje w szczególności organy, instytucje i placówki, o których mowa w art. 572 k.p.c., czyli partnerów w sieci. W odniesieniu do prawnej ochrony rodziny i dziecka funkcję koordynującą sieć sprawują sędziowie rodzinni, bo to oni rozstrzygają sprawy i dysponują największymi możliwościami mobilizowania w kie-

runku współpracy społecznych zasobów (Arczewska, 2009, s. 98, 160)⁶. Partnerzy zaś, choć formalnie niezależni, realizują tożsame zadania wspierania rodziny (art. 18 Konstytucji), wspomagając sąd. Specyfiką sądowej sieci wspierania rodziny jest złożoność normatywnych podstaw regulujących problematykę wzajemnych powiązań. Nakłada ona obowiązek wypracowywania spójnych uregulowań funkcjonowania elementów systemu. Do harmonizacji tych działań może przyczyniać się proces określany w nauce prawa jako administratywizacja.

3. Administratywizacja w systemie prawa

Administratywizacja jest przejawem ewolucji systemu prawa ku zacieraniu granic dzielących poszczególne jego obszary, zwłaszcza zaś sferę publiczną od prywatnej (Szczepaniak, 2022, s. 141–160).

Rozprzestrzenianie się w regulacjach dotyczących funkcjonowania administracji publicznej instrumentów charakterystycznych dla prawa prywatnego określane jest jako „prywatyzacja zadań publicznych” i pewnego rodzaju „ucieczka administracji w cywilnoprawne formy aktywności” (Szczepaniak, 2022, s. 148)⁷. Proces ten tłumaczony jest chęcią „wyzwolenia się” administracji spod rygoru zasady legalizmu i kontroli sądowej (Kijowski, 2009, s. 116). Jest on konsekwencją zmiany modelu administrowania w kierunku zajmowania przez administrację publiczną pozycji partnerskiej i włączania w „system pomocniczości” podmiotów niepublicznych (Wilczyński, 2002, s. 50–51). Równocześnie w nauce akcentuje się konieczność ponoszenia przez państwo odpowiedzialności za działania realizowane w formach prawa prywatnego. Służy temu kategoria pojęciowa „administracyjne prawo prywatne”, zakładająca poziomą integrację prawa prywatnego z publicznym mechanizmem ochrony praw podmiotowych jednostki (Knosala, 2009, s. 148).

Równolegle do wskazanego procesu ma miejsce przenikanie prawa publicznego do sfery prawa prywatnego (tzw. publicyzacja prawa prywatnego) (Stec, 2022, s. 105–108). Wyraża się ono w działaniach administracji w sferze dominium jako równoprawny uczestnik obrotu cywilnoprawnego. Wiąże się to z przyznaniem wybranym podmiotom administracji publicznej osobowości prawnej, zdolności prawnej oraz majątku (Bieś-Srokosz, 2022, s. 53–54). Wyraźnym przejawem przeobrażeń tego typu jest sposób postrzegania wartości i dóbr, dotychczas stanowiących wyłącznie sprawę

6 W literaturze wskazuje się na sądy jako najmocniejsze ogniwo systemu opieki nad dzieckiem i rodziną, uzasadniając to faktem zatrudniania fachowej kadry: odpowiednio wyszkolonej, najlepiej przygotowanej (zob. Sobiesiak, 2005, s. 142). Dystans do tej tezy prezentuje M. Andrzejewski (2014a, s. 393–394).

7 Na temat charakteru zjawiska, jego skali, form cywilnoprawnych wykorzystywanych w związku z realizacją zadań publicznych oraz wynikających z tego niebezpieczeństw pisał też między innymi D.R. Kijowski (2009, s. 115 i nast.).

prywatną (rodzina, dziedziczenie, religia, tożsamość płciowa), a także mechanizm ochrony dóbr osobistych oparty na idei praw i wolności konstytucyjnych i praw człowieka (Stec, 2022, s. 106).

Przenikanie sfer publicznej i prywatnej nie oznacza zmiany celów działania administracji, które wiążą się z zaspokajaniem społecznych potrzeb oraz tworzeniem warunków do społecznego rozwoju. Efektem tego procesu jest zmiana formy działania z władczej, opartej na nakazach i zakazach na akty kształtujące i ustalające oraz akty, które wymagają współdziałania zainteresowanych adresatów (Krawczyk, 2016, s. 283). Pojawiają się również nowe instrumenty prawne o charakterze hybrydowym, takie jak ugoda administracyjna, umowa administracyjna czy kontrakt socjalny (Bieś-Srokosz, 2022, s. 51).

Zjawisko wzajemnego oddziaływania różnych gałęzi prawa widoczne jest w obszarze prawa karnego i przybiera postać administratywizacji (Danecka, 2018; Śliwiński, 2021, s. 199–224; Bogusz & Zalewski (red.), 2021; Radecki, 2014, s. 5–28). Na gruncie tej nauki oznacza ona kwalifikowanie przez ustawodawcę niektórych typów nagannych zachowań jako deliktów administracyjnych, w tym także w drodze konwersji przestępstw i wykroczeń (Danecka, 2018, s. 173)⁸. Dominującym przejawem tego procesu jest „przenoszenie” funkcji penalnej z płaszczyzny prawa karnego na płaszczyznę prawa administracyjnego, określane jako „ucieczka od prawa karnego na grunt prawa administracyjnego”. Początków administratywizacji prawa karnego można dopatrzeć się w XIX wieku. W ostatnim czasie przybrała ona na sile, co wyraża się w rosnącej liczbie podstaw prawnych nakładania administracyjnych kar pieniężnych lub innych opłat np. na gruncie prawa budowlanego, ochrony środowiska, antymonopolowego, dotyczącego hazardu, drogowego, energetycznego i innych (Zalewski, 2021, s. 91). Prognozuje się dalsze nasilenie tego zjawiska z uwagi na prosty mechanizm nakładania tych kar, większą kontrolę władzy centralnej nad ich orzekaniem, jak również związane z tym wpływy do budżetu. Wpływ na to mają również przemiany prawa karnego, związane z odchodzeniem od subiektywizacji odpowiedzialności karnej, humanizacją karania i utrzymywaniem się nurtu abolicjonistycznego (Zalewski, 2021, s. 87–89). Decydujących argumentów na rzecz konwersji odpowiedzialności karnej w administracyjną dostarcza jednak ekonomia procesowa (Śliwiński, 2021, s. 209).

Ewolucja prawnych form działania administracji prowadzi do publicyzacji rzeczywistości społecznej (Stec, 2022, s. 107). Jest to widoczne również w systemie prawnej ochrony rodziny i jego normatywnej podbudowie (Stec, 2015, s. 37–40; Stec,

8 Można ten proces nazwać konwersją odpowiedzialności karnej w administracyjną. Sprowadza się ona do zamieszczania charakterystyki czynu (stanowiącego w poprzednim stanie prawnym przestępstwo lub wykroczenie) w przepisie/przepisach tej samej lub innej ustawy, jednak już jako deliktu administracyjnego zagrożonego administracyjną karą pieniężną (zob. Zalewski, 2021, s. 75).

2022, s. 106)⁹. Chodzi w szczególności o wzajemne oddziaływania i przenikania regulacji rodzinno – i administracyjnoprawnych. W doktrynie prawa rodzinnego obecna jest dyskusja na temat tego zjawiska (zob. Andrzejewski, 2003; Andrzejewski, 2008, s. 491–509; Holewińska-Łapińska, 2015, s. 143–160). Symptomatyczne jest także określanie tej dyscypliny jako „granicznej” (Stec, 2015, s. 38–39; zob. Holewińska-Łapińska, 2015). Pojawiają się wstępne propozycje ujęć administratywizacji jako procesu, który sprowadza się m.in. do zmniejszenia roli mechanizmów sądowej ochrony praw na rzecz przekazania niektórych kompetencji do właściwości organów administracji rządowej i samorządowej (Holewińska-Łapińska, 2015, s. 154). Zwraca uwagę położenie akcentu na konsekwencje przenikania do sfery stosunków rodzinnoprawnych rozwiązań mających administracyjne korzenie oraz tych, które stanowią wynik wzajemnego oddziaływania norm z różnych obszarów prawa. Można jednak wspomniany proces postrzegać również jako mniej bądź bardziej udaną próbę uszczelnienia systemu ochrony rodziny poprzez legislacyjną aktywność w obszarze prawa dotyczącego rodziny.

4. W kierunku sieci, czyli o prawie dotyczącym rodziny i jego przemianach

Cechą kategorii prawa dotyczącego rodziny jest jej normatywna różnorodność (Ziembiński, 1980, s. 74). Zalicza się do niej nie tylko normy, które dotyczą obowiązków członków rodziny i obowiązków (np. organów państwa) w stosunku do członków rodziny w sposób bezpośredni, lecz także normy należące do rozmaitych gałęzi prawa, mające wyraźny wpływ na funkcjonowanie instytucji rodziny w społeczeństwie (Ziembiński, 1980, s. 74). Tworzą one normatywny zbiór, którego *ratio legis* wyraża się w realizowaniu przez te normy społecznej funkcji – jest nią ochrona rodziny. Podmiotami stosunków prawnych w prawie dotyczącym rodziny są nie tylko osoby fizyczne, które łączy więź rodzinnoprawna. Normy prawne mogą również nakazywać podjęcie określonych działań na rzecz rodziny przez podmioty publiczne dla realizacji przysługujących osobom fizycznym (członkom rodziny) publicznych praw podmiotowych (zob. Jakimowicz, 2002). Cechą przepisów tworzących prawo dotyczące rodziny są zawarte w nich odniesienia do pojęć z zakresu innych dyscyplin nauko-

9 Niniejsze rozważania nad pojęciem administratywizacji prawa dotyczącego rodziny wpisują się w szerszy kontekst naukowej dyskusji dotyczącej miejsca prawa rodzinnego w systemie prawa i jego publicznoprawnych aspektów. W doktrynie dominuje pogląd, że pewne elementy charakterystyczne dla prawa publicznego są elementami występującymi również w prawie cywilnym, w szczególności prawie rodzinnym, choć reprezentowane jest również stanowisko odmienne (zob. Sokołowski, 1987, s. 51–52; Radwański, 2008a, s. 190–103; Radwański, 2008b, s. 3–15; Strzebinczyk, 2011, s. 263–264; Andrzejewski, 2014b, s. 144; Smoczyński, 2015, s. 341; Łukasiewicz, 2024, s. 69–78).

wych (psychologii, pracy socjalnej, pedagogiki, medycyny i innych) (Andrzejewski, 2012, s. 78–79), co implikuje konieczność sięgania przez sądy rodzinne do opinii eksperckich i literatury fachowej z tych dziedzin. Specyfika prawa dotyczącego rodziny w sferze praktyki wiąże się również z wdrażaniem formuły współdziałania wszystkich podmiotów odpowiedzialnych za prawną ochronę rodziny i dziecka.

W takim obszarze normatywnym Kodeks rodzinny i opiekuńczy (dalej: k.r.o.) stanowi centralny akt prawny. Zadaniem norm pozakodeksowych jest doprecyzowanie i uszczegóławianie rozwiązań zawartych w k.r.o. celem efektywniejszej ich realizacji. Aby to osiągnąć, ustawodawca (a także podmioty stosujące prawo) musi dbać o formalną, aksjologiczną i prakseologiczną spójność między przepisami prawa dotyczącego rodziny i odpowiadającymi im przepisami prawa rodzinnego rozumianymi ściśle (Ziembiński, 1980, s. 73; Radwański, 1980, s. 6; Andrzejewski, 2003, s. 62).

Skoro celem prawa rodzinnego jest w warstwie aksjologicznej ochrona rodziny, jej trwałości oraz najlepsze zabezpieczenie dobra dzieci (Holewińska-Łapińska, 2015, s. 150), to ten sam cel jest realizowany przez szereg ustaw należących do prawa dotyczącego rodziny. Państwo je realizuje w ramach polityki rodzinnej, co wymaga koordynowania rozmaitych sposobów oddziaływania, w tym instrumentów prawnych (Ziembiński, 1983, s. 126). Ewolucja, jaka zachodzi na tym obszarze, przejawia się w coraz liczniejszych regulacjach dotyczących rodziny, znajdujących się na obszarze prawa administracyjnego.

Jedną z przyczyn tych zmian jest specyfika przepisów prawa rodzinnego, które jedynie ramowo wyznaczają relacje rodzinnoprawne i obowiązki wewnątrz rodziny (Ziembiński, 1980, s. 75). Stwarza to przestrzeń do uzupełniającego działania norm należących do innych gałęzi prawa. Są to zwłaszcza sfery, w których rodzina i poszczególni jej członkowie wchodzi w relacje z państwem, jego poszczególnymi agendami czy też osobami trzecimi. Inna przyczyna zmian wiąże się z ochronną funkcją przypisywaną normom składającym się na prawo dotyczące rodziny. W sytuacji pojawiania się we współczesnej rzeczywistości społecznej wielu zdarzeń kryzysowych (jak zjawisko rozwodów, samotne rodzicielstwo, przemoc domowa) reagowanie na potrzeby rodziny przyjmuje postać aktywności państwa i reprezentujących je służb.

Administratywizacja prawnej ochrony rodziny ma wiele przejawów. Są to w szczególności instytucje o charakterze administracyjnym. Tytułem przykładów należy wskazać na:

- wspieranie rodzin, które nie są w stanie samodzielnie wypełniać swoich funkcji (art. 100, art. 109 § 1–4 i art. 112¹–112⁸ k.r.o.) na podstawie ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Sejm RP, 2024a), gdzie wskazano liczne zadania administracji publicznej, takie jak np. udzielanie rodzinie pomocy, tworzenie placówek opiekuńczo-wychowawczych, rodzin zastępczych, rodzin adopcyjnych, ośrodków adopcyjnych i innych;
- udzielanie świadczeń z pomocy społecznej (Sejm RP, 2023a), poza zasiłkami także w formie pracy socjalnej m.in. z wykorzystaniem kontraktu socjalnego,

- którego celem jest wzmocnienie aktywności i samodzielności życiowej, zawodowej lub przeciwdziałanie wykluczeniu społecznemu (art. 108 ust. 1);
- wspieranie rodziny w wychowywaniu dzieci i ochronie dziecka przed zagrożeniami związanymi z demoralizacją (art. 96 § 1 i art. 100 k.r.o.) m.in. na podstawie ustawy o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich (Sejm RP, 2022), w której mowa o działaniach profilaktycznych-wychowawczych (art. 4 ust. 4 i 5), wspieraniu w poprawie warunków wychowawczych, bytowych i zdrowotnych nieletniego (art. 21) i innych;
 - wspieranie rodziny w wychowywaniu dzieci i ich edukowaniu (art. 95 § 1 i 3, art. 96 § 1, art. 100 i art. 109 § 1–2 k.r.o.) poprzez obowiązki nałożone w ustawie Prawo oświatowe (Sejm RP, 2023b) (m.in. art. 5, art. 27, art. 68 ust. 1) i Karcie Nauczyciela (Sejm RP, 2023c) (m.in. art. 6) na nauczycieli, administrację oświatową, poradnie psychologiczno-pedagogiczne;
 - ochronę rodziny przed zagrożeniami związanymi z różnymi formami społecznej patologii (art. 109 § 4, art. 111 § 1–1a, art. 113²–113³ k.r.o.) na podstawie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy domowej (Sejm RP 2024b), w której mowa o współpracy w tym zakresie administracji rządowej z samorządową i organizacjami pozarządowymi, kościołami i związkami wyznaniowymi (art. 6 ust. 1, art. 9 ust. 1–2), działaniach zespołów interdyscyplinarnych (art. 9a), procedurze Niebieskiej Karty (art. 9d), koordynowaniu przeciwdziałania przemocy domowej w ramach samorządu lokalnego.

Najważniejszym przejawem administratywizacji prawnej ochrony rodziny jest nakaz budowania wzajemnych relacji opartych na współdziałaniu, zgodnym z koncepcją zarządzania publicznego dotyczącą działania w warunkach sieci. Sieć stanowi tutaj konstrukcję realizującą cele społeczne, w którą uwikłani są partnerzy publiczni i prywatni (jednostki pomocy społecznej, pieczy zastępczej, służby zdrowia, systemu oświaty, organizacje pozarządowe, kościoły, Policja) z koordynującą rolą sądu rodzinnego. Skuteczność jej działania wymaga immersji norm prawa prywatnego i publicznego. Immersja ta rzutuje na znaczną dynamikę całego obszaru prawa dotyczącego rodziny i wiąże się z interpretacją poszczególnych rozwiązań z uwzględnieniem specyfiki sfery imperium i autonomii jednostki. Podstawowe wyzwanie sprowadza się do osiągnięcia balansu między publicznym władztwem a ową autonomią. Oznacza to przede wszystkim, iż proces administratywizacji prawnej ochrony rodziny nie powinien być wikłaniem rodziny w uzależnienie od uzyskiwania wsparcia, które może zniszczyć wszelką przestrzeń wyrażania się tej wspólnoty, jej samorealizacji i wolności w kształtowaniu wzajemnych relacji czy sposobach zaspokajania potrzeb.

Zakończenie i wnioski

Wyodrębniony w teorii zarządzania nurt zarządzania publicznego w sposób całościowy analizuje i rozpoznaje mechanizm działania sieciowego. Jego dorobek w obszarze usprawniania działania międzyorganizacyjnych sieci publicznych może być wykorzystany do charakterystyki rozwiązań prawno-instytucjonalnych składających się na prawną ochronę rodziny i dziecka.

Dla wzmocnienia tej ochrony podstawowe znaczenie ma współpraca między partnerami sieci. Jej powodzenie zależy od wypracowania spójnych uregulowań funkcjonowania poszczególnych elementów sieci, do czego przyczynia się proces administratywizacji. Wiąże się on z przenikaniem sfery publicznej do obszaru prawa prywatnego, przyczyniając się do rozbudowy prawa dotyczącego rodziny. Ten uzasadniony względami aksjologicznymi i funkcjonalnymi kierunek przemian prawa jest nieunikniony i przy zachowaniu balansu pomiędzy sferą imperium a autonomią jednostki może przyczynić się do poprawy skuteczności wymiaru sprawiedliwości w sprawach rodzinnych i opiekuńczych poprzez budowę i uszczelnianie sieci wspierania rodziny (sądowa sieć międzyorganizacyjna). Formułowanie wniosków i postulatów wskazujących na sposoby optymalizacji funkcjonowania owej sieci wymaga przeprowadzenia szczegółowych analiz dotyczących działania poszczególnych organizacji. Na tym etapie rozpoznania można wskazać jako założenie podstawowe, że międzyinstytucjonalna współpraca jest koniecznością i stanowi obowiązek służbowy przedstawicieli poszczególnych podmiotów składających się na sieć.

Proces administratywizacji prawnej ochrony rodziny kryje w sobie jednak również niebezpieczeństwa. Podstawowym jest nadmiar aktywności państwa (jego paternalizm), wyrażający się w tworzeniu nowych struktur administracyjnych, które nie wnoszą nowej jakości w systemie ochrony rodziny (Andrzejewski, 2014a, s. 389; zob. Oziemkowski & Samek, 2010). Jest to więc przestroga przed nadmierną kazuistyką i mnożeniem regulacji o charakterze instruktażowym (Kojder, 2016, s. 269–273; Andrzejewski, 2017b, s. 110–111). Obecność administracji w sferze rodzinnej nie może być nadmierna, w tym zwłaszcza arbitralna, co zagraża prywatności życia rodzinnego. Ponadto w strukturach sieciowych „nieuchronnie «rozwadnia się» odpowiedzialność. Mogą się także wykształcać z nich nowe podmioty władzy o niewystarczającej legitymacji” (Hoffmann-Riem, 1999, s. 191 i nast.).

Kluczowe dla oceny zjawiska administratywizacji prawnej ochrony rodziny wydaje się pytanie, czy poszczególne, wynikające z tego nurtu rozwiązania są uzasadnione potrzebą uszczelniania lub rozbudowywania mechanizmów ochrony rodziny i jej wspierania, czy wpisują się w system prawa i czy są zgodne z prawami rodziny i poszczególnych jej członków¹⁰.

10 Podobnie w związku z analizowaniem przemian w prawie karnym do zjawiska administratywizacji odniósł się E. Śliwiński, *Administratywizacja karnia*, s. 220.

BIBLIOGRAFIA:

- Andrzejewski, M. (2003). *Ochrona praw dziecka w rodzinie dysfunkcyjnej. Dziecko – rodzina – państwo*. Zakamycze.
- Andrzejewski, M. (2008). Z wędrówek po pograniczu cywilistyki i prawa administracyjnego, czyli o ewolucji prawa pomocy społecznej. w: M. Andrzejewski et al. (red.), *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego* (ss. 491–509). Towarzystwo.
- Andrzejewski, M. (2012). Sędzia rodzinny – uwagi w kontekście poszukiwania modelu rozwiązywania rodzinnych problemów prawnych. w: P. Grzegorzczak, K. Knoppek, & M. Walasik (red.), *Proces cywilny. Nauka – Kodyfikacja – Praktyka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Feliksowi Zedlerowi* (ss. 77–97). Wolters Kluwer Polska.
- Andrzejewski, M. (2014a). 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*, 6, 371–400.
- Andrzejewski, M. (2014b). *Prawo rodzinne*. C.H. Beck.
- Andrzejewski, M. (2017a). O roli nauk pomocniczych prawoznawstwa w orzekaniu w sprawach rodzinnych. w: J.M. Łukasiewicz, A.M. Arkuszewska & A. Kościółek (red.), *Wokół problematyki małżeństwa w aspekcie materialnym i procesowym* (ss. 80–97). Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Andrzejewski, M. (2017b). Jakie prawo jest potrzebne pedagogom. *Studia Edukacyjne*, 45, 107–121.
- Andrzejewski, M. (2020). Psychologiczna opinia sądowa w sprawach rodzinnych i opiekuńczych funkcją relacji sędziego – biegły psycholog. w: A. Czerederecka (red.), *Wyzwania psychologa jako biegłego w relacji z wymiarem sprawiedliwości* (ss. 367–388). Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych.
- Arczewska, M. (2009). *Społeczne role sędziów rodzinnych*. Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego.
- Austen, A. (2014). *Efektywność sieci publicznych: podejście wielopoziomowe*. C.H. Beck.
- Banasik, P. (2015a). W poszukiwaniu wartości wymiaru sprawiedliwości jako dóbr oczekiwanych społecznie. w: P. Banasik (red.), *Wymiar sprawiedliwości w dobie oczekiwań społecznych. Cz. I. Prawo* (ss. 1–12). C.H. Beck.
- Banasik, P. (2015b). Organizacja wymiaru sprawiedliwości w strukturze sieci publicznej – możliwe interakcje. *E-mentor*, 2(59), 56–64. <http://dx.doi.org/10.15219/em59.1171>
- Bieś-Srokosz, P. (2022). Prawne formy realizacji zadań publicznych we współczesnej administracji. Kilka uwag na temat hybrydowych form działania w administracji publicznej, *Studia Prawno-ustrojowe*, 58, 47–58.
- Borysiak, W. (2016). Komentarz do art. 18. w: M. Safjan, & L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86* (ss. 464–495). C.H. Beck.
- Chrisidu-Budnik, A. (2009). Organizacje sieciowe w sektorze publicznym. w: J. Blicharz, & J. Boć (red.), *Prawna działalność instytucji społeczeństwa obywatelskiego* (ss. 161–168). Kolonia Limited.
- Chrisidu-Budnik, A. (2012). Sieci publiczne. w: J. Niemczyk, E. Stańczyk-Hugiet, & B. Jasiński (red.), *Sieci międzyorganizacyjne: współczesne wyzwania dla teorii i praktyki zarządzania* (ss. 179–201). C.H. Beck.

- Danecka, D. (2018). *Konwersja odpowiedzialności karnej w administracyjną w prawie polskim*. Wolters Kluwer Polska.
- Downem, S. (2005). Semantic Networks and Social Networks. *Learning Organization*, 12(5), 411–417.
- Hoffmann-Riem, W. (1999). Telekommunikationsrecht als europäisiertes Verwaltungsrecht. w: E. Schmidt-Assmann, & W. Hoffmann-Riem (red.), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrecht* (ss. 191–215). Nomos.
- Holewińska-Łapińska, E. (2015). Samodzielność kodeksowa prawa rodzinnego. w: M. Nazar (red.), *Prawo cywilne – stanowienie, wykładnia i stosowanie. Księga pamiątkowa dla uczczenia setnej rocznicy urodzin Profesora Jerzego Ignatowicza* (ss. 143–160). Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej.
- Izdebski, H. (2007). *Fundamenty współczesnych państw*. Wydawnictwo Prawnicze „LexisNexis”.
- Jakimowicz, W. (2002). *Publiczne prawa podmiotowe*. Wolters Kluwer.
- Kijowski, D.R. (2009). Ucieczka administracji publicznej w sferę prawa cywilnego. w: M. Wierzbowski, J. Jagielski, A. Wiktorowska, & E. Stefańska (red.), *Współczesne zagadnienia prawa i procedury administracyjnej. Księga jubileuszowa dedykowana Prof. zw. dr hab. Jackowi M. Langowi* (ss. 115–136). Wolters Kluwer Polska.
- Klimas, P. (2013). Analiza sieciowa w naukach o zarządzaniu. w: W. Czakon (red.), *Podstawy metodologii badań w naukach o zarządzaniu* (ss. 228–249). Oficyna Wolters Kluwer.
- Knosala, E. (2009). Teoretyczne aspekty stosowania prawa prywatnego w działaniu współczesnej administracji publicznej. w: M. Wierzbowski, J. Jagielski, A. Wiktorowska, & E. Stefańska (red.), *Współczesne zagadnienia prawa i procedury administracyjnej. Księga jubileuszowa dedykowana Prof. zw. dr hab. Jackowi M. Langowi* (ss. 145–151). Wolters Kluwer Polska.
- Kojder, A. (2016). *Podstawy socjologii prawa*. Oficyna Naukowa.
- Kożuch, B., (2004). *Zarządzanie publiczne w teorii i praktyce polskich organizacji*. Placet.
- Kożuch, B. (red.). (2006). *Problemy zarządzania organizacjami publicznymi*. Fundacja WZ: Instytut Spraw Publicznych UJ.
- Krukowski, K. (red.). (2006). *Zarządzanie organizacjami publicznymi*. Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie.
- Krawczyk, M. (2016). *Podstawy władztwa administracyjnego*. Wolters Kluwer Polska.
- Lipowicz, I. (2008). Europeizacja administracji publicznej. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, LXX (1), 5–17.
- Łobos, K. (2003). *Teoria struktur organizacyjnych: stan i perspektywy*. Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej im. Oskara Langego.
- Łukasiewicz, J.M. (2024). *Zarząd majątkiem dziecka sprawowany przez rodziców*. Wolters Kluwer.
- Oziemkowski, M., & Samek, M. (2010). Uwagi do założeń projektu ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej nad dzieckiem. *Problemy Opiekuńczo-Wychowawcze*, 2, 17–23.
- Provan, K.G., & Kenis, P. (2008). Modes of Network Governance: Structure, Management, and Effectiveness. *Journal of Public Administration Research and Theory*, 18(2), 229–252.
- Prusinowska-Marek, A. (2018). Praktyka sądowa stosowania art. 100 § 2 k.r.o. w świetle badań. *Prawo w Działaniu*, 34, 189–224.

- Radecki, W. (2014). Dezintegracja polskiego prawa penalnego. *Prokuratura i Prawo*, 9, 5–28.
- Radwański, Z. (1980). Badania nad prawem rodzinnym. w: Z. Tyszka (red.), *Metodologiczne problemy badań nad rodziną* (ss. 87–97). Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.
- Radwański, Z. (2008a). Miejsce prawa rodzinnego w systemie prawa. w: M. Andrzejewski et al. (red.), *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego* (ss. 181–193). Towarzystwo.
- Radwański, Z. (2008b). Miejsce prawa rodzinnego w systemie prawa, *Państwo i Prawo*, 1, 3–15.
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 19 czerwca 2019 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2514).
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (2022). Ustawa z dnia 9 czerwca 2022 r. o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich (Dz.U. z 2022 r. poz. 1700).
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (2023a). Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 901).
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (2023b). Ustawa z dnia 14 grudnia 2016 r. Prawo oświatowe (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 900, ze zm.).
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (2023c). Ustawa z dnia 26 stycznia 1982 r. - Karta Nauczyciela (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 984, ze zm.).
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (2024a.) Ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 177).
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (2024b). Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy domowej (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 424).
- Smyczyński, T. (2015). Rodzina i prawo rodzinne – współczesne i przyszłe dylematy polskiego ustawodawcy (100-lecie urodzin Profesora Jerzego Ignatowicza). w: M. Nazar (red.), *Prawo cywilne – stanowienie, wykładnia i stosowanie: księga pamiątkowa dla uczczenia setnej rocznicy urodzin Profesora Jerzego Ignatowicza* (ss. 339–350). Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie Skłodowskiej.
- Sobiesiak, P. (2005). Ostatnie ogniwo? Sędziowie rodzinni o sobie i o systemie. w: M. Raclaw-Markowska (red.), *Pomoc dzieciom i rodzinie w środowisku lokalnym. Debata o nowym systemie* (ss.141–144), Instytut Spraw Publicznych.
- Sokołowski, T. (1987). *Władza rodzicielska nad dorastającym dzieckiem*. Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.
- Stec, P. (2015). Kodeks cywilny – między dekodyfikacją a rekodyfikacją. w: P. Stec, & M. Załucki (red.), *50 lat Kodeksu cywilnego. Perspektywy rekodyfikacji* (ss. 25–43). Wolters Kluwer Polska.
- Stec, P. (2022). Rozdział 5. Czy żyjemy w epoce postcywilistycznej? w: R. Szczepaniak (red.), *Problemy pogranicza prawa cywilnego. Boundary problems of civil law* (ss. 103–120). C.H. Beck.
- Strzebinczyk, J. (2011). Władza rodzicielska. w: T. Smyczyński (red.), *System prawa prywatnego: T. 12. Prawo rodzinne i opiekuńcze* (ss. 231–386). C.H. Beck.
- Śliwiński, E. (2021). Administratywizacja karania, *Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica*, 97, 199–224.

- Szczepaniak, R. (2022). Rozdział 2. Stosowanie prawa cywilnego a podział na prawo publiczne i prywatne. w: R. Szczepaniak (red.), *Problemy pogranicza prawa cywilnego. Boundary problems of civil law* (ss. 141–160). C.H. Beck.
- Wilczyński, P. (2002). Podmioty niepubliczne w sferze administracji publicznej. *Państwo i Prawo*, 2, 49–62.
- Zalewski, W. (2021). Administratywizacja prawa karnego. w: M. Bogusz, & W. Zalewski (red.), „Administratywizacja” prawa karnego czy „kryminalizacja” prawa administracyjnego? (ss. 75–100). Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego.
- Ziemiński, Z. (1980). Wieloaspektowość badań nad prawem dotyczącym rodziny. w: Z. Tyszka (red.), *Metodologiczne problemy badań nad rodziną* (ss. 73–85). Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.
- Ziemiński, Z. (1983). *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*. Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

Anna Wilk

Akademia WSB, Polska

anna.wilk@wsb.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9073-9153>

Obowiązek wierności małżeńskiej w kontekście nowych technologii

The Obligation of Marital Fidelity in the Context of New Technologies

Abstract: This article discusses the issue of understanding the obligation of marital fidelity in the context of the development of new technologies that enable the establishment of extramarital relationships online, as well as creating wide opportunities for sexual satisfaction outside marriage, also using artificial intelligence and robots specially created for this purpose. The provision of the Polish Family and Guardianship Code, according to which spouses are obliged to be faithful to each other, is of a general nature and does not list examples of violations of this obligation. However, the case law specifies that the obligation of fidelity also includes the obligation to maintain mutual loyalty and honesty. The author analyses whether extramarital forms of relationship in which there is no physical contact may constitute a violation of the obligation of fidelity and thus constitute a premise in divorce proceedings justifying the attribution of the fault of the breakdown of a marriage to the spouse maintaining such relationships.

Keywords: adultery, fidelity, internet, spouses, relationships

Słowa kluczowe: zdrada, wierność, Internet, małżonek, relacja

Wprowadzenie

We współczesnym świecie można zaobserwować tendencję do przenoszenia kontaktów międzyludzkich w sferę wirtualną. Różne aplikacje i platformy społecznościowe służące nawiązywaniu nowych znajomości umożliwiają stworzenie relacji opartych jedynie na kontakcie zdalnym – niektóre z tych relacji przenoszą się z czasem do świata rzeczywistego, inne zaś pozostają tylko w sferze wirtualnej (Marciniec

& Szczypińska, 2023, s. 186). Internet umożliwia także swobodny kontakt z pornografią, realizowanie fantazji erotycznych w ramach tzw. cyberseksu, czyli wirtualnej interakcji z inną osobą celem uzyskania podniecenia seksualnego, jak również nawiązanie relacji emocjonalnej ze sztuczną inteligencją – SI (Marciniak & Szczypińska, 2023, s. 186–188). Interakcje ze sztuczną inteligencją mogą jednak zostać nawiązane nie tylko w Internecie, gdzie może ona występować w postaci chatbotów (programów symulujących rozmowę z człowiekiem) czy wirtualnych avatarów (graficznych lub audiowizualnych postaci), lecz także w świecie rzeczywistym, w formie relacji z tzw. seksrobotami (sekslalkami), czyli maszynami imitującymi prawdziwego człowieka, z którymi można odbyć „stosunek seksualny” (choć chyba właściwsze byłoby tu pojęcie substytutu stosunku seksualnego) (Zakliczyńska, 2019, s. 75–83; zob. także Spencer, 2011, s. 98–107). W tym kontekście można zadać pytanie, czy nawiązanie przez osobę pozostającą w związku małżeńskim relacji emocjonalnej lub seksualnej z inną osobą, ale jedynie w sferze wirtualnej, bądź też z szeroko pojętą sztuczną inteligencją (chatbotem, avatarom, seksrobotem) może stanowić naruszenie obowiązku wierności małżeńskiej, a co za tym idzie – także przesłankę umożliwiającą przypisanie winy rozkładu pożycia w postępowaniu rozwodowym.

1. Zakres obowiązku wierności małżeńskiej w polskim prawie rodzinnym

Zgodnie z art. 23 zd. 2 k.r.o. (Sejm RP, 2023) małżonkowie są obowiązani do wspólnego pożycia, do wzajemnej pomocy i wierności oraz do współdziałania dla dobra rodziny, którą przez swój związek założyli. Tradycyjne rozumienie obowiązku wierności nie budzi wątpliwości – małżonkowie powinni utrzymywać stosunki płciowe wyłącznie ze sobą oraz powstrzymać się od kontaktów seksualnych z innymi osobami (Gajda, 2023, nb. 16). Tym samym naruszeniem obowiązku wierności małżeńskiej będzie przede wszystkim tzw. cudzołóstwo, czyli odbywanie stosunków płciowych z innymi osobami. Jednak także ograniczenie się do więzi emocjonalnej z inną osobą, bez współżycia seksualnego, może być uznawane za naruszenie obowiązku wierności, gdyż prowadzi do rozdwojenia w sferze więzi osobistej (Gajda, 2023, nb. 16; Antas, 2023, nb. 40). Za naruszenie tego obowiązku należy zatem uznać również nawiązanie więzi emocjonalnej, niezależnie od tego, czy drugi z małżonków o tym wiedział, a także niezależnie od tego, czy wspomniana więź przeradza się w stosunki płciowe (Gajda, 2023, nb. 16). W tym kontekście w judykaturze podkreśla się, że związanie się małżonka z inną osobą węzłem uczuciowym, w którym wprawdzie nie dochodzi do cudzołożnych stosunków, ale któremu towarzyszą wyznania miłości i pocałunki, może również stanowić naruszenie obowiązku wierności (orzeczenie SN z 26 marca 1952r., sygn. C 813/51). Naruszeniem obowiązku wierności może być więc każde zachowanie się małżonka, które sprawia choćby pozory naruszenia tego

obowiązku, w szczególności zachowanie się małżonka wobec osoby trzeciej wskazujące na nawiązanie między nimi więzi erotyczno-emocjonalnej, mogące nasuwać podejrzenie zdrady małżeńskiej lub inny sposób wykraczający poza granice postępowania zakreślone powszechnie przyjętymi normami obyczajowości i przyzwoitości (Wyrok SN z 16 września 1999r., sygn. II CKN 486/98, podobnie także orzeczenie SN z 24 kwietnia 1951 r., C 735/50).

Przykładowo, w wyroku SA w Szczecinie z 30 sierpnia 2018 r., I ACa 96/18 stwierdzono, że „zachowanie pozwanej polegające na nawiązywaniu przez nią bliższych relacji z innymi mężczyznami w tajemnicy przed mężem stwarzało co najmniej pozory cudzołóstwa i w konsekwencji pozwana swoim zachowaniem wykraczała poza granice przyjętej normalnie obyczajowości i przyzwoitości. Bez znaczenia pozostaje zaś, czy pozwana współżyła fizycznie z innymi mężczyznami”. Z kolei w wyroku SA w Katowicach z dnia 12 marca 2010 r., I ACa 51/10 wskazano, iż „do przyjęcia winy pozwanego w powstaniu rozkładu pożycia nie jest konieczne udowodnienie pozwanemu zdrady, wystarczy, że zachowanie się pozwanego wskazywało na pozory zdrady. Natomiast zbyt częste przebywanie przez pozwanego w towarzystwie innej kobiety, jej wizyta u niego w domu podczas nieobecności żony, częsty kontakt telefoniczny, zdjęcia tej kobiety w aparacie fotograficznym pozwanego mogły wywołać u powódki uzasadnione podejrzenie, iż pozwany jest związany z tą kobietą i już to wystarczy do przyjęcia zawinienia pozwanego w rozkładzie pożycia, gdyż pozwany swym zachowaniem naruszył obowiązek wierności skonkretyzowany w art. 23 k.r.o., co miało wpływ na powstanie rozkładu”.

W odniesieniu zaś do wszelkich form zaspokojenia seksualnego poza małżeństwem literaturze wskazuje się, że obowiązek wierności małżeńskiej mogą naruszać nie tylko akty spółkowania, ale również ich surogaty, a więc stosunki analogiczne do spółkowania, prowadzące lub mogące prowadzić do zaspokojenia popędu płciowego, w szczególności stosunki oralne i analne (dla bytu obcowania płciowego konieczne jest zaangażowanie w nie organów płciowych chociażby jednej osoby w nim uczestniczącej) (Krajewski, 2009, s. 308; podobnie Pawliczak, 2023, nb. 97.1.). Zachowaniami naruszającymi wierność małżeńską będą więc także inne czynności seksualne, w takim znaczeniu, jakim posługuje się tym pojęciem ustawodawca karny, określając tzw. inną czynność seksualną, przez którą należy rozumieć niebędącą obcowaniem płciowym czynność seksualną jednej osoby w kontakcie z ciałem innej osoby, jak np. dotykanie narządów płciowych innej osoby albo dotykanie organami płciowymi sprawcy innych części jej ciała, a także wprowadzanie przedmiotów do otworów ciała (Krajewski, 2009, s. 308; podobnie Pawliczak, 2023, nb. 97.1.1).

W judykaturze podkreśla się, że choć art. 23 k.r.o. stanowi o małżeńskim obowiązku wierności, to zakresu tego obowiązku nie można przecież odnosić tylko do wąsko rozumianej płaszczyzny kontaktów seksualnych, ale należy nim również obejmować powinność zachowania wobec siebie wzajemnej lojalności w postępowaniu i wzajemnego poszanowania godności (Wyrok SN z 8 grudnia 2000 r., sygn. I CKN

1129/99). Zasady współżycia społecznego stawiają zachowaniu małżonków wobec siebie nawzajem większe wymagania niż w przypadku ludzi względem siebie obcych i dlatego też małżonkowie mają obowiązek zachowywania wzajemnej szczerości (Flaga-Gieruszyńska & Zieliński, 2021, s. 14–15). Zachowanie, które w stosunkach między obcymi ludźmi nie byłoby uznawane za naganne, może być między małżonkami uznawane za szkodliwe z punktu widzenia trwałości małżeństwa (Wyrok SN z 25 sierpnia 1982r., sygn. III CRN 182/82).

Mając powyższe na uwadze, w kontekście nowoczesnych technologii należy rozważyć trzy możliwe sytuacje pod kątem ewentualnego naruszenia obowiązku wierności małżeńskiej:

- wirtualną relację emocjonalną z inną osobą (realnie istniejącą), obejmującą także szeroko pojęty wirtualny seks,
- oglądanie i tworzenie treści pornograficznych w Internecie,
- relację ze sztuczną inteligencją lub seksrobotem.

2. Wirtualna relacja z inną osobą a obowiązek wierności małżeńskiej

W pierwszej kolejności należy zastanowić się nad tym, czy nawiązanie wirtualnej relacji emocjonalnej z inną osobą (faktycznie istniejącą – nie jakkolwiek formą sztucznej inteligencji) może być zakwalifikowane jako naruszenie obowiązku wierności małżeńskiej. Nie ulega bowiem wątpliwości, że Internet znacznie ułatwia nawiązanie relacji międzyludzkich, w tym także takich, które stosunkowo łatwo ukryć przed współmałżonkiem, logując się np. na portalach społecznościowych czy randkowych pod wymyślonym nickiem (pseudonimem), nie podając prawdziwych danych osobowych.

Czy zatem nawiązanie wirtualnego romansu i emocjonalne zaangażowanie w relację z inną osobą jedynie na odległość, bez jakiegokolwiek fizycznego kontaktu z nią można uznać za zdradę małżeńską? Pytanie to jest szczególnie istotne, gdy chodzi o relacje nieograniczające się tylko do wyznań miłosnych, ale dotyczące także sfery seksualności – np. obejmujące wymianę intymnych zdjęć czy filmów czy obnażanie się przed kamerą i transmitowanie tego w Internecie.

Warto w tym miejscu poczynić pewne uwagi o charakterze prawnoporównawczym. Przykładowo, w orzecznictwie amerykańskim praktyka jest niejednolita – w niektórych stanach wskazuje się, że same tylko listy miłosne nie przesądzają o zdradzie, chyba że są połączone z innymi jej dowodami, takimi jak np. fotografie czy zeznania świadków (zob. sprawy *Maddox v. Maddox* (Alabama) i *Jonitz v. Jonitz* (New Jersey), cyt. za: Hall, 1997, s. 218). Z drugiej jednak strony, pojawiały się także orzeczenia, wedle których akt współżycia fizycznego nie jest wymagany do stwierdzenia cudzołóstwa jako przesłanki rozwodu (zob. sprawa *Bonura v. Bonura* (Luizjana), cyt. za: Hall, 1997, s. 212 – w stanie faktycznym rozpatrywanym w tej sprawie, choć nie doszło do aktu ob-

cowania płciowego, to jednak wykazano, że miały miejsce pocałunki, przytulanie i gra wstępna). Jak jednak zauważa się w literaturze amerykańskiej, tamtejszy system prawny opiera stwierdzenie winy na czynach, a nie myśli, tym samym wirtualne cudzołóstwo nie jest traktowane tak samo jak tradycyjnie pojęty romans pozamałżeński (Hall, 1997, s. 219). Może to być przejaw pewnej niekonsekwencji, skoro inne rodzaje aktywności internetowej, takie jak hacking, plagiat czy zniesławienie w Internecie są traktowane jak najbardziej realnie, jednakże uzasadnieniem odmiennego podejścia do wirtualnej zdrady małżeńskiej ma być autonomia rodziny (Hall, 1997, s. 219–220). C.T. Hall uważa, że historyczne korzenie prawa rodzinnego nie wspierają wirtualnego cudzołóstwa jako podstawy do rozwodu, a ewentualna modernizacja prawa w tym kierunku, aby obejmowało ono także ten rodzaj niewierności, oznaczałaby zbyt daleką idącą ingerencję w sferę prywatną obywateli (Hall, 1997, s. 220). Tak zwane ustawodawstwo moralności, znane z historii, jest, zdaniem tej autorki, czymś, czego należy unikać, a interwencja sądu w obszarach aktywności seksualnej i małżeństwa powinna ograniczać się jedynie do najbardziej rażących sytuacji, gdyż wszystko ponadto zaprzecza fundamentalnej zasadzie wolności (Hall, 1997, s. 220). Kiedy bowiem obie strony biorące udział w czacie online są pełnoletnie i zaangażowane z własnej woli, państwo nie ma istotnego interesu w monitorowaniu ich prywatnych rozmów, zaś próbując ustalić parametry prawne w tym zakresie, wkroczyłoby w prawo do prywatności indywidualnej i małżeńskiej (Hall, 1997, s. 220). Podnosi się także, iż ponieważ niewierność emocjonalna czy wirtualna jest ze swej natury bardziej subiektywna niż fizyczna, trudno jest wyznaczyć granice niewłaściwego postępowania, których przekroczenie uzasadniałoby zarzut cudzołóstwa (Pfeifer, 2012, s. 687).

Podobne podejście prezentowane jest w prawie kanadyjskim, w którym rozwód może być orzeczony tylko w przypadkach, gdy małżonkowie mieszkali osobno przez co najmniej rok bezpośrednio poprzedzający rozstrzygnięcie postępowania rozwodowego oraz żyli oddzielnie w chwili rozpoczęcia postępowania lub też gdy małżonek, przeciwko któremu toczy się postępowanie rozwodowe, dopuścił się cudzołóstwa bądź traktował drugiego małżonka z fizycznym lub psychicznym okrucieństwem, które uniemożliwiałoby dalsze wspólne pożycie małżonków (Feldstein, 2014). Cudzołóstwo definiowane jest jako intymna aktywność seksualna poza małżeństwem, niezależnie od specyfiki wykonywanego aktu seksualnego, natomiast cyberseks, choć w oczywisty sposób wyniszczający emocjonalnie dla drugiego małżonka, nie osiąga poziomu intymności niezbędnego, aby mógł pełnić funkcję cudzołóstwa w rozumieniu przepisów prawa (Feldstein, 2014). Oznacza to, że osoba pragnąca rozwieść się z małżonkiem na podstawie jego wirtualnej niewierności musi najpierw wyprowadzić się od niego i żyć oddzielnie przez cały rok (Feldstein, 2014).

Okazuje się zatem, że w prawie anglosaskim, a więc w prawie krajów od lat pozostających w awangardzie, jeżeli chodzi o rozwój nowych technologii, prezentowane jest dość konserwatywne podejście do rozumienia pojęcia zdrady małżeńskiej, oparte na definicji „cudzołóstwa” jako ‘akt współżycia seksualnego poza małżeństwem’. Nie-

mniej jednak, np. w doktrynie amerykańskiej pojawiają się także poglądy wskazujące na konieczność dokonania indywidualnej oceny każdego przypadku i niewykluczające z góry uznania wirtualnej zdrady za cudzołóstwo (Pfeiffer, 2012, s. 688–689). Wskazuje się bowiem, że najistotniejsza krzywda dla zdradzonego małżonka nie wynika z samego aktu zdrady, lecz ze złamania obietnicy wyłączności emocjonalnej i seksualnej, właściwej dla małżeństwa – tym samym za cudzołóstwo należałoby uznać wszystkie zachowania, które taką wyłączność naruszają (Cossman, 2006, s. 279).

Czy natomiast takie, dosyć zachowawcze podejście uzasadnione jest także w świetle prawa polskiego? Polski k.r.o. ani nie definiuje pojęcia cudzołóstwa, ani też nie przewiduje, że tylko klasycznie rozumiane cudzołóstwo (stosunek seksualny) może być przesłanką stwierdzenia naruszenia obowiązku wierności małżeńskiej. Co więcej, jak wskazuje się w polskim orzecznictwie przytoczonym w niniejszym opracowaniu, obowiązek wierności małżeńskiej może zostać naruszony nie tylko przez akty obcowania płciowego z inną osobą, lecz także przez nawiązanie pozamałżeńskiej relacji o charakterze jedynie emocjonalnym (miłości platonicznej). Tym samym nawiązanie relacji miłosnej przez Internet, a więc na odległość, może w świetle polskiego prawa naruszać obowiązek wierności. Za każdym razem sąd w postępowaniu rozwodowym musi ocenić, pod kątem winy rozkładu pożycia, charakter relacji pozamałżeńskiej i stopień zażyłości łączącej jej strony (Ogrodnik-Kalita, 2023, s. 408).

Natomiast w odniesieniu do wszelkich form tzw. cyberseksu w cytowanej w niniejszym opracowaniu literaturze i przywoływanym orzecznictwie wskazywano, że obowiązek wierności małżeńskiej mogą naruszać także tzw. surogaty stosunku seksualnego, a więc stosunki analogiczne do spółkowania, prowadzące lub mogące prowadzić do zaspokojenia popędu płciowego, przy czym dla bytu obcowania płciowego konieczne jest zaangażowanie w nie organów płciowych chociażby jednej osoby w nim uczestniczącej. W odniesieniu do cyberseksu można jednak stwierdzić, że nie dochodzi do zaangażowania organów płciowych w sensie fizycznym, tj. w kontakcie z ciałem innej osoby, lecz podniecenie seksualne osiągnięte jest niejako na odległość, pod wpływem stymulacji za pomocą obrazów oglądanych za pośrednictwem Internetu, choć oczywiście mogą temu towarzyszyć pewne formy czynności seksualnych, takie jak masturbacja, ale bez realnej styczności z ciałem innej osoby. Wydaje się jednak, że skoro samo nawiązanie pozamałżeńskiej platonicznej relacji miłosnej może być kwalifikowane jako naruszające obowiązek wierności małżeńskiej (a tak wynika z przytoczonego w niniejszym opracowaniu orzecznictwa), to tym bardziej kwalifikacja taka będzie uzasadniona w odniesieniu do relacji zawierających element erotyczny, związanych np. z przesyłaniem intymnych zdjęć lub filmów bądź wzajemnym obnażaniem się przed kamerą internetową.

W kontekście wirtualnych romansów należy także zauważyć, że skoro małżonkowie są obowiązani do wzajemnej lojalności, nawiązywanie wirtualnych relacji z innymi osobami może stanowić formę oszukiwania drugiego małżonka, co – jak

wskazano w niniejszym opracowaniu – samo w sobie może stanowić formę naruszenia obowiązku wierności małżeńskiej, tym bardziej że tego typu relacje są z reguły ukrywane przed drugim małżonkiem. Jeżeli relacje te zostaną ujawnione, powodują u oszukiwanego małżonka poczucie wstydu, zranienia i odrzucenia. Traci on także zaufanie do swego partnera (Aydin, Sari & Şahin, 2018, s. 1). Kiedy relacja online zyskuje większe znaczenie niż relacja w prawdziwym życiu, odbija się to negatywnie na wszystkich sferach funkcjonowania realnego związku, w tym także aktywności seksualnej (Aydin, Sari & Şahin, 2018, s. 1; podobnie Słowik, 2013, s. 121). Zaangażowanie się przez jednego z małżonków w relację wirtualną prowadzić może do osłabienia, a nawet rozpadu więzi małżeńskich – im bowiem bliższa jest relacja online, tym silniejsze staje sięciążenie w jej kierunku, co z kolei osłabia relacje istniejące w świecie rzeczywistym (Kosek, 2009, s. 137). Niebezpieczeństwem związanym z nawiązywaniem relacji wirtualnych staje się także apersonalizacja zachowań seksualnych, co oznacza, że partner fizyczny staje się niepotrzebny, a to, co do niedawna stanowiło integralny i istotny element pożycia i konsolidacji związku, zostaje zastąpione odniesieniem do obiektu wirtualnego (Kosek, 2009, s. 136). Zasady współżycia społecznego, stawiające małżonkom wyższe wymagania niż osobom wobec siebie obcym i obli-gujące ich do wzajemnej lojalności, stoją na przeszkodzie uznaniu, że utrzymywanie takich wirtualnych relacji, nawet platonicznych, stanowi jedynie niewinną rozrywkę, nienaruszającą obowiązku wierności małżeńskiej. Stanowi to bowiem tworzenie pozorów zdrady i tym samym przejaw nielojalności wobec małżonka, który ma prawo wymagać od drugiego małżonka pewnej wyłączności emocjonalnej, oznaczającej brak uczuciowego zaangażowania się w relacje z innymi osobami, nawet jeżeli relacje te ograniczają się do sfery wirtualnej. Posiadanie wirtualnego kochanka, choćby tylko platonicznego, oznacza w istocie lekceważenie małżonka i dystans emocjonalny względem niego.

Nie można także pominąć aspektu uzależnienia od Internetu i mediów społecznościowych (na temat uzależnienia od mediów społecznościowych zob. np. Kotyśko, Izdebski, Michalak, Andryszak & Pluto-Prądyńska, 2014, s. 177–194), które może negatywnie odbić się na relacjach małżeńskich i rodzinnych nawet w sytuacji, gdy nie dochodzi do nawiązania żadnych emocjonalnych związków z innymi użytkownikami tych mediów – kiedy bowiem dana osoba większość swojego czasu poświęca na udzielanie się na portalach społecznościowych kosztem czasu spędzanego z małżonkiem i dziećmi, nietrudno o nieporozumienia i konflikty dotyczące choćby zaangażowania się w obowiązki domowe czy opiekę nad potomstwem. Osoby wchodzące w związki wirtualne zaniedbują relacje ze swoimi bliskimi, tracą czas, który mogłyby z powodzeniem poświęcić na inną aktywność, a także wydają mnóstwo pieniędzy, płacąc za dostęp do materiałów o charakterze seksualnym (korzystanie z niektórych stron pornograficznych, erotycznych czatów, oglądanie pokazów striptizu na pomocą Internetu jest płatne) (Słowik, 2013, s. 120). Tym samym nawiązywanie wirtualnych romansów, zwłaszcza jeżeli przybiera formę uzależnienia, może powodować

naruszanie nie tylko obowiązku wierności małżeńskiej, lecz także innych obowiązków małżeńskich, takich jak obowiązek wspólnego pożycia, wzajemnej pomocy czy współdziałania dla dobra rodziny. Okazuje się zresztą, że wyniki badań przeprowadzonych wśród osób rozwiedzionych potwierdzają destrukcyjny wpływ nawiązywania relacji internetowych (a także szerzej – uzależnienia od Internetu) na więzi małżeńskie – w ankiecie przeprowadzonej przez M. Koska 78% rozwiedzionych respondentów stwierdziło, że Internet ułatwił lub wprost spowodował zdradę, natomiast na pytanie: „Czy uzależnienie od Internetu przyczyniło się do rozkładu Pana/ Pani małżeństwa?” 68% badanych odpowiedziało twierdząco (przy czym 53% pytanych uznało uzależnienie od Internetu za jedyną przyczynę rozkładu pożycia w ich związku) (Kosek, 2009, s. 143–144).

Warto natomiast zastanowić się, czy samo założenie konta na portalu randkowym lub opublikowanie na nim anonsu o charakterze towarzyskim, sugerującego, że dana osoba szuka partnera lub partnerki, ale bez nawiązywania wirtualnej korespondencji z konkretną osobą lub osobami także może być uznane za naruszenie obowiązku wierności małżeńskiej. W tym przypadku sprawa nie jest już tak oczywista, gdyż nie dochodzi do jakichkolwiek wyznań miłosnych, gestów erotycznych czy też propozycji seksualnych skierowanych do indywidualnie oznaczonej osoby, lecz mamy do czynienia jedynie z wyrażeniem ogólnej chęci nawiązania relacji pozamałżeńskiej. Jeżeli zasady współżycia społecznego obligują małżonków do zachowywania wyższych standardów w swoich relacjach niż gdyby chodziło o relacje osób obcych, to za trafne należy uznać stanowisko, wedle którego o ile w samym korzystaniu z różnego rodzaju mediów społecznościowych (np. forów tematycznych czy grup dyskusyjnych przeznaczonych dla osób o określonych zainteresowaniach) nie można dopatrzeć się niczego złego, o tyle posiadanie przez nią profilu na portalu randkowym trzeba ocenić jako nieakceptowalne (Ogrodnik-Kalita, 2023, s. 405). Skoro bowiem – jak wskazano w niniejszym opracowaniu – obowiązek wierności małżeńskiej należy rozumieć szeroko, nie tylko jako zakaz cudzołóstwa czy nawiązywania relacji romantycznych poza małżeństwem, lecz także jako obowiązek wzajemnej lojalności i szczerości, to zachowania takie jak rejestrowanie się na portalach randkowych bądź publikowanie ogłoszeń towarzyskich, nawet bez odzewu, należy ocenić jako naruszające ten obowiązek, tym bardziej że zachowania te są najczęściej dokonywane w tajemnicy przed małżonkiem, bez podawania prawdziwych danych osobowych.

3. Oglądanie i tworzenie treści pornograficznych w Internecie a obowiązek wierności małżeńskiej

Rozważenia wymaga również, czy samo tylko oglądanie (lub tworzenie) w Internecie treści erotycznych bądź pornograficznych stanowi naruszenie obowiązku wierności małżeńskiej. W tym przypadku nie dochodzi bowiem do nawiązania re-

lacji romantycznej lub erotycznej z konkretną osobą, lecz do osiągnięcia satysfakcji seksualnej poza małżeństwem, pod wpływem stymulacji oglądanymi obrazami. W aspekcie pozorów zdrady, takich jak relacje o charakterze czysto romantycznym, bez pierwiastka erotycznego, w doktrynie wskazuje się, że niezbędne jest, aby relacja taka została nawiązana z indywidualnie oznaczoną osobą niebędącą małżonkiem – np. zdaniem M. Kumeli-Romańskiej, pozorem zdrady będzie wysłanie roznegliżowanego zdjęcia do osoby trzeciej, ale już umieszczenie go w Internecie może wskazywać bardziej na skłonność do ekshibicjonizmu, aniżeli na chęć nawiązania intymnej relacji z jakąś konkretną osobą (Kumela-Romańska, 2021, s. 49).

Tutaj również należy stwierdzić, że oglądanie i tworzenie takich materiałów, jakkolwiek samo w sobie nie jest cudzołóstwem w klasycznym ujęciu, stanowić może naruszenie obowiązku wierności *sensu largo*, rozumianego także jako obowiązek wzajemnej lojalności i szczerości, jako że najczęściej jest ukrywane przed małżonkiem. Tego typu treści mają bowiem tak intymny charakter, że trudno uznać za lojalne stymulowanie się nimi w celu osiągnięcia pobudzenia seksualnego bez wiedzy drugiego małżonka.

Warto zresztą zauważyć, że oglądanie pornografii także może być uzależniająca, a jego konsekwencjami mogą być zaburzenia seksualne, kompleksy w zakresie wyglądu oraz zniekształcone postrzeganie kobiet i mężczyzn w zakresie ich podmiotowości i ról społecznych (Cicha, 2019, s. 135). W tym kontekście szczególnym problemem jest pornografia brutalna, przedstawiająca stosunek seksualny z elementami przemocy, naruszenia nietykalności drugiej osoby, gwałtu czy agresji seksualnej oraz pornografia degradująca, charakteryzująca się elementem poddaństwa jednej ze stron pożycia seksualnego (zwykle kobiety) i jej uprzedmiotowieniem dla zrealizowania własnych potrzeb seksualnych (Cicha, 2019, s. 135). Konsekwencje wynikające ze styczności z tym rodzajem pornografii będą miały odzwierciedlenie w obniżeniu jakości relacji międzyludzkich w rzeczywistości – szczególnie relacji związkowych (Cicha, 2019, s. 135). Oglądanie takiej pornografii może wzmacniać stereotypy dotyczące płci oraz prowadzić do przedmiotowego traktowania kobiet (Korba, 2023, s. 114). Pornografia o charakterze brutalnym może normalizować przemoc seksualną i wręcz do niej zachęcać (Korba, 2023, s. 114). Pornografia nie pokazuje rzeczywistych relacji damsko-męskich, a jedynie słyca je do współżycia seksualnego, niekiedy wymuszanego, tym samym tworząc fałszywy obraz relacji międzyludzkich, opartych jedynie na czerpaniu korzyści, bez budowania intymności i zaangażowania między dwojgiem ludzi (Korba, 2023, s. 116). Taki model zachowań i wzorców może doprowadzić do wypaczenia relacji miłosnej, sprowadzając ją tylko do egocentrycznego zaspokajania potrzeb (Korba, 2023, s. 116–117). Oglądanie lub samodzielne tworzenie takiej pornografii może ono być formą realizacji fantazji seksualnych, których dana osoba nie może zrealizować z małżonkiem z uwagi na to, że mogłyby one być uznane za formę przemocy seksualnej, jak również może stanowić wyraz co najmniej akceptacji dla przedstawianych tam zachowań seksualnych, których drugi

małżonek nie toleruje. Ukrywanie korzystania z takiej rozrywki przed małżonkiem narusza obowiązek wierności rozumianej jako szczerść i lojalność, a ponadto, jeżeli przybierze formę uzależnienia, może destrukcyjnie oddziaływać na wszystkie sfery funkcjonowania rodziny. Co więcej, treści pornograficzne ukazują aktorów o dużej atrakcyjności fizycznej i seksualnej, a to może przybrać postać zauroczenia taką osobą, czego bez wątplenia drugi małżonek nie byłby w stanie zaakceptować bez zastrzeżeń. Należy zatem uznać wszelkie formy kontaktu z pornografią bez wiedzy drugiego małżonka za pozory zdrady i zachowania przekraczające granice obyczajności i przyzwoitości, o których była mowa w przytoczonym w niniejszym opracowaniu orzecznictwie.

4. Relacja ze sztuczną inteligencją lub seksrobotem a obowiązek wierności małżeńskiej

Najwięcej wątpliwości w kontekście obowiązku wierności małżeńskiej budzą relacje z różnymi formami sztucznej inteligencji, botami, awataremi lub seksrobotami. Jak słusznie wskazuje się w doktrynie, algorytm, w tym uczący się, nie należy do żadnej z kategorii podmiotów prawa (osoby fizyczne, osoby prawne, tzw. ułomne osoby prawne) i nawet zdolność autonomicznego myślenia i świadomość własnego istnienia nie wystarczyłyby do innej kwalifikacji *de lege lata*, gdyż osoba fizyczna musi mieć swój trwały, stały i indywidualny substrat w świecie realnym w postaci ciała, zaś w imieniu jednostek organizacyjnych (osób prawnych i ułomnych osób prawnych) w aktualnym stanie prawnym zawsze działa człowiek (Kaczan, 2022, s. 146; Stylec-Szromek, 2018, s. 504–505; Świerczyński & Więckowski, 2023, s. 204). K. Pfeifer-Chomiczewska podkreśla, że za zdradę fizyczną czy emocjonalną (psychiczną) należy uznać bliskie stosunki z osobą, gdyż szeroko rozumiane roboty i sztuczna inteligencja na chwilę obecną nie są uznawane za podmioty prawa, choć pojawiają się koncepcje stworzenia nowej kategorii podmiotów – tzw. „osób elektronicznych” (Pfeifer-Chomiczewska, 2022, s. 28).

Nie oznacza to jednak, że nawiązywanie relacji z tego typu „osobami elektronicznymi” pozostaje zupełnie obojętne z punktu widzenia prawa małżeńskiego. Zdaniem cytowanej powyżej autorki „aktualnie dostępne seks-roboty, działające w oparciu o SI, można by traktować jako zaawansowane gadżety erotyczne, nawet jeśli dla niektórych użytkowników stanowią one substytut partnera/partnerki. I właśnie w sytuacji, gdy jeden ze współmałżonków w sferze duchowej lub fizycznej zastępuje swojego partnera sztuczną inteligencją (seks-robotem, czy systemem operacyjnym [...]), można by pokusić się o stwierdzenie, że mamy (lub będziemy mieć) do czynienia z nową (nowoczesną) postacią zdrady, fizycznej lub emocjonalnej. To z kolei, przekładać będzie się na wspólne pożycie małżeńskie i możliwość orzeczenia rozwodu” (Pfeifer-Chomiczewska, 2022, s. 28). Także według A. Ogrodnik-Kality mał-

żonek żywiący w stosunku do jedynie wirtualnej postaci uczucia, które powinny być zarezerwowane wyłącznie dla drugiego małżonka, może być uznany za dopuszczającego się naruszenia obowiązku wierności małżeńskiej i nie ma tu znaczenia fakt, iż taka wirtualna postać nie może odwzajemnić tych uczuć (Ogrodnik-Kalita, 2023, s. 411 i 414).

Zazdrość jednego z małżonków o „osobę elektroniczną” i czas spędzany z nią przez drugiego małżonka może mieć realne podstawy przede wszystkim wówczas, gdy kontakty z taką „osobą” przebiegają formę uzależnienia, choć nie tylko. Nawiązanie przez osobę pozostającą w związku małżeńskim relacji z seksrobotem (czy jakąkolwiek inną formą sztucznej inteligencji) może być bowiem dla drugiego małżonka zwyczajnie poniżające, gdyż w ten sposób osoba korzystająca z takiego urządzenia okazuje, że realny małżonek w istocie nie jest mu już potrzebny.

Co więcej, w literaturze wskazuje się, iż jednym z czynników, które przyczyniają się do wzrostu popularności seksrobotów, jest możliwość bezkarnego robienia z nimi rzeczy, które byłyby nie do przyjęcia w przypadku żywych partnerów seksualnych, gdyż mogłyby zostać zakwalifikowane jako gwałt lub inna forma przemocy na tle seksualnym (Whitby, 2012, s. 262; podobnie Pfeifer-Chomiczewska, 2022). W związku z tym, że większość seksrobotów ma postać żeńską, podnosi się, że używanie tego typu maszyn może spowodować zwiększenie i wzmocnienie postaw męzczyzn uprzedmiotawiających ich partnerki seksualne i negatywnie wpływać na zdolność męzczyzn do empatii, gdyż jedna z ważniejszych cech seksrobotów, a mianowicie ich „stała zgoda” na akty seksualne, może być następnie przenoszona na stosunki międzyludzkie, przyczyniając się tym samym dodatkowo do reifikacji i krzywdy kobiet (Pfeifer-Chomiczewska, 2022, s. 21). Korzystanie przez jednego z małżonków z seksrobotu, będącego zawsze posłusznym i uległym „seksualnym niewolnikiem”, może stanowić przejaw realizacji fantazji erotycznych nieakceptowanych przez drugiego małżonka i odbijać się negatywnie na wspólnym pożyciu.

Inaczej oczywiście przedstawia się sytuacja, gdy jeden z małżonków akceptuje korzystanie przez drugiego małżonka z seksrobotu. Za trafne należy uznać stanowisko K. Pfeifer-Chomiczewskiej, wedle którego „dopóki stosunki małżonka z SI nie wpływają na życie małżeńskie; dopóki współmałżonek akceptuje takie relacje, dopóty nie mamy do czynienia ze spełnieniem przesłanek rozwodu z przepisu art. 56 k.r.o. Jeśli natomiast korzystanie z seks-robotów doprowadzi do zaniku więzi fizycznej lub duchowej między małżonkami, przy jednoczesnym braku akceptacji takiego stanu rzeczy przez współmałżonka, to taka sytuacja może prowadzić do rozwiązania małżeństwa, jeśli zostanie zakwalifikowana jako zupełny i trwały rozkład pożycia (art. 56 § 1 k.r.o.). Obopólna zgoda małżonków na zaspokajanie potrzeb cielesnych wyłącznie w przestrzeni wirtualnej lub z wykorzystaniem technologii seks-robotów, przy jednoczesnym istnieniu więzi duchowej i gospodarczej, nie pozwoli nam natomiast przyjąć zupełności rozkładu pożycia w rozumieniu art. 56 k.r.o.” (Pfeifer-Chomiczewska, 2022, s. 29).

5. Uzależnienie od relacji wirtualnych a wina rozkładu pożycia

W kontekście wpływu nowych technologii na prawo małżeńskiej warto także zastanowić się na kwestię stwierdzenia winy rozkładu pożycia w przypadku, gdy jego przyczyną jest kompulsywne, przybierające rozmiary uzależnienia korzystanie z różnych form wirtualnej lub opartej na sztucznej inteligencji rozrywki o charakterze erotycznym (wirtualne romanse, pornografia, korzystanie z seksrobotów i inne). W literaturze za zawinione uznaje się działania lub zaniechania małżonka będące wyrazem jego woli, które stanowią naruszenie obowiązków wynikających z przepisów prawa małżeńskiego lub zasad współżycia społecznego i prowadzą do zupełnego i trwałego rozkładu pożycia (Flaga-Gieruszyńska & Zieliński, 2021, s. 80). Nie jest przy tym konieczne dla przypisania małżonkowi winy objęcie jego zamiarem spowodowania, przez określone działania lub zaniechania, rozkładu pożycia prowadzącego w ostatecznym rezultacie do rozwodu, lecz wystarczy możliwość przewidywania znaczenia i skutków takiego działania lub zaniechania (Flaga-Gieruszyńska & Zieliński, 2021, s. 80). Możliwość przypisania małżonkowi winy w rozkładzie pożycia jest wyłączona w razie jego niepoczytalności, a także w wypadku przemijających nawet zakłóceń psychicznych, jeżeli w tych stanach dopuścił się on działania lub zaniechania, które doprowadziło do powstania zupełnego i trwałego rozkładu pożycia (Flaga-Gieruszyńska & Zieliński, 2021, s. 81).

W doktrynie wskazuje się, że uzależnienie (każde, a więc także uzależnienie od Internetu, mediów społecznościowych, pornografii, korzystania z seksrobotów) może być kwalifikowane jako choroba psychiczna, a zasadniczo choroba małżonka powinna uzasadniać obowiązek pomocy ze strony drugiego małżonka, to jednak uzależnienie ma swoją specyfikę i w sytuacji, kiedy uzależniony odmawia leczenia czy też wraca do nałogu, wpływając negatywnie na rodzinę i powodując jej rozpad, to zakres obowiązku wzajemnej pomocy ulega zmianie (Gołowkin-Hudała, 2012, s. 106). Jak słusznie podkreśla się w orzecznictwie, od wyrażonego w art. 23 k.r.o. – jako reguły – obowiązku małżonków niesienia sobie wzajemnej pomocy istnieją wyjątki, np. w przypadku choroby psychicznej, uniemożliwiającej normalne pożycie (Wyrok SN z 18 marca 1999 r., sygn. I CKN 1050/97). Obowiązek wzajemnej pomocy i współdziałania, wynikający z art. 23 k.r.o., nie może być rozumiany jako pozbawiony wyjątków, bezwzględny obowiązek, obciążający małżonków niezależnie od konkretnych okoliczności sprawy, a zwłaszcza zachowania się każdego z nich, nawet jeśli określonych przejawów takiego zachowania nie można oceniać w kategoriach winy (Wyrok SN z 18 marca 1999 r., sygn. I CKN 1050/97).

Za trafne należy uznać stanowisko SN, wyrażone w wyroku z 5 stycznia 2001 r., sygn. V CKN 915/00, w którym stwierdzono, że „choroba psychiczna małżonka może wykluczyć przypisanie mu winy rozkładu pożycia małżeńskiego. Zależy to jednak od rodzaju choroby, a także od tego, czy przyczyną rozkładu pożycia było jedno konkretne zdarzenie (np. fakt zdrady), czy też występuje wiele przyczyn rozłożo-

nych w czasie. [...]. Przypisanie [...] winy rozkładu pożycia małżonkowi cierpiącemu na chorobę psychiczną będzie zależało od okoliczności konkretnej sprawy, a przede wszystkim od rodzaju występującej choroby. Należy mieć na uwadze, że pewne typy chorób psychicznych mają przebieg przewlekły, trwają latami (jak np. zespoły paranoiczne). W innych natomiast występują okresy choroby naprzemiennie z okresami remisji, w których chory może działać z pełnym rozeznaniem. W tej ostatniej sytuacji nie jest wykluczone poddanie ocenie zachowania się małżonka chorego. Jeżeli bowiem w okresach remisji chory odmawia leczenia lub utrudnia kontynuowanie podjętego wcześniej leczenia, a jego postawa stanowi jedną z przyczyn (tym bardziej jedyną) rozkładu pożycia małżeńskiego, nie ma przeszkód, aby małżonkowi takiemu przypisać współwinę (lub nawet wyłączną winę w szczególnych sytuacjach) zaistniałego rozkładu. Przypisanie małżonkowi winy w powstaniu rozkładu pożycia stanowi ujemną ocenę moralną postępowania takiego małżonka. [...]. W takich kategoriach należy postrzegać zachowanie się małżonka, który mając świadomość swoich dolegliwości i ewentualnych ujemnych tego skutków odmawia poddania się leczeniu bądź utrudnia kontynuowanie podjętego wcześniej leczenia. Takie bowiem zachowanie się może prowadzić do naruszenia obowiązku przeciwdziałania sytuacjom zagrożającym stabilności rodziny czy bezpieczeństwu osób najbliższych². Tym samym, jakkolwiek małżonek dotknięty uzależnieniem ma prawo do pomocy i współczucia ze strony drugiego małżonka, odmowa poddania się terapii mającej na celu wyjście z nałogu lub przerwanie takiej terapii uzasadniają przyjęcie, iż małżonek uzależniony od jakiegokolwiek formy wirtualnych relacji ponosi winę za rozkład pożycia małżeńskiego.

Wnioski

Dotychczasowe rozważania prowadzą do wniosku, iż skoro w polskim prawie rodzinnym obowiązek wierności małżeńskiej należy rozumieć w sposób szeroki, nieobejmujący jedynie cudzołóstwa w klasycznym ujęciu, lecz jako nakaz wzajemnej lojalności i zakaz wszelkich zachowań, które mogłyby tworzyć choćby pozory zdrady, to także relacje i zachowania dokonywane w świecie wirtualnym lub wobec różnego rodzaju robotów i innych urządzeń wykorzystujących sztuczną inteligencję mogą być uznane za naruszenie tego obowiązku. Takie szerokie ujęcie tego obowiązku pozwala zachować elastyczność prawa i uniknąć konieczności ciągłych nowelizacji przepisów w związku z dynamicznym rozwojem nowych technologii. Nie wydaje się przy tym, aby takie podejście do obowiązku wierności małżeńskiej było zbyt konserwatywne czy nie uwzględniało charakteru dzisiejszego świata, w którym nawiązywanie relacji międzyludzkich na jedno kliknięcie jest normą i tym samym różne formy flirtu na odległość są coraz powszechniej akceptowane. Jeżeli bowiem małżeństwo jako związek monogamiczny podlega ochronie prawnej, to nie można, powołując się na wy-

mogi współczesnej obyczajowości, akceptować sytuacji, w której osoba pozostająca w związku małżeńskim prowadzi de facto podwójne życie, tj. poza relacją z małżonkiem utrzymuje także wirtualne relacje z innymi osobami bądź w sferze wirtualnej realizuje swoje fantazje seksualne, nazywając to jedynie niewinną rozrywką i powołując się na to, że przecież nie doszło do tradycyjnie rozumianego aktu płciowego. To, że dana aktywność ma jedynie charakter wirtualny, nie oznacza bynajmniej, że nie powinna ona mieć konsekwencji w świecie rzeczywistym – nie ma racji bytu twierdzenie, że coś, co dotyczy wprawdzie sfery erotycznej, lecz ma miejsce jedynie online, jest niegroźne czy nie powinno być traktowane poważnie, gdyż w takim wypadku ustawodawca nie penalizowałby np. takich zachowań, jak grooming, czyli uwodzenie małoletnich przez Internet (zob. Sejm RP, 2024, art. 200a). Tym samym wirtualną zdradą będą wszelkie zachowania prowadzące do nawiązania z jakimkolwiek podmiotem – realną osobą lub wytworem techniki – takich relacji, jakie zarezerwowane są dla małżonków, jak również wszelkie zachowania stwarzające pozory zdrady i przekraczające granice przyzwoitości w sferze erotycznej, np. oglądanie lub tworzenie treści pornograficznych bez wiedzy małżonka.

BIBLIOGRAFIA

- Antas, M. (2023). Komentarz do art. 23 k.r.o. w: M. Załucki (red.). *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 8. C.H. Beck. Legalis, nb. 40.
- Aydin, B., Sari, S.V., & Şahin, M. (2018). The Effect of Social Networking on the Divorce Process. *Universal Journal of Psychology*, 1, 1–8.
- Cicha, D.A. (2019). Uzależnienie od pornografii jako forma uzależnienia behawioralnego. *Acta Erasmiana*, 18, 134–144.
- Cossmann, B. (2006). The New Politics of Adultery? *Columbia Journal of Gender and Law*, 1, 274–297.
- Feldstein, A. (2014, styczeń). Is Cyber-Sex Grounds for Divorce?, *Huffington Post*. https://www.huffpost.com/entry/is-cybersex-grounds-for-d_b_4555583
- Flaga-Gieruszyńska, K., & Zieliński, A. (2021). *Rozwód. Materialnoprawne podstawy rozwodu oraz postępowanie odrębne w sprawie o rozwód. Komentarz praktyczny z orzecnictwem. Wzory pism procesowych*. C.H. Beck.
- Gajda, J. (2023). Komentarz do art. 23 k.r.o. w: K. Pietrzykowski (red.). *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 8. C.H. Beck. Legalis, nb. 16.
- Gołowkin-Hudała, M. (2012). Uzależnienie od hazardu jako przyczyna rozwodu. *Kultura Bezpieczeństwa. Nauka – Praktyka – Refleksje*, 26, 102–118.
- Hall, C.T. (1997). Sex Online: Is This Adultery? *Hastings Communications and Entertainment Journal*, 20(1), 201–221.
- Kaczan, D. (2022). Odpowiedzialność odszkodowawcza za funkcjonowanie sztucznej inteligencji w medycynie. *Annales Universitatis Paedagogicae Cracoviensis*, 2, 145–160.

- Korba, O. (2023). Psychologiczne skutki oglądania pornografii przez adolescentów. w: A. Danilewska, & M. Maciąg (red.), *Nauki społeczne w kontekście zdrowia psychicznego – trendy, badania i perspektywy* (ss. 111–121). Wydawnictwo Naukowe Tygiel.
- Kosek, M. (2009). Uzależnienie od Internetu jako jedna z przyczyn rozwodu, *Zeszyty Prawnicze UKSW*, 9(2), 121–146.
- Kotyśko, M., Izdebski, P., Michalak, M., Andryszak, P., & Pluto-Prądzyńska, A. (2014). Nadmierne korzystanie z sieci społecznościowych. *Alkoholizm i Narkomania*, 27(2), 177–194.
- Krajewski, R. (2009). *Prawa i obowiązki seksualne małżonków. Studium prawne nad normą i patologią zachowań*. Wolters Kluwer Polska.
- Kumela-Romańska, M. (2021). Pozór zdrady w polskim prawie rodzinnym. *Radca Prawny*, 3, 43–60.
- Marciniec, K., & Szczypińska, Z. (2023). Psychologia relacji internetowej. w: S. Kowalska, E. Szczucka, & J.P. Higgins (red.), *Nowe technologie. Postępy, wyzwania, perspektywy (New Technologies. Challenges, Perspectives, Developments)* (ss. 184–193). Center For American Studies Publishing Press.
- Ogrodnik-Kalita, A. (2023). Wierność w czasach cyfrowej zarazy, czyli o prawach i obowiązkach małżeńskich w dobie sztucznej inteligencji i nowych technologii. *Prawo i Więź*, 4, 399–418.
- Pawliczak, J. (2023). Komentarz do art. 23 k.r.o. w: K. Osajda (red.). *Komentarze Prawa Prywatnego. Tom V. Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz. Przepisy wprowadzające k.r.o.*, wyd. 10. C.H. Beck. Legalis, nb. 97.1.
- Pfeifer-Chomiczewska, K. (2022). O wpływie sztucznej inteligencji na relacje międzyludzkie i prawo małżeńskie. *Głos Prawa. Przegląd Prawniczy Allerhanda*, 1, 12–38.
- Pfeiffer, K. (2012). Virtual Adultery: No Physical Harm, No Foul? *University of Richmond Scholarship Repository. Law Student Publications*, 46, 667–690.
- Słowik, N. (2013). Uzależnienie od cyberseksu – charakterystyka zjawiska. w: M. Wysocka-Pleczyk, & B. Świeży, B. (red.), *Człowiek zalogowany. 1. Od mowy nienawiści do integracji w sieci* (ss. 115–122). Biblioteka Jagiellońska.
- Spencer, W.D. (2011). Digital Adultery, “Meta – Anon Widows”, Real World Divorce, and the Need for a Virtual Sexual Ethic. *Lecture Notes of the Institute for Computer Sciences, Social Informatics and Telecommunications Engineering*, 59, 98–107.
- Stylec-Szromek, P. (2018). Sztuczna inteligencja – prawo, odpowiedzialność, etyka. *Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej. Seria: Organizacja i Zarządzanie*, 123, 501–509.
- Świerczyński M., & Więckowski, Z. (2023). Liability for damages caused by artificial intelligence systems – main challenges to be addressed by the European Union conflict – of – laws regulations. *Prawo w Działaniu*, 54, 200–216.
- Whitby, B. (2012). Do You Want a Robot Lover? The Ethics of Caring Technologies. w: P. Lin, K. Abney, & G. Bekey (red.), *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics* (ss. 233–248). Cambridge.
- Zakliczyńska, K. (2019). Seks-roboty w Chinach. Rozwój technologii a moralność społeczeństwa, *Seksualologia Polska*, 17, 75–83.
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (2023). Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 2809).

Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (2024). Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 17).

Orzeczenie Sądu Najwyższego z 24 kwietnia 1951 r., C 735/50, „Nowe Prawo” 7–8/1955.

Orzeczenie Sądu Najwyższego z 26 marca 1952 r., C 813/51, „Nowe Prawo” 5/1953.

Wyrok Sądu Najwyższego z 25 sierpnia 1982 r., III CRN 182/82, Legalis.

Wyrok Sądu Najwyższego z 18 marca 1999 r., I CKN 1050/97, Legalis.

Wyrok Sądu Najwyższego z 16 września 1999 r., II CKN 486/98, Legalis.

Wyrok Sądu Najwyższego z 8 grudnia 2000 r., I CKN 1129/99, Legalis.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 12 marca 2010 r., I ACa 51/10, Legalis.

Wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 30 sierpnia 2018 r., I ACa 96/18, Legalis.

Sprawy Bonura v. Bonura (Luizjana), Maddox v. Maddox (Alabama) i Jonitz v. Jonitz (New Jersey), cyt. za Hall, C. T. (1997). Sex Online: Is This Adultery? *Hastings Communications and Entertainment Journal* 1997, 212 i 218.Ni

Daniela Wybrańczyk

SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny, Polska

daniela.wybranczyk@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6961-5474>

Udział profesjonalnego pełnomocnika w rozwiązaniu małżeństwa przed notariuszem – propozycje dla polskiego ustawodawcy

The Participation of a Professional Lawyer in Dissolving a Marriage before a Notary: Proposals for the Polish Legislature

Abstract: This article addresses a contemporary challenge of family law, which is the legitimacy of regulating the possibility of dissolving a marriage before a notary public. Particular attention is paid to the issues concerning the advisability of the participation of a professional lawyer in the activities undertaken before a notary public. Among other things, an answer is given to the question of whether the appearance of spouses at the notary public for the dissolution of marriage would obligatorily require the participation of a professional lawyer or legal counsel for each spouse. In this regard, reference is also made to the regulations in force in selected countries.

Keywords: divorce, notaries, representatives

Słowa kluczowe: rozwód, notariusz, pełnomocnik

Wprowadzenie

Coraz więcej państw europejskich dopuszcza rozwiązanie małżeństwa przed innym organem niż sąd, np. przed notariuszem¹. Wprowadzenie tej możliwości w Pol-

1 Co do zasady rozwód może być orzeczony przez sąd, udzielony przez organ administracyjny lub nastąpić w drodze wyrażenia woli przez małżonków (rozwód prywatny). Opis wybranych modeli rozwiązania małżeństwa w ujęciu prawnoporównawczym przedstawia Bugajski (2021, s. 753). Zob. też Dutta i in. (Bielefeld, 2017, *passim*).

sce jest jednym ze współczesnych wyzwań prawa rodzinnego. W literaturze pojawiają się propozycje przyznania notariuszom kompetencji do sporządzenia aktu notarialnego stwierdzającego rozwiązanie małżeństwa (Zaporowska & Mazurkiewicz, 1995, s. 15)². Z wyjątkiem przedkładania projektów ustaw³ nie są podejmowane wysiłki prawno-polityczne na rzecz wprowadzenia wskazanego rozwiązania. Powołanie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Rodzinnego motywuje do prowadzenia badań w tym zakresie. Poniżej przedstawiono wybrane zagadnienia pojawiające się w związku z tzw. rozwodem u notariusza, a dokładniej, podjęto próbę odpowiedzi na pytanie, czy stawiennictwo małżonków u notariusza celem rozwiązania małżeństwa wymagałoby (obligatoryjnie) udziału profesjonalnego pełnomocnika (adwokata, radcy prawnego) każdego z małżonków⁴. Takie rozwiązanie jest bowiem preferowane w niektórych państwach europejskich.

Przykładowo we Francji dopuszczalny jest rozwód za porozumieniem stron (*par consentement mutuel*) w formie dokumentu prywatnego kontrasygnowanego (*contresigné*) przez ich adwokatów, którego oryginał zostaje złożony u notariusza. Małżonkowie muszą być zgodni co do tego, że doszło do rozpadu więzi małżeńskiej oraz zgadzają się na wszystkie skutki rozwodu. We współpracy z adwokatami małżonkowie sporządzają porozumienie, które po upływie „okresu do namysłu” (15 dni) podpisują razem z nimi (zob. art. 1145–1146 francuskiego kodeksu postępowania cywilnego⁵ oraz art. 229¹ i nast. francuskiego kodeksu cywilnego⁶). We Francji notariusz znajduje się na drugim planie. Nie wyjaśnia małżonkom skutków rozwodu ani nie dokonuje kontroli merytorycznej porozumienia. Główną rolę w tym zakresie odgrywają pełnomocnicy (Bieranowski, 2024a, s. 72–73).

W Grecji, zgodnie z art. 1438 i 1441 greckiego kodeksu cywilnego⁷, małżonkowie mogą rozwiązać małżeństwo na podstawie pisemnego porozumienia lub „wspólnego oświadczenia cyfrowego”. Pomiedzy małżonkami sporządzana jest pisemna umowa lub „wspólne cyfrowe oświadczenie”, składane przez nich w obecności lub przy elektronicznym udziale pełnomocnika odpowiednio każdego z nich. Jeżeli umowa ma

2 Na korzyści rozwodu przed notariuszami wskazują też Mitrović (2019, s. 60); Bugajski (2021, s. 749 i nast.); Wybrańczyk (2023, s. 62 i nast.); Bieranowski (2024a, s. 60 i nast.). Wprowadzenie rozwodu „za porozumieniem” małżonków postulują np. Winiarz (1977, s. 153–154); Winiarz (1985, s. 550); Stępień-Sporek i in. (2013, s. 330). Przeciwnikiem rozwodu przed notariuszem jest Andrzejewski (2024, s. 62 i nast.).

3 O projektach zob. Wybrańczyk (2023, s. 75–76), przypis nr 42 i powołaną tam literaturę.

4 Problemem wymagającym odrębnej analizy jest udzielanie przez małżonków pełnomocnictwa do rozwiązania małżeństwa związane z dopuszczalnością/niedopuszczalnością przeprowadzenia rozwodu przed notariuszem bez osobistego udziału jednego z małżonków, np. z tego powodu, że przebywa on w szpitalu albo jeżeli orzeczono względem niego zakaz zbliżania się do współmałżonka.

5 *Code de procédure civile*.

6 *Code civil*.

7 ΑΣΤΙΚΟΣ ΚΩΔΙΚΑΣ ΚΑΙ ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΟΣ ΤΟΥ ΝΟΜΟΥ.

formę pisemną, podpisują ją małżonkowie i ich pełnomocnicy. Zgodnie z art. 1441 ust. 3 wskazanego kodeksu pisemną zgodę na rozwiązanie małżeństwa, a także każdą odrębną umowę dotyczącą podziału władzy rodzicielskiej, miejsca zamieszkania, kontaktów i alimentów dla małoletnich dzieci składają pełnomocnicy każdego z małżonków wraz z pełnomocnictwami szczególnymi u notariusza. Jak wynika z art. 1441 ust. 4 greckiego kodeksu cywilnego, notariusz sporządza akt stwierdzający rozwiązanie małżeństwa, potwierdzając jednocześnie ważność umów małżonków i załączając je do niego. Akt notarialny podpisują lub zatwierdzają drogą elektroniczną małżonkowie i ich pełnomocnicy.

Podobnie jest w Hiszpanii, gdzie podczas sporządzania dokumentu urzędowego małżonkom musi towarzyszyć praktykujący (zarejestrowany) adwokat. W tym zakresie należy zwrócić uwagę na art. 90 hiszpańskiego kodeksu cywilnego⁸ w zw. z art. 54 ust. 2 ustawy o notariacie z dnia 28 maja 1862 roku⁹. W Hiszpanii obligatoryjny udział pełnomocników został poddany krytyce z uwagi na cel dokonywanej nowelizacji (przyspieszenie rozwiązania małżeństwa i obniżenie związanych z tym kosztów) oraz funkcje doradcze pełnione przez notariusza (Bieranowski, 2024a, s. 74–75; Perez Hereza 2015, s. 22). Wskazywano, że notariusz działa w sposób neutralny i niezależny oraz może udzielać porad. Niemniej jednak w trakcie procesu legislacyjnego przeważał pogląd, że notariusz nie może pełnić obu funkcji równocześnie, czyli być zaangażowany w czynność notarialną i jednocześnie doradzać stronom (Ferrer Riba, 2017, s. 136).

Udział pełnomocników jest także wymagany we Włoszech, co reguluje art. 6 włoskiej ustawy nr 132 z dnia 12 września 2014 roku, zmienionej ustawą nr 162 z dnia 10 listopada 2014 roku¹⁰.

W literaturze niemieckiej wskazuje się na zalety udziału pełnomocników w sprawach małżeńskich (Heiderhoff, 2018, s. 541 i nast.). W Niemczech rozwód orzeka sąd, a obecność pełnomocników w tych sprawach jest obowiązkowa¹¹. Wśród zalet

8 *Código civil*.

9 *Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862*.

10 *Decreto legge 12 settembre 2014, n. 132*. Por. Patti (2017, s. 105 i nast.). Autor wskazuje też, że dla małżonków, którzy nie są rodzicami małoletnich, pełnoletnich niepełnosprawnych dzieci lub dzieci, które nie są samodzielnie ekonomicznie, procedura jest jeszcze prostsza i nie wymaga udziału pełnomocników.

11 Tak Dutta (2017, s. 40), który, powołując się na § 114 ust. 1 ustawy o postępowaniu w sprawach rodzinnych i w sprawach jurysdykcji dobrowolnej (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*), wskazuje, że co do zasady każdy z małżonków w sprawach małżeńskich jest zobowiązany do reprezentacji przez adwokata. Jeśli jednak małżonkowie zgadzają się co do wszystkich skutków rozwodu, mogą skutecznie rozwiązać małżeństwo z jednym prawnikiem. Autor podkreśla, że nawet umiarkowane rozważania, aby przeprowadzić uproszczone postępowanie rozwodowe bez reprezentacji prawnej, jeśli małżonkowie zgadzają się na rozwód i istotne konsekwencje rozwodu w przypadku braku wspólnych dzieci, nie zostały przez ustawodawcę niemieckiego uwzględnione. O dyskusji w doktrynie niemieckiej

udziału pełnomocników wymienia się ochronę „słabszego”¹² małżonka, w tym zapobieganie jednostronnie narzucanym porozumieniom dotyczącym ekonomicznych konsekwencji rozwodu. Obecność pełnomocnika ma wykluczyć sytuację, w której „słabszy” małżonek całkowicie lub nadmiernie zrzeka się swoich roszczeń z powodu np. niewiedzy lub zniechęcenia. Podkreśla się, że model udziału dwóch prawników sprzyja osiągnięciu odpowiedniego porozumienia w zakresie konsekwencji rozwodu i dlatego powinien być postrzegany pozytywnie, pomimo związanych z nim kosztów. Daje on pewność, że oboje małżonkowie podejmą decyzję świadomi jej konsekwencji prawnych (Heiderhoff, 2018, s. 541–542).

Przed dokonaniem analizy zagadnienia udziału profesjonalnego pełnomocnika w rozwiązaniu małżeństwa przed notariuszem należy jeszcze przypomnieć o kilku istotnych założeniach przyjmowanych najczęściej w propozycjach uregulowania dopuszczalności uzyskania rozwodu przed notariuszem. Przede wszystkim rozwiązanie małżeństwa przed notariuszem nie powinno być dopuszczalne, gdy małżonkowie są rodzicami małoletnich dzieci (Bieranowski, 2024a, s. 100–101) lub ewentualnie rodzicami dzieci wspólnie przez nich wychowywanych (Wybrańczyk, 2024, s. 147). Ponadto rozwiązanie małżeństwa „za porozumieniem” wykluczałoby ustalanie winy rozkładu pożycia (Wybrańczyk, 2023, s. 83). Wskazuje się też, że rozwiązując małżeństwo przed notariuszem, małżonkowie mogliby jednocześnie fakultatywnie zawrzeć umowę alimentacyjną lub dokonać podziału wspólnego majątku oraz określić sposób korzystania ze wspólnego mieszkania (Wybrańczyk, 2023, s. 74)¹³. Należy też zaznaczyć, że rozwiązanie małżeństwa przed notariuszem w uproszczeniu polegałoby na tym, że najpierw małżonkowie wysłuchiwaliby pouczenia, następnie składały oświadczenie wiedzy o zupełnym i trwałym rozkładzie pożycia, a dopiero potem oświadczenie o zamiarze rozwiązania małżeństwa, które mogłoby być jeszcze poprzedzone odpowiednim „czasem do namysłu” (Wybrańczyk, 2023, s. 84).

1. Udział profesjonalnego pełnomocnika w cywilnym postępowaniu sądowym

Strony i ich organy lub przedstawiciele ustawowi mogą działać przed sądem osobiście lub przez pełnomocników. Pełnomocnikiem może być m.in. adwokat lub radca

dotyczącej reformy prawa rozwodowego zob. Bieranowski (2024a, s. 80 i nast.) oraz powołaną tam literaturę.

- 12 Słabość może wyrażać się np. w gorszej pozycji ekonomicznej lub braku wiedzy z zakresu prawa. Ponadto może się przejawiać na tle psychologicznym, chociażby w braku umiejętności walki o swoje interesy.
- 13 Z perspektywy rozwodów pozasądowych zdaniem Bugajskiego (2024, s. 127) uprzedni podział majątku wspólnego małżonków jest wskazany. Natomiast w ocenie Bieranowskiego (2024b, s. 97, 94) w takiej sytuacji podział majątku wspólnego powinien być fakultatywny (jak zaznacza autor, „neutralny z punktu widzenia dopuszczalności pozasądowego rozwiązania małżeństwa”).

prawny. Co do zasady działanie strony przez pełnomocnika jest fakultatywne. Przepisy KPC ustanawiają jednak obowiązkowy udział pełnomocników w określonych przypadkach. Zgodnie z art. 87¹ § 1 KPC w postępowaniu przed Sądem Najwyższym obowiązuje zastępstwo stron przez adwokatów lub radców prawnych, a w sprawach dotyczących własności intelektualnej także przez rzeczników patentowych. Zastępstwo to nazywane jest „przymusem adwokacko-radcowskim” i obejmuje też czynności procesowe związane z postępowaniem przed Sądem Najwyższym, podejmowane przed sądami powszechnymi¹⁴. Przepisu tego nie stosuje się w postępowaniu o zwolnienie od kosztów sądowych oraz o ustanowienie adwokata, radcy prawnego lub rzecznika patentowego oraz gdy stroną, jej organem, jej przedstawicielem ustawowym lub pełnomocnikiem jest sędzia, prokurator, notariusz albo profesor lub doktor habilitowany nauk prawnych, a także gdy stroną, jej organem lub jej przedstawicielem ustawowym jest adwokat, radca prawny lub radca Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, a w sprawach własności intelektualnej rzecznik patentowy (art. 87¹ § 2 KPC)¹⁵. Ponadto, zgodnie z art. 87² § 1 KPC, w postępowaniu w sprawach własności intelektualnej obowiązuje zastępstwo stron przez adwokatów, radców prawnych lub rzeczników patentowych. Przepisy art. 87¹ § 2 i 3 KPC stosuje się odpowiednio. Przy czym art. 87² § 1 KPC nie stosuje się w postępowaniu, w którym wartość przedmiotu sporu nie przekracza dwudziestu tysięcy złotych. Jednocześnie zgodnie z art. 87¹ § 3 KPC sąd może zwolnić stronę, na wniosek lub z urzędu, z obowiązkowego zastępstwa przez adwokata, radcę prawnego lub rzecznika patentowego, jeżeli okoliczności, w tym stopień zawiłości sprawy, nie uzasadniają obowiązkowego zastępstwa. Zwolnienie może nastąpić w każdym stanie sprawy, w tym także na wniosek strony złożony w piśmie procesowym¹⁶.

- 14 Do niedawna przyjmowano, że w określonych sytuacjach przymus adwokacko-radcowski obejmował również postępowanie toczące się ze skargi na przewlekłość. Zob. szerzej Flemming-Kulesza (2005, s. 243 i nast.); Klak (2012, s. 39 i nast.). Obecnie art. 6 ust. 4 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 roku o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki wprost stanowi, że „W prowadzonym przed Sądem Najwyższym postępowaniu ze skargi dotyczącej przewlekłości postępowania przed sądem apelacyjnym zastępstwo strony przez adwokata lub radcę prawnego nie jest wymagane”. Przepis dodano na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 9 marca 2023 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, a w uzasadnieniu do zmiany wskazano m.in., że przymus adwokacko-radcowski ma na celu zapewnienie należytego poziomu kierowanych do Sądu Najwyższego pism. Skoro okoliczności powoływane w skardze dotyczą w zasadzie wyłącznie okoliczności faktycznych i nie wymagają pogłębionej argumentacji prawnej, to nie ma potrzeby ograniczania zdolności postulacyjnej stron w takim postępowaniu.
- 15 Szerzej o sprawach objętych przymusem i o sprawach z zakresu prawa publicznego rozpoznawanych przez SN, w których on nie obowiązuje zob. Łochowski (2023, s. 400–401, nb. 5 i 7).
- 16 Szerzej zob. Gołaszewska (2022, s. 21 i nast.). Jak wskazuje autorka, przyczyną, z powodu której ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie w sprawach własności intelektualnej obowiązku zastępstwa procesowego strony przez zawodowego pełnomocnika, jest specyfika zagadnień

Jak już wskazano, obowiązkowe zastępstwo stron przez adwokatów lub radców prawnych nazywane jest przymusem adwokacko-radcowskim. Istota tego przymusu sprowadza się do wyłączenia w postępowaniu przed SN tzw. zdolności postulacyjnej strony, jej organu, przedstawiciela ustawowego i pełnomocników niebędących adwokatami lub radcami prawnymi. W konsekwencji czynności podejmowane przez podmioty niezaliczające się do kręgu adwokatów lub radców prawnych są bezskuteczne¹⁷. Celem przymusu adwokacko-radcowskiego jest zapewnienie odpowiedniego poziomu merytorycznego¹⁸. Wprowadzenie tego przymusu było podyktowane „radycznym wzrostem spraw trudnych, opartych na rozbudowanych, spornych stanach faktycznych oraz wymagających rozwiązywania skomplikowanych, często precedensowych zagadnień prawnych” (Osowy, 2024, s. 417, nb. 74)¹⁹. W doktrynie wskazuje się też, że powodem wprowadzenia zmian w KPC dotyczących tej „instytucji” były względy natury prakseologicznej (ekonomia procesowa), związane ze wzrostem liczby skomplikowanych spraw, w których udział zawodowych pełnomocników stron przyspiesza postępowanie (Wyrwiński, 2005, s. 986)²⁰. Ponadto na tle rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 29 listopada 1930 roku – Kodeks Postępowania Cywilnego podkreślano, że brak przymusu prowadziłyby do rozszerzania się zjawiska w postaci „pisarstwa pokątnego”²¹. Zasadniczo akcentuje się pozytywne aspekty obowiązywania przymusu, ale jednocześnie dostrzega się, że narzucanie obowiązku korzystania z pomocy profesjonalisty może stanowić ograniczenie prawa do prowadzenia sprawy osobiście (Miszewski, 1946, s. 87, nb. 108). W literaturze postuluje się zarówno objęcie przymusem adwokacko-radcowskim całego postępowania cywilnego, jak i podaje się argumenty przemawiające przeciwko jego wprowadzeniu (Bodio, 2025, s. 265–267)²².

prawnych dotyczących własności intelektualnej, a obejmujących m.in. powszechność kumulacji podstaw prawnych ochrony w odniesieniu do oznaczonego stanu faktycznego, powszechne stosowanie norm prawa europejskiego lub międzynarodowego przy orzekaniu oraz konieczność rozstrzygnięcia zagadnień z zakresu techniki, nauk ścisłych czy przyrodniczych. Zob. też Olaś (2021, s. 1065 i nast.).

17 Postanowienie Sądu Najwyższego, 2012.

18 Zob. Gołąb (1938, s. 5), który podaje, że w sprawach poważniejszych strony powinni zastępować „fachowcy” posiadający znajomość prawa i zdolność krytycznej oceny stanu faktycznego.

19 Autor wskazał przy tym, że środowiska prawnicze postulują rozszerzenie przymusu adwokacko-radcowskiego o obowiązkowe zastępstwo stron już na etapie postępowania toczącego się przed SO i SA, co miałyby odpowiadać regulacjom innych państw (Osowy, 2024, s. 418, nb. 79). O tym, że przymus adwokacko-radcowski przed SO i SA obowiązywał w KPC z 1930 roku, wspomina Zembrzuski (2023, kom. do art. 87¹, nb. 6.1.). Zob. też Sychowicz (1996, s. 28 i nast.).

20 O przymusie w kontekście uwag historycznych i prawnoporównawczych zob. np. Ereciński (2002, s. 55 i nast.); Bodio (2015, s. 69 i nast.) oraz powołaną tam literaturę; Bodio (2025, s. 229 i nast.). Ponadto zob. Gudowski (2024, s. 257 i nast.).

21 Zob. Cichorska (2024, s. 177) i powołaną przez autorkę literaturę.

22 Przykładowo Sarnecki (2016, s. 237, nb. 6) zauważa, że „mnożenie sytuacji tzw. przymusu adwokackiego” może, przy określonym natężeniu, stać w sprzeczności z prawem do sądu. Zdaniem Bo-

Przymus adwokacko-radcowski obowiązuje również w sprawach, w których roszczenia są dochodzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 17 grudnia 2009 roku o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym²³. W literaturze wskazuje się, że jego celem w tego rodzaju postępowaniu jest ochrona interesów strony powodowej reprezentowanej przez profesjonalistę (Sikorski, 2017, s. 70 i nast.), a jednocześnie zmniejszenie ryzyka wytaczania powództw oczywiście nieuzasadnionych.

Przymus adwokacko-radcowski od niedawna obowiązuje również w postępowaniach w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką prowadzonych na podstawie Konwencji haskiej z dnia 25 października 1980 roku dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę²⁴. Zgodnie bowiem z art. 578² § 1 KPC w tych postępowaniach obowiązuje zastępstwo uczestników postępowania przez adwokatów lub radców prawnych²⁵. Jak wyjaśniono w uzasadnieniu do projektu tej regulacji, ma ona służyć sprawnemu przeprowadzeniu tych spraw w związku z ich złożonością wynikającą w szczególności z uregulowań prawa międzynarodowego oraz możliwości ułatwionego doręczania pism uczestnikom²⁶. Ponadto wskazano, że ma zapewnić uczestnikom lepszą ochronę prawną z uwagi na poziom znajomości i zrozumienie zawiłych regulacji prawnych przez profesjonalnych pełnomocników, a dodatkowo ma potwierdzić istniejącą już w tych sprawach praktykę reprezentacji uczestników przez zawodowych pełnomocników. Przymus adwokacko-radcowski ma też wyeliminować działania uczestników postępowania, które byłyby nieprawidłowe ze względu na formalne wymagania, jak również zapewnić ich odpowiedni merytoryczny poziom. Przymus nie obejmuje złożenia samego wniosku o wszczęcie postępowania w tych sprawach, wnioskodawca może to bowiem uczynić samodzielnie, co gwarantują przepisy konwencji haskiej z 1980 roku. Wyjątek dotyczy także z oczywistych względów postępowania o zwolnienie od kosztów i ustanowienie adwokata lub radcy prawnego z urzędu. W literaturze podkreśla się, że o przymusie adwokacko-radcowskim w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką zadecydowało społeczne znaczenie tego rodzaju spraw oraz „ich medialny charakter” (Bodio, 2025, s. 260; Dziurda, 2020, s. 17).

-
- dio (2025, s. 270) „profesjonalizacja pomocy prawnej świadczonej stronom” służy efektywności postępowania, gwarantując realizację prawa do sądu. Szerzej zob. Jaroslavskaja (2023, s. 99 i nast.).
- 23 Zob. art. 4 ust. 4 wskazanej ustawy. Szerzej zob. np. Grzegorzczak (2012, s. 605 i nast.); Aslanowicz (2019, s. 148 i nast., nb. 50 i nast.).
- 24 Dalej konwencja haska z 1980 roku.
- 25 Przepis został dodany na podstawie art. 27 pkt 4 ustawy z dnia 26 stycznia 2018 roku o wykonywaniu niektórych czynności organu centralnego w sprawach rodzinnych z zakresu obrotu prawnego na podstawie prawa Unii Europejskiej i umów międzynarodowych zmieniającej KPC z dniem 27 sierpnia 2018 roku.
- 26 Uzasadnienie, Druk sejmowy nr 1827, s. 30.

O ile zatem można przyjąć, że w postępowaniu przed SN, postępowaniu w sprawach własności intelektualnej oraz w sprawach, w których roszczenia są dochodzone w postępowaniu grupowym potrzeba profesjonalnej reprezentacji wynika z konieczności zapewnienia merytorycznego zastępstwa i akcentowana jest specyfika tych postępowań, w tym ich szczególna złożoność, o tyle można twierdzić, że w postępowaniu w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką prowadzonych na podstawie Konwencji haskiej z 1980 roku dodatkowo chronione jest dobro dziecka. Skoro zaś ustawodawca stara się przez profesjonalną reprezentację zapewnić m.in. ochronę podmiotowi słabszemu (dziecku), należy się zastanowić, czy w czynnościach dokonywanych przed notariuszem powinien być potrzebny (z uwagi na ochronę „słabszego” małżonka) udział profesjonalnego pełnomocnika i czy postępowania te, podobnie jak postępowania, które zostały objęte przymusem adwokacko-radcowskim, są skomplikowane na tyle, że wymagałyby jego obecności. Inaczej ujmując, należy przede wszystkim rozważyć, czy sprawy o rozwód rozpatrywane bez udziału sądu są na tyle zawiłe, by uzasadniały przymus adwokacko-radcowski.

2. Rozwód przed sędzią a rozwód przed notariuszem (z pełnomocnikiem i bez niego) w kontekście formułowanych pouczeń

Postępowanie sądowe o rozwód może toczyć się w dwóch konfiguracjach podmiotowych. Może to być postępowanie prowadzone przez sąd, w którym nie uczestniczą profesjonalni pełnomocnicy stron, oraz może to być postępowanie, w którym obecny jest przynajmniej jeden adwokat lub radca prawny²⁷.

W sytuacji pierwszej to na sądzie spoczywa obowiązek pouczenia rozwodzących się małżonków. Zgodnie bowiem z art. 5 KPC w razie uzasadnionej potrzeby sąd może udzielić stronom i uczestnikom postępowania występującym w sprawie bez adwokata, radcy prawnego, rzecznika patentowego lub radcy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej niezbędnych pouczeń co do czynności procesowych²⁸. Istotne są także art. 210 § 2¹ i art. § 2² KPC, zgodnie z którymi sąd poucza stronę niezastępowaną przez adwokata, radcę prawnego, rzecznika patentowego lub Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej o treści art. 162 § 1, art. 205¹² § 2, art.

27 Z informacji uzyskanej 8 maja 2024 roku z Ministerstwa Sprawiedliwości (DSF-II.082.128.2024) wynika, że ministerstwo nie dysponuje danymi statystycznymi w zakresie liczby postępowań o rozwód, w których brali udział profesjonalni pełnomocnicy (adwokaci lub radcowie prawni).

28 Artykuł 5 KPC jest najbardziej ogólnym przepisem dotyczącym pouczeń. Reguluje on przesłanki i zakres pouczenia. Kodeks postępowania cywilnego zawiera również wiele przepisów szczególnych dotyczących pouczeń, różniących się od powołanej regulacji zarówno przesłankami udzielenia pouczenia, jak i jego zakresem. Zob. np. art. 205² i art. 205^{4a} KPC.

229 i art. 230 KPC. Sąd poucza strony o możliwości ugodowego załatwienia sporu, w szczególności w drodze mediacji.

W literaturze wskazuje się, że pouczenie ma stanowić źródło informacji prawnej w sytuacji, w której strona nią nie dysponuje, a jest ona potrzebna do podejmowania czynności procesowych. Dzięki pouczeniu bardziej realne staje się korzystanie przez stronę z uprawnień, instytucji, regulacji procesowych i wywiązywanie się ze spoczywających na niej ciężarów procesowych lub obowiązków procesowych, co przyczynia się do realizacji przez nią jej prawa do sądu w postępowaniu cywilnym (Weitz, 2023, s. 201, nb. 2). Jednocześnie, gdy między stronami istnieją dysproporcje w zakresie niezbędnej wiedzy procesowej, pouczenie może przywrócić równość pomiędzy stronami. Podaje się, że celem pouczenia jest „zachowanie równości stron, kontradyktoryjnego charakteru procesu cywilnego i rzeczywiste zapewnienie prawa do sądu” (Wiśniewski, 2024, s. 83)²⁹.

Artykuł 5 KPC wyraźnie stanowi, że pouczenie może dotyczyć (wyłącznie) czynności procesowych, przy czym chodzić może jedynie o pouczenie niezbędne. Z art. 5 KPC wynika, że sąd i przewodniczący kierujący rozprawą udzielają pouczeń w ramach przyznanego przez ustawodawcę uprawnienia, nie zaś nałożonego obowiązku, przy czym z uprawnienia tego mogą skorzystać, jeśli powstanie „uzasadniona potrzeba” (np. strona jest nieporadna)³⁰. Wobec tego, że pouczenie ma dotyczyć czynności procesowej, to powinno ono odnosić się do sposobu (formy), czasu i miejsca jej dokonania (wymagań czynności procesowej), skutków jej podjęcia i skutków jej zaniechania³¹. Powyższy przepis wprowadza możliwość pouczeń stron wyłącznie co do czynności procesowych, udzielane pouczenia nie mogą w żadnym razie dotyczyć kwestii merytorycznych³². Pouczenie nie może dotyczyć norm prawa materialnego, może jednak polegać na wyjaśnieniu treści terminologii prawnej i prawniczej (Cieśliński, 1999, s. 103; Góra-Błaszczkowska, 2008, s. 182–183). Zakres, w jakim sąd powinien wypełniać obowiązek udzielania pouczeń stronie występującej bez pomocy profesjonalnego pełnomocnika, musi być oceniany w realiach konkretnej sprawy i w odniesieniu do indywidualnych kwalifikacji występującej w niej strony.

W sprawie o rozwód nie istnieją odrębne regulacje dotyczące pouczeń. Podobnie jak w innych postępowaniach sąd, dostrzegając nieporadność strony, może np. pouczyć ją o potrzebie ustanowienia pełnomocnika. Może też pouczyć o skutkach prawnych czynności procesowych i skutkach ich zaniechania; ponadto np. o termi-

29 Zob. też Studzińska (2016, s. 825).

30 Zob. Pietrkowski (2017, s. 264). Na fakultatywność pouczeń zwracają też uwagę Zieliński & Flaga-Gieruszyńska (2024, s. 50, nb. 1, 3). Autorzy wskazują jednocześnie, że ocena, czy zachodzi uzasadniona potrzeba udzielenia stronom niezbędnych pouczeń, pozostawiona została dyskrecjonalnej władzy sędziego. Dotyczy to zarówno samej zasady (potrzeby pouczenia), jak i zakresu tego pouczenia. Zob. również Zembruski (2016, s. 849).

31 Por. wyrok Sądu Najwyższego, 1999.

32 Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie, 2012. Zob. też Manowska (2022, s. 34).

nie dokonania czynności procesowej, wymaganiach formalnych i fiskalnych z nią związanych (Harla, 2003, s. 98).

Warto odnotować, że 27 lutego 2019 roku do Sejmu wpłynął rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (druk nr 3254), a 10 kwietnia 2019 roku autopoprawka do tego projektu (druk nr 3254-A) (Sejm RP, 2019). Następnie w 2 lipca 2019 roku projekty te zastąpiono (zob. druk nr 3564)³³. Ten ostatni projekt zakładał wprowadzenie rodzinnego postępowania informacyjnego (dla małżonków, którzy mają wspólne małoletnie dzieci), w którym zgodnie z projektowanym art. 436² § 3 KPC strony pouczano by o:

- 1) indywidualnych i społecznych skutkach rozpadu małżeństwa, w szczególności dla nich i ich wspólnych małoletnich dzieci;
- 2) działaniach, które strony powinny podjąć w celu utrzymania małżeństwa lub zawarcia ugody, o której mowa w art. 436¹ § 3, w szczególności mediacji, terapii lub innej formie wsparcia rodziny;
- 3) skutkach prawomocnego skazania za umyślne przestępstwo popełnione na szkodę drugiego małżonka lub ich wspólnego małoletniego dziecka albo przedstawienia zarzutów w którejkolwiek z tych spraw dla rodzinnego postępowania informacyjnego.

W sytuacji, gdy w toku postępowania o rozwód małżonka reprezentuje profesjonalny pełnomocnik, sąd nie udziela pouczeń stronie. Jeśli stronę zastępuje pełnomocnik procesowy, wówczas udzielenie pouczenia przez sąd jest niedopuszczalne i stanowi naruszenie art. 5 KPC. Trzeba przyjąć, że nie ma na to wpływu okoliczność, czy fachowy pełnomocnik wykonuje swoje obowiązki profesjonalnie, czy też dopuszcza się uchybień, w szczególności działa na niekorzyść osoby zastępowanej (Góra-Błaszczkowska, 2020, s. 24–25, nb. 7)³⁴. Profesjonalny pełnomocnik nie jest zobowiązany do udzielania stronie analogicznych pouczeń jak sąd, ale zawsze powinien działać w interesie klienta i udzielać mu informacji w związku z prowadzoną sprawą.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 roku Prawo o adwokaturze zawód adwokata polega na świadczeniu pomocy prawnej, a w szczególności na udzielaniu porad prawnych oraz występowaniu przed sądami. Zgodnie natomiast z art. 4 ustawy z dnia 6 lipca 1982 roku o radcach prawnych wykonywanie zawodu radcy prawnego polega na świadczeniu pomocy prawnej.

33 W związku z zakończeniem VIII kadencji Sejmu prace nad projektem zostały przerwane.

34 Odmiennie Osowy (2003, s. 119) za: Jędrzejewska (2001, s. 72, nb. 6). Warto jednak zauważyć, że autorka wskazuje, iż „sąd nie udziela pouczeń stronie występującej w sprawie z adwokatem lub radcą prawnym”, a pouczenia sądu kierowane do pełnomocników odnoszą się do sytuacji, w których pełnomocnikiem jest np. przedstawiciel organizacji społecznej (nie adwokat). Zob. Jędrzejewska (2001, nb. 3 i 6).

Celem podejmowanych przez adwokatów czynności zawodowych jest ochrona interesów klienta³⁵. Pomoc prawna świadczona przez radcę prawnego ma na celu ochronę prawną interesów podmiotów, na których rzecz jest wykonywana³⁶. Ponadto radca prawny, świadcząc pomoc prawną, postępuje lojalnie i kieruje się dobrem klienta w celu ochrony jego praw³⁷.

W sprawie o rozwód rolą³⁸ profesjonalnych pełnomocników jest zatem zastępowanie strony, czuwanie nad jej interesem i przekazanie informacji w jasny sposób, aby mogła podjąć decyzje co do dalszego toku postępowania. Wśród zalet udziału pełnomocnika w sprawie rozwodowej wymienia się też szybsze tempo postępowania (np. przez unikanie braków formalnych pism), mniejsze obciążenie psychiczne (udział pełnomocnika zapewnia stronie poczucie bezpieczeństwa), pomoc w przesłuchaniach, szybką reakcję na działania strony przeciwnej oraz ocenę słuszności orzeczenia sądu i szans na złożenie apelacji. Ostatnie z wymienionych zalet nie są jednak istotne w sytuacji, gdyby do rozwiązania małżeństwa dochodziło przed notariuszem.

Porównując powyżej omawiane sądowe postępowanie rozwodowe do postulowanego rozwiązania, gdy rozwód następowalby przed notariuszem, również można wyróżnić dwie sytuacje. Pierwszą, obejmującą stawiennictwo małżonków u notariusza z udziałem pełnomocników (niezależnie czy byłby on obligatoryjny czy fakultatywny) i drugą, bez ich udziału.

Zgodnie z art. 1 § 1 ustawy z dnia 14 lutego 1991 roku Prawo o notariacie notariusz jest powołany do dokonywania czynności, którym strony są obowiązane lub pragną nadać formę notarialną (czynności notarialnych). We wskazanym przepisie ustawodawca ani nie przedstawił katalogu czynności notarialnych, ani nie przesądził, czy taki katalog ma charakter otwarty czy zamknięty. Kwestie te reguluje przede wszystkim art. 79 Prawa o notariacie.

Zgodnie natomiast z art. 80 § 2 i 3 Prawa o notariacie przy dokonywaniu czynności notarialnych notariusz jest obowiązany czuwać nad należyтым zabezpieczeniem praw i słusznych interesów stron oraz innych osób, dla których czynność ta może powodować skutki prawne. Jednocześnie notariusz jest obowiązany udzielać stronom niezbędnych wyjaśnień dotyczących dokonywanej czynności notarialnej. Z regulacji tych wyprowadza się także obowiązek bezstronności notariusza (Oleszko, 2012, s. 245, nb. 59)³⁹.

35 Zob. § 6 Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeks Etyki Adwokackiej).

36 Zob. art. 2 ustawy o radcach prawnych.

37 Zob. art. 8 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego.

38 O roli adwokata w sprawach o rozwód zob. Malicki (1987, s. 19 i nast.).

39 Autor wskazuje, że obowiązek bezstronności jest wyrazem zachowania należytej staranności zawodowej określanej najczęściej jako „szczególna staranność”. Ocena bezstronności powinna uwzględniać słuszność interesów stron, na które notariusz powinien stronom zwrócić uwagę oraz uświadomić, żeby dana czynność nie została dokonana kosztem drugiej strony (Oleszko, 2012,

Prawo o notariacie nie wyjaśnia pojęcia czuwania nad należyтым zabezpieczeniem praw i słuszných interesów. To, jakie konkretnie czynności ma podjąć notariusz, zależy od rodzaju czynności notarialnej i związanego z nią stanu faktycznego. Nie budzi jednak wątpliwości, że największą aktywność w tym zakresie notariusz powinien przejawiać przy sporządzaniu aktu notarialnego (zob. Sałajczyk, 2022, s. 435). Próby określenia, jak w razie niemożności odmowy dokonania czynności notariusz powinien czuwać nad należyтым zabezpieczeniem praw i słuszných interesów, doprowadziły do utożsamienia tej powinności z obowiązkiem doradczo-wyjaśniającym, wynikającym z art. 80 § 3 Prawa o notariacie (Sałajczyk, 2022, s. 436). Przepis ten nakłada na notariusza obowiązek zwany także obowiązkiem informacyjnym. Jego celem jest stworzenie warunków do podjęcia przez stronę decyzji o dokonaniu czynności notarialnej w sposób świadomy. Służy ponadto zrozumieniu przez stronę następstw prawnych dokonanej czynności notarialnej, a w szczególności wynikających z niej praw i obowiązków. Przyczynia się w ten sposób do usunięcia nieporozumień i zapobiega potencjalnym sporom. Jest jednym z podstawowych narzędzi używanych w ramach „jurysdykcji prewencyjnej” (Sałajczyk, 2022, s. 439). Obowiązek wyjaśniająco-doradczy materializuje się (co do zasady) w pouczeniu przez notariusza o prawnych skutkach złożonego przez każdą ze stron oświadczenia woli (Pastuszko, 2003, s. 106)⁴⁰. Dokonując czynności notarialnej, notariusz przyjmuje na siebie obowiązek wskazania wszelkich niejasności, ryzyk i trudności związanych z daną sprawą (Jabłoński, 1993, s. 64). W literaturze podaje się, że granicą niezbędności wyjaśnień jest możliwość powodowania skutków prawnych, jakie czynność notarialna może wywołać. Są to zatem wyrażenia (sformułowania) niedookreślone i nie można *a priori* zakładać, iż przekraczają granicę niezbędności pouczenia notariusza mające postać porady prawnej. Wręcz przeciwnie, ustawowym obowiązkiem w ramach art. 80 § 2 i 3 Prawa o notariacie jest udzielanie przez notariusza wszelkich informacji związanych z dokonywaną czynnością notarialną i przewidywanymi skutkami prawnymi tej czynności. Nie jest bowiem rzadkością, iż po udzielonej informacji strony czynności prawnej odstępują od jej dokonania bądź „modyfikują” swoje zamiary i dokonują innej czynności. Oczywiście informacja notariusza powinna być związana z dokonaną czynnością (zamiarem jej dokonania) i przede wszystkim – w odróżnieniu od innych zawodów prawniczych – wykazywać cechy bezstronności. Zamiar dokonania czynności musi mieć charakter samodzielny oraz przemyślany i temu ma służyć realizacja

s. 249, nb. 69). Szerzej o obowiązku bezstronności notariusza zob. Oleszko (2007b, s. 9 i nast.). Zob. też Oleszko (2007a, s. 90). O staranności zawodowej notariusza zob. Oleszko (1997, s. 9 i nast.).

40 Szeroko o obowiązku wyjaśniająco-doradczym zob. też Marquardt (2021, s. 297, nb. 100). Autor podkreśla, że obowiązek informacyjny notariusza nie może sprowadzać się wyłącznie do powołania przepisów, ale musi umożliwiać „realne zaznajomienie się stron czynności z ich sytuacją prawną” (Marquardt, 2021, s. 298, nb. 102).

przez notariusza funkcji wyjaśniająco-doradczej, która obejmuje przede wszystkim udzielenie informacji (Oleszko, 2012, s. 282–282, nb. 132)⁴¹.

W orzecznictwie podkreśla się, że obowiązek wyjaśniająco-doradczy występuje we wszystkich stadiach czynności notarialnej i przyjąć może, zależnie od okoliczności, postać wyjaśnień, ostrzeżenia lub rady w zakresie prawnych aspektów czynności, jej uwarunkowań i skutków⁴². Notariusz ma obowiązek udzielenia stronom wyjaśnień co do skutków, jeżeli w znanych mu okolicznościach dokonywania czynności mogą one wystąpić i mieć dla stron istotne znaczenie lub gdy strona zwróci się o ich wyjaśnienie⁴³. Jednocześnie podkreśla się, że spełniając powinność pouczenia stron, notariusz powinien uświadomić stronom konsekwencje prawne podejmowanych czynności. Pouczenie to powinno przedstawiać sytuację stron (skutki czynności) w sposób zobiektywizowany, w tym wskazywać na ewentualne konsekwencje prawne przyjmowanych przez strony rozwiązań, zwłaszcza na wypadek niedotrzymania przez jedną ze stron postanowień projektowanej umowy⁴⁴.

W kontekście rozwiązania małżeństwa przed notariuszem należy powtórzyć, że jedną z podstawowych ról notariusza jako osoby zaufania publicznego jest sprawowanie działalności prewencyjnej, rozumianej jako zapobieganie powstawaniu sporów sądowych na tle dokonanej czynności notarialnej. Podaje się też, że rola notariusza jako bezstronnego „strażnika” prawa zbliża go do roli sędziego⁴⁵. W tym kontekście warto zauważyć, że Kodeks Etyki Zawodowej Notariusza nakłada na notariusza obowiązek zapewnienia określonych gwarancji. Jak bowiem wynika z § 6 tego kodeksu, podstawowymi zasadami obowiązującymi notariusza są: uczciwość, rzetelność, niezależność oraz bezstronność i zachowanie tajemnicy zawodowej. Na tle tej regulacji wskazuje się wręcz, że notariusz, w przeciwieństwie do pozostałych „wolnych” zawodów prawniczych, nie działa na zlecenie jednej ze stron dokonywanej czynności notarialnej, lecz jako „sędzia braku sporu” występuje w pozycji niezależnego od stron, bezstronnego arbitra. W tym zakresie wymóg niezależności notariusza wobec stron czynności notarialnych (klientów) jest identyczny jak wszystkich innych funkcjonariuszy publicznych (Marquardt, 2022, s. 86, nb. 3). Ponadto, zgodnie z § 11 ust. 1

41 Autor używa pojęcia „porady prawnej”, ale w literaturze podaje się, że pouczenia dokonywane przez notariusza nie mogą być rozumiane jako porady prawne. Pouczenia mają za zadanie wyłącznie przedstawić osobom zainteresowanym obowiązujący stan prawny i skutki wynikające z planowanej czynności notarialnej. Porady prawne natomiast zakładają aktywną postawę udzielającego porady odnoszącą się do działań podejmowanych przez osobę zainteresowaną. Tymczasem dokonanie lub niedokonanie czynności musi stanowić wynik przemyślanej decyzji osoby zainteresowanej. Zob. Sawarżyński (2022, s. 574, nb. 17).

42 Wyrok Sądu Najwyższego, 2002.

43 Wyrok Sądu Najwyższego, 2003.

44 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, 2019.

45 Por. Górecki (2010, s. 132). Zob. też powołaną tam literaturę. Autor jako jedną z wizji polskiego notariatu proponuje wzmocnienie roli notariusza jako funkcjonariusza publicznego (Górecki, 2010, s. 136).

Kodeksu Etyki Zawodowej Notariusza, notariusz zobowiązany jest dokonywać czynności zawodowych zgodnie z prawem, według najlepszej woli i wiedzy oraz z należytą starannością. Można zatem twierdzić, że powyższe przepisy dadzą też określone gwarancje małżonkom planującym rozwiązać swoje małżeństwo przed notariuszem.

Warto także zwrócić uwagę, że z jednej strony notariuszowi zakazane jest dokonywanie czynności sprzecznych z prawem lub zasadami współżycia społecznego, gdyż w przypadku zgłoszenia takich oczekiwań przez strony notariusz zobowiązany jest odmówić dokonania czynności notarialnej, a obowiązek ten ma charakter bezwzględny. Z drugiej natomiast, obowiązek udzielania informacji nie jest precyzyjnie określony. Jeśli czynność jest dopuszczalna, notariusz powinien udzielać informacji na temat jej skutków, powstaje jednak pytanie, do jakiego stopnia notariusz powinien analizować interes stron i doradzać stronom w zakresie możliwości realizacji tego interesu.

W sytuacji, gdy rozwód następowałby przed notariuszem z obowiązkowym udziałem pełnomocników, zakres ich ogólnych obowiązków nie odbiegałby od tych wynikających z przedstawionych powyżej przepisów, chyba że w tym przypadku ustawodawca nałożyłby na adwokatów i radców prawnych dodatkowe wymagania. Wówczas konieczne byłoby także precyzyjne rozgraniczenie obowiązków obciążających w omawianym zakresie notariusza i profesjonalnych pełnomocników. Nie wydaje się jednak, by nawet w przypadku udziału adwokata lub radcy prawnego w czynności notarialnej zakres obowiązków notariusza miał być zmieniony. Notariusz nadal powinien realizować swoje funkcje.

Biorąc powyższe pod uwagę, w tym fakt, że pouczenia sądu kierowane dla stron są fakultatywne oraz że dotyczą wyłącznie czynności procesowych, trzeba uznać, że funkcje informacyjno-doradcze w sprawach o rozwód w przyszłości lepiej realizować mogą pouczenia notariuszy niż pouczenia aktualnie kierowane do stron przez sąd na podstawie art. 5 KPC.

3. Udział profesjonalnego pełnomocnika w czynnościach dokonywanych przed notariuszem

Przed udzieleniem odpowiedzi na pytanie, czy stawiennictwo małżonków u notariusza celem rozwiązania małżeństwa wymagałoby dodatkowo obligatoryjnego udziału profesjonalnego pełnomocnika (adwokata, radcy prawnego) każdego z małżonków, należy określić, jaki miałyby być cel tego udziału. Zakładając, że rozwiązanie małżeństwa przed notariuszem nie powinno być dopuszczalne, gdy małżonkowie są rodzicami małoletnich dzieci (ewentualnie, gdy są rodzicami dzieci wspólnie przez nich wychowywanych), należy wykluczyć, aby celem tym miała być ochrona dobra dziecka. Można natomiast przyjąć, że celem udziału profesjonalnego pełnomocnika w czynnościach dokonywanych u notariusza byłaby ochrona interesów strony zagro-

żonej brakiem profesjonalnej reprezentacji. Profesjonalny pełnomocnik chroniłby wówczas „słabszego” małżonka przed wykorzystaniem przez drugiego małżonka swojej lepszej pozycji. Słabość ta nie ujawniałaby się na tle ustalenia winnego rozkładu pożycia (ponieważ rozwód przed notariuszem nie byłby dopuszczalny, gdyby małżonkowie domagali się ustalenia winy), ale pojawiałaby się głównie z powodu „słabszej” pozycji ekonomicznej jednego z małżonków. W tym zaś zakresie wystarczające powinny być pouczenia kierowane do stron przez notariusza i zbędna jest obligatoryjna reprezentacja małżonka przez pełnomocnika⁴⁶. Obecnie, gdy strony przed notariuszem zawierają umowę alimentacyjną⁴⁷ lub dokonują podziału majątku wspólnego, wystarczająca jest jego obecność, a udział pełnomocnika jest fakultatywny. Naturalnie również w razie rozwodu przed notariuszem przepisy nie powinny wykluczać sytuacji, w której każdy z małżonków konsultuje się z profesjonalnym pełnomocnikiem.

Nie wydaje się też, by same czynności dokonywane przed notariuszem w związku z rozwiązaniem małżeństwa były na tyle skomplikowane, a ich skutki prawne na tyle nieprzewidywalne, że ich charakter stanowiłby podstawę do wprowadzenia obligatoryjnego udziału pełnomocnika w tych czynnościach. W istocie bowiem najpierw małżonkowie wysłuchiwaliby pouczenia notariusza, następnie składali oświadczenie wiedzy o zupełnym i trwałym rozkładzie pożycia, a dopiero później oświadczenie o zamiarze rozwiązania małżeństwa⁴⁸. Rozwiązując małżeństwo przed notariuszem, małżonkowie mogliby fakultatywnie zawrzeć umowę alimentacyjną lub dokonać podziału wspólnego majątku oraz określić sposób korzystania ze wspólnego mieszkania, jednak nie są to czynności wymagające zastosowania przymusu adwokacko-radcowskiego. Nawet bowiem gdyby dokumentowane przez notariusza czynności prawne okazały się wyjątkowo skomplikowane, obowiązkiem notariusza jest właściwa ich redakcja i pouczenie stron o skutkach dokonywanej czynności.

Kluczowe staje się zatem pytanie, czy ewentualne niekorzystne skutki rozwodu przed notariuszem (np. utrata roszczeń alimentacyjnych, nieuczciwy podział majątku itd.) są na tyle poważne i nieprzewidywalne, że należałoby wprowadzić przymus adwokacko-radcowski. Na powyższe pytanie należy odpowiedzieć przecząco. Obecnie można przecież wprowadzić np. ustrój rozdzielności majątkowej w umowie zawartej przed notariuszem bez konieczności udziału adwokata lub radcy prawnego. Ponadto pojawia się pytanie, czy brak udziału pełnomocnika mógłby prowadzić do wykorzy-

46 Ewentualna wątpliwość mogłaby się pojawić, gdyby jeden małżonek był reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, a drugiego nie byłoby na to stać. Wówczas należałoby się zastanowić, czy należy mu zapewnić możliwość skorzystania z bezpłatnej pomocy prawnej w postępowaniu przed notariuszem, czy też skierować małżonków na drogę postępowania sądowego.

47 Szerzej o tej umowie zob. Strumiłło & Szymura-Strumiłło (2022, s. 1291 i nast., nb. 1 i nast.).

48 Odrębnej analizy wymaga kwestia konieczności wyznaczenia małżonkom „czasu do namysłu”, w którym powinni oni ostatecznie podjąć decyzję o rozwiązaniu małżeństwa i dopiero po jego upływie zgłosić się do notariusza celem złożenia oświadczenia o rozwiązaniu małżeństwa.

stania rozwodu przed notariuszem przez stronę, która doprowadziła do rozkładu pożycia w sposób zawiniony, do uniknięcia skutków tego działania? Kwestia ta powstaje w szczególności w kontekście „słabości” małżonka wynikającej z braku wiedzy prawnej. Należy jednak przyjąć, że notariusz niweluje tę „słabość” swoimi pouczeniami. Pouczenia te powinny być odpowiednio rozbudowane i dotyczyć m.in. konsekwencji rezygnacji z orzekania o winie rozkładu pożycia. Inną sprawą jest ewentualne wprowadzenie przez ustawodawcę katalogu obowiązkowych pouczeń w sytuacji rezygnacji z obligatoryjnego uczestnictwa pełnomocników przy rozwiązaniu małżeństwa przed notariuszem⁴⁹.

Wnioski

Z przeprowadzonej analizy obowiązujących w Polsce regulacji wynika, że obligatoryjny udział profesjonalnego pełnomocnika w cywilnym postępowaniu sądowym jest wyjątkiem i uzasadniany jest przede wszystkim skomplikowanym charakterem postępowania lub sprawy, a ponadto może być uzasadniony także potrzebą ochrony dobra małoletniego. Biorąc jednak pod uwagę, że rozwiązanie małżeństwa przed notariuszem należy dopuścić wyłącznie w sytuacji, gdy małżonkowie nie są rodzicami małoletnich dzieci, trzeba wykluczyć obligatoryjny udział profesjonalisty z uwagi na argument o potrzebie ochrony dobra dziecka. Ewentualnie udział ten mógłby zostać wprowadzony z uwagi na konieczność ochrony „słabszego” małżonka, ale nie wydaje się to celowe. W sytuacji zagrożenia naruszenia interesów strony słabszej zareagować może i powinien notariusz, a jego udział trzeba uznać za wystarczający. Notariusze są bowiem predysponowani do udzielania właściwych pouczeń i mają do tego odpowiednie kwalifikacje. Ponadto, tak jak sąd i pełnomocnicy mogą oni przeprowadzić mediację (por. Wybrańczyk, 2020, s. 73 i nast.). Należy jednak odnotować, że w niektórych ustawodawstwach europejskich podkreśla się, że notariusz nie może pełnić obu funkcji równocześnie, czyli być zaangażowany w czynności i doradzać obu stronom, a jednocześnie kontrolować „legalność” i „nieszkodliwość” dokonywanej czynności.

Nie wydaje się również, by czynności podejmowane przed notariuszem w związku z rozwiązaniem małżeństwa były na tyle skomplikowane, aby udział adwokata lub radcy prawnego był bezwzględnie wymagany i potrzebny. Można wręcz przypuszczać, że w pewnych okolicznościach mógłby nawet wzmocnić konflikt małżonków chcących się rozwieść. Naturalnie jednak każdy z małżonków mógłby ustanowić swojego pełnomocnika i zdecydować, że chce, aby brał on udział w dokonywanych czynnościach. Udział profesjonalnego pełnomocnika w rozwiązaniu małżeństwa przed notariuszem powinien być zatem fakultatywny, a nie obligatoryjny. Trzeba

49 Zakres pouczeń udzielanych małżonkom przez notariusza (lub kierownika USC) przedstawiono w: (Wybrańczyk, 2025, artykuł przyjęty do druku).

też dostrzec, że w państwach europejskich, w których wymagany jest obligatoryjny udział pełnomocnika (np. Francja, Grecja), rozwód przed notariuszem jest dopuszczalny także w sytuacji, gdy małżonkowie są rodzicami małoletnich dzieci, co ma je dodatkowo chronić.

Do rozważenia pozostaje kwestia wprowadzenia katalogu obowiązkowych pouczeń udzielanych przez notariusza w sytuacji rezygnacji z obligatoryjnego udziału pełnomocników przy rozwiązaniu małżeństwa przed notariuszem.

BIBLIOGRAFIA

- Andrzejewski, M. (2024). Autonomia w prawie rodzinnym – sprawy o rozwód. *Rejent*, 11, 62–78.
- Aślanowicz, M. (2019). Komentarz do art. 4. w: M. Aślanowicz (red.), *Ustawa o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym. Komentarz* (ss. 124–151). C.H. Beck.
- Bieranowski, A. (2024a). Rozłączenie małżonków – rozważania na temat notarialnego rozwodu i separacji. *Rejent*, 2, 60–108.
- Bieranowski, A. (2024b). Normatywne modele rozwodu notarialnego – uwagi de lege ferenda. *Rejent*, 11, 79–109.
- Bodio, J. (2015). Przymus adwokacko-radcowski – uwagi o stanie obecnym i perspektywach zmian. *Radca Prawny. Zeszyty Naukowe*, 1, 68–89.
- Bodio, J. (2025). Przymus adwokacko-radcowski w postępowaniu cywilnym – wyjątek czy zasada? w: A. Jakubecki, J. Bodio, & O. Marcewicz-Kochnio (red.), *Instytucje prawa procesowego cywilnego. Stan obecny i perspektywy* (ss. 229–277). Wolters Kluwer Polska.
- Bugajski, B. (2021). Autonomia woli małżonków w zakresie sposobu rozwiązania małżeństwa przez rozwód na tle porównawczym. *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, 4, 749–794.
- Bugajski, B. (2024). Konstytucyjne uwarunkowania wprowadzenia do prawa polskiego pozasądowego rozwodu za porozumieniem małżonków. *Rejent*, 11, 110–129.
- Cichorska, M. (2024). *Pełnomocnictwo w prawie procesowym cywilnym*. C.H. Beck.
- Cieśliński, M. (1999). W kwestii stosowania art. 5 KPC. *Przegląd Sądowy*, 4, 101–108.
- Code civil. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/2023-03-23/
- Code de procédure civile. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716/
- Código civil, opublikowany na podstawie dekretu królewskiego z 24 lipca 1889 roku. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>
- Decreto legge 12 settembre 2014, n. 132. <https://www.normattiva.it/esporta/attoCompleto?atto.data-PubblicazioneGazzetta=2014-09-12&atto.codiceRedazionale=14G00147>
- Dutta, A. (2017). Stand des Scheidungsrechts in Deutschland. w: A. Dutta, D. Schwab, D. Henrich, P. Gottwald, & M. Löhnig (red.), *Scheidung ohne Gericht?: Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht* (ss. 31–56). Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH.
- Dutta, A., Schwab, D., Henrich, D., Gottwald, P., & Löhnig M. (red.) (2017). *Scheidung ohne Gericht?: Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht*. Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH.

- Dziurda, M. (2020). Postępowanie w sprawach własności intelektualnej z perspektywy systemowej. *Przegląd Sądowy*, 10, 5–23.
- Ereciński, T. (2002). Kilka refleksji o przymusie adwokacko-radcowskim. w: J. Żuławski (red.), *XX lat samorządu radców prawnych 1982–2002* (ss. 55–64). Krajowa Rada Radców Prawnych.
- Ferrer Riba, J. (2017). Stand des Scheidungsrechts in Spanien. w: A. Dutta, D. Schwab, D. Henrich, P. Gottwald, & M. Löhnig (red.), *Scheidung ohne Gericht?: Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht* (ss. 119–144). Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH.
- Flemming-Kulesza, T. (2005). Przymus adwokacko-radcowski przy skardze w trybie ustawy z 17.06.2004 r., *Palestra*, 50(3–4), 243–246.
- Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. <https://www.gesetze-im-internet.de/famfg>
- Gołaszewska, A. (2022). Obowiązkowe zastępstwo procesowe w sprawach własności intelektualnej – uwagi na tle art. 87² Kodeksu postępowania cywilnego. *Palestra*, 1–2, 21–32.
- Gołąb, S. (1938). O pełnomocnikach w procesie cywilnym. *Palestra*, 10, 3–15.
- Góra-Błaszczkowska, A. (2008). *Zasada równości stron w procesie cywilnym*. C.H. Beck.
- Góra-Błaszczkowska, A. (2020). Komentarz do art. 5. w: A. Góra-Błaszczkowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I A. Komentarz. Art. 1–424¹²* (ss. 23–27). C.H. Beck.
- Górecki, J. (2010). O przyszłości notariatu – wprowadzenie do dyskusji. *Rejent*, 9, 128–139.
- Grzegorzczak, P. (2012). O przymusie adwokacko-radcowskim w postępowaniu grupowym i konsekwencjach jego niezachowania. *Monitor Prawniczy*, 11, 605–607.
- Gudowski, J. (2024). *Pełnomocnictwo procesowe w postępowaniu cywilnym*. Wolters Kluwer Polska.
- Harla, A.G. (2003). Udzielanie przez sąd stronom i uczestnikom postępowania cywilnego wskazówek w świetle art. 5 KC [powinno być KPC, uwaga DW] (uwagi de lege lata i de lege ferenda). *Przegląd Sądowy*, 10, 95–111.
- Heiderhoff, B. (2018). Aktuelle Fragen zum Scheidungs – und Scheidungsverbundverfahren. *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 12, 533–542.
- Iaroslavskaja, M.E. (2023). Bezwzględny przymus adwokacko-radcowsko-rzecznikowski a prawo do sądu. w: A. Orzeł-Jakubowska, & T. Zembrzuski (red.), *Konstytucyjne aspekty procesu cywilnego* (ss. 99–124). Wolters Kluwer Polska.
- Jabłoński, Z. (1993). Aktualne zadania notariatu polskiego. w: A. Oleszko, & R. Szytyk (red.), *Księga pamiątkowa. I Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej* (ss. 59–67). Krajowa Rada Notarialna.
- Jędrzejewska, M. (2001). Komentarz do art. 5. w: T. Ereciński (red.), *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze, t. I* (ss. 71–73). Wolters Kluwer Polska.
- Kłak, Cz.P. (2012). Przymus adwokacko-radcowski a skarga na przewlekłość postępowania. *Ius Novum*, 1, 39–60.
- Kodeks Etyki Radcy Prawnego. <https://kirp.pl/wp-content/uploads/2023/02/kodeks-etyki-radcy-prawnego-i-regulamin-wykonywania-zawodu.pdf>
- Kodeks Etyki Zawodowej Notariusza. <https://www.notariusze.lodz.pl/przepisy/kezn.htm>

- Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1862-4073>
- Łochowski, M. (2023). Komentarz do art. 87¹. w: T. Szanciło (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1-458*¹⁶. Tom I (ss. 398-405). C.H. Beck.
- Malicki, A. (1987). Uwagi o udziale adwokata w sprawach rozwodowych. *Palestra*, 6, 19-25.
- Manowska, M. (2022). Działania instrukcyjne sądu pierwszej instancji w postępowaniu dowodowym w procesie cywilnym po nowelizacji ustawą z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw. *Prawo w Działaniu*, 52, 30-49.
- Marquardt, P. (2021). Należyta staranność, obowiązek zabezpieczenia praw i interesów stron i osób trzecich. w: A. Szereda (red.), *Notariat. Czynności notarialne* (ss. 295-300). C.H. Beck.
- Marquardt, P. (2022). Komentarz do § 6. w: A. Wilkowska-Płóciennik, & P. Marquardt (red.), *Kodeks Etyki Zawodowej Notariusza. Komentarz* (ss. 84-87). Wolters Kluwer Polska.
- Miszewski, W. (1946). *Proces cywilny w zarysie. Część pierwsza*. Księgarnia Wydawnictw Prawniczych.
- Mitrović, T.S. (2019). Sporazumni razvodbraka i notariat. *Prawo, teorija i praksa*, 36(7-9), 56-66.
- Olaś, A. (2021). Kilka uwag o przymusie adwokacko-radcowsko-rzecznikowskim w postępowaniu w sprawach własności intelektualnej. *Monitor Prawniczy*, 20, 1065-1073.
- Oleszko, A. (1997). Staranność zawodowa notariusza w świetle art. 80 prawa o notariacie. *Rejent*, 9, 9-21.
- Oleszko, A. (2007a). Obowiązki notariusza związane z dokonaniem czynności notarialnych. *Annales UMCS*, 1, 85-102.
- Oleszko, A. (2007b). Ustawowy obowiązek bezstronności notariusza. *Rejent*, 10, 9-25.
- Oleszko, A. (2012). Komentarz do art. 80. w: A. Oleszko (red.), *Prawo o notariacie. Komentarz. Część 2, Tom I. Art. 79-91* (ss. 204-297). LexisNexis.
- Osoy, P. (2003). Aktywność informacyjna sądu a ustawowe granice pomocy stronie – rozważania na tle art. 5 KPC. *Rejent*, 7-8, 107-126.
- Osoy, P. (2024). Przymus adwokacko-radcowski. w: K. Flaga-Gieruszyńska (red.), *System Postępowania Cywilnego. Postępowanie przed sądem pierwszej instancji w procesie cywilnym. Podmioty postępowania, Tom 3A* (ss. 417-418). C.H. Beck.
- Pastuszko, R. (2003). Prawo do wysłuchania w postępowaniu sądowym a obowiązek wyjaśniająco-doradczy notariusza. *Rejent*, 5, 102-123.
- Patti, S. (2017). Stand des Scheidungsrechts in Italien. w: A. Dutta, D. Schwab, D. Henrich, P. Gottwald, & M. Löhnig (red.), *Scheidung ohne Gericht?: Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht* (ss. 105-118). Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH.
- Perez Hereza, J. (2015). La separación y divorcio notarial. *El Notario del Siglo XXI*, 63, 22-25.
- Pietrkowski, H. (2017). Fakultatywne pouczenia. w: H. Pietrkowski (red.), *Czynności procesowe zawodowego pełnomocnika w sprawach cywilnych* (ss. 263-265). Wolters Kluwer Polska.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 lipca 2012 r., sygn. akt I CSP 2/12, Legalis nr 544242, LEX nr 1228581.
- Prezydent Rzeczypospolitej. (1930). Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 29 listopada 1930 roku – Kodeks Postępowania Cywilnego (Dz.U. 1930 nr 83 poz. 651).

- Salajczyk, D. (2022). Komentarz do art. 80. w: W. Gonet (red.), *Prawo o notariacie. Komentarz. Wzory aktów notarialnych i poświadczeń* (ss. 432–444). Wolters Kluwer Polska.
- Sarnecki, P. (2016). Komentarz do art. 45. w: L. Garlicki, & M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II* (ss. 233–243). Wydawnictwo Sejmowe.
- Sawarzyński, J. (2022). Komentarz do art. 80. w: A. Szereda (red.), *Prawo o notariacie. Komentarz* (ss. 567–579). C.H. Beck.
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (2019). <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?id=2A9273867BDE2B79C12583AE00530D7A>
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (1980). Konwencja haska z dnia 25 października 1980 roku dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę (Dz.U. 1995 nr 108 poz. 528).
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (1982). Ustawa z dnia 26 maja 1982 roku Prawo o adwokaturze (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1564.).
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (1982). Ustawa z dnia 6 lipca 1982 roku o radcach prawnych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 499).
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (1991). Ustawa z dnia 14 lutego 1991 roku Prawo o notariacie (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1001.).
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (2004). Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 roku o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1725).
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (2009). Ustawa z dnia 17 grudnia 2009 roku o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1212, z 2024 r. poz. 1237).
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (2018). Ustawa z dnia 26 stycznia 2018 roku o wykonywaniu niektórych czynności organu centralnego w sprawach rodzinnych z zakresu obrotu prawnego na podstawie prawa Unii Europejskiej i umów międzynarodowych (Dz.U. 2018 poz. 416).
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (2023). Ustawa z dnia 9 marca 2023 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2023 poz. 614).
- Sikorski, A. (2017). Przymus adwokacko-radcowski w postępowaniu grupowym. *Palestra*, 3, 69–74.
- Stępień-Sporek, A., Stoppa, P., & Ryznar, M. (2013). Divorce law in Poland: a new regime needed? *The International Survey of Family Law*, 321–331.
- Strumiłło, T., & Szymura-Strumiłło, K. (2021). Umowy alimentacyjne. w: A. Szereda (red.), *Notariat. Czynności notarialne* (ss. 1291–1301). C.H. Beck.
- Studzińska, J. (2016). Prawo czy konieczność posiadania pełnomocnika profesjonalnego dla ochrony strony słabszej w postępowaniu cywilnym. Kilka uwag praktycznych. w: M. Boratyńska (red.), *Ochrona strony słabszej stosunku prawnego. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Adamowi Zielińskiemu* (ss. 823–841). Wolters Kluwer Polska.
- Sychowicz, M. (1966). Przymus adwokacko-radcowski w postępowaniu cywilnym. *Palestra*, 7–8, 27–38.
- Uzasadnienie, Druk sejmowy nr 1827, s. 30. <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1827>
- Weitz, K. (2023). Komentarz do art. 5. w: T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Postępowanie rozpoznawcze. Artykuły 1–124* (ss. 200–210). Wolters Kluwer Polska.

- Winiarz, J. (1977). *Prawo rodzinne* (wyd. 2). Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Winiarz, J. (1985). Ewolucja przepisów o rozwodzie w prawie polskim. w: J.S. Piąkowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego, cz. 1* (ss. 547–554). Zakład Narodowy im. Ossolińskich.
- Wiśniewski, T. (2024). Ochrona sądowa tzw. strony słabszej na gruncie przepisów kodeksu postępowania cywilnego (zagadnienia wybrane). *Państwo i Prawo*, 5, 71–91.
- Wybrańczyk, D. (2020). Notariusz jako mediator w sprawach rodzinnych wobec planowanej nowelizacji kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. *Rejent*, 2, 73–90.
- Wybrańczyk, D. (2023). Rozwód przed notariuszem – czy nadszedł czas na zmiany? *Rejent*, 12, 62–85.
- Wybrańczyk, D. (2024). Autonomia woli małżonków w kontekście propozycji wprowadzenia możliwości rozwiązania małżeństwa przed notariuszem. *Rejent*, 11, 130–150.
- Wybrańczyk, D. (2025). Ochrona „strony słabszej” w rozwodach pozasądowych. *Przegląd Legislacyjny*, artykuł przyjęty do druku.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 4 grudnia 2019 r., sygn. akt I ACa 194/19, Legalis nr 2301625, LEX nr 2895393.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14 czerwca 2012 r., sygn. akt VI ACa 173/12, Legalis nr 1025765, LEX nr 1312119.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2002 r., sygn. akt III CKN 694/00, OSNC 2003/9, poz. 124.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 sierpnia 2003 r., sygn. akt III CKN 500/01, Legalis nr 61723, LEX nr 1130170.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 1999 r., sygn. akt II UKN 21/99, OSNP 2000, nr 18, poz. 695.
- Wyrwiński, M. (2005). Przymus adwokacko-radcowski w postępowaniu cywilnym po nowelizacji. *Monitor Prawniczy*, 20, 986–994.
- Zaporowska, J., & Mazurkiewicz, J. (1995). Rozwód przed rejentem. Co słycać u niemieckich notariuszy. *Rzeczpospolita*, 272, 15.
- Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeks Etyki Adwokackiej). <https://www.ora-warszawa.com.pl/wp-content/uploads/2018/04/Kodeks-Etyki-Adwokackiej.pdf>
- Zembrzusi, T. (2016). Pouczenie strony występującej w procesie cywilnym bez zawodowego pełnomocnika co do wnoszenia środków zaskarżenia. w: M. Boratyńska (red.), *Ochrona strony słabszej stosunku prawnego. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Adamowi Zielińskiemu* (ss. 843–864). Wolters Kluwer Polska.
- Zembrzusi, T. (2024). Komentarz do art. 87¹. w: P. Rylski, A. Olaś (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz* (Legalis). C.H. Beck.
- Zieliński, A., & Flaga-Gieruszyńska, K. (2024). Komentarz do art. 5. w: K. Flaga-Gieruszyńska, & A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz* (ss. 50–52). C.H. Beck.
- ΑΣΤΙΚΟΣ ΚΩΔΙΚΑΣ ΚΑΙ ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΟΣ ΤΟΥ ΝΟΜΟΣ. <https://www.kodiko.gr/nomothesia/document/437467>

Agnieszka Wojcieszak-John

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska

a.wojcieszak@amu.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1739-4037>

Uwagi na temat potrzeby wprowadzenia natychmiastowego świadczenia alimentacyjnego

Comments on the Need for Immediate Child Maintenance Benefits

Abstract: The legal system in Poland aims to guarantee the protection of a child's non-material and property interests. To this end, guided by the principle of the child's welfare, the Family and Guardianship Code regulates the institution of child maintenance. The task of this institution is to provide the child with the right conditions for his / her growth and development. Maintenance can take the form of cash or the personal efforts of the parents to raise the child. However, life experience shows that most often, a parent's maintenance obligation to a child is carried out in the form of transferring money. Nevertheless, the child's receipt of maintenance payments from a parent involves lengthy court proceedings; this in turn threatens the economic security of the child. For this reason, this article undertakes a consideration of the need to introduce immediate maintenance payments into the Polish legal system; the author refers not only to the existing position of the doctrine, but also to the solutions existing in German law. The entire consideration is based on the presentation of the state *de lege lata* and the formulation of postulates *de lege ferenda*.

Keywords: child's welfare, immediate maintenance, maintenance obligations, maintenance relationships, maintenance tables

Słowa kluczowe: dobro dziecka, alimenty natychmiastowe, obowiązek alimentacyjny, stosunek alimentacyjny, tabela alimentacyjna

Wprowadzenie

Wśród przedstawicieli nauki prawa podejmowane są dyskusje na temat potrzeby uregulowania instytucji tzw. natychmiastowego świadczenia alimentacyjnego¹. W ostatnich latach podjęto nawet próby przedstawienia rozwiązań legislacyjnych w tym obszarze. Przykładowo rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (druk nr 3254) przewidywał uprawnienie dziecka do otrzymania natychmiastowych świadczeń alimentacyjnych do chwili wytoczenia powództwa oraz określał wysokość świadczenia alimentacyjnego, uzależniając ją od współczynnika dzieciności i minimalnego wynagrodzenia. Podobne rozwiązania zawierał poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (druk nr 1092).

Co znamienne, rozważania na temat instytucji natychmiastowego świadczenia alimentacyjnego wynikały nie tylko z potrzeby usprawnienia sądowego postępowania w sprawach zasądzenia świadczeń alimentacyjnych, ale także stanowiły odpowiedź na pojawiające się trudności związane z obostrzeniami obowiązującymi podczas pandemii COVID-19. Zdarzało się bowiem, że strony nie mogły dochodzić swoich praw przed sądem z uwagi na brak rozwiązań legislacyjnych co do sposobu prowadzenia rozpraw oraz posiedzeń jawnych. Dopiero w wyniku długotrwałego występowania pandemii COVID-19 ustawodawca zdecydował się na wykorzystanie środków porozumiewania się na odległość w postępowaniach sądowych (ustawa o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych 2020).

Bez wątplenia jednak zagwarantowanie świadczeń alimentacyjnych ma fundamentalne znaczenie z perspektywy ochrony interesów majątkowych i niemajątkowych członków rodziny, w tym zwłaszcza dziecka (Łukasiewicz, 2023b, s. 682). W literaturze wskazuje się nawet, że alimentacja „jest środkiem do spełnienia obowiązku moralnego wynikającego z węzła rodzinnego” (Grochowska, 2007, s. 453), a także „umacnia wzajemną odpowiedzialność za członków rodziny” (Grochowska, 2007, s. 453). To sprawia, że uznaje się ją za „uszczerbowienie ogólnego obowiązku «troszczenia się o fizyczny i duchowy rozwój dziecka» i należytego przygotowania go, odpowiednio do jego uzdolnień, do pracy zawodowej” (Wyrok Sądu Najwyższego, 1999). Dlatego też „nie jest ograniczony żadnym sztywnym terminem i nie jest również związany ze stopniem wykształcenia” (Wyrok Sądu Najwyższego, 1999).

Z powyższych względów konieczne wydaje się podjęcie rozważań na temat instytucji natychmiastowego świadczenia alimentacyjnego jako instytucji, która ma

1 Niniejszy tekst stanowi rezultat przeprowadzonej kwerendy bibliotecznej podczas pobytu naukowego w The Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, Niemcy.

służyć zaspokojeniu interesów dziecka jako podmiotu uprawnionego oraz „wzmocnić” pozycję w zaistniałych stosunkach alimentacyjnych.

1. Obowiązek alimentacyjny rodziców wobec dziecka – stan *de lege lata*

Obecnie podstawę materialnoprawną świadczenia na rzecz dziecka stanowią przepisy art. 133 k.r.o. i art. 135 k.r.o.² Z ich treści *explicite* wynika, że rodzice zobowiązani są do świadczeń alimentacyjnych względem dziecka, które nie jest jeszcze w stanie utrzymać się samodzielnie, chyba że dochody z majątku dziecka wystarczają na pokrycie kosztów jego utrzymania i wychowania (art. 133 § 1 k.r.o.). Natomiast zakres świadczeń alimentacyjnych zależy od usprawiedliwionych potrzeb uprawnionego oraz od zarobkowych i majątkowych możliwości zobowiązanych. Wykonanie obowiązku alimentacyjnego względem dziecka, które nie jest jeszcze w stanie utrzymać się samodzielnie albo wobec osoby niepełnosprawnej może polegać w całości lub w części na osobistych staraniach o utrzymanie lub o wychowanie uprawnionego. W takim wypadku świadczenie alimentacyjne pozostałych zobowiązanych polega na pokrywaniu w całości lub w części kosztów utrzymania lub wychowania uprawnionego (art. 135 § 1–2 k.r.o.). Obowiązek alimentacyjny rodziców determinowany jest *de facto* przez niezdolność do samodzielnego utrzymania dziecka (Witczak & Kawalko, 2021a, s. 1414–1417). Co za tym idzie, roszczenie dziecka przeciwko rodzicom nie jest uzależnione od wieku, stopnia dojrzałości czy stanu niedostatku (Oleszko, 1990, s. 55–58; Bieliński & Pannert, 2022, s. 280; Pietrzykowski 2023a, s. 1084; Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego, 2002). Mając to na uwadze, powstaje pytanie, kiedy można stwierdzić, że dziecko „nie jest jeszcze w stanie utrzymać się samodzielnie” (art. 133 § 1 k.r.o.).

W literaturze przyjmuje się, że chodzi o „stan, w którym dziecko nie zdobyło jeszcze dostatecznych, będących w zgodzie z jego uzdolnieniami oraz umiejętnościami, kwalifikacji, które umożliwiłyby mu podjęcie pracy zarobkowej” (Czakowska & Czakowski, 2017, s. 85). Niemniej zarówno majątek dziecka, jak i osiągnane przez niego dochody nie rzutują na istnienie obowiązku alimentacyjnego, lecz wpływają na jego zakres (Gwiazdomorski, 1954, s. 91; Smyczyński, 1978, s. 69). W konsekwencji posiadanie przez dziecko środków majątkowych nie zwalnia rodziców z ciężącego na nich obowiązku alimentacyjnego, jeżeli dziecko pozostaje pod ich władzą rodzicielską (Łączkowska, 2012, s. 162; Goettel, 2017, s. 22; Budna, 1990, s. 68–69; Bieliński & Pannert, 2022, s. 279). Niezdolność do samodzielnego utrzymania się opiera się bowiem na braku samodzielności życiowej przejawiającej się zarówno w aspekcie majątkowym (m.in. pokrycie kosztów wychowania), jak i niemajątkowym (m.in.

2 Obowiązek alimentacyjny powstaje z momentem ustalenia pochodzenia dziecka (jako podmiotu uprawnionego) od rodziców (jako podmiotu zobowiązanego). Podobnie kształtuje się sytuacja prawna *nasciturusa* – art. 142 k.r.o.

dbałość o rozwój, osobiste starania – o tym np. Ignatowicz & Nazar, 2016, s. 592; Maier, 2020, s. 1–11). Dzieje się tak, ponieważ obowiązek alimentacyjny nie polega wyłącznie na pokrywaniu kosztów związanych z egzystencją dziecka. Ustawodawca przewiduje bowiem, że alimenty mogą przybrać postać osobistych starań o utrzymanie lub o wychowanie uprawnionego (art. 135 § 2 k.r.o.). Z tego powodu obowiązek alimentacyjny rodziców istnieje także wtedy, gdy stan samodzielności życiowej (w tym zwłaszcza ekonomicznej) dziecka ma charakter przejściowy (Sylwestrzak, 2022, s. 539; Andrzejewski, 2010, s. 218–219; Andrzejewski, 2014, s. 224).

W kontekście powyższych uwag należy zauważyć, że ustawodawca nie określił zakresu temporalnego roszczenia alimentacyjnego dziecka wobec rodziców. W praktyce również pełnoletni³ może dochodzić realizacji obowiązku alimentacyjnego przez rodziców (Szlezak, 1985, s. 45). Chodzi tutaj zwłaszcza o sytuacje, w których posiada on zaburzenia psychiczne, niepełnosprawności fizyczne lub intelektualne czy podejmuje kształcenie. W judykaturze podkreśla się nawet, że „osiągnięcie samodzielności przez dziecko, w rozumieniu art. 133 § 1 k.r.o., zakłada zdobycie przez nie odpowiadających jego uzdolnieniom i predyspozycjom kwalifikacji zawodowych. Rodzice winni zatemłożyć na utrzymanie i wykształcenie także pełnoletniego dziecka, zdobywającego kwalifikacje zawodowe, odpowiadające jego uzdolnieniom i predyspozycjom, np. uczącego się w szkole pomaturalnej lub studiującego na wyższej uczelni” (Wyrok Sądu Najwyższego, 1998a). Nie można jednak *a priori* zakładać, że podejmowanie nauki zawsze wyłącza możliwość samodzielnego utrzymania się (Wyrok Sądu Najwyższego, 1998b). To samo dotyczy stanu zdrowia pełnoletniego dziecka⁴. Dlatego brak samodzielności życiowej dziecka oceniać należy *ad casum*, z uwzględnieniem usprawiedliwionych potrzeb uprawnionego oraz jego sytuacji bytowej.

Wypada w tym miejscu podkreślić, że usprawiedliwione potrzeby dziecka jako kryterium wyznaczające zakres świadczeń alimentacyjnych powinny być zaspokajane w takim zakresie, w jakim pozwalają na to możliwości zarobkowe i majątkowe rodziców (art. 135 § 1 k.r.o. – zob. Witczak & Kawałko, 2021b, s. 1433). Przez potrzeby uprawnionego należy rozumieć „bieżące potrzeby w zakresie utrzymania (a więc potrzeby materialne uprawnionego np. w kwestii żywienia, ubrania, mieszkania, ogrzewania czy oświetlenia), a także potrzeby odnoszące się do wychowania – zapewniające prawidłowy rozwój fizyczny i duchowy, odpowiedni do wieku i uzdolnień” (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu, 2019). Z kolei „usprawiedliwione potrzeby” oznaczają „nie tylko te elementarne, polegające na zapewnieniu minimum egzystencji, ale i te, które pozwolą na stworzenie normalnych warunków bytowania odpowiadających wiekowi, stanowi zdrowia dziecka” (Wyrok Sądu Ape-

3 Z wyjątkiem sytuacji, o których mowa w art. 133 § 3 k.r.o.

4 Naturalnie nie można wykluczyć sytuacji, w której pełnoletnie dziecko posiada niepełnosprawności, w wyniku których wymaga nieustannej pomocy oraz wsparcia finansowego ze strony rodziców.

lacyjnego w Poznaniu, 2019; uchwała Sądu Najwyższego, 1987; uchwała Sądu Najwyższego, 1969; Gwiazdomorski, 1975, s. 13; Haak & Haak-Trzuskawska, 2020, s. 86; Ignatowicz & Nazar, 2016, s. 590–591; Pietrzykowski, 2023b, s. 1092).

W judykaturze i w doktrynie przyjmuje się, że w przypadku ustalenia zakresu realizacji obowiązku alimentacyjnego przez rodziców należy kierować się zasadą jednakowej stopy życiowej członków rodziny – stron stosunku alimentacyjnego (Smyczyński, 1981, s. 195; Haak & Haak-Trzuskawska, 2020, s. 86–87; Gwiazdomorski, 1975, s. 13–16; Łukasiewicz & Łukasiewicz, 2021, s. 450–451). Realizacja obowiązku alimentacyjnego przez rodziców winna bowiem spełniać nie tylko przesłanki wynikające z przepisów, ale nade wszystko służyć zagwarantowaniu odpowiedniego poziomu życia dziecka (Łukasiewicz, 2023a, s. 671). W istocie chodzi o to, by uwzględniając zakres potrzeb dziecka oraz sytuację finansową stron stosunku alimentacji, zagwarantować zaspokojenie jego podstawowych i jednocześnie usprawiedliwionych wiekiem potrzeb. Jednocześnie „zarówno rodzaj, jak i rozmiar «usprawiedliwionych potrzeb» zależne są od tego, kto jest osobą uprawnioną do alimentacji, od zachodzących aktualnie warunków społecznych i gospodarczych, w których dana osoba funkcjonuje na co dzień” (Czakowska & Czakowski, 2017, s. 86; Smyczyński, 1982, s. 74). Natomiast zasada równej stopy życiowej stanowi skądinąd wskazówkę pozwalającą ustalić zakres zaspokajania potrzeb dziecka (uchwała Sądu Najwyższego, 1972; uchwała Sądu Najwyższego, 1976; Ignatowicz & Nazar, 2016, s. 591–592). Wydaje się, że *ratio legis* art. 135 k.r.o. sprowadza się do zagwarantowania równej stopy życiowej wszystkim członkom rodziny przy jednoczesnym poszanowaniu usprawiedliwionych potrzeb podmiotu uprawnionego.

Nadmienić w tym miejscu należy, że zakres alimentacji uzależniony jest także od możliwości zarobkowych i majątkowych zobowiązanego, które określają zarobki i dochody, jakie uzyskiwałby przy pełnym wykorzystaniu swych sił fizycznych i zdolności umysłowych, nie zaś rzeczywiste zarobki i dochody. Przesłanka, o której mowa w art. 135 § 1 k.r.o., *in fine* rzutuje nie tylko na wysokość świadczenia alimentacyjnego, ale także na powstanie obowiązku alimentacyjnego (Sosnowska, 2012, s. 51–52). Bywa bowiem, że rodzice przez wzgląd na swoją sytuację ekonomiczną nie są w stanie łożyć na utrzymanie i wychowywanie dziecka. W takich okolicznościach powinni niezwłocznie podjąć zatrudnienie, dzięki któremu będą mogli alimentować. Doświadczenie życiowe pokazuje jednak, że zachodzą sytuacje, w których to rodzice intencjonalnie podejmują określone zachowania, by uchylić się od ciężącego na nich obowiązku alimentacyjnego. Dlatego przepis art. 136 k.r.o. przewiduje, że jeżeli w ciągu ostatnich trzech lat przed sądowym dochodzeniem świadczeń alimentacyjnych osoba, która była już do tych świadczeń zobowiązana, bez ważnego powodu zrzekła się prawa majątkowego lub w inny sposób dopuściła do jego utraty albo jeżeli zrzekła się zatrudnienia lub zmieniła je na mniej zyskowne, nie uwzględnia się wynikłej stąd zmiany przy ustalaniu zakresu świadczeń alimentacyjnych. W konsekwencji nawet utrata zatrudnienia przez rodzica nie zwalnia go z ciężącego na nim obowiązku

alimentacyjnego. Natomiast jego możliwości zarobkowe ocenia się przez pryzmat potencjalnych, możliwych do osiągnięcia zarobków, biorąc pod uwagę kwalifikacje zawodowe oraz dotychczasowe doświadczenie. Niezależnie jednak od powyższego, zasadą winno być, ażeby usprawiedliwione potrzeby dziecka były zaspokajane w takim zakresie, w jakim pozwalają na to możliwości zarobkowe i majątkowe rodziców, przy uwzględnieniu równej stopy życiowej członków rodziny.

2. Natychmiastowe świadczenie alimentacyjne rodziców wobec dziecka – postulaty *de lege ferenda*

Dotychczasowe rozważania na temat obowiązku alimentacyjnego rodziców wobec dziecka należy uzupełnić o zaprezentowanie postulatów w przedmiocie natychmiastowego świadczenia alimentacyjnego. Bez wątplenia tzw. alimentacja natychmiastowa stała się źródłem dyskusji na temat wprowadzenia przepisów, które zagwarantują „doraźną” ochronę interesów dziecka w sytuacji rozpadu więzi rodzinnych. Z tego względu podjęcie próby ustalenia zakresu podmiotowego, przedmiotowego i temporalnego tej instytucji jest konieczne, a zarazem niezwykle trudne, jako że wymagające odpowiedniego wyważenia wartości i racji podmiotu uprawnionego oraz zobowiązanego. Tym niemniej, mając na uwadze dotychczasowe proponowane rozwiązania legislacyjne oraz doświadczenia innych porządków prawnych (Inge & Kantz, 2021, s. 1–13; Burschel, 2019, s. 245–249)⁵, celowe wydaje się przedstawienie najważniejszych postulatów oraz argumentów przemawiających za koniecznością wprowadzenia natychmiastowego świadczenia alimentacyjnego rodziców wobec dziecka do systemu prawnego.

Przez wzgląd na niewydolność sądownictwa, postępowania w sprawach o zasądzenie alimentów trwają nazbyt długo (Rojek-Socha, 2024). To z kolei rodzi poważne problemy w praktyce. Jedynie tytułem przykładu wskazać należy na sytuacje dziecka, które w wyniku rozpadu więzi rodzinnych nie zamieszkuje stale z jednym z rodziców, zaś możliwości zarobkowe drugiego z nich nie pozwalają na zaspokojenie jego usprawiedliwionych potrzeb i pokrycie kosztów normalnej egzystencji.

Z kolei instytucja alimentów natychmiastowych stanowiłaby swoistego rodzaju alternatywę wobec obowiązującego postępowania alimentacyjnego oraz postępowania zabezpieczającego (Wybrańczyk, 2022, s. 304). Gwarantowałaby sprawne, a nade wszystko tymczasowe ustabilizowanie sytuacji dziecka w związku z ustaniem więzi między jego rodzicami lub koniecznością zmiany wysokości roszczenia alimentacyjnego. *Ratio legis* tej instytucji sprowadza się więc do jak najszybszego uzyska-

5 Dla przykładu, w prawie niemieckim przewidziano instytucję „minimalnego świadczenia alimentacyjnego” na rzecz dziecka (art. § 1612a BGB).

nia świadczeń przez uprawnionego. Koresponduje to niewątpliwie z zasadą dobra dziecka postrzeganą w kategoriach jak najlepszego zabezpieczenia interesów.

Trafnym rozwiązaniem wydaje się, by instytucja alimentów natychmiastowych obejmowała swoim zakresem dziecko, które nie jest jeszcze w stanie utrzymać się samodzielnie, chyba że jego dochody wystarczają na pokrycie kosztów normalnej egzystencji. Dzięki temu zarówno dziecko małoletnie, jak i pełnoletnie będzie mogło dochodzić roszczeń alimentacyjnych od rodziców. Co znamienne, uprawniony, podobnie jak dzieje się to obecnie, nie będzie musiał znajdować się w niedostatku. Orzekanie w przedmiocie alimentów natychmiastowych odbywałoby się na podstawie wykazania niesamodzielności życiowej dziecka.

Przychylić się należałoby także do niewprowadzania ograniczeń temporalnych co do możliwości wytoczenia powództwa w zakresie alimentacji natychmiastowej. Wydaje się, że kluczowe znaczenie z perspektywy stosowania przepisów winny mieć okoliczności sprawy, w tym zwłaszcza stan zdrowia, wykształcenie oraz usprawiedliwione potrzeby dziecka. Natomiast kwestią drugorzędną pozostawać winno osiągnięcie przez dziecko pełnoletności. Samo osiągnięcie przepisanej wieku nie powinno determinować zasadności lub jej braku w przypadku wytoczenia postępowania w sprawie o alimenty natychmiastowe. Dopiero ocena zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego przesądzi, czy obecna sytuacja dziecka determinuje konieczność zasądzenia alimentów.

W odniesieniu zaś do samej procedury, z aprobatą opowiedzieć należy się za uregulowaniem nakazowego postępowania alimentacyjnego (Kemper, 2024, s. 1–11; Schmitz, 2019, s. 637–639)⁶. Przede wszystkim wprowadzenie nakazowego postępowania alimentacyjnego zapewni uproszenie procedury dochodzenia alimentów oraz pozwoli na sprawne zabezpieczenie interesów dziecka. W tym celu, po pierwsze, *de lege ferenda*, należy ograniczyć rygoryzm prawny poprzez wniesienie pozwu wraz z pisemnym wnioskiem o zasądzenie alimentów natychmiastowych na urzędowym formularzu. Ułatwi to dochodzenie praw przez podmiot uprawniony lub jego przedstawiciela ustawowego w postępowaniu sądowym. Po drugie, pozew w nakazowym postępowaniu alimentacyjnym sąd⁷ winien, na posiedzeniu niejawnym, rozpoznać niezwłocznie, nie później niż w terminie 14 dni od dnia jego wniesienia⁸. Ponadto, należy postulować, ażeby alimentacyjny nakaz zapłaty był natychmiast wykonalny (tj. po upływie terminu do zaspokojenia roszczenia), o ile podmiot zobowiązany (pозwany) nie wniósł skutecznie zarzutów, uprawdopodobniając, iż spełnienie obowiązku alimentacyjnego przekracza jego możliwości majątkowe i zarobkowe. Na-

6 Wydaje się, że projektowane zmiany należałoby, z uwagi na przedmiot regulacji, usytuować bezpośrednio po przepisach odnoszących się do postępowania nakazowego i upominawczego.

7 *De lege ferenda*, należałoby rozważyć możliwość orzekania o natychmiastowych alimentach również przez referendarzy sądowych.

8 Natomiast w przypadku uzupełnienia braków formalnych – od dnia ich usunięcia.

tomiast sama treść nakazu zapłaty powinna być w taki sposób sformułowana, ażeby natychmiastowe świadczenie alimentacyjne stanowiło roszczenie powtarzające się ze skutkiem na przyszłość.

Gdy zaś chodzi o treść samego urzędowego formularza pozwu, to powinien on zawierać informacje o uzyskiwanych dochodach przedstawiciela ustawowego, z którym dziecko zamieszkuje, dotychczas uzyskiwanych dochodach pozwanego⁹, dochodach uzyskiwanych przez dziecko, kosztach utrzymania dziecka, liczbie wspólnych dzieci uprawnionych do świadczeń alimentacyjnych, liczbie dzieci przysposobionych lub pochodzących z innych związków małżeńskich lub partnerskich uprawnionych do świadczeń alimentacyjnych, niewywiązywaniu się przez pozwanego z obowiązku dostarczania środków utrzymania na rzecz dziecka, wszczeniu albo niewszczeniu przez rodziców dziecka sprawy o rozwód lub o separację. Powód powinien przy tym wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń oraz dołączyć odpis aktu urodzenia i oświadczenie pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywego oświadczenia¹⁰.

Jeśli chodzi natomiast o wysokość świadczenia alimentacyjnego, to uzasadnione wydaje się uwzględnienie kryterium dochodu zobowiązanego rodzica oraz wieku uprawnionego dziecka (Ptryk & Rojek-Socha, 2024; Soyka, 2002, s. 425–428). Różnicowanie wysokości kwoty alimentów ze względu na wiek dziecka pozwala na wykluczenie sytuacji, w której to tę samą wysokość alimentów uzyskiwałoby dziecko w okresie niemowlęcym co dziecko w okresie dorastania. To samo odnosi się do stanu zdrowia uprawnionego. Jednocześnie należy opowiedzieć się za możliwością dochodzenia alimentów w trybie postępowania nakazowego niezależnie od liczby dzieci oraz stopnia ich dojrzałości. Istotne jest przy tym, jak już zostało wskazane wcześniej, by uprawniony nie był jeszcze w stanie utrzymać się samodzielnie.

Wyraźne trudności pojawiają się wraz z ustaleniem sposobu określania wysokości świadczenia alimentacyjnego¹¹. Wśród przedstawicieli nauki prawa nie ma jednolitego stanowiska co do tego, czy należałoby oprzeć się na stosownym algorytmie. Wydaje się jednak, mając na uwadze doświadczenia innych porządków prawnych, że

9 W praktyce przedstawiciel ustawowy powoda po ustaniu więzi rodzinnych nie posiada wiedzy na temat aktualnej sytuacji ekonomicznej pozwanego. Z tego też względu, uzasadnione jawi się, *de lege ferenda*, uwzględnienie dotychczasowych dochodów podmiotu zobowiązanego.

10 Oświadczenie w przypadku małoletniego dziecka składać będzie reprezentujący jego interesy przedstawiciel ustawowy.

11 *De lege ferenda*, świadczenie „Rodzina 800+” nie powinno w żadnej mierze rzutować na wysokość alimentów natychmiastowych. Dzieje się tak, ponieważ świadczenia „Rodzina 800+” jest świadczeniem wychowawczym, o charakterze subsydiarnym, które nie zastępuje obowiązków alimentacyjnych rodziców względem dziecka. Poza tym jego celem jest tylko „częściowe pokrycie wydatków związanych z wychowywaniem dziecka, w tym z opieką nad nim i zaspokojeniem jego potrzeb życiowych” – art. 4 ust. 1 w zw. z art. 5 ust. 1 ustawy o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci. Co interesujące, w prawie niemieckim świadczenie socjalne wpływa na wysokość alimentów natychmiastowych (Poley, 2021, s. 529–530; Reinken, 2015, s. 1142).

trzeba by wprowadzić stosowne tabele¹² (Łukasiewicz & Łukasiewicz, 2021, s. 454), dzięki którym, wysokość świadczenia alimentacyjnego byłaby ustalana na podstawie kryterium wieku, stanu zdrowia dziecka, liczby dzieci uprawnionych do alimentacji oraz rejestrowanego dochodu zobowiązanego rodzica¹³. Tylko wówczas alimenty natychmiastowe mogłyby przybrać ustandaryzowaną wysokość (Wybrańczyk, 2022, s. 304). Niemniej sama tabela alimentacyjna zawierałaby stawki, które sąd traktowałby jako wskazówkę dla określenia maksymalnej miesięcznej kwoty renty alimentacyjnej¹⁴.

Warto w tym miejscu rozważyć konstrukcję przyjętą w prawie niemieckim, zgodnie z którą system alimentów rozłożony jest w czasie, tzn. według grup wiekowych (Maier, 2020, s. 1–11). Przedziały wiekowe są następujące: do piątego roku życia, od szóstego do jedenastego roku życia, od dwunastego do siedemnastego roku życia i od osiemnastego roku życia (Schneider, 2022, s. 765). Dla pierwszego przedziału wiekowego minimalne utrzymanie w 2025 r. wynosi 482 EUR (wzrost w porównaniu z 2024 r. o 2 EUR), dla drugiego – 554 EUR (wzrost w porównaniu z 2024 r. o 3 EUR), dla trzeciego – 649 EUR (wzrost w porównaniu z 2024 r. o 4 EUR), zaś dla czwartego – 693 EUR (wzrost w porównaniu z 2024 r. o 4 EUR) (https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_Tabelle/index.php).

Podobne rozwiązanie można by z powodzeniem recypować do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, dodając przepis art. 133¹, zgodnie z którym „Dziecko może żądać świadczeń alimentacyjnych jako odsetka rejestrowanego dochodu rodzica, który nie prowadzi wspólnego gospodarstwa domowego lub pozostaje w separacji faktycznej, o ile nie jest jeszcze w stanie utrzymać się samodzielnie. Minimalne świadczenie

12 W prawie niemieckim po raz pierwszy Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości i Ochrony Konsumentów zostało upoważnione do ustalenia minimalnej kwoty alimentów 1 stycznia 2016 r. (Soyka, 2002, s. 425).

13 To z kolei pozwoli niejako na automatyczne dostosowanie się do ogólnych zmian w kosztach utrzymania dziecka, jeśli zmieni się poziom rejestrowanego dochodu zobowiązanego rodzica. Przy czym należałoby, *de lege ferenda*, rozważyć wprowadzenie podobnego mechanizmu, który obowiązuje w systemie prawa niemieckiego, gdzie to wysokość alimentów natychmiastowych podlegałyby zmianom w drodze rozporządzenia wydawanego cyklicznie, nie częściej niż co dwa lata (Soyka, 2002, s. 425; Weber, 1998, s. 1992–2004).

14 Podobnie jest w prawie niemieckim, gdzie przyjmuje się, że tzw. Düsseldorf Tablelle zawiera wyłącznie stawki orientacyjne, które nie są dla sądu wiążące i mają charakter instrukcyjny (Richter, 2019, s. 193; Schneider, 2018, s. 258; Maier, 2020, s. 1–11; Croon-Gestefeld, 2020, s. 789–797; Łukasiewicz & Łukasiewicz, 2021, s. 454). Mając to na względzie, wydaje się, że sformułowanie „alimenty minimalne”, którym posługuje się system prawa niemieckiego, nie pozostaje w korelacji z *ratio legis* omawianej instytucji, a także faktem, iż sąd może, biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, ustalić alimenty na wyższym lub niższym poziomie niż wynika to z tzw. tabeli alimentacyjnej. Uzasadnione wydaje się więc stosowanie sformułowania „alimenty natychmiastowe”, jako że byłyby one orzekane w ramach postępowania nakazowego, które ze swej istoty ma charakter „uproszczony” i służy sprawnemu dochodzeniu roszczeń.

alimentacyjne opiera się na rejestrowanym dochodzie rodzica i wynosi ono miesięcznie w zależności od wieku dziecka:

- 1) 15% za okres do szóstego roku życia;
- 2) 20% za okres od siódmego do dwunastego roku życia;
- 3) 25% za okres od trzynastego do siedemnastego roku życia;
- 4) 30% za okres od osiemnastego roku życia”.

Naturalnie, w zależności od liczby dzieci posiadanych przez zobowiązanego do alimentacji rodzica, kwota natychmiastowego świadczenia alimentacyjnego, ustalana jako odsetek rejestrowanego dochodu, winna być skorygowana o współczynnik 0,25¹⁵.

Podzielić należy tutaj pogląd, że uprawnienie dziecka do uzyskania natychmiastowych alimentów powinno przysługiwać aż do czasu wydania orzeczenia w sprawie zasądzenia alimentów na podstawie art. 135 k.r.o. lub zabezpieczenia potrzeb rodziny na podstawie art. 27 k.r.o. (Dubowski, 2019, s. 130). Wydaje się natomiast, że w sytuacji, gdy rodzice sprawują pieczę naprzemienną, alimenty natychmiastowe nie znajdowałyby swojego *ratio legis* z uwagi na fakt, że koszty utrzymania dziecka pokrywane byłyby na bieżąco przez każdego z rodziców w zakresie, w jakim dziecko stale u nich przebywa.

Ponadto, *prima facie*, nie znajduje uzasadnienia twierdzenie o wyłączeniu nakazowego postępowania alimentacyjnego w sytuacji wytoczenia powództwa o rozwód lub o separację. Oczywiście, wydanie alimentacyjnego nakazu zapłaty wpływa na przebieg postępowania rozwodowego. Sąd w wyroku rozwodowym musiałby bowiem nie tylko wziąć pod uwagę rozstrzygnięcie sądu opiekuńczego, lecz także ocenić jego aktualność z perspektywy usprawiedliwionych potrzeb dziecka oraz możliwości majątkowych i zarobkowych rodziców. W razie zmiany sytuacji majątkowej podmiotu zobowiązanego lub podmiotu uprawnionego sąd winien, *de lege ferenda*, orzec o alimentach ponad dotychczasowe żądanie. Niemniej, w żadnej mierze nie koliduje to z możliwością dochodzenia przez uprawnionego alimentów natychmiastowych, jako że sąd orzekający o rozwodzie lub o separacji obowiązany jest do wnikliwej oceny zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie, zaś wydany nakaz zapłaty nie zwalnia z obowiązku rozstrzygnięcia o alimentach. Dzięki temu alimentacyjne postępowanie nakazowe mogłoby być stosowane niezależnie do postępowania zabezpieczającego, a tym samym stanowić alternatywę wobec tego ostatniego.

Naturalnie, zasądzone alimenty natychmiastowe nie ograniczają prawa podmiotowego do żądania alimentów wyższych aniżeli te, które wynikają z tzw. tabel alimen-

15 Tytułem przykładu, jeśli od stycznia 2025 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 4 666 zł brutto miesięcznie, to alimenty natychmiastowe na rzecz sześciolatniego dziecka będą kształtowały się na poziomie 699,90 zł. Z kolei w sytuacji, gdy zobowiązany do alimentacji rodzic posiada trójkę dzieci uprawnionych do świadczenia alimentacyjnego, wówczas sześciolatnie dziecko otrzyma 524,93 zł.

tacyjnych¹⁶. Innymi słowy, jeśli potrzeby dziecka przewyższają wysokość alimentów natychmiastowych, możliwe jest w dalszym ciągu dochodzenie swoich praw na podstawie obecnie obowiązujących rozwiązań normatywnych.

Wnioski

Uwzględniając dotychczasowe rozważania można, zaryzykować twierdzenie, że dyskusja nad kształtem instytucji alimentów natychmiastowych nie powinna być prowadzona z pominięciem zasady dobra dziecka. Dobro dziecka wpływa bowiem na kształt stosunków rodzinnoprawnych, które – choć bywają skomplikowane – winny gwarantować dziecku odpowiednie warunki dla prawidłowego wzrostu i rozwoju w środowisku rodzinnym. Dlatego też wszelkie nowelizacje w obszarze prawa rodzinnego powinny mieć realny, bezpośredni lub pośredni, wpływ na ochronę interesów majątkowych i niemajątkowych dziecka. W konsekwencji jakakolwiek pozorna próba zmiany sytuacji prawnej dziecka winna spotkać się z krytyką.

W świetle powyższych spostrzeżeń postulat wprowadzenia natychmiastowego świadczenia alimentacyjnego rodziców wobec dziecka zasługuje na aprobatę, choć wymaga podjęcia dalszej dyskusji.

Wbrew dotychczas przedstawionym projektom należałoby postulować wprowadzenie przepisów, które po pierwsze, zagwarantują możliwość dochodzenia natychmiastowych świadczeń alimentacyjnych dziecku bez względu na jego wiek oraz stan zdrowia, po drugie, pozwolą na zasądzenie natychmiastowego świadczenia alimentacyjnego dziecku, o ile nie orzeczono o alimentach na podstawie treści art. 135 k.r.o. lub art. 27 k.r.o. Ponadto z uwagi na potrzebę jak najlepszego zabezpieczenia interesów majątkowych dziecka uzasadnione wydaje się skorzystanie z rozwiązań obowiązujących w niemieckim porządku prawnym, a dotyczących stosowania tzw. tabel alimentacyjnych (Obermann, 2023, s. 675–676)¹⁷. Wspomniane tabele wyeliminują wątpliwości co do sposobu ustalania wysokości świadczeń alimentacyjnych, ale także uwzględnią kryteria obiektywne, takie jak wiek dziecka oraz rejestrowane dochody rodzica. To natomiast pozwoli na ustandaryzowanie wysokości alimentów natychmiastowych oraz, co do zasady, tymczasowo zabezpieczy sytuację ekonomiczną dziecka. Ponadto zaletą tego rozwiązania jest to, że prawomocny nakaz zapłaty będzie „automatycznie” dostosowywany w przypadku zmiany przedziału wiekowego lub zmiany minimalnej kwoty alimentów, co sprawi, że dziecko nie będzie musiało ponownie składać wniosku o zmianę natychmiastowego świadczenia alimentacyjnego.

16 Podobne rozwiązanie przewiduje niemiecki system prawny, w którym dziecko może domagać się dodatkowej kwoty alimentów, składając wniosek o zmianę, jeżeli alimenty ustalone w postępowaniu uproszczonym nie pokrywają w pełni uzasadnionych potrzeb (Kemper, 2024, s. 1–11).

17 Zob. § 1612a – § 1612c BGB.

Przeprowadzone analizy uprawniają również do sformułowania wniosku, że alimenty natychmiastowe nie pozostają w opozycji dla obowiązujących rozwiązań normatywnych, lecz stanowią instytucję wspierającą interesy dziecka jako podmiotu uprawnionego w stosunku alimentacyjnym (Többen, 2016, s. 273). Z tego chociażby względu konieczne wydaje się podjęcie prac legislacyjnych nad nowelizacją prawa rodzinnego, u podstaw której powinno znaleźć się przekonanie, że instytucja ta ma chronić dobro dziecka, a dalej służyć zabezpieczeniu potrzeb dziecka związanych ze wzrostem i rozwojem w środowisku rodzinnym oraz środowisku społecznym.

BIBLIOGRAFIA

- Andrzejewski, M. (2010). *Prawo rodzinne i opiekuńcze*. C.H. Beck.
- Andrzejewski, M. (2014). *Prawo rodzinne i opiekuńcze*. C.H. Beck.
- Bieliński, A.K., & Pannert, M. (2022). *Prawo rodzinne*. C.H. Beck.
- Budna, E. (1990). Obowiązek alimentacyjny rodziców względem dziecka. *Nowe Prawo*, 7–9, 65–79.
- Burschel, H.O. (2019). Strategien bei der Geltendmachung von Kindesunterhalt für Minderjährige. *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 6, 245–249.
- Croon-Gestefeld, J. (2020). Düsseldorfer Tabelle und Big Data. *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 18, 789–797.
- Czakowska, M., & Czakowski, M. (2017). Przesłanki powstania obowiązku alimentacyjnego rodziców względem dzieci. *Zeszyty Naukowe Instytutu Administracji AJD w Częstochowie. Gubernaculum et Administratio*, 1(15), 81–95.
- Dubowski, R. (2019). W sprawie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (druk nr 3254). *Przegląd Sejmowy*, 3(152), 130–140.
- Düsseldorfer Tabelle (2025 – marzec). https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_Tabelle/index.php
- Goettel, M. (2017). Szczególne cechy obowiązku alimentacyjnego rodziców względem dzieci – zagadnienia wybrane. *Białostockie Studia Prawnicze*, 22(3), 19–32.
- Grochowska, J.N. (2007). Alimentacja osób niepełnosprawnych i w podeszłym wieku. *Studia Prawnicze: rozprawy i materiały*, 5, 453–560.
- Gwiazdomorski, J. (1954). Krewni uprawnieni do żądania i obowiązani do dostarczania środków utrzymania. *Państwo i Prawo*, 1, 80–106.
- Gwiazdomorski, J. (1975). Treść i zakres obowiązku alimentacyjnego. *Krakowskie Studia Prawnicze*, 8, 3–39.
- Haak, H., & Haak-Trzuskawska, A. (2020). *Obowiązek alimentacyjny. Komentarz do art. 128–144¹ KRO oraz związanych z nimi regulacji KPC (art. 15–16, 21–22, 27, 32, 42, 46, 55, 61, 66, 87, 101–102, 104, 144, 177, 189–190, 205⁴, 212, 219, 223, 232, 321, 333, 381, 395, 730⁴, 753–754)*. C.H. Beck.
- Ignatowicz, J., & Nazar, M. (2016). *Prawo rodzinne*. Wolters Kluwer Polska.

- Inge, S., & Kantz, V. (2021). Mindestunterhalt minderjähriger Kinder. Verordnungsermächtigung. w: D. Kaiser, K. Schnitzler, R. Schilling, & A. Sanders (eds.), *BGB Familienrecht. Band 4: §§ 1297–1921* (ss. 1–13). Nomos.
- Kemper, R. (2024). Mindestunterhalt minderjähriger Kinder. Verordnungsermächtigung. w: R. Schulze (ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar* (s. 1–11). Nomos.
- Łączkowska, M. (2012). Prawo alimentacyjne jako przykład regulacji prawnej solidarności międzypokoleniowej. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 3, 155–174.
- Łukasiewicz, J.M. (2023a). Komentarz do artykułu 133. w: M. Załucki (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz* (ss. 669–676). C.H. Beck.
- Łukasiewicz, J.M. (2023b). Komentarz do artykułu 135. w: M. Załucki (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz* (ss. 677–683). C.H. Beck.
- Łukasiewicz, J.M., & Łukasiewicz, R. (2021). *Prawo rodzinne*. Wolters Kluwer Polska.
- Maier, W. (2020). Mindestunterhalt minderjähriger Kinder. w: D. Henrich, & Ch. Althammer (eds.), *Familienrecht. Scheidung, Unterhalt, Verfahren. Komenntar* (ss. 1–11). C.H. Beck.
- Obermann, T. (2023). Unterhalt für das minderjährige Kind – aktuelle Diskussionen und Reformbedarf. *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 15, 673–682.
- Oleszko, A. (1990). *Dochodzenie roszczeń o świadczenie alimentacyjne*. Wydawnictwo Prawnicze.
- Patryk, A., & Rojek-Socha, P. (2024, czerwiec). *Alimenty z tabel mogą być szybsze – problem w tym, jak je liczyć*. <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/co-podstawa-alimentow-natychmiastowych-i-tabel-alimentacyjnych,527205.html>
- Pietrzykowski, K. (2023a). Komentarz do artykułu 133. w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz* (ss. 1079–1088). C.H. Beck.
- Pietrzykowski, K. (2023b). Komentarz do artykułu 135. w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz* (ss. 1089–1096). C.H. Beck.
- Poley, J. (2021). Tagungsbericht zum XII. Blickpunkt Sozialrecht in der Privatrechtspraxis Verstaatlichung der Familienlasten? – Existenzsicherung zwischen familiärer und gesellschaftlicher Verantwortung. *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 12, 529–530.
- Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw z dnia 12 marca 2021 r. (Druk sejmowy nr 1092).
- Reinken, W. (2015). Der Familienzuschlag im Unterhaltsrecht. *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 24, 1142–1144.
- Richter, T. (2019). Vorschlag für eine Reform der Bemessung des Kindesunterhalts. *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 5, 193–198.
- Rojek-Socha, P. (2024, maj). *Wraca sprawa alimentów natychmiastowych, w MS trwają prace*. <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/kiedy-szansa-na-alimenty-natychmiastowe,526954.html>
- Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw z dnia 9 kwietnia 2019 r. (Druk sejmowy nr 3254-A).
- Schmitz, D.D. (2019). Zulässigkeit des vereinfachten Verfahrens. w: P. Wendel, & H.J. Dose (eds.), *Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis* (ss. 637–639). C.H. Beck.

- Schneider, N. (2018). Verfahrenswert bei Verfolgung vertraglicher Unterhaltsansprüche. *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 6, 258–259.
- Schneider, N. (2022). Wertberechnung in Unterhaltsverfahren. *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 17, 765–772.
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (2016). Ustawa z dnia 11 lutego 2016 r. o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci (t.j. z 2024 r. poz. 421 ze zm.).
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (2020). Ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (t.j. z 2024 r. poz. 340 ze zm.).
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (1964). Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. z 2023 r. poz. 2809 ze zm.).
- Smyczyński, T. (1982). Pojęcie i metody pomiaru niedostatku jako przesłanki obowiązku alimentacyjnego. *Państwo i Prawo*, 12, 73–89.
- Smyczyński, T. (1978). *Obowiązek alimentacyjny rodziców względem dziecka a polityka socjalna państwa*. Zakład Narodowy imienia Ossolińskich.
- Smyczyński, T. (1981). Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 22 września 1979 r., III CZP 16/79. *Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych*, 5, 194–197.
- Sosnowska, D.J. (2012). *Alimenty a prawo karne. Praktyka wymiaru sprawiedliwości*. LexisNexis.
- Soyka, J. (2002). Zur Frage des Mindestbedarfs eines minderjährigen Kindes – Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6. 2. 2002. *Familie Partnerschaft Recht*, 9, 425–428.
- Sylwestrzak, A. (2022). Obowiązek alimentacyjny rodziców wobec małoletniego dziecka – uwagi konstrukcyjne. *Studia Prawnoustrojowe*, 58, 531–545.
- Szłęzak, A. (1985). Zasada równej stopy życiowej w prawie rodzinnym. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 1, 37–50.
- Többen, G. (2016). Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts und des Unterhaltsverfahrensrechts. *Neue Juristische Wochenschrift*, 5, 273–278.
- Uchwała Sądu Najwyższego z 6 lutego 1969 r., sygn. III CZP 129/68.
- Uchwała Sądu Najwyższego z 7 czerwca 1972 r., sygn. III CZP 43/72.
- Uchwała Sądu Najwyższego z 9 czerwca 1976 r., sygn. III CZP 46/75.
- Uchwała Sądu Najwyższego z 16 grudnia 1987 r., sygn. III CZP 91/86.
- Weber, A. (1998). Das Gesetz zur Vereinheitlichung des Unterhaltsrechts minderjähriger Kinder. *Neue Juristische Wochenschrift*, 28, 1992–2004.
- Witczak, H., & Kawalko, A. (2021a). Komentarz do artykułu 133. w: M. Habdas, & M. Fras (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz* (ss. 1412–1430). Wolters Kluwer Polska.
- Witczak, H., & Kawalko, A. (2021b). Komentarz do artykułu 135. w: M. Habdas, & M. Fras (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz* (s. 1432–1441). Wolters Kluwer Polska.
- Wybrańczyk, D. (2022). *Sytuacja prawna małoletniego dziecka rozwodzących się rodziców*. Wolters Kluwer Polska.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 26 lutego 2002 r., sygn. III SA 2659/00.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 1 lutego 2019 r., sygn. I ACa 342/18.

Wyrok Sądu Najwyższego z 16 lipca 1998 r., sygn. I CKN 521/98.

Wyrok Sądu Najwyższego z 1 października 1998 r., sygn. I CKN 853/97.

Wyrok Sądu Najwyższego z 30 czerwca 1999 r., sygn. III CKN 199/99.

Katarzyna Strąk

Polska Akademia Nauk, Polska

katarzyna.strak@inp.pan.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4561-2815>

Status dziecka posiadającego obywatelstwo Unii w świetle prawa pobytu wynikającego z art. 20 TFEU

The Status of a Child Who Is a European Union Citizen in the Light of the Right of Residence under Article 20 TFEU

Abstract: In its recent judgment (C-420/22 NW and C-528/22 PQ of 24 April 2024), the EU Court of Justice once again referred to the concept of ‘deprivation of the substance of the rights conferred by citizenship of the Union’ in the context of a possible obligation of a minor EU citizen to leave the territory of the Union if a right of residence is not granted to a third-country national who is a family member of that citizen. This paper proposes looking into the legal situation of minor EU citizens and their parents who are third-country nationals through the lens of the concept of EU citizenship. It aims to analyse the judgments of the EU Court of Justice, starting with the case of *Ruiz Zambrano*. What all of them have in common is that all of the parties in the proceedings before national courts are third-country nationals and parents to children who are EU citizens. These judgments helped clarify and systematize both the children’s and the parents’ situations, with important implications for the scope of their rights. The paper thus proposes the systematization of several issues, e.g. the scope of the ‘essence of rights’, its possible limitations, the consequences for both EU and non-EU citizens, the notion of dependence, the obligation to have sufficient resources and the importance of fundamental rights. The methodology includes an analysis of Court of Justice case law, with special consideration of the facts of cases before national courts, as well as a critical reading of the relevant literature.

Keywords: best interests of a child, citizenship of the European Union, relationships of dependency, substance of rights, third-country nationals

Słowa kluczowe: najlepszy interes dziecka, obywatelstwo Unii, stosunek zależności, istota praw, obywatele państw trzecich

Wprowadzenie

W jednym ze swoich ostatnich wyroków w sprawach połączonych C-420/22 *NW* i C-528/22 *PQ* z dnia 24 kwietnia 2024 r. Trybunał Sprawiedliwości UE ponownie odniósł się do pojęcia „pozbawienia istoty praw wynikających z obywatelstwa Unii”, stwierdzając, że „istnieją bardzo szczególne sytuacje, w których pomimo faktu, że prawo wtórne UE dotyczące prawa pobytu obywateli państw trzecich nie ma zastosowania, a dany obywatel Unii nie skorzystał ze swojej swobody przemieszczania się, prawo pobytu musi jednak zostać przyznane obywatelowi państwa trzeciego, który jest członkiem rodziny tego obywatela Unii, ponieważ w przeciwnym razie skuteczność obywatelstwa Unii Europejskiej zostałaby podważona, gdyby w wyniku odmowy takiego prawa ten obywatel Unii był w praktyce zmuszony do opuszczenia terytorium Unii Europejskiej jako całości, pozbawiając go w ten sposób rzeczywistego korzystania z istoty praw przyznanych przez ten status”.

Artykuł ma na celu analizę sytuacji prawnej dzieci – obywateli Unii i ich rodziców – obywateli państw trzecich przez pryzmat koncepcji obywatelstwa Unii Europejskiej i w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE, Trybunał). Cechą wspólną analizowanych orzeczeń jest fakt, że wszystkie strony postępowań przed sądami krajowymi są obywatelami państw trzecich, rodzicami dzieci – obywateli Unii. Rodziny te przyjmują różne konfiguracje. Najczęściej spotykanym modelem jest taki, w którym jedno z rodziców jest obywatelem Unii. W większości przypadków dzieci wychowywane są przez jednego z rodziców. Małżeństwa bardzo często decydują się na rozwód albo ojcowie jedynie uznają dzieci, ale nie uczestniczą lub uczestniczą w wąskim zakresie w ich wychowywaniu. W jednym z przypadków tylko dzieci posiadały obywatelstwo Unii, mając rodziców – obywateli państw trzecich, ale, jak słusznie zauważa się w literaturze, państwa członkowskie obecnie nie przyznają obywatelstwa tylko w związku z urodzeniem się na ich terytorium (Peers, 2017; Nissen, 2021, s. 77). Można też wspomnieć przypadek dziecka obywatela Unii, mieszkającego z matką, ojczymem i młodszym rodzeństwem, z których wszyscy posiadali obywatelstwo państw trzecich.

Centralnym elementem tego artykułu jest zatem dziecko – obywatel Unii i jego status w kontekście prawa Unii (FRA, 2022), a bardziej szczegółowo – w kontekście art. 20 TFUE i na podstawie orzecznictwa TSUE dokonującego wykładni tego przepisu. Należy wskazać, że orzecznictwo TSUE poświęca prawom dzieci dużo uwagi w różnych aspektach, na przykład w kontekście kontaktów z osobami bliskimi w sytuacjach transgranicznych (Maliszewska-Nienartowicz, 2022) czy w ramach unijnej polityki migracyjnej i azylowej (Frasca & Carlier, 2023). Powstają również badania oparte na teoriach nawiązujących do badań w zakresie rozwoju dziecka (Nissen, 2021).

Na tej podstawie można postawić tezę, że na przestrzeni lat sytuacja dzieci i ich rodziców została znacznie usystematyzowana i doprecyzowana, co miało swoje

ważne przełożenie na zakres przysługujących im praw. Zweryfikowanie założenia badawczego wymaga analizy takich zagadnień, jak: zakres pojęcia istoty praw, jego możliwe ograniczenia, pojęcie stosunku zależności, kwestia obowiązku posiadania wystarczających zasobów, prawa podstawowe. Powiększająca się liczba orzeczeń TSUE pozwala na coraz lepsze zrozumienie zasad stosowania art. 20 TFUE wykorzystywanego jako narzędzie do wzmacniania jedności rodziny i zagwarantowania dobrostanu dziecka.

Stąd również metodologia przyjęta dla celów tego artykułu obejmuje w głównej mierze analizę orzecznictwa TSUE z uwzględnieniem stanów faktycznych poszczególnych spraw zawisłych przed sądami krajowymi, a także krytyczną lekturę literatury przedmiotu.

1. Obywatelstwo Unii (art. 20 TFUE) i swoboda przepływu osób (art. 21 TFUE)

Art. 20 TFUE przyznaje wszystkim osobom posiadającym obywatelstwo państwa członkowskiego status obywatela Unii, a TSUE doprecyzował, że stanowi on podstawowy status obywateli państw członkowskich. Z tego tytułu obywatelom Unii przysługuje szereg praw szczegółowo ujętych w art. 21–24 TFUE, w tym „podstawowe i indywidualne” (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 13.09.2016, C-304/14) prawo do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium innych państw członkowskich, z zastrzeżeniem ograniczeń i warunków przewidzianych w traktacie oraz przepisach przyjętych w celu ich wykonania (art. 21 TFUE). Jako że wynika ono bezpośrednio ze statusu obywatela Unii, wykonywanie tego prawa nie jest uzależnione od wykazania jakiegokolwiek interesu w powoływaniu się na nie (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2023). Z tego powodu przepis ten sprzeciwia się wszelkim przepisom prawa krajowego, których skutkiem byłoby pozbawienie obywateli Unii możliwości skutecznego korzystania z istoty praw przysługujących im w związku ze statusem obywatela Unii (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2021). Z drugiej strony natomiast art. 20 TFUE nie przyznaje obywatelom państw trzecich żadnych odrębnych praw. TSUE za każdym razem podkreśla, że prawa przyznane takim osobom nie są ich prawami własnymi, lecz jedynie prawami pochodnymi, które wynikają z praw przysługujących właśnie obywatelom Unii, argumentując przy tym, że cel i uzasadnienie tych pochodnych praw opierają się na założeniu, że odmowa ich uznania może przede wszystkim wpływać na swobodę przemieszczania się obywateli Unii na jej terytorium (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2024).

Bardziej precyzyjnie, na gruncie art. 21 TFUE i dyrektywy 2004/38 (dyrektywa w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium Państw Członkowskich, 2004) każdy obywatel Unii i członkowie jego rodziny, którzy im towarzyszą lub do niego dołączają, mają prawo

do przebywania na terytorium przyjmujących państw członkowskich z zastrzeżeniem określonych ograniczeń i warunków. Nie jest przy tym istotne, jakie obywatelstwo posiadają członkowie rodziny obywatela Unii. Słusznie zauważa się w literaturze, że prawo do przemieszczania się i pobytu na terytorium innych państw członkowskich stanowią fundamenty funkcjonowania Unii, a korzystanie z nich byłoby utrudnione bez poszanowania zasady jedności rodziny, stosowanej bez względu na obywatelstwo członków rodziny obywatela Unii (Rowińska & Sadowski, 2016, s. 47). Prawo pobytu w przyjmującym państwie członkowskim zostało wyraźnie przyznane obywatelom państw trzecich.

Jednym z przykładów wspomnianych ograniczeń jest przewidziane w art. 27 dyrektywy 2004/38 ograniczenie prawa pobytu w państwie przyjmującym ze względów porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego. Innym warunkiem przewidzianym w prawie wtórnym jest zawarty w art. 7 ust. 1 dyrektywy 2004/38 wymóg posiadania wystarczających środków, aby nie stanowić obciążenia dla systemu pomocy społecznej przyjmującego państwa członkowskiego w okresie pobytu, oraz posiadania pełnego ubezpieczenia zdrowotnego (More, 2022, s. 1915). TSUE zawsze bierze pod uwagę, że te ograniczenia i warunki powinny być stosowane z poszanowaniem granic wyznaczonych przez prawo Unii, zgodnie z ogólnymi zasadami tego prawa, w tym zwłaszcza z zasadą proporcjonalności. Stąd wystarczy, aby obywatele Unii mieli możliwość dysponowania takimi środkami, przy czym dyrektywa 2004/38 nie wprowadza żadnych wymogów co do pochodzenia tych środków, mogą być więc one dostarczane przez obywatela państwa trzeciego (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 30.06.2016). Co więcej, źródłem tych środków mogą być również dochody uzyskiwane z pracy wykonywanej nielegalnie przez obywatela państwa trzeciego, nieposiadającego zezwolenia na pobyt i zezwolenia na pracę w przyjmującym państwie członkowskim (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2019). Przykłady z orzecznictwa TSUE, z których szczególnie w drugim przypadku rozstrzygnięcie Trybunału nie było oczywiste, mają służyć podkreśleniu faktu, że korzystanie przez małe dziecko z prawa pobytu w państwie przyjmującym pociąga za sobą prawo tego dziecka do towarzystwa osoby rzeczywiście sprawującej nad nim opiekę, w związku z czym osoba ta powinna mieć możliwość zamieszkania z nim w okresie jego pobytu w przyjmującym państwie członkowskim. Inaczej odmówienie takiej osobie, najczęściej rodzicowi, obywatelowi Unii lub obywatelowi państwa trzeciego, możliwości przebywania z tym dzieckiem w przyjmującym państwie członkowskim, pozbawiałoby wszelkiej skuteczności prawa pobytu tego ostatniego.

2. Prawo pobytu na podstawie art. 20 TFUE i art. 21 TFUE

Charakter prawa pobytu obywateli państw trzecich będących członkami rodziny obywatela Unii na podstawie art. 20 TFUE różni się znacznie od tego przyznanego na

podstawie art. 21 TFUE, choć w ramach swojego orzecznictwa TSUE wskazał również na pewne podobieństwa, a przynajmniej zastosował takie same reguły interpretacji. Przede wszystkim prawo to jest wynikiem działalności orzeczniczej TSUE. Następnie, obejmuje tylko te stany faktyczne, w których obywatel Unii nie przemieścił się do innego państwa członkowskiego. Oprócz tego, przepis ten nie ma zastosowania, gdy danej osobie przysługuje prawo pobytu na gruncie pochodnego prawa Unii, przez co najczęściej rozumie się możliwość zastosowania wobec niej dyrektywy 2004/38, dyrektywy 2003/109 w sprawie rezydentów długoterminowych lub dyrektywy 2003/86 w sprawie łączenia rodzin (te dwie ostatnie są instrumentami unijnego prawa migracyjnego). W orzecznictwie TSUE wskazać można wiele spraw, w których Trybunał musiał zdecydować, czy konkretna sytuacja objęta jest art. 20 TFUE czy też art. 21 TFUE. W tego rodzaju sprawach najpierw analizował możliwość zastosowania art. 21 TFUE, a jeśli dochodził do wniosku, że tego przepisu nie można zastosować, sprawdzał możliwość zastosowania art. 20 TFUE (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2012). Dlatego też prawo pobytu na podstawie art. 20 TFUE określa się jako mające charakter pomocniczy wobec prawa pobytu na podstawie art. 21 TFUE, stąd też TSUE bardzo często powtarza, że prawo to przysługuje obywatelom państw trzecich jedynie w bardzo szczególnych sytuacjach (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 30.06.2016). Powyższe nie przeczy jednak stwierdzeniu, że oprócz ewidentnych różnic w zakresie stosowania obydwu przepisów, mają one również określone cechy wspólne. W obydwu przypadkach TSUE powołuje się na cel, jakim jest zapewnienie skuteczności prawa unijnemu. Stosuje również takie same metody interpretacyjne, wypracowane na potrzeby stosowania art. 21 TFUE, przy rozstrzyganiu spraw związanych z zagrożeniami dla porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego.

3. Istota prawa pobytu na podstawie art. 20 TFUE i pojęcie istoty praw wynikających ze statusu obywatela Unii

Przyznanie prawa pobytu obywatelowi państwa trzeciego, będącemu członkiem rodziny obywatela Unii, który nigdy nie skorzystał ze swobody przepływu osób, opiera się na założeniu, że sytuacja takiego obywatela Unii nie może tylko z tego powodu zostać zrównana z sytuacją o charakterze czysto wewnętrznym, to jest niewykazującą żadnego związku z którąkolwiek z sytuacji przewidzianych w prawie Unii (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 15.11.2011, Goldner Lang, 2018). Łącznikiem z prawem Unii jest tu status obywatela Unii właśnie, określane jako podstawowy status obywateli państw członkowskich. Na tej podstawie obywatel Unii, w tym dziecko, może powoływać się, również w stosunku do państwa członkowskiego, którego obywatelstwo posiada, na prawa związane z tym statusem (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 15.11.2011).

Założenie jest więc takie, że prawo pobytu we wspomnianych wyżej okolicznościach powinno być przyznawane w drodze wyjątku, w bardzo szczególnych sytuacjach, jeśli w konsekwencji ewentualnej odmowy obywatel Unii byłby w praktyce zmuszony do opuszczenia terytorium Unii rozpatrywanego jako całość, a w związku z tym zostałby pozbawiony możliwości skutecznego korzystania z istoty praw przysługujących mu w związku z posiadanym przez niego statusem (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2024).

Koncepcja istoty praw stanowi podstawę ochrony praw obywateli Unii w przypadku, gdy żadna inna nie jest dla nich dostępna (Van den Brink, 2021, s. 18). Została ona powołana w *Ruiz Zambrano* (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 8.03.2011), a w kolejnych orzeczeniach doprecyzowano, że kryterium dotyczące pozbawienia istoty praw przyznanych w związku ze statusem obywatela Unii odnosiło się w nich do sytuacji zdefiniowanych przez okoliczność, że obywatel Unii był faktycznie zmuszony do opuszczenia nie tylko terytorium państwa członkowskiego, którego jest obywatelem, lecz także terytorium całej Unii (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 15.11.2011). Wynika z tego, że pojęcie istoty praw wynikających ze statusu obywatela Unii powinno być rozpatrywane w kontekście obowiązku opuszczenia terytorium Unii.

Według TSUE kryterium to ma bardzo szczególny charakter, gdyż obejmuje sytuacje, w których nie powinno się – na zasadzie wyjątku – odmówić prawa pobytu obywatelowi państwa trzeciego, będącego członkiem rodziny obywatela państwa członkowskiego, pod rygorem naruszenia skuteczności obywatelstwa Unii, z którego ten obywatel Unii korzysta (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 15.11.2011).

W doktrynie wielokrotnie próbowano nadać konkretną treść pojęciu istoty praw (Frąckowiak-Adamska, 2012, s. 25; Gniadzik, 2018, s. 386), słusznie zauważając, że brak definicji przedstawionej przez TSUE otwiera szerokie możliwości interpretacji (Frąckowiak-Adamska, 2012, s. 25). Z perspektywy czasu można natomiast twierdzić, że przy próbie określania zakresu tego pojęcia należy uwzględniać konkretne stany faktyczne i okoliczności, rozpatrywane w konkretnych sprawach przed sądami krajowymi.

4. Prawo pobytu na podstawie art. 20 TFUE a stosunek zależności

Według TSUE odmowa przyznania prawa pobytu obywatelowi państwa trzeciego będącemu członkiem rodziny obywatela Unii, który nigdy nie skorzystał ze swobody przemieszczania się, może podważyć skuteczność obywatelstwa Unii tylko wtedy, gdy ten obywatel państwa trzeciego pozostaje z danym obywatelem Unii w stosunku zależności, skutkiem czego ten obywatel Unii byłby zmuszony do towarzyszenia obywatelowi państwa trzeciego oraz do opuszczenia terytorium Unii rozpatrywanego jako całość (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 27.04.2023). Taki

pobyt jest zatem konieczny, aby obywatel Unii mógł skutecznie korzystać z istoty praw przyznanych przez ten status dopóki trwa stosunek zależności z obywatelem państwa trzeciego (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 22.06.2023).

W literaturze twierdzi się, że w przypadku członków rodziny obywatela Unii, który nie skorzystał ze swobody przepływu osób, stosunek zależności jest kluczowym łącznikiem z prawem UE (Ristuccia, 2023, s. 1228), a orzecznictwo TSUE przynosi wskazówki, w jaki sposób należy go badać.

W celu oceny ryzyka, czy dane dziecko – obywatel Unii – byłoby zmuszone do opuszczenia terytorium Unii, istotne jest zatem to, czy faktyczną pieczę nad dzieckiem w aspekcie prawnym, finansowym czy uczuciowym sprawuje rodzic będący obywatelem państwa trzeciego, i to, czy istnieje rzeczywisty stosunek zależności między dzieckiem a rodzicem – obywatelem państwa trzeciego (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2017). Wymienione tu aspekty: prawny, finansowy i uczuciowy należy analizować bardzo indywidualnie. Poszczególne czynniki są częścią oceny stosunku zależności jako takiej. Tak jest na przykład w przypadku zależności prawnej, która sama w sobie nie jest wystarczająca dla ustalenia konieczności przyznania prawa pobytu (Rusticcia, 2023, s. 1236). Również element finansowy nie jest decydujący, ponieważ nawet jeśli w wychowaniu dziecka partycypuje finansowo drugi rodzic – obywatel Unii, to nie ma to decydującego wpływu na sytuację prawną rodzica, obywatela państwa trzeciego, z którym dziecko mieszka. Z kolei zależność emocjonalna to coś więcej niż kochająca się rodzina, która pragnie zamieszkiwać razem (Rusticcia, 2023, s. 1242). Tutaj konieczne jest, aby wystąpiła sytuacja, że dana osoba w żaden sposób nie może zostać oddzielona od członka rodziny, od którego jest zależna (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2018). TSUE uznał też za istotne okoliczności: wiek takiego dziecka, jego rozwój fizyczny i emocjonalny, stopień jego więzi emocjonalnej zarówno z rodzicem będącym obywatelem Unii, jak i z rodzicem będącym obywatelem państwa trzeciego, a także ryzyko, jakie stanowiłoby dla równowagi tego dziecka rozdzielenie z tym ostatnim (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 7.09.2022). Okoliczność, że drugi rodzic jest obywatelem Unii, miałaby znaczenie dla sytuacji obywatela państwa trzeciego, gdyby zostało ustalone, że rodzic ten jest rzeczywiście zdolny i gotowy do sprawowania samodzielnie codziennej faktycznej opieki nad tym dzieckiem (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2017). Stąd ojciec – obywatel Unii, nie jest w stanie, według obiektywnych kryteriów, opiekować się dzieckiem, jeśli jest pozbawiony wolności, umieszczony w specjalistycznej placówce lub w szpitalu albo zmarł (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2017). W pozostałych przypadkach rodzic – obywatel państwa trzeciego, musi wykazać w przekonujący sposób, że rodzic – obywatel Unii nie jest w stanie, nawet z pomocą innych osób, zaopiekować się dzieckiem.

Przyznanie prawa pobytu na podstawie art. 20 TFUE należy oceniać w świetle intensywności stosunku zależności między danym obywatelem państwa trzeciego a obywatelem Unii będącym członkiem jego rodziny, a taka ocena musi uwzględniać

wszystkie okoliczności danej sprawy (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2024.). Istnienie więzi rodzinnej, czy to natury biologicznej, czy prawnej, między obywatelem Unii a członkiem jego rodziny będącym obywatelem państwa trzeciego nie stanowi więc wystarczającego uzasadnienia dla przyznania temu członkowi rodziny, na podstawie art. 20 TFUE, pochodnego prawa pobytu na terytorium państwa członkowskiego, którego ów obywatel Unii jest obywatelem (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 5.05.2022).

Taki stosunek zależności z reguły ustaje wraz z upływem czasu, najczęściej po osiągnięciu przez dziecko pełnoletności.

Orzecznictwo TSUE wskazuje też na konkretne obowiązki spoczywające na organach krajowych dokonujących oceny ryzyka, czy dane dziecko – obywatel Unii – byłoby zmuszone do opuszczenia jej terytorium, kiedy badają one stosunek zależności. Należy zauważyć, że po raz pierwszy pojawia się tu nawiązanie do konieczności uwzględnienia przez nie praw podstawowych ujętych w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej (dalej: KPP), a mianowicie prawa do poszanowania życia rodzinnego (art. 7 KPP) pozostającego w ścisłym związku z zapewnieniem najlepszego interesu dziecka (art. 24 ust. 2 KPP) (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2017).

Co prawda TSUE wychodzi z założenia, że organy krajowe nie mają obowiązku systematycznego i z własnej inicjatywy badania istnienia stosunku zależności w rozumieniu art. 20 TFUE, ponieważ to obywatel państwa trzeciego powinien przedstawić informacje i dowody pozwalające na dokonanie oceny, czy spełnione są przesłanki stosowania tego przepisu (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2020), to jednak mają one obowiązek dokonania oceny, na podstawie informacji i dowodów, które obywatel państwa trzeciego i obywatel Unii powinni móc swobodnie przedstawić, a w razie potrzeby dokonując koniecznych sprawdzeń, czy między tymi osobami taki stosunek zależności istnieje (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2020).

TSUE nakazuje uwzględnienie przez organy krajowe sytuacji, jaka ma miejsce w chwili, gdy mają wydać rozstrzygnięcie, ze względu na to, że powinny one ocenić przewidywalne konsekwencje swej decyzji dla dziecka i możliwości korzystania przez nie z istoty praw wynikających ze statusu obywatela Unii. Trybunał ustanawia też dodatkowy wymóg, tym razem skierowany wprost do sądów krajowych orzekających w przedmiocie skargi na decyzję organów administracyjnych, nakazując im uwzględnienie okoliczności faktycznych, które nastąpiły po wydaniu tej decyzji, a to w celu uniknięcia sytuacji, w której dziecko to zostałoby pozbawione możliwości tego skutecznego korzystania w związku z decyzją wydaną przez organy administracyjne (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2020).

Sąd wniosek, że nawet jeśli rodzic – obywatel państwa trzeciego – nie zajmował się wcześniej codzienną opieką nad danym dzieckiem przez długi okres, i wiążący się z tym ewentualny brak stosunku zależności w tamtym okresie, nie mogą być uznane za rozstrzygające, ponieważ nie wyklucza to, że w dniu, w którym organy krajowe wydają decyzję, rodzic ten faktycznie sprawuje tę codzienną opiekę. Jednak

również wspólne zamieszkiwanie rodzica – obywatela państwa trzeciego i jego małoletniego dziecka – obywatela Unii nie stanowi przesłanki koniecznej dla ustalenia istnienia stosunku zależności między nimi (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 5.05.2022). To samo dotyczy sytuacji, w której w chwili, gdy sąd krajowy ma rozstrzygnąć sprawę, taki rodzic sprawuje faktycznie codzienną opiekę nad małoletnim dzieckiem – taka okoliczność nie może wystarczyć do wywiedzenia istnienia stosunku zależności, ponieważ ocena ta powinna zawsze opierać się na analizie wszystkich istotnych okoliczności (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 22.06.2023).

TSUE miał okazję wypowiedzieć się również w odniesieniu do sytuacji, w której małoletni obywatel Unii mieszkał na stałe z obojgiem rodziców, a co za tym idzie, piecza nad tym dzieckiem oraz opieka w aspektach prawnym, uczuciowym i finansowym były na co dzień sprawowane przez oboje rodziców. W tym zakresie ustanowił wzruszalne domniemanie, że ów małoletni obywatel Unii i jego rodzic – obywatel państwa trzeciego pozostają w stosunku zależności niezależnie od tego, że drugi rodzic tego dziecka ma, jako obywatel państwa członkowskiego, na którego terytorium rodzina ta osiadła, bezwarunkowe prawo do przebywania na terytorium tego państwa członkowskiego (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 5.05.2022).

Badanie stosunku zależności dokonywane jest również w relacjach pomiędzy małżonkami, z których jedno z nich jest obywatelem państwa trzeciego wniosującym o wydanie zezwolenia na pobyt. W takich sytuacjach należy zbadać, w wyjątkowych przypadkach, jako że osoba dorosła jest co do zasady zdolna do życia niezależnie od członków swojej rodziny, istnienie lub nie takiego stosunku. Uznanie takiego stosunku zależności między dwoma dorosłymi członkami tej samej rodziny jest możliwe wtedy, gdy zainteresowana osoba w żaden sposób nie może zostać oddzielona od członka rodziny, w zależności od którego pozostaje (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 7.09.2022). Nie uzasadniają natomiast zastosowania art. 20 TFUE jako podstawy dla prawa pobytu dla obywatela państwa trzeciego względy ekonomiczne albo utrzymania jedności rodziny na terytorium Unii – w przypadku osób dorosłych nie mają one wpływu na to, że obywatel Unii byłby zmuszony do opuszczenia terytorium Unii (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2012). Konieczność badania stosunku zależności pozostaje więc przede wszystkim domeną relacji między rodzicem – obywatelem państwa trzeciego i dzieckiem – obywatelem Unii.

5. Prawo pobytu na podstawie art. 20 TFUE a względy porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego

Trybunał początkowo przedstawiał zakaz pozbawiania obywateli Unii rzeczywistego korzystania z istoty ich praw w kategoriach bezwzględnych (Van den Brink, 2021, s. 19), jednak w kolejnych orzeczeniach zaczął wskazywać sytuacje, w których prawo to może zostać ograniczone. Dotyczy to przede wszystkim możliwości

powoływania się przez państwa członkowskie na wyjątek związany z zagrożeniem dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego danego państwa. Można powiedzieć, że duża część spraw, w których TSUE dokonywał interpretacji art. 20 TFUE, dotyczyła toczących się przed sądami krajowymi postępowań w zakresie powrotów. Tytułem przykładu można wskazać postępowanie, w ramach którego wydano decyzję w przedmiocie cofnięcia obywatelowi państwa trzeciego karty stałego pobytu i zobowiązania do opuszczenia terytorium Węgier ze względu na zagrożenie dla bezpieczeństwa narodowego tego państwa (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2024), postępowanie, w którym wydano decyzję w przedmiocie oddalenia wniosku obywatela państwa trzeciego o wydanie krajowego zezwolenia na osiedlenie się na Węgrzech, również ze względów bezpieczeństwa narodowego (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2024), czy też postępowanie, w toku którego wydano decyzję w przedmiocie wydalenia obywatelki państwa trzeciego ze względu na popełnienie przez nią przestępstwa o określonym ciężarze gatunkowym, podjętą ze względów porządku publicznego (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 13.09.2016, C-304/13).

Co ciekawe, TSUE zastosował do art. 20 TFUE analogię pomiędzy przewidzianymi w art. 27 dyrektywy 2004/38 ograniczeniami swobody przemieszczania się z powyższych względów, a ograniczeniami, na które państwa członkowskie mogą powoływać się w ramach obywatelstwa Unii ustanowionego w art. 20 TFUE.

Trybunał wyszedł mianowicie z założenia, że ponieważ art. 20 TFUE nie wpływa na możliwość powoływania się przez państwa członkowskie na wyjątek związany z utrzymaniem porządku publicznego i ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 13.09.2016, C-165/14), to państwa członkowskie mogą pod pewnymi warunkami odstąpić od pochodnego prawa pobytu opartego na art. 20 TFUE w celu zapewnienia utrzymania porządku publicznego lub ochrony bezpieczeństwa publicznego, szczególnie gdy dany obywatel państwa trzeciego stanowi rzeczywiste, aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego lub narodowego (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2024). Tym niemniej, tak samo jak ma to miejsce w sytuacjach objętych zakresem stosowania dyrektywy 2004/38, odmowa prawa pobytu oparta na tej przesłance może wynikać jedynie z konkretnej oceny wszystkich istotnych okoliczności danego przypadku, dokonywanej w świetle zasady proporcjonalności, praw podstawowych, w tym prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego i najlepszego interesu dziecka danego obywatela państwa trzeciego (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 7.09.2022). Dodatkowo, w przypadku relacji rodzic – dziecko, należy uwzględnić wiek, stan zdrowia i sytuację rodzinną i ekonomiczną małoletniego obywatela Unii (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 27.04.2023). Dopiero po przeprowadzeniu takiej oceny i po uwzględnieniu wszystkich istotnych okoliczności, a w szczególności dobra małoletniego dziecka, będącego obywatelem Unii, państwo członkowskie może wobec takiego obywatela państwa trzeciego wydać decyzję w przedmiocie cofnięcia lub odmowy wydania dokumentu pobytowego (Wy-

rok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2024), w przedmiocie zakazu wjazdu i pobytu (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 27.04.2023) lub w przedmiocie nakazu opuszczenia terytorium państwa członkowskiego (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2018). Środki podejmowane przez państwa członkowskie, rozumiane jako decyzje administracyjne zawierające określone nakazy, zakazy lub odmowy, byłyby więc w takich okolicznościach zgodne z prawem Unii, nawet jeżeli powodowałyby obowiązek opuszczenia terytorium Unii, wraz z obywatelem państwa trzeciego, przez będącego członkiem jego rodziny obywatela Unii.

6. Prawo pobytu na podstawie art. 20 TFUE a wystarczające zasoby

Jak wykazano powyżej, odmowa przyznania prawa pobytu obywatelowi państwa trzeciego na podstawie art. 20 TFUE z powołaniem się na względy porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego pozostaje w zgodzie z tym przepisem. Należy postawić pytanie, czy art. 20 TFUE w ten sam sposób pozwala państwom członkowskim wprowadzić wyjątek od przewidzianego w nim pochodnego prawa pobytu związany z wymogiem posiadania przez obywatela Unii wystarczających zasobów.

TSUE rozpatrywał tę kwestię w kontekście łączenia rodziny obywatela państwa trzeciego z członkiem tej rodziny będącym obywatelem państwa członkowskiego. Przy tej okazji stwierdził, że ponieważ prawo Unii co do zasady nie ma zastosowania w takich sprawach, to zasadniczo nie stoi ono na przeszkodzie uregulowaniu państwa członkowskiego, na podstawie którego takie łączenie rodziny jest uzależnione od spełnienia warunku posiadania wystarczających zasobów w sytuacji, gdy obywatel Unii nie ma wystarczających zasobów dla swojej rodziny, by nie stanowić obciążenia dla krajowego systemu pomocy społecznej (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 5.05.2022). Jednakże systemowe nakładanie takiego warunku, bez jakichkolwiek odstępstw, może naruszać prawo pobytu przyznawane na podstawie art. 20 TFUE (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 5.05.2022). W tym kontekście Trybunał wskazał na obowiązek oceny przez organy krajowe tego ewentualnego wyjątku od prawa pobytu wynikającego z art. 20 TFUE, opierając się na prawie do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, a także na zasadzie proporcjonalności jako zasadzie ogólnej prawa Unii (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2020). W każdym razie odmowa przyznania członkowi rodziny obywatela Unii prawa pobytu stanowiłaby naruszenie możliwości skutecznego korzystania z istoty praw przysługujących obywatelowi Unii ze względu na jego status i byłaby nieproporcjonalna do celu, któremu służy warunek dotyczący zasobów. Warunek ten polega na ochronie finansów publicznych danego państwa członkowskiego. Odnosząc się natomiast do możliwości ograniczenia prawa pobytu na podstawie art. 20 TFUE ze względów porządku i bezpieczeństwa publicznego, Trybunał dokonał rozróżnienia wagi celu czysto ekonomicznego, który różni się zasadniczo od celu polegającego na utrzyma-

niu porządku publicznego i ochronie bezpieczeństwa publicznego i nie pozwala na uzasadnienie aż tak daleko idącego naruszenia praw wynikających ze statusu obywatela Unii (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2020). Organy krajowe dokonujące oceny w tym zakresie nie mogą oddalić wniosku obywatela państwa trzeciego w sposób automatyczny, wyłącznie z tego powodu, że obywatel Unii nie posiada wystarczających zasobów. Również tutaj mają one obowiązek przeprowadzenia oceny, na podstawie informacji lub dowodów, które obywatel państwa trzeciego i obywatel Unii powinni mieć możliwość swobodnego przedstawienia, a także w razie potrzeby dokonując koniecznych sprawdzeń, czy te dwie osoby pozostają w stosunku zależności, co oznaczałoby, że ten obywatel państwa trzeciego co do zasady powinien otrzymać pochodne prawo pobytu na podstawie art. 20 TFUE (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2020).

7. Prawo pobytu na podstawie art. 20 TFUE a najlepszy interes dziecka

Przy dokonywaniu wykładni art. 20 TFUE Trybunał Sprawiedliwości nakazuje uwzględnianie, przy ocenie zasadności przyznania prawa pobytu na tej podstawie, prawa do ochrony życia rodzinnego i prywatnego (art. 7 KPP) i najlepszego interesu dziecka (art. 24 ust. 2 KPP), przy czym najlepszy interes dziecka przywoływany jest w kontekście tego, w jaki sposób organy krajowe powinny badać sytuację obywatela państwa trzeciego będącego rodzicem małoletniego obywatela Unii.

Artykuł 7 KPP został wykorzystany dużo wcześniej (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 15.11.2011). Trybunał potwierdził, że zawiera on prawa odpowiadające tym gwarantowanym przez art. 8 ust. 1 EKPC i dlatego należy nadać mu to samo znaczenie i ten sam zakres co prawom przyznanym w art. 8 ust. 1 EKPC zgodnie z wykładnią w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 15.11.2011). W tym miejscu należy mieć na względzie, że zgodnie z orzecznictwem ETPC głównym celem art. 8 EKPC jest zapewnienie zainteresowanej osobie ochrony przed arbitralną ingerencją władz publicznych, chociaż nie nakłada on na państwo ogólnego obowiązku zezwalania na łączenie rodzin. Ponadto TSUE dokonał ważnego ustalenia, kiedy sąd państwa członkowskiego ma stosować art. 7 KPP (gdy uzna, że przedstawiona mu sytuacja skarżących w postępowaniu przed sądem krajowym podlega zakresowi prawa Unii), a kiedy art. 8 EKPC (gdy uzna, że ta sytuacja nie podlega zakresowi zastosowania prawa Unii). Trybunał rozdzielił tu kompetencje Unii i systemu opartego na EKPC, a – co ciekawe – począwszy od 2017 r. powoływał się jedynie na KPP (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2017).

Najlepszy interes dziecka został przywołany już w 2012 r. (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2012). Jednak tutaj TSUE z własnej woli przeanalizował dyrektywę 2003/86 w sprawie łączenia rodzin. To konkretne orzeczenie pokazuje, że

w tamtym czasie wtórne prawo migracyjne UE oferowało lepszą ochronę życia rodzinnego niż prawo pierwotne UE dotyczące obywatelstwa. Podczas gdy to pierwsze można było interpretować w świetle KPP, to drugie było wtedy na takim etapie rozwoju, że wykładnia w świetle KPP nie była jeszcze w praktyce możliwa (Frasca & Carlier, 2023, s. 377). Najlepszy interes dziecka został następnie przywołany w kontekście badania proporcjonalności środków krajowych w związku z zagrożeniem porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego w świetle dyrektywy 2004/38 (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 13.09.2016, C-165/14), a w kolejnym etapie – przy okazji badania stosunku zależności (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, 2017). Co ciekawe, Trybunał uznał również, że na najlepszy interes dziecka można powołać się też nie w celu oddalenia wniosku o udzielenie zezwolenia na pobyt rodzica, lecz przeciwnie – w celu uniemożliwienia wydania decyzji zobowiązującej dziecko – obywatela Unii, które nigdy nie przebywało na terytorium Unii, do opuszczenia jej terytorium (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 22.06.2023). Przy tym konkretnym przypadku w literaturze zwraca się uwagę, że w zderzeniu z prawami podstawowymi – koniecznością ochrony najlepszego interesu dziecka – TSUE daje jednak pierwszeństwo koncepcji obywatelstwa Unii (Rondu, 2023, s. 560) – nie dokonuje oceny najlepszego interesu dziecka w taki sposób, że uznaje, że obywatelstwo Unii nie może podlegać ograniczeniom (Frasca, 2023, s. 14). Gdyby przy dokonywaniu wykładni uznał wyższą wagę najlepszego interesu dziecka, to być może orzeczenie brzmiałoby inaczej, jeśli weźmiemy pod uwagę sytuację małoletniego obywatela Unii – w tej sprawie chłopca, który nigdy nie opuszczał Tajlandii i nie znał ani języka niemieckiego, ani angielskiego.

Prawa podstawowe zapisane w KPP są w dalszym ciągu wykorzystywane w dość ograniczonym zakresie. Nie przeszkadza to w literaturze przedmiotu stawiać wniosków, że synergia dwóch zasad: najlepszego interesu dziecka z jednej strony i ochrony statusu obywatela Unii z drugiej nadaje Karcie nowe znaczenie, „prawdziwą pozycję konstytucyjną” (Frasca & Carlier, 2023, s. 379). Na pewno też pojęcie najlepszego interesu dziecka zyska nowe elementy w toku kolejnych spraw, które czekają na rozstrzygnięcie (sprawa C-147/24 *Safi*).

Wnioski

W literaturze często pojawia się stwierdzenie (Gniadzik, 2018, s. 389), że po wydaniu wyroku w sprawie *Ruiz Zambrano* TSUE w kolejnych wyrokach dokonał zawężenia pojęcia „istoty praw związanych z obywatelstwem unijnym”. Z perspektywy czasu można na to spojrzeć w inny sposób.

Mianowicie orzecznictwo TSUE i doktryna art. 20 TFUE wynika z okoliczności poszczególnych spraw rozpatrywanych przed sądami krajowymi, a niejednokrotnie ze sposobu, w jaki zostały sformułowane pytania prejudycjalne, co jednocześnie

przekłada się na ustawodawstwo i praktykę krajową (EMN, 2018; EMN, 2023; Van Eijken, 2021, s. 59–66). Z tego powodu nie do końca uzasadniona jest krytyka, że TSUE nie wypowiedział się na temat konkretnych problemów prawnych. Wręcz przeciwnie, należy raczej skłaniać się do stwierdzeń, że TS wypowiedział się najszerzej jak mógł w ramach tego szczególnego kontekstu obywatelstwa Unii (Van Eijken & Phoa, 2018, s. 949), a różne wątpliwości były wyjaśniane w kolejnych wyrokach (Kroeze & Elsuwege, 2021, s. 4). Analiza orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, poprzez odniesienie się do poszczególnych elementów statusu małoletnich obywateli Unii, którzy nigdy nie skorzystali ze swobody przemieszczania się, prowadzi do wniosku zbieżnego z tezą wyrażoną na wstępie, że doprecyzowanie ich sytuacji przełożyło się na zakres, a także praktyczną i prawną możliwość korzystania z praw im przysługujących na mocy tego statusu.

Słusznie zauważa się w literaturze, odwołując się przez analogię do opinii rzecznika generalnego w sprawie *Ruiz Zambrano*: „W sytuacji, gdy jednostki przemieszczają się, robią to jako ludzie, a nie jako roboty. Zakochują się, zawierają związki małżeńskie i tworzą rodziny. Jednostka, jaką jest rodzina, zależnie od okoliczności może składać się wyłącznie z obywateli Unii Europejskiej albo obywateli Unii Europejskiej i obywateli państw trzecich pozostających w ścisłych związkach”. Nawet jeśli nigdy się nie przeprowadziły, rodziny funkcjonują jak ludzie, a to oznacza, że ta linia orzecznicza będzie dynamiczna, ponieważ relacje między ludźmi są dynamiczne (Van Einken, 2021, s. 66).

BIBLIOGRAFIA

- Brink Van den, M. (2021). Is it time to Abolish the Substance of EU Citizenship Rights Test? *European Journal of Migration and Law*, 23(1), 13–28.
- Dyrektywa 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium Państw Członkowskich (Dz. Urz. UE L 158 z 30.04.2004).
- Eijken Van, H. & Phoa, P. (2018). The Scope of Article 20 TFUE clarified in Chavez-Vilchez: are the fundamental rights of minor EU citizens coming of age? *European Law Review*, 43(6), 949–970.
- Eijken Van, H. (2021). Connecting the Dots Backwards, What did *Ruiz Zambrano* Mean for EU Citizenship and Fundamental Rights in EU Law? *European Journal of Migration and Law*, 23(1), 48–67.
- EMN Ad-Hoc Query on Impact of 2017 Chavez-Vilchez ruling (2018). https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files/2020-09/2018.1326_-_impact_of_2017_chavez-vilchez_ruling.pdf
- EMN Ad-Hoc Query on 2023.12 Derived right of residence under Article 20 of the Treaty on the Functioning of the European Union (2023). https://www.emn.lt/uploads/Products/product_2025/ae51a874-e2f7-435b-8949-379483a5cf25_en.pdf
- European Union Agency for Fundamental Rights – FRA (2022). Handbook on European law relating to the rights of the child – 2022 edition. <https://fra.europa.eu/en/publication/2022/handbook-european-law-child-rights>

- Frasca, E. & Carlier, J-Y. (2023). The Best Interests of the Child in ECJ Asylum and Migration Case-Law: Towards a Safeguard Principle for the Genuine Enjoyment of the Substance of Children's Rights. *Common Market Law Review*, 60(2), 345–390.
- Frasca, E. (2023, August). No assessment of the best interests of the child when the EU citizen, who is a minor, exercises the right to enter and reside in the EU Member State of their nationality. *Cahiers de l'EDEM*.
- Frąckowiak-Adamska, A. (2012). O istocie praw wynikających z obywatelstwa Unii, *Europejski Przegląd Sądowy*, 10, 21–33.
- Gniadzik, M. (2018). *Ewolucja statusu obywateli Unii wobec państwa przyjmującego i państwa pochodzenia w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*. Beck.
- Goldner Lang, I. (2018). *Extending the Scope of EU Law to Internal Situations: "In the Child's Best Interests We Swear, but not a step further"*. <https://eumigrationlawblog.eu/extending-the-scope-of-eu-law-to-internal-situations-in-the-childs-best-interests-we-swear-but-not-a-step-further/?print=print>
- Kroeze, H. & Elsuwege Van, P. (2021). Revisiting *Ruiz Zambrano*: A Never Ending Story? *European Journal of Migration and Law*, 23(1), 1–12.
- Maliszewska-Nienartowicz, J. (2022). Prawo dziecka do kontaktów z osobami bliskimi w sytuacjach transgranicznych – uwagi na tle unijnych regulacji prawnych oraz orzecznictwa TSUE. *Białostockie Studia Prawnicze*, 27(3), 177–191.
- More, G. (2022). Comprehensive sickness insurance, EU citizenship rights and residence rights of *Chen* carers: And all this after the UK has left the EU...: VI. *Common Market Law Review*, 59(6), 1915–1932.
- Nissen, E. (2021). A Children's Rights Perspective to *Ruiz Zambrano* and *Chavez-Vilchez*: an Examination in Light of Theory, Practice and Child Development Research. *European Journal of Migration and Law*, 23(1), 68–101.
- Peers, S. (2017). *Think of the children: The ECJ clarifies the status of non-EU parents of EU citizen children living in their own Member State*. <https://eulawanalysis.blogspot.com/2017/05/think-of-children-ecj-clarifies-status.html>
- Ristuccia, F. (2023). Ties that Bind and Ties that Compel. Dependency and the *Ruiz Zambrano* Doctrine. *Common Market Law Review*, 60(5), 1227–1268.
- Rondu, J. (2023). Le statut de citoyen européen a-t-il une Valeur pour l'enfant vivant hors du territoire de l'Union? Observations sur l'arrêt CJUE, 22 juin 2023, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Mère thaïlandaise d'un enfant mineur néerlandais)*, C-459/20, ECLI:EU:C:2023:499. *Europe des Droits & Libertés / Europe of Rights & Liberties*. <https://www.europedeslibertes.eu/article/recent-migration-case-law-of-the-european-court-of-human-rights-with-focus-on-socio-economic-deprivation/>
- Rowińska, K. & Sadowski, P. (2016). Obywatelstwo Unii Europejskiej dzieci migrantów jako przesłanka do legalizacji pobytu ich rodziców. *Państwo i Prawo*, 5, 45–58.
- Sprawa C-147/24 *Safi*, wniosek z 26 lutego 2024 r. o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 8 marca 2011 r. w sprawie *Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi*, C-34/09.

- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 15 listopada 2011 r. w sprawie *M. Dereci i in. v. Bundesministerium für Inneres*, C-256/11.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 6 grudnia 2012 r. w sprawach połączonych *O. i S. v. Maahanmuuttovirasto*, C-356/11 i 357/12.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 30 czerwca 2016 r. w sprawie *Secretary of State for the Home Department v. N.A.*, C-115/15.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 13 września 2016 r. w sprawie *Alfredo Rendón Marín v. Administración del Estado*, C-165/14.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 13 września 2016 r. w sprawie *Secretary of State for the Home Department v. C.S.*, C-304/14.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 10 maja 2017 r. w sprawie *H.C. Chavez Vilchez i in. v. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank i in.*, C-133/15.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 8 maja 2018 r. w sprawie *K.A. i in. v. Belgische Staat*, C-82/16.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 2 października 2019 r. w sprawie *Ermira Bajratari v. Secretary of State for the Home Department*, C-93/18.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 27 lutego 2020 r. w sprawie *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real v. RH*, C-836/18.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 5 maja 2022 w sprawach połączonych *Subdelegación del Gobierno en Toledo v. XU i QP*, C-451/19 i C-532/19.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 7 września 2022 r. w sprawie *E.K. v. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, C-624/20.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 27 kwietnia 2023 r. w sprawie *M.D. v. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Budapesti és Pest Megyei Regionális Igazgatósága*, C-528/21.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 22 czerwca 2023 r. w sprawie *X v. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, C-459/20.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 25 kwietnia 2024 r. w sprawach połączonych *NW i PQ v. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság, Miniszterelnöki Kabinetirodát vezető minister*, C-420/22 i C-528/22.

Paweł Księżak

Uniwersytet Łódzki, Polska

pkieszak@wpia.uni.lodz.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1224-9183>

Katarzyna Duszyńska-Misarko

Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, Polska

k.duszynska@icloud.com

Zdolność zarodka do dziedziczenia¹

The Embryo's Capacity to Inherit

Abstract: Only those who are alive at the time of the opening of a succession, i.e. at the time of the testator's death, have the capacity to inherit. A child conceived at the opening of the succession also has the capacity to inherit if it is born alive (*nasciturus*). There is a continuing debate in legal science as to whether, in the case of assisted reproduction techniques (MAP), an embryo should also be considered as such a *nasciturus* prior to its transfer into the mother's body. This article demonstrates that there are no normative reasons in Polish law to differentiate the legal situation of a child depending on whether the death of the person from whom it can inherit occurred before or after the implantation of the embryo into the mother's body. The legislature has not chosen to modify the principle that it is the moment of conception of the child, and not any other, that determines the beginning of the capacity to inherit. The practical difficulties that may arise for the succession proceedings from the fact that the embryo may remain outside the mother's body for a very long time are not of such a nature as to override the need for the child's interest. However, a statutory regulation of this issue should be advocated.

Keywords: embryos, inheritance capacity, nasciturus, post-mortem implantation

Słowa kluczowe: embrion, zdolność dziedziczenia, nasciturus, implantacja post mortem

1 Artykuł został w głównej mierze oparty na nieopublikowanej dotychczas rozprawie doktorskiej dr Katarzyny Duszyńskiej-Misarko pt. *Sytuacja cywilnoprawna embrionu w fazie przedimplantacyjnej* obronionej 1 grudnia 2023 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego, napisanej pod kierunkiem prof. dr. hab. Pawła Księżaka.

Wprowadzenie

Co do zasady zdolność dziedziczenia, a więc możliwość stania się spadkobiercą, czyli nabycia praw i obowiązków tworzących spadek, posiadają jedynie osoby żyjące w chwili otwarcia spadku, a więc w chwili śmierci spadkodawcy (art. 927 § 1 k.c.). Ustawodawca od powyższej zasady uczynił wyjątek i przyznał w przepisie art. 927 § 2 k.c. zdolność dziedziczenia dziecku poczętemu w chwili otwarcia spadku, jeżeli urodzi się żywe. W doktrynie przyjmuje się zwykle, że warunek ten ma charakter zawieszający, a jego ziszczenie się wywołuje skutki prawne *ex tunc* (Pazdan, 1974, s. 109; Felski, 1986, s. 40; Dyoniak, 1994, s. 49; Borysiak, 2024, nb. 20). Dziecko poczęte, ale jeszcze nieurodzone, może być po określonym spadkodawcy zarówno spadkobiercą testamentowym, jak i spadkobiercą ustawowym (Borysiak, 2024, nb. 25), może być również zapisobiercą (art. 972 k.c. w zw. z art. 927 § 2 k.c.) i zapisobiercą windykacyjnym (art. 981⁵ k.c. w zw. z art. 927 § 2 k.c.).

Należy zastanowić się, jaki wpływ na rozumienie pojęcia zdolności dziedziczenia *nasciturusa* ma rozwój technik wspomaganego rozrodu (zamiennie nazywane MAP – *medically assisted procreation*). Chodzi mianowicie o ustalenie, czy zarodek powstały w wyniku MAP – w szczególności techniki zapłodnienia *in vitro* – ma zdolność dziedziczenia już w fazie przedimplantacyjnej, a zatem przed transferem do organizmu kobiety, czy jest już zatem *nasciturusem*, który może dziedziczyć, jeśli urodzi się żywy. Z uwagi na fakt, że okres ten może trwać długo – nawet wiele lat – kwestia ta budzić może istotne wątpliwości, które jednak – co należy od razu podkreślić – mają przede wszystkim charakter praktyczny i proceduralny, natomiast w mniejszym stopniu odnoszą się one do rudymetów cywilistycznych.

1. Pojęcie *nasciturusa* w kontekście MAP

Wyjść trzeba od spostrzeżenia, że art. 927 § 2 posługuje się terminem „dziecko”, które zostało już „poczęte”. Zatem kluczowe dla wyjaśnienia pozycji prawnosпадkowej zarodka musi być precyzyjne zrozumienie znaczenia tych pojęć. Już od chwili poczęcia rozpoczyna się rozwój człowieka, w toku którego urodzenie się jest tylko zdarzeniem otwierającym nową fazę życia ludzkiego (Smyczyński, 1999, 39–47).

W tym kontekście wskazać trzeba na przepis art. 4 ustawy o leczeniu niepłodności z roku 2015, który stanowi, że leczenie niepłodności jest prowadzone z poszanowaniem godności człowieka, prawa do życia prywatnego i rodzinnego, ze szczególnym uwzględnieniem prawnej ochrony życia, zdrowia, dobra i praw dziecka. Ustawa ta w istocie w całości traktuje o prenatalnym okresie życia człowieka, zatem odniesienie się w niej do dóbr i praw dziecka nie jest przypadkowe i może świadczyć, że pojęcie dziecka należy stosować również do okresu prenatalnego człowieka i to począwszy od momentu zapłodnienia komórki jajowej do momentu transferu zarodka, a następnie urodzenia dziecka.

W przedmiocie momentu powstania człowieka w fazie przedurodzeniowej, gdy do poczęcia dochodzi poza organizmem kobiety, należy natomiast wskazać na dwie koncepcje: 1) z człowiekiem w fazie przedurodzeniowej mamy do czynienia bądź dopiero od zagnieżdżenia / implantacji do urodzenia (product of conception from implantation to birth); 2) bądź od samego spotkania komórek żeńskiej i męskiej niezależnie od miejsca, w którym to zapłodnienie następuje (product from the moment of fertilization) (Haberko, 2008, s. 21–22; Haberko, 2010, s. 17–18). Zdecydowanie należy opowiedzieć się za drugą koncepcją, gdyż nie ma medycznych podstaw do różnicowania zarodka powstałego pozaustrojowo i w sposób naturalny, a do tego doprowadziłoby w istocie uznanie pierwszej koncepcji. Zagnieżdżenie embrionu w macicy jest dopiero kolejnym etapem rozwoju, koniecznym do donoszenia ciąży i urodzenia dziecka, jednak zawsze tym pierwszym punktem jest moment zapłodnienia. Innymi słowy, już od momentu zapłodnienia, niezależnie od tego, czy nastąpiło ono w ustroju kobiety czy *in vitro*, rozpoczyna się rozwój człowieka, którego człowieczeństwo z każdą chwilą się fizycznie realizuje, doskonali, i to nie skokowo z wyodrębnieniem poszczególnych etapów jakościowych, lecz przez ciągły oraz stały rozwój wszystkich elementów organizmu ludzkiego. Powyższe sprowadza się bezpośrednio do próby odpowiedzenia na pytanie, „czym” właściwie jest embrion w fazie przedimplantacyjnej, a dalej – czy można postawić znak równości pomiędzy nim a tradycyjnie rozumianym pojęciem *nasciturus*. Już dotychczasowe rozważania wykazują, że odpowiedź na to pytanie powinna być pozytywna. Stanowisko to akceptowane jest przez część doktryny (Książak, 2024, nb. 12; Majda, 2014, s. 176–177; Kwiecień-Madej, 2021, rozdział I.4.1.2.; Sokołowski, 2022, s. 659). Część autorów niezmiennie stoi natomiast na stanowisku, że poczęcie następuje nie w chwili połączenia gamet, lecz w momencie zagnieżdżenia się zapłodnionego jaja w macicy oraz że nie można postawić znaku równości pomiędzy embrionem a płodem, zaś tylko ten drugi określić można mianem dziecka poczętego (Bączyk-Rozwadowska, 2018, s. 249–255; Bączyk-Rozwadowska, 2022, s. 12).

Punktem wyjścia dalszych rozważań jest płynący z powyższego wywodu wniosek, że art. 927 § 2 k.c. powinien znaleźć zastosowanie także w odniesieniu do embrionów powstałych w wyniku stosowania technik wspomaganej medycznie prokreacji i to na każdym etapie tej procedury, również przedimplantacyjnej.

Należy wskazać, że kwestia ta nie jest szeroko omawiana w literaturze. J. Haberko wskazała wprawdzie, że przepisy te znajdują zastosowanie bez ograniczenia do embrionów powstałych w wyniku stosowania technik wspomaganej medycznie prokreacji i to na każdym etapie tej procedury, również przedimplantacyjnej, jednak ostatecznie dochodzi do wniosku, że przyjęcie w obecnym stanie prawnym założenia, że status takiego embrionu jest równy statusowi dziecka poczętego nie jest możliwy. Dzieje się tak nawet wówczas, gdy ustawodawca w przepisach przyznających ochronę dziecku poczętemu nie wyraża stanowiska, że ochronę tę należy odnieść wyłącznie

do dziecka poczętego *in vitro* (Haberko, 2010, s. 99–100; Haberko, 2008, s. 26–29)². Z kolei J. Ostojka wskazała, że ochrona embrionu *in vitro* powinna być, co do zasady, mniej intensywna niż ta przewidziana dla *nasciturusa*. Nie precyzuje przy tym, na czym ta zmniejszona „intensywność” powinna polegać (Ostojka, 2012, s. 84–98). Z. Czarnik i J. Gajda wyraźnie odróżniają natomiast *nasciturusa* od „zapłodnionej komórki jajowej do chwili jej implantowania”. Wskazują, że ochrona prawna *nasciturusa* ma charakter pośredni, tzn. realizowana jest za pomocą organizmu matki, zatem gdy brak organizmu kobiety, to brak również ochrony dziecka poczętego. Autorzy zwracają jednak uwagę na ewentualną możliwość odpowiedniego stosowania przepisów prawa cywilnego traktującego o *nasciturusie* do embrionu znajdującego się poza ustrojem kobiety w celu zapewnienia mu ochrony prawnej (Czarnik & Gajda, 1990, s. 105–106). A. Breczko z kolei stwierdziła, że konieczne jest określenie odrębnego statusu zarodka ludzkiego uzyskanego poza organizmem matki. Proponuje w odniesieniu do niego dwie odrębne kategorie: *surrnasciturus* i *pronasciturus*. Termin *surrnasciturus* ma służyć określeniu zarodka powstałego wskutek zapłodnienia pozaustrojowego – w wyniku zastosowania metody *in vitro* oraz implantowanego do łona matki zastępczej. *Pronasciturus* to nazwa nadawana dla zarodka przed jego implantacją do łona matki genetycznej i dla zarodka zamrożonego (Breczko, 2011, s. 177–178).

Wskazać jednak trzeba, że *de lege lata* takie rozróżnienia pojęciowe są nieuprawnione i w zasadzie dowolne, w szczególności jeśli na ich podstawie różnicowana byłaby ochrona prawna *nasciturusa* w zależności od tego, czy jest on *surro* – czy *pro* – *nasciturusem*. Należy też przytoczyć pogląd T. Sokołowskiego, który wskazuje wprost, że „brak jest jakiegokolwiek cywilnoprawnej przesłanki, aby różnicować ‘człowieczy statut’ *nasciturusa* w czasie, czyli dzielić okres prenatalny na jakiegokolwiek ‘podokresy’, w których *nasciturus* miałby różną sytuację prawną” oraz dodaje – w kontekście statusu prawnego embrionu – że jest on już bezspornie „osobną” istotą ludzką. Autor ten słusznie wskazuje, że: „zdolność fizyczna i psychiczna nie pojawia się *ex nihilo* dopiero z chwilą urodzenia, ale jest pewnym *continuum*, podlegającym ochronie w całości przed i po urodzeniu; inne podejście wydaje się z gruntu przestarzałe i nieskuteczne i nie może być dalej brane pod uwagę jako przekonująca alternatywa” (Sokołowski, 2022, s. 670). Podobnie J. Haberko i M. Załucki trafnie wskazują, że „Polskie prawo spadkowe nie zna obecnie rozwiązania, które pozwalałoby na różnicowanie dzieci pod względem sposobu i okresu ich poczęcia. Wartość życia ludzkiego jest zasadniczo taka sama w fazie prenatalnej, jak i później. Nie ma obecnie podstaw normatywnych do jego stopniowania w zależności od fazy rozwojowej, także w kontekście prawnospadkowym” (Haberko & Załucki, 2023, s. 51)

2 Należy jednak zauważyć, że artykuły te zostały napisane przed 2015 r. i nie uwzględniają przepisów ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności.

Na uwagę zasługuje również stanowisko R. Trzaskowskiego, który wskazuje, że „określenie «poczęcie» odnosi się do momentu zapłodnienia. Przyjęcie takiego założenia jest uzasadnione, gdyż, po pierwsze, odpowiada literalnemu znaczeniu słowa «poczęcie», a po drugie chodzi tu przecież w istocie o ochronę życia ludzkiego «od początku» jego rozwoju, a ten początek nieodparcie wiąże się z zapłodnieniem komórki jajowej. W takim ujęciu status istoty ludzkiej przed implantacją byłby w świetle prawa jednoznaczny: byłby to człowiek i należałoby traktować go z należną mu ludzką godnością (...)» (Trzaskowski, 2007, s. 44).

Należy stwierdzić, że w sytuacji przesądzenia przez ustawodawcę dopuszczalności i uregulowania zasad stosowania technik wspomaganego rozrodu w ustawie o leczeniu niepłodności oraz przy braku wyraźnego wyłączenia możliwości stosowania przepisów prawa cywilnego dotyczących *nasciturusa* do zarodka znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej, nie jest uzasadnione ich niestosowanie jedynie z powodu sposobu poczęcia dziecka. Zupełnie niezrozumiałe i pozbawione racjonalnego uzasadnienia jest natomiast, przy aktualnym stanie wiedzy z zakresu embriologii i rozwoju technologii MAP, wywodzenie, że przy zapłodnieniu *in vitro* inaczej należy określać moment poczęcia. Do poczęcia zawsze dochodzi w momencie zapłodnienia komórki jajowej, niezależnie od tego, czy następuje to *in vitro* czy *in vivo*.

Trzeba jednak dostrzec, że zarówno w dawniejszej, jak i we współczesnej literaturze można spotkać się ze stanowiskiem, zgodnie z którym w przypadku zapłodnienia *in vitro* – inaczej niż w przypadku zapłodnienia naturalnego – uznać należy, że poczęcie następuje nie w chwili połączenia gamet, lecz w momencie zagnieżdżenia się zapłodnionego jaja w macicy. K. Bączyk-Rozwadowska wskazała, że: „na gruncie prawa zrównanie embrionu *in vitro* z *nasciturusem*, tj. dzieckiem poczętym pozostającym w łonie matki [jest] nieuzasadnione i niepożądane”. Dodała, że: „z uwagi na brak w ustawodawstwach poszczególnych państw (w tym także Polsce) wyraźnych i jednoznacznych rozwiązań w kwestii prawnego statusu embrionu *in vitro* nie można zakładać, że byt ten jest podmiotem takich samych praw, jakie przypisuje się *nasciturusowi*”. W kontekście zapłodnienia *in vitro* stwierdziła, że „poczęcie interpretowane jest nie jako chwila połączenia gamet, lecz moment zainicjowania ciąży, równoznaczny z zagnieżdżeniem (nidation) embrionu w macicy kobiety” (Bączyk-Rozwadowska, 2018, s. 496). M. Pazdan, aprobuując takie stanowisko, twierdzi, że jest to konieczne „ze względu na potrzebę zachowania ładu prawnego” (Pazdan, 2020, nb. 3). Podobnie stanowczo wypowiedział się na ten temat M. Nesterowicz, który swój pogląd odnośnie do statusu cywilnoprawnego zarodka w fazie przedimplantacyjnej wyraził w kontekście odpowiedzialności odszkodowawczej (Nesterowicz, 2001, s. 143).

Wydaje się, że przeciwnicy uznania, że dzieckiem poczętym jest już zarodek znajdujący się w fazie przedimplantacyjnej, kierują się bardziej pragmatyzmem i schematycznym podejściem do cywilnoprawnej ochrony *nasciturusa*. Zgodzić się natomiast trzeba, że „nie tylko nauka prawa cywilnego, ale w ogóle nauka w swoim najszerszym

zakresie nie może przypisywać słowom, uformowanym w poprzednich okresach historycznych, tylko ich pierwotnego sensu, pomijając postęp wiedzy” (Sokołowski, 2022, s. 660). Konsekwencją przyjęcia takiego stanowiska jest uznanie, że embrion przed dokonaniem transferu nie jest płodem i nie stanowi dziecka poczętego, więc autorzy podzielający ten pogląd nawet nie podejmują próby szerszej analizy możliwości stosowania przepisów z zakresu ochrony *nasciturusa* do zarodka znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej.

Tymczasem ze względu na potrzebę ochrony praw dziecka (która uaktualnia się po jego urodzeniu) należy opowiedzieć się za poglądem, że *nasciturus* to dziecko od chwili zapłodnienia komórki jajowej. Jeśli zatem dziecko urodzi się żywe, będzie mogło dochodzić np. odszkodowania za szkody powstałe w okresie, gdy zarodek znajdował się jeszcze poza organizmem matki przed implantacją (art. 446¹ k.c.) i będzie mogło dziedziczyć po osobie zmarłej w tym czasie (art. 927 § 2 k.c.). Przyznanie chronionej pozycji *nasciturusowi* od chwili poczęcia (nie zaś od chwili implantacji do organizmu matki) jest w świetle założeń ochrony życia i praw dziecka oczywiste i poglądy negujące taką ochronę należy uznać za nietrafne, wręcz anachroniczne.

Powyższe stanowisko ma aktualnie tym większe uzasadnienie po wejściu w życie ustawy o leczeniu niepłodności z roku 2015. Należy bowiem wskazać, że część argumentów przeciwników stosowania przepisów prawa cywilnego dotyczących *nasciturusa* do embrionu w fazie przedimplantacyjnej sprowadzają się do tego, że z pewnością nie było to zamiarem ustawodawcy polskiego (Haberko, 2010, s. 96; Haberko, 2008, s. 18–19; Bosek, 2012, s. 305). Aktualnie argumenty te straciły na wartości. Skoro ustawodawca polski po wielu latach zdecydował się w 2015 roku na jednoznaczne dopuszczenie w określonych warunkach możliwości korzystania z technik wspomaganego rozrodu, nowelizując przy tym szereg przepisów, w tym kodeks rodzinny i opiekuńczy, nie można twierdzić, że ustawodawca w dalszym ciągu nie dostrzega wpływu rozwoju technologii medycznych na przepisy prawa cywilnego dotyczące *nasciturusa*. W żadnym jednak miejscu nie zdecydował się na wyłączenie możliwości stosowania przepisów dotyczących dziecka już poczętego, ale jeszcze nie-narodzonego do zarodka w fazie przedimplantacyjnej.

Z powyższych uwag wynika logiczny wniosek, że sytuacja zarodka, który znajduje się w fazie przedimplantacyjnej, powinna być oceniana tak samo jak sytuacja dziecka poczętego *in utero*. Dotyczy to również stosowania przepisu art. 927 § 2 k.c.

2. Analiza sytuacji prawnosпадkowej zarodka

Stosowanie przepisu art. 927 § 2 k.c. do zarodka rodzi szereg problemów, które nie mogą w ogóle ujawnić się w wypadku *nasciturusa* rozumianego tradycyjnie. Zdolność dziedziczenia przysługuje jedynie dziecku już poczętemu w chwili otwarcia spadku, oczywiście pod warunkiem żywego urodzenia. W przypadku dziecka po-

czętego w sposób naturalny nie ma żadnych wątpliwości, że jeżeli kobieta jest w ciąży z dzieckiem, którego ojcem jest spadkodawca³, to dziecko takie dziedziczy, ponieważ oczywistym jest, że zostało poczęte jeszcze za jego życia i w momencie otwarcia spadku było już poczęte. Sytuacja komplikuje się w przypadku zapłodnienia *in vitro*, kiedy do implantacji tak utworzonego zarodka albo samego zapłodnienia dochodzi *post mortem*. Prokreacja *post mortem* rodzi szereg swoistych trudności prawnych (Dyoniak, 1996; Marszelewski, 2014; Reszelska, 2017; Bączyk-Rozwadowska, 2021; Haberko & Załucki, 2023; Breczko & Andruszkiewicz, 2017). To właśnie takie sytuacje – z istoty rzeczy – będą nas interesowały w kontekście art. 927 § 2 k.c. Chodzi przecież o ocenę prawną konsekwencji prawnospadkowych śmierci spadkodawcy, która nastąpiła przed implantacją. Co do zasady będzie tu chodzić o dziedziczenie ustawowe, ale nie można wykluczyć również dziedziczenia testamentowego. W kontekście dziedziczenia ustawowego pierwotne wobec kwestii spadkowych będzie ustalenie pochodzenia dziecka, co w wypadkach zapłodnienia lub implantacji *post mortem* może sprawiać szczególne trudności (Tanajewska, 2016, s. 342; Łączkowska, 2011; Ostojka, 2012; Haberko & Załucki, 2023). Na potrzeby dalszych rozważań przyjmujemy, że sprawa oceniana jest przez sąd spadku *ex post*, gdy kwestia ta została już wyjaśniona.

Można rozróżnić trzy sytuacje związane z dziedziczeniem przez dziecko, które zostało poczęte *in vitro* w wyżej wymienionych warunkach:

a) Implantacja *post mortem* zarodka utworzonego w ramach dawstwa partnerskiego

Do zapłodnienia *in vitro* dochodzi za życia spadkodawcy, będącego dawcą komórek rozrodczych, z którego zarodek ma powstać, czyli w ramach dawstwa partnerskiego⁴. Jeżeli już po zapłodnieniu *in vitro*, jednak jeszcze przed transferem zarodka, powstałego z takiego zapłodnienia, dawca umiera, należy postawić pytanie, czy w momencie otwarcia spadku mamy już do czynienia z dzieckiem poczętym, co umożliwiłoby dziedziczenie w świetle art. 927 § 2 k.c. Moment poczęcia to moment połączenia komórki jajowej i komórek rozrodczych dawcy *in vitro* w ramach dawstwa partnerskiego. Jak wskazaliśmy wyżej, nie ma podstaw, by odstępować od wyraźnego brzmienia przepisu, który właśnie z poczęciem wiąże zdolność dziedziczenia

3 Oczywiście posługujemy się tu pewnym skrótem myślowym – przed urodzeniem nie można bowiem mówić o ojcostwie w znaczeniu prawnorodzinym, bo ono jest dopiero pochodną macierzyństwa, które z kolei ustala się z chwilą urodzenia dziecka.

4 Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 8 ustawy o leczeniu niepłodności z roku 2015 dawstwem partnerskim jest przekazanie komórek rozrodczych przez dawcę – mężczyznę w celu zastosowania ich w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji u biorczynie pozostającej z dawcą w związku małżeńskim albo we wspólnym pożyciu potwierdzonym zgodnym oświadczeniem dawcy i biorczynie; w dawstwie partnerskim stosowane są komórki rozrodcze biorczynie. Dawstwo to służy zatem zapłodnieniu homologicznemu, które polega na nasienienu komórki jajowej nasieniem męża lub partnera.

czenia. W konsekwencji w razie transferu zarodka już po otwarciu spadku, a następnie urodzenia się dziecka, będzie ono dziedziczyć z ustawy jako dziecko zmarłego. Zdolność dziedziczenia ma jednak szersze znaczenie – jeśli w tym czasie otworzy się spadek po innej osobie (np. dalszym wstępnym ojca), dziecko oczywiście również może po nim dziedziczyć.

Trzeba zauważyć, że w tym przypadku, aby dziecko pochodzące biologicznie od zmarłego ojca mogło po nim dziedziczyć, nie musi być zachowany jakikolwiek termin na dokonanie transferu zarodka do organizmu kobiety. Po pierwsze, dokonanie takiego transferu *post mortem*, gdy zarodek został utworzony w ramach dawstwa partnerskiego, jest dopuszczalne na podstawie art. 33 u.l.n., w którego treści nie został wprowadzony jakikolwiek termin na przeprowadzenie transferu. Po drugie, pomocny przy ustalaniu pochodzenia dziecka od zmarłego mężczyzny może okazać się art. 85 k.r.o., w którym zawarto domniemanie ojcostwa mężczyzny, który był dawcą komórki rozrodczej w przypadku dziecka urodzonego w wyniku dawstwa partnerskiego w procedurze medycznie wspomaganą prokreacji⁵.

Należy jednak zastrzec, że na dokonanie transferu w przypadku braku zgody dawcy komórki rozrodczej w ramach dawstwa partnerskiego (której nie może udzielić, ponieważ nie żyje), kobieta musi uzyskać zastępczą zgodę sądu, o którą musi wystąpić na podstawie art. 21 ust. 2 u.l.n. Przepis ten znajduje bowiem zastosowanie nie tylko w przypadku „sporu” co do dokonania transferu, ale również gdy z obiektywnych względów, jak właśnie śmierć mężczyzny, zgody takiej nie można uzyskać bezpośrednio przed dokonaniem transferu.

b) Implantacja *post mortem* zarodka utworzonego w ramach dawstwa innego niż partnerskie

Do zapłodnienia *in vitro* dochodzi za życia spadkodawcy, niebędącego dawcą komórek rozrodczych, z którego zarodek ma powstać, czyli w ramach dawstwa innego niż partnerskie, zaś do implantacji zarodka doszło *post mortem*, jednak złożył on obowiązkowe dla rozpoczęcia procedury *in vitro* oświadczenie o uznaniu ojcostwa albo był mężem biorczyny i wyraził zgodę na procedurę MAP. W przypadku takiej sytuacji również uznać trzeba, że momentem poczęcia jest moment połączenia komórki jajowej i komórek rozrodczych dawcy anonimowego *in vitro* w ramach dawstwa innego niż partnerskie. Wówczas zmarły spadkodawca będzie uznany za ojca dziecka, które urodzi się wskutek transferu zarodka już po otwarciu spadku.

W przypadku powyższego stanu faktycznego należy poczynić trzy istotne zastrzeżenia.

5 W art. 85 § 1 k.r.o. uregulowane zostało domniemanie prawne ojcostwa. Jego przesłanką jest w obecnym brzmieniu obcowanie z matką dziecka w okresie pomiędzy 300 a 181 dniem przed urodzeniem się dziecka albo dawstwo komórki rozrodczej w przypadku dziecka urodzonego w wyniku dawstwa partnerskiego w procedurze medycznie wspomaganą prokreacji. Wnioskiem domniemania jest ojcostwo dziecka.

Po pierwsze, w sytuacji, kiedy zmarły nie był mężem biorczyni, do urodzenia dziecka musi dojść w terminie dwóch lat od złożenia oświadczenia przez spadkodawcę o uznaniu ojcostwa, które po bezskutecznym upływie terminu nie wywoła zamierzonych nim skutków prawnych w postaci ustalenia pochodzenia dziecka od mężczyzny, który zmarł przed transferem (art. 75¹ § 2 k.r.o.). W takim wypadku dziecko nie będzie dziedziczyć ustawowo po takim mężczyźnie nie dlatego, że nie ma zdolności dziedziczenia, lecz dlatego, że brak będzie łącznika, z którego dziedziczenie ustawowe miałyby wynikać (dziecko nie będzie zstępnym zmarłego). Nie wyklucza to jednak ewentualnego dziedziczenia testamentowego. Gdyby dawca sporządził testament, w którym do spadku powołał dziecko, które narodzi się w wyniku zastosowanej procedury, co jest dopuszczalne (Borysiak, 2024, nb. 37), to fakt, że nie zostanie ustalone jego ojcostwo, nie będzie miał znaczenia.

Po drugie, w przypadku, kiedy zmarłym był mąż matki, do urodzenia dziecka musi dojść przed upływem 300 dni od ustania małżeństwa, a więc śmierci mężczyzny, aby domniemanie pochodzenia dziecka z małżeństwa mogło zadziałać (art. 62 § 1 k.r.o.). Dziedziczenie ustawowe przez dziecko będzie zatem możliwe tylko, jeżeli do implantacji zarodka dojdzie niezwłocznie po otwarciu spadku, tak, aby zachowany został powyższy termin. Paradoksalnie zatem, wdowa po zmarłym mężu, jeżeli chce zapewnić dziecku prawa do spadku po nim, ma mniej czasu na implantację zarodka niż kobieta niepozostająca z mężczyzną w związku małżeńskim przed jego śmiercią, a jedynie w nieformalnym związku partnerskim.

Po trzecie, trzeba pamiętać, że dokonanie implantacji zarodka *post mortem*, jeżeli do jego utworzenia doszło w ramach dawstwa innego niż partnerskie, jest zakazane. Wynika to z art. 33 u.l.n. *a contrario*, w którym ustawodawca wskazał, że jedynie „zarodki powstałe w wyniku dawstwa partnerskiego mogą być przeniesione do organizmu biorczyni po śmierci dawcy komórek rozrodczych, z których utworzono zarodek”. Uważamy jednak, że jeżeli, pomimo takiego zakazu, dojdzie do implantacji zarodka *post mortem*, który został utworzony w ramach dawstwa innego niż partnerskie, w żadnym razie nie można twierdzić, że do takiego dziecka nie należy stosować zasad ustalania jego pochodzenia oraz przepisu art. 927 § 2 k.c., w taki sam sposób jak do wszystkich innych dzieci. Nie można przecież dyskryminować dzieci, które urodziły w skutek takiej niedozwolonej procedury.

c) Zapłodnienie *post mortem*

Wreszcie można wyróżnić trzecią sytuację, kiedy nie tylko do transferu zarodka dochodzi po momencie otwarcia spadku, ale również do zapłodnienia *in vitro* dojdzie już po śmierci mężczyzny. Tutaj można łącznie rozpatrywać zarówno sytuacje, kiedy spadkodawca był dawcą komórek rozrodczych, z których zarodek utworzono w ramach dawstwa partnerskiego, jak również kiedy nie był, zaś zarodek utworzono w ramach dawstwa innego niż partnerskie, ale spadkodawca był mężem matki dziecka i wyraził zgodę na procedurę MAP albo jako jej partner złożył oświadczenie

na podstawie art. 75¹ k.r.o. Trzeba mieć na uwadze, że polski ustawodawca w przepisie art. 18 ust. 1 pkt 2 u.l.n. w sposób jednoznaczny wprowadził zakaz zapłodnienia *post mortem*, wskazując, że niedopuszczalne jest zastosowanie w procedurze medycznie wspomaganey prokreacji komórek rozrodczych pobranych od dawcy, jeżeli dawca, od którego pobrano komórki rozrodcze w celu dawstwa partnerskiego, zmarł. Zakaz ten dotyczy zatem tylko dawstwa partnerskiego, kiedy wskutek zapłodnienia i implantacji *post mortem* zarodka urodziłoby się dziecko pochodzące biologicznie od zmarłego mężczyzny.

Należy jednak zauważyć, co jest najistotniejsze w kontekście rozważanych tutaj kwestii, że w momencie otwarcia spadku nie mamy jeszcze do czynienia w ogóle z zarodkiem, ponieważ do poczęcia dziecka jeszcze nie doszło, niezależnie od tego, czy procedura MAP dotyczy dawstwa partnerskiego czy dawstwa innego niż partnerskie. Innymi słowy – nawet jeżeli wbrew zakazowi wynikającemu z przepisu art. 18 ust. 1 pkt 2 u.l.n. dojdzie do zapłodnienia *post mortem*, a następnie do transferu i urodzenia dziecka, dziecko takie nie będzie mogło dziedziczyć z ustawy po zmarłym dawcy komórek rozrodczych, a więc po ojcu, od którego pochodzi genetycznie. Analogicznie będzie przedstawiać się sytuacja, jeżeli procedura MAP dotyczyła dawstwa innego niż partnerskie i zmarły mężczyzna był mężem matki i wyraził na to zgodę albo jako jej partner złożył oświadczenie na podstawie art. 75¹ k.r.o., pomimo świadomości, że zarodek zostanie utworzony przy użyciu nasienia anonimowego dawcy. Kluczowe w obu sytuacjach jest bowiem ustalenie, że na chwilę otwarcia spadku zarodek jeszcze nie powstał, a zatem nie można jeszcze mówić o jego zdolności dziedziczenia. *De lege ferenda* można jednak rozważyć takie zmiany normatywne, które rozszerzyłyby w pewnych sytuacjach związanych z procedurami MAP zdolność dziedziczenia również na okres sprzed poczęcia (Księżak, 2024, nb. 12–13).

W kontekście technik wspomaganego rozrodu oznacza to, że aby uznać, że dziecko poczęte *in vitro* może być spadkobiercą na podstawie przepisu art. 927 § 2 k.c. bądź zapisobiercą zwykłym albo zapisobiercą windykacyjnym na podstawie przepisów art. 972 k.c. i art. 981⁵ k.c., niezbędną przesłanką jest ustalenie, że do zapłodnienia *in vitro* doszło jeszcze przed otwarciem spadku i że w chwili otwarcia spadku zarodek już istnieje i znajduje się w fazie przedimplantacyjnej i oczekuje na transfer. Dotyczy to zarówno dziedziczenia ustawowego, jak i dziedziczenia testamentowego. Jeśli bowiem sporządzono testament, w którym do spadku powołane zostało dziecko, które w chwili śmierci testatora znajduje się w fazie przedimplantacyjnej, dziecko takie może być powołane do dziedziczenia po spadkodawcy, jeżeli urodzi się żywe. Może ono być ustanowione spadkobiercą w testamencie na zasadach ogólnych, gdyż jest podmiotem istniejącym i „oznaczalnym” w chwili sporządzenia testamentu (Borysiak, 2024, nb 37).

Brak jest natomiast okoliczności przemawiających za uznaniem, że wyżej wymienionych przepisów nie należy stosować do zarodka istniejącego już na moment otwarcia spadku, a jedynie znajdującego się w tym szczególnym momencie przedim-

plantacyjnym (zatem przed transferem do organizmu kobiety). Przesłanką uznania posiadania warunkowej zdolności dziedziczenia przez *nasciturusa* nie jest przecież znajdowanie się w ciąży przez biorczynię zarodka, a istnienie dziecka poczętego – takie natomiast istnieje od momentu stworzenia zarodka. Z pewnością inna wykładnia byłaby sprzeczna z zasadą dobra dziecka, które się urodziło i prawnie pochodzi od zmarłego mężczyzny (Księżak, 2024, nb 12; Borysiak, 2024, nb 30–35; Kwiecień-Madej, 2021, I.4.1.1.–4.1.2; Czarnik & Gajda, 1990, s. 108; odmiennie Bączyk-Rozwadowska, 2018, s. 496; Rafałowicz, 2017, s. 112, 121). Argumenty, które są w tym kontekście przywoływane, sprowadzają się do trudności praktycznych, które mogą się pojawić (Rafałowicz, 2017). Nie sposób jednak uznać, że komplikacje, mogące wiązać się z faktem, że w chwili śmierci spadkodawcy potencjalny spadkobierca jest zarodkiem pozostającym poza organizmem przyszłej matki, ważyć mogły więcej niż dobro dziecka, które ma na względzie art. 927 § 2 k.c.

Przepisy odnoszące się do ustalania praw do spadku w ogóle nie dotyczą sytuacji, gdy konieczne jest oczekiwanie na urodzenie się dziecka, które jest potencjalnym spadkobiercą. Mimo braku wyraźnej regulacji w tym zakresie za trafny należy uznać dominujący w doktrynie pogląd, że sąd spadku (albo notariusz) nie może wydać postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku (a notariusz sporządzić aktu poświadczenia dziedziczenia), gdy spadkobierca jeszcze się nie narodził (Felski, 1986, s. 42–43; Matusik, 2017; Rafałowicz, 2017, s. 110–111; Borysiak, 2024). Stanowisko takie normatywnie można uzasadnić tym, że dla *nasciturusa* przed narodzinami nie może rozpocząć się (a tym bardziej upłynąć) bieg terminu do złożenia oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku, co wyklucza ustalenie praw do spadku (art. 1026 k.c.). W wypadku, gdy potencjalnym spadkobiercą jest *nasciturus* znajdujący się jeszcze poza organizmem matki, konieczne jest inne podejście do tego zagadnienia. Utrzymywanie się stanu niepewności przez wiele lat i uniemożliwienie udokumentowania praw do spadku jest zbyt uciążliwe dla innych spadkobierców i obrotu prawnego w ogóle. W tych okolicznościach należałoby dopuścić sytuację, w której nastąpi stwierdzenie praw do spadku z pominięciem *nasciturusa* znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej, zwłaszcza gdy brakuje informacji, by do transferu zarodka miało dojść w jakimś ustalonym już terminie.

W sytuacji, gdy zostanie wydany dokument poświadczający prawa do spadku mimo istnienia potencjalnego zarodka (dziecka poczętego w fazie przedimplantacyjnej), należy liczyć się z tym, że w przyszłości konieczne będzie ponowne ustalenie praw do spadku (Kwiecień-Madej, 2021, I.4.3.1.1.1). Nie jest to w prawie sytuacja nieznaną, przeciwnie: w postępowanie spadkowe wpisane jest ryzyko, że ustalenia co do kręgu spadkobierców mogą ulec zmianie. Przykładem może być odnalezienie testamentu, ustalenie lub zaprzeczenie ojcostwa, które wpływa na krąg spadkobierców, lub ustalenie niegodności dziedziczenia jednego ze spadkobierców. Wówczas natomiast możliwe będzie dokonanie zmiany postanowienia w przedmiocie stwierdzenia nabycia spadku, jak również aktu poświadczenia dziedziczenia lub europejskiego

poświadczenia spadkowego (Haberko & Załucki, 2023, s. 53). Należy wskazać w tym kontekście na uchwałę SN z 25 lipca 2019 r., III CZP 12/19, w której uzasadnieniu SN dostrzegł, że przepisy k.p.c. nie uniemożliwiają wystąpienia sytuacji, w której pomimo istnienia dziecka poczętego spadkodawcy, sąd stwierdzi nabycie spadku przez osoby wyprzedane przez nie w dziedziczeniu.

Wnioski

Z powyższego wynika, że chociaż uznanie warunkowej zdolności dziedziczenia przez *nasciturusa*, który w momencie otwarcia spadku znajdował się w fazie przedimplantacyjnej, może wiązać się trudnościami praktyczno-prawnymi, okoliczność ta nie może stanowić argumentu dla pozbawienia dziecka praw spadkowych (przede wszystkim po zmarłym ojcu).

Można natomiast postulować w tym zakresie wnioski *de lege ferenda*, jak przede wszystkim ustalenie terminu, w którym kobieta musi dokonać implantacji zarodka (Haberko & Załucki, 2023, s. 53) oraz obowiązku poinformowania o takim zamiarze pozostałych spadkobierców i sąd spadku. Wzorem mogą tu być rozwiązania zagraniczne, np. hiszpańskie (Marszelewski, 2015, s. 102–103). Konieczna wydaje się przy tym głębsza refleksja doktrynalna nad takim ukształtowaniem w przyszłości nowych przepisów oraz wykładni tych obowiązujących, by zapewnić pełną ochronę prawną dziecku, którego sytuacja zależy od kwalifikacji zdarzeń mających miejsce w okresie, gdy dziecko to było jeszcze zarodkiem oczekującym na transfer do organizmu matki.

BIBLIOGRAFIA

- Bączyk-Rozwadowska, K. (2018). *Prokreacja medycznie wspomagana. Studium z dziedziny prawa*. Wydawnictwo TNOiK – Dom Organizatora.
- Bączyk-Rozwadowska, K. (2021). Prawne aspekty wspomaganey prokreacji post mortem. *Gdańskie Studia Prawnicze*, 1, 46–65.
- Bączyk-Rozwadowska, K. (2022). Pochodzenie dziecka poczętego in vitro. *Białostockie Studia Prawnicze* 27(3), 11–32.
- Borysiak, W. (2024). Komentarz do art. 927 k.c. w: K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 32. Legalis.
- Bosek, L. (2012). *Gwarancje godności ludzkiej i ich wpływ na polskie prawo cywilne*. Wydawnictwo Sejmowe.
- Breczko, A. (2011). *Podmiotowość prawna człowieka w warunkach postępu biotechnomedycznego*. Temida 2.
- Breczko, A. & Andruszkiewicz, M. (2017). Prawo spadkowe w obliczu postępu technologicznego (nowe wyzwania w XXI wieku). *Białostockie Studia Prawnicze*, 22(4), 27–46.
- Czarnik, Z. & Gajda, J. (1990). Ochrona prawna dziecka poczętego in vitro i pozostającego poza organizmem matki (uwagi de lege lata i de lege ferenda). *Nowe Prawo*, 10–12, 104–118.

- Dyoniak, A. (1994). Pozycja nasciturusa na obszarze majątkowego prawa prywatnego. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 3, 49–61.
- Dyoniak, A. (1996). Status prawny dziecka pochodzącego z postmortalnej inseminacji albo postmortalnej implantacji embrionu. w: T. Smyczyński (red.), *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne* (ss. 39–46). Wydawnictwo Nakom.
- Felski, T. (1986). Wpływ warunkowej zdolności do dziedziczenia na postępowanie o stwierdzenie nabycia spadku. *Nowe Prawo*, 11–12, 40–45.
- Haberko, J. (2008). Status cywilnoprawny ludzkiego embrionu w fazie przedimplantacyjnej. *Przegląd Sądowy*, 10, 17–31.
- Haberko, J. (2010). *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*. Wolters Kluwer.
- Haberko, J. & Załucki, M. (2023). Dopuszczalność i prawnosпадkowe konsekwencje postmortalnej implantacji zarodka. *Prawo w Działaniu, Sprawy Cywilne*, 56, 33–57.
- Księżak, P. (2024). Komentarz do art. 8 k.c. w: K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 32. Legalis.
- Kwiecień-Madej, A. (2021). *Sytuacja prawna ojca dziecka poczętego w polskim prawie rodzinnym*. C.H. Beck.
- Łączkowska, M. (2011). Ustalenie macierzyństwa i ojcostwa w przypadku zabiegów medycznie wspomaganą prokreacji ludzkiej. *Acta Iuris Stetinensis*, 2, 29–48.
- Majda, R. (2014). Komentarz do art. 8 k.c. w: M. Pyziak-Szafnicka, Paweł Księżak (red.), *Komentarz. Kodeks Cywilny, Część Ogólna*, wyd. 2 (ss. 151–179). Wolters Kluwer.
- Marszelewski, M. (2014). Zarys problematyki zapłodnienia „post mortem”. w: E. Kabza & K. Krupa-Lipińska (red.), *Prawo cywilne w świetle obecnej regulacji i pożądaných zmian* (ss. 101–115). Wydział Prawa i Administracji. Uniwersytet Mikołaja Kopernika.
- Marszelewski, M. (2015). Zapłodnienie post mortem w europejskim prawie porównawczym. Przyczynek do oceny polskiej ustawy o leczeniu niepłodności. *Prawo i Medycyna*, 17(4), 98–114.
- Matusik, G. (2017). Pozycja prawna kuratora ustanowionego dla dziecka poczętego. *Rejent*, 27(2), 88–115.
- Nesterowicz, M. (2011). Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 29 lipca 2009 r., I ACa 308/09. *Przegląd Sądowy*, 1, 143–147.
- Ostojska, J. (2012). O problemie podmiotowości prawnej embrionu in vitro. *Prawo i Medycyna*, 14(1), 84–98.
- Ostojska, J. (2012). Sytuacja prawna dziecka urodzonego w drodze postmortalnej implantacji embrionu in vitro. *Prawo i Medycyna*, 14(2), 32–46.
- Pazdan, M. (1974). Zdolność dziedziczenia w polskim prawie prywatnym międzynarodowym. *Studia Cywilistyczne*, 24, 71–119.
- Pazdan, M. (2020). Komentarz do art. 8. W: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, wyd. 10. Legalis.
- Rafałowicz, P. (2017). Dziedziczenie ustawowe nasciturusa poczętego w procedurze zapłodnienia pozaustrojowego. *Prawo i Medycyna*, 19(4), 104–122.

- Reszelska, A. (2017). Zapłodnienie post mortem w świetle ustawy o leczeniu niepłodności. *Prawo i Medycyna*, 19(4), 84–92.
- Smyczyński, T. (1999). Pojęcie dziecka i jego podmiotowość. w: T. Smyczyński (red.), *Konwencja o prawach dziecka – analiza i wykładnia* (ss. 39 – 47). Ars boni et aequi.
- Sokołowski, T. (2022). Ochrona osobistego interesu nasciturusa oraz jego rodziców, w: J. Haberko, J. Grykiel & K. Mularski (red.), *Ius civile vigilantibus scriptum est. Księga jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka* (ss. 659–672). C.H. Beck.
- Tanajewska, R. (2016). Pozycja prawna nasciturusa przy dziedziczeniu ustawowym w sytuacji śmierci spadkodawcy przed uznaniem ojcostwa. *Miscellanea Historico-Iuridica*, XV(1), 339–350.
- Trzaskowski, R. (2007). *Opinia prawna na temat oceny cywilnoprawnych konsekwencji zmiany art. 38 Konstytucji RP*. w: *Konstytucyjna ochrona życia*, Druk sejmowy nr 993, Sejm V Kadencji, 3/2007.
- Uchwała Sądu Najwyższego z 25 lipca 2019 r., sygn. III CZP 12/19.
- Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności (tekst jedn. Dz.U. z 2020 poz. 442).

Kinga Michałowska

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie, Polska

michalok@uek.krakow.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2133-8110>

Dorota Ambrożuk-Wesołowska

Uniwersytet Szczeciński, Polska

dorota.ambrozuk-wesolowska@usz.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2828-2049>

Ochrona praw małoletnich pacjentów w świetle wymogów dokumentu Standardy ochrony małoletnich

Protection of the Rights of Minor Patients in the Light of the Requirements of the Document on ‘Standards for the Protection of Minors’

Abstract: From 15 August 2024, institutions providing healthcare services where children are or may be present are required to introduce an additional mandatory document, the so-called Standards for the Protection of Minors. The essence of this document is to ensure the safety of a minor patient in relations with the entity’s staff, other minor patients and persons close to them. The legislature’s idea was to indicate the principles determining safe contact with a minor and the procedures for responding in any situation of suspicion that a child is being harmed. Unfortunately, the universal scheme set out by the Act is difficult to implement to the same extent in every institution; it therefore requires adaptation to the specifics of its activity. It also requires taking into account the risks that may occur in a given place and the provisions regulating the activity of the entity and its internal regulations. This article aims to present selected problems noticed during the development and introduction of the document on standards for the protection of minors in medical institutions.

Keywords: child abuse, healthcare personnel, patient rights, safety of minor patients, standards for the protection of minors

Słowa kluczowe: krzywdzenie dziecka, personel podmiotu, prawa pacjenta, bezpieczeństwo małoletniego pacjenta, standardy ochrony małoletnich

Wprowadzenie

Problemy zdrowotne dziecka, zwłaszcza przewlekła choroba, powodują konieczność wzmożonych kontaktów małego pacjenta z personelem medycznym, w tym pobytów w podmiotach udzielających świadczeń zdrowotnych, co wiąże się z określonym ryzykiem, za które w odniesieniu do chorych dzieci uznaje się nierespektowanie ich praw i potrzeb. Tak rozumiane ryzyko mieści się w pojęciu tzw. krzywdzenia instytucjonalnego (Perek & Cepuch, 2008, s. 25). Zarówno częstotliwość kontaktów, jak i czas ich trwania może nie tylko wpływać na stan psychiczny dziecka, ale również stwarzać potencjalne ryzyko kontaktów dziecka z osobami, których zamiary względem małoletniego nie zawsze będą pozostawać w zgodności z jego dobrem i mogą sprzyjać sytuacjom, w których dojdzie do skrzywdzenia dziecka. Krzywdzącym może być zarówno osoba z personelu podmiotu, inne przebywające w podmiocie dziecko, jak i inna osoba dorosła, która z uwagi na udzielane dziecku *świadczenie* ma z nim kontakt (np. rodzic innego dziecka przebywającego na oddziale szpitalnym czy rodzic chorego dziecka lub inna bliska dziecku osoba).

Podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych nieprzypadkowo zostały wskazane jako te, które w związku z wykonywanymi zadaniami mają możliwość dostrzeżenia symptomów krzywdzenia dziecka. Można bowiem wskazać na dwa obszary związane z udzielanymi dziecku świadczeniami zdrowotnymi, w których weryfikacja podejrzenia lub stwierdzenia stanu krzywdzenia dziecka jest możliwa. Pierwszy daje osobom udzielającym świadczeń zdrowotnych możliwość dostrzeżenia symptomów krzywdzenia dziecka przez osoby mające z nim codzienny kontakt, w tym jego bliskich czy opiekunów. Wówczas weryfikacja ewentualnych podejrzeń jest możliwa z uwagi na udzielane dziecku świadczenia zdrowotne, w tym uzyskane w trakcie badania informacje, wywiad czy obserwacje sugerujące źródło problemów zdrowotnych dziecka. Drugi, w którym ryzyko krzywdzenia dziecka jest zwiększone, to sytuacje mogące potencjalnie mieć miejsce w podmiocie udzielającym świadczeń zdrowotnych. Tu krzywdzącymi mogą być głównie osoby z personelu podmiotu, nie można jednak wykluczyć sytuacji krzywdzenia pomiędzy samymi dziećmi przebywającymi w podmiocie bądź krzywdzenia ze strony rodzica czy opiekuna, który, wykonując swoje prawo do opieki, przebywa w podmiocie razem z dzieckiem. Aby zminimalizować stres szpitalny i uniknąć negatywnego wpływu przeżyć szpitalnych na psychiczne i fizyczne funkcjonowanie pacjenta w wieku rozwojowym, wszyscy pracownicy medyczni powinni bezwzględnie przestrzegać praw i potrzeb dziecka chorego. Dlatego ważne jest, aby w dokumencie standardów ochrony małoletnich znalazły się zasady, na których oparty jest kontakt z pacjentem-dzieckiem, a także zostały wskazane sytuacje, które nie są w podmiocie akceptowane oraz procedury reagowania w sytuacji zaistnienia choćby podejrzenia krzywdzenia dziecka.

Celem artykułu jest przedstawienie wybranych problemów dostrzeżonych przy okazji opracowywania i wprowadzania dokumentu standardów ochrony małoletnich

w podmiotach medycznych oraz wskazanie przykładowych rozwiązań. W pracy zastosowana została metoda dogmatyczno-językowa.

1. Idea wprowadzenia, przesłanki i istota dokumentu Standardy ochrony małoletnich

Idea wzmoczonej ochrony dzieci przed krzywdzeniem jest rozwijana od kilkadziesiąt lat. Jej prekursorem były głównie organizacje społeczne, które w codziennej pracy pomocowej z dziećmi zderzają się z problemem przemocy i krzywdzenia dzieci. Podmioty te opracowały wzory dokumentów tzw. Polityk ochrony dzieci, które stały się wyznacznikiem zasad w relacjach z dziećmi oraz bodźcem do zgłaszania odpowiednim podmiotom i instytucjom informacji, że dziecko jest krzywdzone (Katana i in., 2023, s. 4). Uświadomienie zasad podmiotowego traktowania dziecka i stworzenie procedur, ścieżek i wzorów dokumentów miały za zadanie ułatwić realizację powszechnego obowiązku informowania o krzywdzie dziecka, zarówno w sytuacjach, gdy jest ono ofiarą przestępstwa, jak i wtedy, gdy jest po prostu zaniedbywane (Sitarz, 2022, s. 72).

Przedstawiony przez Fundację Dajemy Dzieciom Siłę raport *Dzieci się liczą 2022. Raport o zagrożeniach bezpieczeństwa i rozwoju dzieci w Polsce* zawierał dane o skali krzywdzenia dzieci wskazujące, że 41% dzieci doświadcza przemocy ze strony bliskich dorosłych. Dane nie pozostawiają złudzeń, że sytuacja przemocy względem dzieci stanowi pilny do rozwiązania problem społeczny i prawny. W końcowej części raportu – rekomendacjach – wskazano potrzebę podejmowania dalszych działań w zakresie ochrony dzieci przed krzywdzeniem. Ważne jest, by wprowadzić prawny wymóg wdrożenia standardów ochrony dzieci przed krzywdzeniem we wszystkich miejscach, w których przebywają dzieci, oraz w instytucjach i organizacjach działających na rzecz dzieci. Standardy te powinny uwzględniać m.in. wprowadzenie w instytucji/organizacji polityki ochrony dzieci (w tym procedur interwencji), weryfikację pracowników, opracowanie zasad bezpiecznych relacji i ścieżek interwencji w przypadku podejrzenia krzywdzenia dzieci oraz szkolenie pracowników (Dajemy Dzieciom Siłę, 2022)¹.

1 W raporcie wskazano również, że: 57% badanych dzieci doświadcza przemocy ze strony rówieśników; ponad 170 000 dzieci i nastolatków zostało objętych w 2020 r. pomocą specjalistyczną ze względu na zaburzenia psychiczne; w 2021 r. policja odnotowała 1496 prób samobójczych popełnionych przez osoby poniżej 19 roku życia; 127 prób samobójczych podjętych przez dzieci lub nastolatków zakończyło się śmiercią; pod względem liczby prób samobójczych zakończonych zgonem Polska jest na drugim miejscu w Europie, po Niemczech; w 2021 r. założono 11 129 Niebieskich Kart, w których jako pokrzywdzonych wskazano osoby małoletnie; w 2021 r. 1335 dzieci zostało odebranych z rodzin z powodu zagrożenia życia w związku z przemocą; w pieczy zastępczej umieszczono 52 572 dzieci.

Kolejne liczne i niepokojące doniesienia o tragicznych sytuacjach krzywdzenia dzieci skłoniły ustawodawcę do reakcji, której efektem jest uchwalona 28 lipca 2023 r. Ustawa o zmianie ustawy kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, tzw. „ustawa Kamilka” (Sejm, 2023)². Oprócz zmian w kodeksie cywilnym zmiany dotyczyły ustawy z dnia 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym, zmieniając nie tylko jej meritum, ale poszerzając tytuł o „ochronę małoletnich” – dalej jako p.p.s.U. (Sejm RP, 2016). W ramach tych zmian, jako szczególny środek ochrony małoletnich, wprowadzono obligatoryjny wymóg wdrożenia i stosowania dokumentu standardów ochrony małoletnich³.

Podstawowym celem dokumentu jest wprowadzenie zasad obowiązujących w relacjach pomiędzy personelem podmiotu, którego działalność skierowana jest do dzieci, w tym m.in. placówki medycznej, a dzieckiem oraz wyznaczenie procedur reagowania w każdej sytuacji, gdy dziecko jest krzywdzone bądź gdy ryzyko krzywdzenia jest prawdopodobne. Na etapie legislacyjnym w uzasadnieniu projektu ustawy podkreślono, że „(...) potrzebne są zatem środki o charakterze profilaktycznym jak i interwencyjnym, ukierunkowane na zawiadomienie właściwych organów oraz natychmiastową pomoc skrzywdzonemu, jego bliskim (o ile nie są krzywdzicielami), a także w stosownych przypadkach wsparcie otoczenia. Musi to znajdować odzwierciedlenie w omawianych procedurach, które tylko w ten sposób spełnią cel, który przyświeca ich wprowadzeniu. Stąd projektodawca za niezbędne elementy standardów uznał te, które odpowiadają tym obszarom (...)” (Sejm RP, 2023).

Wskazany w ustawie obowiązek zawiadomień nie jest czymś nowym, gdyż z racji obowiązków zawodowych m.in. osób wykonujących zawody medyczne, w tym lekarzy, pielęgniarek czy ratowników medycznych, każdy z przedstawicieli wskazanych profesji ma obowiązek zawodowy informowania o podejrzeniu stanu krzywdzenia lub o krzywdzeniu dziecka. W praktyce samo informowanie, z wyjątkiem przypadków drastycznych, nie do końca jest realizowane. Powodem jest najczęściej brak wytyczonych ścieżek informowania wewnątrz podmiotu, rozproszenie przepisów oraz obawa braku jednoznacznych informacji potwierdzających, że dziecko jest krzywdzone. Z tego powodu, aby rozwiązać wątpliwości co do obaw przed ingerencją w życie dziecka i jego rodziny (Graziano, 1994, s. 415), wprowadzony został obligatoryjny wymóg wdrożenia i stosowania dokumentu standardów ochrony małoletnich (Krawczak i in., 2023, s. 8–9).

2 Potrzebę wprowadzenia zawartych w ustawie rozwiązań podkreśliły wyniki głosowania: za przyjęciem ustawy zagłosowało 441 posłów, 11 było przeciw, a jeden wstrzymał się od głosu (Sprawozdanie Komisji o poselskim projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, druki nr 3309, 3403 i 3403-A).

3 W uzasadnieniu projektu doprecyzowano, czym są standardy, podkreślając, że są to „procedury ochrony małoletnich przed krzywdzeniem, zob. Druk nr 3309, zawierający uzasadnienie do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Sejm RP, 2023).

2. Zakres podmiotowy obowiązku wprowadzenia i stosowania dokumentu standardów oraz wymóg weryfikacji osób zaliczonych do personelu podmiotu

Obowiązek wprowadzenia i stosowania dokumentu standardów ochrony małoletnich dotyczy podmiotów, które w zakresie prowadzonej działalności mają kontakt z dziećmi. Zakres podmiotowy obowiązku wprowadzenia dokumentu wskazany jest w treści art. 22b p.p.s.U., który stanowi, że obowiązek wprowadzenia standardów ochrony małoletnich ma każdy organ zarządzający jednostką systemu oświaty oraz inną placówką oświatową, opiekuńczą, wychowawczą, resocjalizacyjną, religijną, artystyczną, medyczną, rekreacyjną, sportową lub związaną z rozwijaniem zainteresowań, do której uczęszczają albo w której przebywają lub mogą przebywać małoletni. Ponadto, zgodnie z ust. 2, obowiązek ten dotyczy organizatorów działalności oświatowej, opiekuńczej, wychowawczej, resocjalizacyjnej, religijnej, artystycznej, medycznej, rekreacyjnej, sportowej lub związanej z rozwijaniem zainteresowań przez małoletnich. Jednym z obowiązków do wprowadzenia dokumentu standardów są podmioty wykonujące działalność medyczną. Przepis nie definiuje jednak ani terminu „działalność medyczna”, ani „placówka medyczna”. W odniesieniu do ogólnych regulacji tzw. ustaw medycznych, w tym w szczególności ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej – dalej d.l.U (Sejm RP, 2011), można odnaleźć pojęcie działalności leczniczej, która zgodnie z art. 2 ust. 2 pkt 2 d.l.U. prowadzona jest w rodzaju stacjonarnych i całodobowych świadczeń zdrowotnych, jako działalność lecznicza w rodzaju świadczeń szpitalnych, i działalność lecznicza w rodzaju stacjonarnych i całodobowych świadczeń zdrowotnych innych niż szpitalne. Jej zasadniczym trzonem zgodnie z art. 3. jest udzielanie świadczeń zdrowotnych w formie kontaktu bezpośredniego, jak również za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności, promocji zdrowia oraz realizacji zadań dydaktycznych i badawczych związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych.

Nieco większym problemem jest ustalenie definicji terminu „placówka medyczna”, którym nie posługują się ani ustawa o działalności leczniczej, ani inne ustawy medyczne. Pewną wskazówkę można odnaleźć na stronie Krajowego Punktu Kontaktowego do spraw transgranicznej opieki medycznej (NFZ, 2024). W zawartym tam słowniczku pod hasłem „placówka medyczna” widnieje definicja, że jest to każda placówka publiczna udzielająca świadczeń zdrowotnych w ramach publicznego systemu opieki zdrowotnej w państwie leczenia, a także każda placówka prywatna udzielająca świadczeń zdrowotnych poza publicznym systemem opieki zdrowotnej w państwie leczenia, w szczególności przychodnia, w tym przychodnia podstawowej opieki zdrowotnej i przychodnia opieki specjalistycznej, szpital, klinika, instytut, praktyka zawodowa grupowa albo indywidualna m.in. lekarzy, lekarzy dentyków, pielęgniarek czy położnych, laboratorium diagnostyczne. W związku z tak szerokim ujęciem należy założyć, że obowiązek wprowadzenia dokumentu standardów ochrony małoletnich

obejmie wszystkie podmioty wykonujące działalność leczniczą, bez względu na jej formę.

Celem wskazanego dokumentu jest ochrona dziecka jako podmiotu, nie tylko w związku z potrzebą zabezpieczenia go przed wszelkimi formami krzywdzenia, zaniedbywania, wykorzystywania czy przemocy, a także wypracowanie bezpiecznych form relacji pomiędzy dzieckiem będącym pacjentem a personelem podmiotu udzielającego mu świadczeń zdrowotnych, leczenia, rehabilitacji i opieki nad dziećmi. Użyte w art. 22c p.z.p.U. określenie „personel podmiotu” nie jest przypadkowe – w zamyśle ustawodawcy było jak najszersze ujęcie zakresu podmiotowego osób mogących, z racji zróżnicowanych form pracy i współpracy, mieć kontakt z dzieckiem. W związku z tym personel podmiotu tworzą zarówno pracownicy w rozumieniu osób związanych stosunkiem pracowniczym bez względu na formę (umowa, powołanie, wybór, mianowanie), jak i osoby świadczące usługi na podstawie umów cywilnoprawnych, kontraktów B2B czy umów o współpracy. Do personelu podmiotu zalicza się ponadto stażystów, wolontariuszy oraz wszystkie inne osoby, które z racji pełnionych funkcji lub wykonywanych zadań mogą mieć lub mają kontakt z dzieckiem. Z uwagi na ustawowy wymóg wprowadzenia i stosowania standardów ochrony małoletnich jest on dokumentem obligatoryjnym, o wewnętrznym charakterze, wiążącym każdą osobę zaliczoną do personelu podmiotu. Jako taki sprawia, że konsekwencją jego nieprzestrzegania mogą być odpowiednio pracownicze bądź pozapracownicze (umowne) sankcje. Obligatoryjny charakter dokumentu standardów wskazuje ponadto, że w odniesieniu do pracowników podmiotu jego przestrzeganie mieści się w zakresie art. 100 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. kodeks pracy – dalej k.p. (Sejm RP, 1974). Zgodnie z § 1 wskazanego przepisu, obok nałożonego na pracownika obowiązku sumienności i staranności ustawodawca nałożył także obowiązek stosowania się do poleceń przełożonych, które dotyczą pracy. W orzecznictwie podkreśla się, że polecenia mogą mieć charakter sformalizowany w postaci m.in. określonych procedur wewnętrznych, nakazujących pracownikowi sposób działania w zakresie pewnych spraw (Wyrok Sądu Najwyższego, 2008). Jeżeli zatem pracownik nie zachowuje oczekiwanej przez pracodawcę staranności i dbałości o przestrzeganie obowiązujących zasad i procedur, narusza on swoje obowiązki pracownicze. Natomiast w odniesieniu do umów cywilnoprawnych wymóg przestrzegania standardów stanowić powinien fragment umowy, która w swojej treści powinna regulować konsekwencje nieprzestrzegania standardów ochrony małoletnich.

Dyrektorzy podmiotów wykonujących działalność leczniczą mają obowiązek weryfikacji każdej osoby, która tworzy personel danej placówki medycznej bądź która została dopuszczona do działalności związanej z leczeniem. Obowiązek ten wynika bezpośrednio z art. 21 p.z.p.U. i sprowadza się do uzyskania informacji ze wska-

zanych w ustawie rejestrów oraz odbioru wskazanych tam oświadczeń⁴. O ile sam obowiązek weryfikacji nie jest wymogiem nowym, gdyż w węższym zakresie obowiązywał od czasu wejścia w życie ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczości na tle seksualnym w 2016 r.⁵, o tyle w związku z nowelizacją został dodatkowo poszerzony i w aktualnym kształcie obejmuje obowiązek weryfikacji w Rejestrze z dostępem ograniczonym lub Rejestrze osób, w stosunku do których Państwowa Komisja do spraw przeciwdziałania wykorzystaniu seksualnemu małoletnich poniżej lat 15 wydała postanowienie o wpisie do Rejestru (art. 21 ust. 2 p.z.p.U.), danych o karalności z żądaniem przedstawienia zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego (art. 21 ust. 3 p.z.p.U.), a w odniesieniu do obcokrajowca z rejestru karnego państwa swojego obywatelstwa (art. 21 ust. 4). Ponadto w sytuacji, gdy potencjalny pracownik lub osoba mająca być dopuszczona do pracy z dziećmi zamieszkawali w ciągu ostatnich 20 lat w innym niż Polska państwie, ich obowiązkiem jest przedstawienie wskazanej w przepisie informacji z właściwego rejestru, zaś w sytuacji, gdy nie jest to możliwe, złożenie stosownego oświadczenia (art. 21 ust. 5–8 p.z.p.U.). O ile sam wymóg weryfikacji ewentualnej karalności jest w kontekście celu ustawy jasny i niebudzący wątpliwości, o tyle z uwagi na brak przepisów przejściowych i poszerzenie zakresu informacji o niekaralności pojawiły się wątpliwości co do objęcia nim osób już zatrudnionych w podmiotach, które zobligowane zostały do wprowadzenia dokumentu standardów (Baranowska, 2024). Szczególne wątpliwości budzi kwestia ewentualnej konieczności ponownego sprawdzania osób zweryfikowanych przed wejściem w życie nowelizacji ustawy, tj. przed 15 lutego 2024 roku. W wytycznych zawartych na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości wskazano, że nowe zasady dotyczą tylko osób, z którymi są zawierane umowy o pracę lub które są dopuszczane do działalności od 15 lutego 2024 roku. W odniesieniu do osób już zatrudnionych nie ma potrzeby ponownego sprawdzania, z wyjątkiem sytuacji, gdy zmianie ulegnie rodzaj działalności, którą osoba ta ma prowadzić (Ministerstwo Sprawiedliwości, 2024). Dopelnieniem nałożonego na pracodawcę lub organizatora działalności obowiązku jest konieczność wydrukowania informacji wskazanych w art. 21 p.z.p.U. i dołączenia ich do akt osobowych pracownika albo dokumentacji dotyczącej osoby dopuszczonej do działalności. Tak ujęty zakres podmiotowy ustawy sprawia, że zarówno personel medyczny, jak i inne osoby (z racji pełnionych funkcji czy wykonywanych zadań) będą zobligowane do przestrzegania dokumentu standardów.

4 Należy podkreślić, że obowiązek weryfikacji informacji o niekaralności nie jest elementem dokumentu standardów ochrony małoletnich, jego podstawą jest bowiem odrębny od wymogu standardów przepis, art. 21 p.z.p.U. Należy przy tym podkreślić, że procedura sprawdzania może być włączona jako element procedury do dokumentu standardy ochrony małoletnich, do których odnosi się rozdział 4b ustawy.

5 Brzmienie pierwotne – Dz.U. z 2016 r. poz. 862.

Z uwagi na wskazane w art. 5 d.l.U. formy wykonywania działalności leczniczej pewne wątpliwości może budzić wymóg wprowadzenia i stosowania dokumentu standardów w odniesieniu do indywidualnych praktyk lub praktyk specjalistycznych lekarzy, pielęgniarek czy położnych. Trudno bowiem przy takiej formie organizacyjnej zrealizować wymóg weryfikacji i sprawdzenia. Mimo wątpliwości, w świetle wymogu obligatoryjności wprowadzenia i stosowania dokumentu standardów, należy mieć na uwadze, że ustawa jednoznacznie podkreśla potrzebę indywidualizacji standardów i dostosowania ich treści do charakteru i rodzaju podmiotu lub prowadzonej przez niego działalności (art. 22c ust 1 p.z.p.U.). W związku z tym w odniesieniu do praktyk indywidualnych, gdy lekarz czy inna osoba wykonująca zawód medyczny uzyskuje informacje o krzywdzeniu dziecka lub o zagrożeniu jego dobra, fakt posiadania dokumentu z jasno określonymi procedurami reagowania oraz zasadami kontaktu z małoletnim pacjentem jest jak najbardziej uzasadniony.

3. Treść, forma i budowa dokumentu Standardy ochrony małoletnich

Treść dokumentu standardów jest wyznaczona przez art. 22c p.z.p.U., przy czym, co już podkreślono wcześniej, wymaga indywidualizacji z uwagi na charakter i rodzaj placówki lub działalności, którą dany podmiot prowadzi. Ustępy 1 i 2 wskazują na kolejne elementy, które dokument standardów powinien regulować. Tym, co jednoznacznie wybrzmiewa, jest to, że dokument ten z uwagi na swój charakter⁶ zawiera uzupełniające się wzajemnie zasady postępowania i uszczegóławiające realizację przyjętych zasad procedury. Ustawodawca wskazuje, że w dokumencie standardów określa się w szczególności: zasady zapewnienia bezpiecznych relacji w placówce pomiędzy dzieckiem a personelem placówki oraz wykaz towarzyszących im zachowań niedozwolonych, zasady bezpiecznych relacji pomiędzy dziećmi oraz wskazanie towarzyszących im zachowań niedozwolonych, procedury podejmowane w sytuacji zagrożenia lub naruszenia bezpiecznych relacji pomiędzy dziećmi, zasady i procedury podejmowania interwencji w sytuacjach podejrzenia krzywdzenia lub posiadania informacji o krzywdzeniu dziecka, lub o zagrożeniu dobra dziecka, zasady i procedury postępowania w sytuacji podejrzenia popełnienia przestępstwa na szkodę dziecka, podejrzenia stosowania przemocy domowej oraz zagrożenia dobra dziecka, procedury składania zawiadomień o podejrzeniu popełnienia przestępstwa na szkodę dziecka – w tym zawiadomienie policji, zawiadomienie sądu opiekuńczego, wszczęcie procedury Niebieskiej Karty, zasady korzystania z urządzeń elektronicznych z dostępem do sieci Internet, procedury ochrony dzieci przed treściami szkodliwymi i zagrożeniami płynącymi z Internetu i innych form korzystania z utrwalonych informacji, zasady wspierania dziecka zagrożonego lub dotkniętego krzywdzeniem, za-

6 Zgodnie ze słownikiem języka polskiego „standardy” to ‘normy określające podstawowe wymagania stawiane czemuś lub komuś’ (*Słownik języka polskiego PWN*, 2024).

sady i procedury dotyczące dokumentowania, sposób udostępniania rodzicom lub opiekunom dokumentu standardów, sposób przygotowania personelu do stosowania dokumentu, zakres kompetencji osoby odpowiedzialnej za przygotowanie personelu, zasady monitorowania, przeglądu i aktualizacji dokumentu standardów, obowiązek okresowej oceny dokumentu standardów. Tak ujęty dokument standardów stanowi z jednej strony dodatkowe zabezpieczenie dla małoletniego pacjenta, z drugiej jest dokumentem mocno ingerującym w codzienne funkcjonowanie podmiotu, a niektóre z obligatoryjnych elementów treści mogą okazać się trudne do zrealizowania w kontekście regulacji branżowych danego podmiotu.

4. Dokument standardów ochrony małoletnich w praktyce szpitalnej

Ustawodawca wymaga, aby dokument standardów były dostosowany do specyfiki podmiotu. Istotą skuteczności procedur w nim zawartych jest bowiem uwzględnienie realiów działalności podmiotu i występujących w nim zagrożeń, swoistość miejsca, gdzie udzielane są świadczenia zdrowotne, oraz struktury organizacyjnej podmiotu. Dlatego indywidualizacja standardów opracowanych na potrzeby konkretnego podmiotu jest konieczna. Podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych, wprowadzając dokument standardów, musi pogodzić przepisy odniesione do rodzaju i specyfiki jego działalności z elementami koniecznymi dokumentu, wskazanymi w art. 22c p.z.p.U. W związku z tym w dokumencie standardów podmiotów udzielających świadczeń medycznych należy z jednej strony uwzględnić przepisy powszechnie obowiązujące związane ze specyfiką podmiotu, m.in. ustawę o działalności leczniczej, ustawę o prawach pacjenta czy ustawy zawodowe⁷, i obowiązujące w danym podmiocie dokumenty wewnętrzne, takie jak statut, regulaminy, zarządzenia i inne. Należy przy tym jednoznacznie podkreślić, że celem dokumentu standardów obowiązującym w podmiocie medycznym nie jest powielenie ochrony praw pacjenta⁸, lecz stworzenie dodatkowej konstrukcji ochronnej w sytuacjach, gdy małoletniemu pacjentowi wyrządzona została krzywda w związku z korzystaniem ze świadczenia zdrowotnego w podmiocie. Z tego powodu nawet kluczowe dla dekodowania podstawy krzywdzenia przesłanki powinny być odmiennie postrzegane (Wasilewska, 2017, s. 105)⁹. Podobnie należy odnieść się do zagadnienia ogólnych przesłanek prawidłowości świadczenia zdrowotnego. Określone w art. 8 ustawy z dnia 6 listopada

7 Do tzw. ustaw zawodowych zaliczane są w szczególności: ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry, t.j. Dz.U. 2024, poz. 1287, ustawa z dnia 15 lipca 2011 r., o zawodach pielęgniarki i położnej, t.j. Dz.U. 2024, poz. 814, ustawa z dnia 1 grudnia 2022 r. o zawodzie ratownika medycznego i samorządzie ratowników medycznych, t.j. Dz.U. 2023, poz. 2187.

8 Ochronie praw pacjenta służą regulacje ustawy o prawach pacjenta oraz, w zależności od typu naruszenia, karnoprawne bądź cywilnoprawne środki ochrony i dochodzenia roszczeń.

9 Autorka szczegółowo przedstawia obszary krzywdy pacjenta wynikłej z nieprawidłowo wykonanego świadczenia zdrowotnego.

2008 r., o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta – dalej p.p.U. (Sejm RP, 2008) zasady udzielania świadczeń zdrowotnych mają raczej charakter jakościowy, odnoszą się bowiem do wymogu należytej staranności oraz odpowiednich warunków ich realizacji¹⁰. Zadaniem dokumentu standardów jest doprecyzowanie bezpiecznych zasad ich udzielania, w których mieści się m.in. wymóg określenia zasad zapewniających bezpieczne relacje między małoletnim pacjentem a personelem placówki medycznej lub organizatorem działalności leczniczej (art. 22c ust 1 pkt 1 p.z.p.U.). Dlatego też w części dotyczącej kontaktu personelu z dzieckiem zwraca się szczególną uwagę na jasne dookreślenie zasad kontaktu, w tym kontaktu bezpośredniego, oraz wskazanie sytuacji, które nie są akceptowane. Postanowienia te powinny być zawarte w części dotyczącej zasad zapewnienia bezpiecznych relacji w placówce pomiędzy dzieckiem a personelem placówki, wraz z wykazem towarzyszących im zachowań niedozwolonych. Jako przykład można podać następujący sposób ich ujęcia:

- w kontaktach bezpośrednich z dzieckiem należy dostosować formę bezpośredniego kontaktu do rodzaju udzielanego świadczenia zdrowotnego,
- należy wyznaczyć granice osobistej strefy funkcjonowania własnej osoby i osoby dziecka, w tym zachować bezpieczny i akceptowalny dystans,
- należy ograniczyć kontakt bezpośredni niezwiązany z udzielanym świadczeniem zdrowotnym jedynie do sytuacji będących odpowiedzią na uzasadnione wiekiem i rozwojem dziecka potrzeby, w tym m.in. pocieszenie dziecka czy przytulenie po wcześniejszym zaakceptowaniu takiego zachowania przez dziecko,
- w kontaktach bezpośrednich z dzieckiem nie wolno stosować jakiegokolwiek formy przemocy psychicznej, fizycznej oraz w jakikolwiek inny sposób naruszać jego nietykalność osobistą bądź integralność.

Wśród przykładowych sposobów uwzględnienia w treści dokumentu standardów kluczowych praw małoletniego pacjenta na szczególną uwagę zasługują: prawo do informacji, prawo rodziców do uczestniczenia w badaniu dziecka vs. prawo dziecka do intymności, prawo dziecka do dodatkowej opieki ze strony innych rodziców vs. bezpieczeństwo innych dzieci oraz prawo do kontaktu telefonicznego lub korespondencyjnego vs. bezpieczeństwo korzystania z urządzeń elektronicznych

10 Szczegółową analizę orzecznictwa odnoszącą się do gradacji poziomu staranności przedstawiła D. Krakowska, referując zróżnicowane stanowiska orzecznicze oraz zwracając uwagę, że w kontekście jakościowej oceny udzielanych pacjentowi świadczeń zdrowotnych należy zauważyć, iż „zachowanie należytej staranności jest kluczowym elementem zasad ogólnej ostrożności, których zachowania wymaga się w trakcie procesu udzielania świadczeń zdrowotnych. Zasady ostrożności mają na celu zapewnienie osiągnięcia pozytywnego skutku podjętych czynności medycznych i zminimalizowania ryzyka związanego z ich podjęciem. Przestrzeganie tych zasad ma stanowić dla pacjenta gwarancję, że podjęte czynności są dla niego bezpieczne” (Karkowska, 2021, 403–404).

z dostępem do sieci Internet. Dalsza część artykułu poświęcona jest badaniu każdego ze wskazanych problemów.

4.1. Prawo do informacji

Obok ogólnych wymogów wyznaczenia bezpiecznego kontaktu z małoletnim pacjentem uszczegółowienia wymagają kwestie innych, gwarantowanych małoletniemu pacjentowi praw. Jednym z szczególnie istotnych, zarówno w kontekście ustawy o prawach pacjenta, jak i dokumentu standardów, jest prawo małoletniego pacjenta do informacji. Regulacje art. 9 ust. 7 p.p.U. wskazują bowiem, że małoletni pacjent, który nie ukończył 16 lat, ma prawo do uzyskania od osoby wykonującej zawód medyczny informacji w zakresie i formie potrzebnej do prawidłowego przebiegu procesu diagnostycznego lub terapeutycznego (Drozdowska, 2006, s. 141–142). Jej zakres wyznacza ust. 2 ww. przepisu – informacje te mają być przekazane w przystępny sposób i obejmować kwestie stanu zdrowia pacjenta, rozpoznania, proponowanych oraz możliwych metod diagnostycznych i leczniczych, dających się przewidzieć następstw ich zastosowania albo zaniechania, wyników leczenia oraz rokowania (Jabłońska & Kaczkowski, 2017, s. 16; Góralczyk, 2018, s. 335–339).

Przenosząc tak określone prawo małoletniego pacjenta na grunt rozważań odniesionych do wymogów treściowych dokumentu standardów, można dostrzec, że elementem koniecznym w części dotyczącej zasad kontaktu bezpośredniego z małoletnim pacjentem jest określenie zasad udzielania dziecku informacji w zakresie wyznaczonym treścią art. 9 ust. 7 p.p.U. Przyjęte w dokumencie standardów rozwiązanie musi uwzględniać zakres i formę informacji koniecznych do prawidłowego przebiegu procesu diagnostyki i terapii przy konieczności dostosowania ich zakresu do wieku i stanu dziecka (Andrzejewski, 2014, s. 386). W dokumencie standardów jest to najczęściej ujmowane w części odniesionej do współpracy z dzieckiem w następujący sposób:

- we współpracy z dzieckiem należy traktować je jako pełnoprawnego uczestnika udzielanych mu świadczeń zdrowotnych, mając na względzie wiek, rozwój dziecka i stan emocjonalny, w którym się znajduje,
- w zrozumiały dla dziecka sposób trzeba wyjaśnić potrzebę i cel planowanych działań, a jeżeli pozwala na to procedura medyczna, konsultować z dzieckiem planowane działania i pozwolić mu na dokonanie wyboru w kwestiach, w których jest to możliwe i zasadne.

Jednocześnie jako zachowania niedozwolone należy wykazać potencjalne obszary, w których możliwe jest wykorzystanie dominującej względem dziecka pozycji, w tym:

- we współpracy z dzieckiem nie wolno wykorzystywać dominującej względem małoletniego pozycji oraz sygnalizować mu, że jest w pozycji podległości czy zależności,

- lekceważyć, marginalizować zdania i opinii dziecka oraz jego rodziców, odczuć dziecka, w tym w szczególności wyrażanego przez nie lęku, w tym lęku przed bólem, obaw, niepewności co do sytuacji, w jakiej się znalazło lub znajdzie w wyniku planowanych świadczeń zdrowotnych,
- stosować jakiegokolwiek formy przemocy w celu nakłonienia do współpracy, w tym w szczególności zastraszania czy szantażowania dziecka bądź jego rodziców.

4.2. Prawo rodziców do uczestniczenia w badaniu dziecka a prawo dziecka do intymności

Kolejnym istotnym wątkiem, który powinien znaleźć swoje odzwierciedlenie w dokumencie standardów, jest kwestia zderzenia prawa rodziców dziecka do uczestniczenia w badaniu i potrzeba uwzględnienia przy badaniu prawa małoletniego pacjenta do intymności. Podstawą udzielenia świadczenia zdrowotnego dziecku, które nie ukończyło 16 lat, zgodnie z art. 17 p.p.U. jest zgoda na badanie dziecka wyrażona przez rodzica lub opiekuna faktycznego. Pojawia się jednak pytanie, czy badanie ma być wykonywane w obecności uprawnionego do udzielenia zgody rodzica czy opiekuna faktycznego. Implikuje ono kolejny związany z nim wątek, wyrażony w postaci kolejnego pytania, czy zgoda na badanie jest równoznaczna z prawem do uczestniczenia w badaniu. W kontekście wymogu dokumentu standardów w części dotyczącej zasad bezpiecznych relacji między małoletnim a personelem jest pytaniem istotnym. O ile w sytuacji badania w podmiocie udzielającym świadczeń ambulatoryjnych czy przy wizycie domowej rodzic lub opiekun uczestniczy zazwyczaj w badaniu dziecka, o tyle w sytuacji świadczeń realizowanych w szpitalu nie zawsze będzie to możliwe. W związku z tym w dokumencie standardów w części dotyczącej zasad kontaktu bezpośredniego z małoletnim pacjentem problem ten powinien również wybrzmiewać i może zostać ujęty w następujący sposób:

- rodzic lub opiekun faktyczny dziecka może uczestniczyć w badaniu,
- w sytuacji braku możliwości uczestniczenia w badaniu dziecka rodzica czy opiekuna faktycznego dziecka badanie powinno być przeprowadzane w obecności innej osoby z personelu podmiotu.

W praktyce szpitalnej, z uwagi na częste niedobory kadrowe, realizacja tego ostatniego wymogu może jednak wiązać się z praktycznymi trudnościami, które nie zawsze będą możliwe do rozwiązania w zgodności z wymogami dokumentu standardów. Należy bowiem podkreślić, że słuszna i potrzebna idea wprowadzenia dokumentu chroniącego małoletnich pacjentów nie może utrudniać czy uniemożliwiać przeprowadzenia badania. Z tego względu, podobnie jak w innych sytuacjach, gdy pozostanie z dzieckiem sam na sam mogłoby budzić uzasadnione wątpliwości co do ryzyka skrzywdzenia dziecka, przy braku możliwości uczestnictwa w badaniu rodzica, opiekuna czy innej osoby z personelu podmiotu, badanie powinno być wy-

konane przy uchylonych drzwiach gabinetu, a fakt oraz w miarę możliwości powód braku uczestnictwa w badaniu uprawnionych osób powinien być odnotowany w dokumentacji medycznej.

Spoglądając na ten sam problem z perspektywy art. 20 p.p.U. – prawa pacjenta do poszanowania intymności w czasie udzielanych mu świadczeń zdrowotnych, to samo zagadnienie przedstawia się nieco inaczej. W kontekście zderzenia regulacji ustawy o prawach pacjenta i wymogów treści dokumentu standardów można mieć uzasadnione wątpliwości co do ingerencji we wskazane prawo małoletniego pacjenta. Należy zwrócić uwagę, że trudno przyjąć ten sam model zachowania w odniesieniu do małego i starszego dziecka. O ile nie jest to problematyczne w sytuacji małego dziecka, o tyle nastoletniemu pacjentowi należy zapewnić odpowiednią do jego potrzeb i oczekiwań sferę intymności, co również może nastręczać trudności w kontekście wątku ewentualnego wymogu bądź konieczności uczestniczenia w badaniu rodzica, opiekuna czy innej osoby z personelu podmiotu (Michałowska, 2022, s. 62). Można zasugerować, aby – o ile jest to możliwe – zminimalizować poczucie ingerencji w sferę intymności małoletniego pacjenta poprzez zapewnienie udziału w badaniu osoby z personelu tej samej płci co małoletni. Z perspektywy samej idei dokumentu standardów istotne jest, aby przykładowo wskazany, możliwy do wystąpienia konflikt racjonalnie rozwiązać, a przede wszystkim go dostrzegać. Należy również mieć na uwadze główny cel: udzielenie świadczenia zdrowotnego, które nie może nie być udzielone z uwagi na brak możliwości skorzystania z asysty innego członka personelu podmiotu, w tym osoby tej samej co małoletni pacjent płci.

4.3. Bezpieczny kontakt na terenie podmiotu z innymi osobami niż personel

Ponieważ obowiązkiem podmiotu jest zapewnienie bezpieczeństwa dziecka w związku z udzielonymi świadczeniami zdrowotnymi, kolejnym problemem, a zarazem obszarem ryzyka, jest wymóg, aby w dokumencie standardów wskazać zasady zapewnienia bezpieczeństwa dziecka w relacji z innymi osobami, które przebywają w podmiocie. Główną osią problemu jest zderzenie tego wymogu ze wskazanym w art. 34 ust. 3 p.p.U. prawem małoletniego pacjenta do pobytu wraz z nim przedstawiciela ustawowego albo opiekuna faktycznego¹¹. Prawo to jest bezdyskusyjne (Konieczniak & Boratyńska, 2019, s. 436–437), obecność i wsparcie otrzymywane od osób bliskich często przyspiesza proces leczenia, łagodzi stres i wzmacnia poczucie bezpieczeństwa (Bosek, 2020), a jego znaczenie dla stanu emocjonalnego dziecka

11 Zgodnie z pkt. 2 Europejskiej Karty Praw Dziecka w Szpitalu dzieci powinny mieć prawo do tego, aby cały czas przebywali razem z nimi w szpitalu rodzice lub opiekunowie. Nie powinno być żadnych ograniczeń dla osób odwiedzających – bez względu na wiek dziecka. Europejska Karta Praw Dziecka w Szpitalu została opracowana i przyjęta przez 12 organizacji pozarządowych podczas I Konferencji Europejskiego Stowarzyszenia na Rzecz Dzieci w Szpitalu (European Association for Children in Hospital – EACH) w 1988 r. w Leiden w Holandii.

jest niepodważalne (Małarewicz-Jakubów, 2015, s. 59–60)¹². Tym niemniej, podobnie jak w odniesieniu do poruszanej w pkt 4.2 problematyki poszanowania prawa do intymności, tutaj również dostrzegalne są dwa zasadnicze problemy: pierwszy to kwestia uzasadnionej stanem małoletniego pacjenta potrzeby oddzielenia go od rodzica, drugi to sytuacje koniecznych z uwagi na realia szpitalne kontaktów małoletnich pacjentów z rodzicami innych dzieci. W odniesieniu do pierwszego z problemów w doktrynie zwraca się uwagę, że „analizując położenie, w jakim jest dziecko jako pacjent, należy dojść do wniosku, iż mowa jest o rzeczywistości niejednorodnej. Z jednej bowiem strony mamy do czynienia z dziećmi małymi, które z racji młodego wieku potrzebują stałej obecności osoby bliskiej, z drugiej zaś szeroko rozumiana pediatria zajmuje się wsparciem medycznym adolescentów, którzy funkcjonują bez konieczności stałego wsparcia ze strony rodziców, co więcej, ich obecność może być uznana przez młode osoby za niestosowną” (Krakowska, 2021, s. 782–784)¹³. W tym kontekście na szczególną uwagę zasługują podmioty udzielające świadczeń z zakresu psychiatrii, skierowanych do małoletnich pacjentów. W doktrynie słusznie zwrócono uwagę na specyfikę oddziałów psychiatrii młodzieżowej, w której niejednokrotnie przebywają młode osoby wręcz skonfliktowane ze swoimi bliskimi, często celowo od nich czasowo separowane, co stanowi element terapii (Maślankiewicz & Bojko, 2017). Wskazana specyfika, w kontekście wymogu indywidualizacji dokumentu standardów, powinna być każdorazowo dostrzeżona i uwzględniona. W świetle drugiego z badanych wątków – wymogu bezpieczeństwa – pobyt rodzica jednego dziecka sprawia, że mają z nim kontakt inne przebywające na oddziale dzieci. Z jednej strony rodzic nie jest członkiem personelu podmiotu, stąd nie ma podstaw do związania go oświadczeniem o przestrzeganiu dokumentu standardów, z drugiej, z uwagi na wymóg obligatoryjności tego dokumentu i nałożony na podmiot obowiązek udostępnienia rodzicom treści dokumentu standardów w celu zaznajomienia się z nim i ich stosowania (art. 22c ust. 2 pkt 6 p.p.U.), zasadne jest uznanie, że obowiązek przestrzegania standardów przez rodziców dzieci z oddziału sygnalizowany problem rozwiązuje. Podmiot nie może przejąć jednak na siebie odpowiedzialności za zachowanie rodziców pacjentów. Jego obowiązkiem jest natomiast powiadomienie odpowiednich organów o fakcie bądź podejrzeniu krzywdzenia dziecka. Nie ulega wątpliwości, że w każdej sytuacji, w której bezpieczeństwo dziecka przebywającego na oddziale szpitalnym jest zagrożone czy naruszone, obowiązkiem podmiotu jest wdrożenie adekwatnej do sytuacji procedury przeciwdziałania krzywdzeniu, zawiadomienie odpowiednich podmiotów oraz udzielenie dziecku adekwatnego wsparcia

12 Jak podkreśla A. Małarewicz-Jakubów, „(...) prawo to nie może zostać ograniczone w żaden sposób ze względów organizacyjnych”.

13 Autorzy zaznaczają: „(...) Szczególnie istotne są uwagi odniesione do oddziałów psychiatrycznych, na których przebywają dzieci, i które powinny w związku z prowadzoną terapią być czasowo od rodziców i innych osób bliskich odseparowane”.

(art. 22c ust. 2 pkt 7 p.p.U.). Od strony praktycznej jest to po pierwsze unikanie sytuacji, w której na jednej sali przebywają dzieci z rodzicami i bez rodziców, co oczywiście nie będzie możliwe w sytuacji np. specjalistycznych oddziałów ratunkowych. Po drugie, z uwagi na wskazany obowiązek informacyjny rodziców, rozważyć można, czy w ramach informacji nie odbierać od rodziców/opiekunów oświadczeń, że zostali poinformowani, iż w podmiocie obowiązuje dokument standardów i wszelkie zachowania wobec przebywających na oddziale dzieci muszą być zgodne z treścią tego dokumentu.

4.4. Bezpieczeństwo małoletnich pacjentów w sieci Internet

Trudno sobie wyobrazić, by na oddziale szpitalnym dzieci nie miały możliwości korzystania z urządzeń elektronicznych, w tym smartfonów, które nie tylko są wykorzystywane do kontaktu telefonicznego, ale również do korespondencji poprzez sms, e-maile i inne dostępne formy komunikacji na odległość. Tym niemniej, mimo wielu pozytywów, jakie niesie możliwość korzystania z tego rodzaju urządzeń, szczególnie w obszarze kontaktu z otoczeniem czy dostępu do wiedzy oraz potrzebnej hospitalizowanemu dziecku rozrywki, mogą pojawić się związane z takim korzystaniem ryzyka, których prawdopodobieństwo wystąpienia zwiększa się przez dostęp do sieci Internet. Dotyczą one w szczególności problemu możliwości dostępu dziecka do treści dla niego nieodpowiednich. Ustawodawca wymaga, aby w dokumencie standardów podmiot wskazał bezpieczne warunki dostępu do sieci Internet oraz procedury realizowane w sytuacji, gdy w związku z korzystaniem z Internetu dziecko doznało krzywdy. Zderzając ten wymóg z wskazanym w art. 33 p.p.U. prawem pacjenta podmiotu leczniczego wykonującego działalność leczniczą w postaci stacjonarnych i całodobowych świadczeń zdrowotnych do kontaktu osobistego, telefonicznego lub korespondencyjnego z innymi osobami, problem dostępu do sieci Internet stanowić może poważny problem (Bosek, 2020). O ile w odniesieniu do innych zobowiązanych do wprowadzenia dokumentu standardów podmiotów wymóg zapewnienia bezpiecznych warunków korzystania z urządzeń elektronicznych z dostępem do sieci Internet jest dość prosty do spełnienia, o tyle w przypadku podmiotów medycznych pojawia się pytanie, jak to zrobić. Rzadko jest tak, że sieć szpitalna jest odpowiednio zabezpieczona, szczególnie w podmiotach, w których przebywają nie tylko dzieci (gdzie znajdują się pojedyncze, najczęściej rozrzucone po terenie szpitala oddziały dziecięce). Co więcej, podmiot z reguły nie udostępnia dzieciom żadnych urządzeń, za pomocą których dostęp do sieci Internet jest możliwy, a dzieci korzystają z własnych urządzeń i z przypisanego do nich transferu danych. Trudno jednak zakazać dzieciom używania telefonów czy innych urządzeń, szczególnie w kontekście wskazanego w art. 33 p.p.U. prawa. Dlatego podmiot z jednej strony, realizując prawo małoletniego pacjenta do kontaktu, z drugiej, będąc zobligowanym wymogami zabezpieczenia go przed ewentualną krzywdą związaną z użytkowaniem urządzeń

z dostępem do sieci Internet, powinien w tym fragmencie standardów jednoznacznie zaznaczyć, że:

- dziecko ma prawo do kontaktu, w tym w formie telefonicznej czy korespondencyjnej, ale podmiot nie udostępnia żadnych urządzeń z dostępem do Internetu,
- korzystanie z własnych urządzeń elektronicznych z dostępem do sieci Internet odbywa się za zgodą rodziców i na ich odpowiedzialność.

W tym miejscu można ponadto zasugerować opracowanie dodatkowego dokumentu z oświadczeniem rodzica/opiekuna o takiej zgodzie.

Podsumowanie

Idea wprowadzenia dokumentu Standardy ochrony małoletnich jest słuszna i, jak wskazują wyniki prowadzonych badań, niewątpliwie potrzebna. Z uwagi na szeroko postrzegany przez pryzmat dokumentu standardów zakres pojęciowy krzywdzenia dziecka i konieczność jednoznacznego wskazania sytuacji, które nie są akceptowalne, wzmożona czujność personelu oraz jasno wyrażony obowiązek informowania i zgłaszania sytuacji, które mogą wskazywać na stan krzywdzenia dziecka, mają szansę wpłynąć na minimalizację ryzyka krzywdzenia dziecka. Dostrzeżony w ramach prowadzonych badań praktyczny problem sprowadza się do trudności polegającej na potrzebie dostosowania uniwersalnych wymogów wskazanych w treści art. 22c p.z.p.U. do bardzo zróżnicowanych pod względem specyfiki działalności potrzeb danego podmiotu. Mimo słuszności idei potrzeby zwiększenia bezpieczeństwa dzieci poprzez wprowadzenie gwarantujących to bezpieczeństwo zasad, procedur i wymogów ich weryfikacji rozwiązań, przysłowiowe „wrzucenie do jednego worka” wszystkich podmiotów wskazanych w art. 22b p.p.s.U., które z uwagi na kontakt z dzieckiem są zobligowane do stosowania tego samego ustawowo wyznaczonego wzoru dokumentu, może spowodować, że dokument ten z uwagi na sztuczność i w wielu przypadkach niedostosowanie będzie marginalizowany. O ile wskazane, uniwersalne wymogi ustawy sprawdzą się w placówce oświatowej, o tyle z uwagi na specyfikę podmiotu udzielającego świadczenia zdrowotne, z przykładowo jedynie wskazanymi w powyższym opracowaniu wątpliwościami, będą one trudne do praktycznego stosowania. Należy zatem postulować, aby osoby i instytucje opracowujące tekst dokumentu standardów miały na uwadze sugerowaną przez ustawodawcę indywidualizację i dostosowały dokument do potrzeb, specyfiki i realnych zagrożeń zidentyfikowanych w podmiocie.

BIBLIOGRAFIA

- Andrzejewski, M. (2014). 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*, 6, 371–400.
- Baranowska, I. (2024, 15 lutego). *Nowe obowiązki pracodawców dotyczące weryfikacji niekaralności osób zatrudnianych do pracy z dziećmi*. <https://sip.lex.pl/komentarze-i-publicacje/komentarze-praktyczne/obowiazki-pracodawcow-dotyczace-weryfikacji-470239021>.
- Bosek, L. (2020). Komentarz do art. 33, cz. II, pkt. 1. w: L. Bosek (red.), *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz* (ss. 550–560). Wydawnictwo CH BECK.
- Dajemy Dzieciom Siłę (2022), Raport „Dzieci się liczą 2022”. (2022, 15 grudnia). Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę, pod patronatem Ministerstwa Sprawiedliwości. <https://fdds.pl/co-robimy/raporty-z-badan/2022/dzieci-sie-licza-2022.html>
- Drozdowska, U. (2006). Cywilnoprawna ochrona praw pacjenta w ustawodawstwie polskim. w: A. Górski & P. Dzienis (red.), *Regulacje prawne ochrony zdrowia* (ss. 141–142). Wydawnictwo Temida 2.
- Graziano, A.M. (1994). Why we should study subabusive violence against children. *Journal of Interpersonal Violence*, 9, 412–419.
- Góralczyk, K. (2018). Stosowanie przepisów dotyczących wyrażenia zgody zastępczej na udzielenie świadczenia zdrowotnego małoletniemu pacjentowi – wyniki badań. w: B. Kmiecik (red.), *Prawo i medycyna, t. 1, Między standardem a odpowiedzialnością* (ss. 317–341). Wydawnictwo Think & Make.
- Jabłońska, K. & Kaczkowski, J. (2017). *Żyć aż do końca. Instrukcja obsługi choroby*. Wydawnictwo Więź.
- Karkowska, D. (2021). Komentarz do artykułu 8. w: E. Bielak-Jomaa, G. Błażewicz, R. Bryzek, B. Chmielowiec, M. Ćwikiel, P. Grzesiewski, B. Kmiecik, A. Nowak & D. Karkowska, *Prawa pacjenta i Rzecznik Praw Pacjenta. Komentarz* (ss. 401–444). Wolters Kluwer Polska.
- Katana, K., Krawczak, A., Kubicka-Kraszyńska, U. & Sotomska, A. (2023). *Standardy ochrony dzieci w placówkach medycznych* (ss. 4–6). Wydawnictwo Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę.
- Konieczniak, P. & Boratyńska, M. (2019). Zasada wszechstronnego informowania pacjenta. w: M. Boratyńska, P. Konieczniak & E. Zielińska (red.), *System Prawa Medycznego. Regulacja prawna czynności medycznych*. Tom II. Część 1. (ss. 25–209). Wolters Kluwer.
- Krawczak, A, Kubicka-Kraszyńska, U. & Katana K. (2023). *Ochrona zdrowia, ochrona dzieci. jak skutecznie i zgodnie z prawem reagować w sytuacji podejrzenia, że dziecko – pacjent jest krzywdzone?* (ss. 4–14). Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę.
- Malarewicz-Jakubów, A. (2015). Dziecko jako pacjent, w: E.M. Guzik-Makaruk, V. Skrzypulec-Plinta & J. Szamatowicz (red.), *Wybrane prawne i medyczne problemy ginekologii dziecięcej* (ss. 51–62). Wydawnictwo Temida 2.
- Maślankiewicz, R. & Bójko, M. (2019, 15 maja). *Raport Watchdoga – Jak źle jest w polskiej psychiatrii dzieci i młodzieży*. <https://siecobywatelska.pl/raport-watchdoga-jak-zle-jest-w-polskiej-psychiatrii-dzieci-i-mlodziezy/>
- Michałowska, K. (2022). Granice rodzicielskich ingerencji w dobra osobiste dziecka – zagadnienia wybrane. *Białostockie Studia Prawnicze*, 27(3), 49–69.

- Ministerstwo Sprawiedliwości (2024). *Wyjaśnienia do ustawy o ochronie dzieci*. <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/pytania-do-ustawy-o-ochronie-dzieci2>
- NFZ (2024). *Krajowy punkt kontaktowy do spraw transgranicznej opieki zdrowotnej*. <https://www.kpk.nfz.gov.pl/pl/>
- Perek, M. & Cepuch, G. (2008). Dziecko w szpitalu a ryzyko krzywdzenia instytucjonalnego. *Studia Medyczne*, 11, 23–27.
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (2023). Ustawa z dnia 28 lipca 2023 r., o zmianie ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (2023, poz. 1606) – tzw. „ustawa Kamilka”.
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (2016). Ustawa z dnia 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym i ochronie małoletnich (t.j. z 2024, poz. 560).
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (2011). Ustawa z dnia 5 kwietnia 2011 r., o działalności leczniczej (t.j. 2024, poz. 799).
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (2008). Ustawa z dnia 6 listopada 2008r., o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (t.j. 2024, poz. 581).
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (1974). Ustawa z dnia 26 czerwca 1976 r., Kodeks pracy (t.j. 2023, poz., 1465. ze zm.).
- Sitarz, O. (2022). Znaczenie regulacji prawa rodzinnego dla karnoprawnej oceny zaniedbania. *Białostockie Studia Prawnicze*, 27(3), 71–89.
- Słownik języka polskiego PWN* (2024). Hasło: *standard*. <https://sjp.pwn.pl/slowniki/standard.html>
- Wasilewska, E. (2017). Zobiektywizowany sposób oceny rozmiaru krzywdy przy ustalaniu zadośćuczynienia pieniężnego na rzecz poszkodowanego pacjenta. *Ius Novum*, 3, 101–121.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt II PK 323/07, OSNP 2009, nr 21/22, poz. 276.

Joanna Haberko

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska

joanna.haberko@amu.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2713-3896>

Krzysztof Niziołek

Akademia Górniczo-Hutnicza w Krakowie, Polska

krzysztof.niziolek@cyfronet.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0007-0184-2954>

Wykorzystywanie algorytmów sztucznej inteligencji w rozpoznawaniu twarzy w celu określenia podobieństwa fenotypowego w procedurach medycznie wspomaganey prokreacji

The Use of Artificial Intelligence Algorithms in Face Recognition to Determine Phenotypic Similarity in Medically Assisted Procreation Procedures

Abstract: The considerations presented here cover one aspect of the use of AI algorithms in the process of establishing phenotypic similarity between a cell donor or embryo donors and those interested in parenthood and the child. The Infertility Treatment Act does not expressly exclude the use of AI algorithms, which may help to achieve the goal of phenotypic similarity but may, contrary to the intention of the legislature, serve to disclose the data of a person or persons to whom the Act, by design, provides anonymity. The authors analyse the acceptability of using images of donor reproductive cells and the use of AI algorithms to establish phenotypic similarity. Both benefits and potential risks remain under consideration.

Keywords: AI, donors, medically assisted procreation, phenotypic similarity

Słowa kluczze: AI, dawca, medycznie wspomaganą prokreacją, podobieństwo fenotypowe

Uwagi wstępne

W dzisiejszym świecie, w którym technologia bardzo szybko się rozwija, algorytmy sztucznej inteligencji (AI) stają się coraz bardziej wszechstronne i skuteczne (Ergen, 2019; Frana & Klein, 2021; Fischer, Pązik & Świerczyński, 2021). Odgrywają one kluczową rolę w wielu dziedzinach życia (Pyka, 2018). Jednym z obszarów, w których ich potencjał jest szczególnie widoczny, jest rozpoznawanie twarzy (Ciesielski, 2014). W ostatnich latach algorytmy sztucznej inteligencji stały się dominującym narzędziem w identyfikacji osób na zdjęciach, nagraniach, a nawet w czasie rzeczywistym. Rozpoznawanie twarzy przez AI jest nie tylko narzędziem ułatwiającym codzienne funkcjonowanie, lecz także skutecznym środkiem, który zabezpiecza wiele obszarów życia i pozwala zyskać lub zwiększyć bezpieczeństwo (Tomaszewska-Michalak, 2015). Przystępując do rozważań w zakresie szczegółowego wykorzystania AI w jednej z dziedzin medycyny, warto odnotować, że wykorzystanie technologii nie jest tu wyjątkiem, a rozpoznawanie twarzy istotnie pomaga nie tylko w medycynie, w szczególności w interesującym nas zakresie, lecz także stanowi przejaw wielu aktywności życiowych w różnych obszarach. Rozwój technologii przyczynił się w ostatnich latach do zwiększenia efektywności rozpoznawania twarzy poprzez tworzenie bardziej zaawansowanych modeli zdolnych do analizy ogromnych ilości danych w celu identyfikacji unikalnych cech twarzy poprzez wykorzystanie głębokich sieci neuronowych.

Rozpoznawanie twarzy znalazło szerokie zastosowanie w dziedzinie bezpieczeństwa, ułatwiając kontrolę dostępu do budynków, systemów komputerowych czy nawet smartfonów. Ponadto, używane jest w monitorowaniu miejsc publicznych w celu zapewnienia bezpieczeństwa (Kiełbus & Futryk, 2014). Algorytmy te są wykorzystywane w systemach identyfikacji i autoryzacji płatności, co zwiększa wygodę korzystania z usług finansowych.

Prezentowane rozważania obejmują jeden z aspektów wykorzystania algorytmów sztucznej inteligencji w medycynie w procesie ustalenia podobieństwa fenotypowego dawcy komórek lub dawców zarodka i osób zainteresowanych rodzicielstwem oraz dziecka. Jest to oczywiście jedna z możliwości wykorzystania AI, jako że algorytmy te – jak zauważyliśmy – ani nie zostały stworzone na potrzeby interesujących nas procedur, ani też nie są wyłącznie w nich używane. Jednak potencjał wykorzystania AI w tej szczególnej dziedzinie wydaje się szczególnie godny rozważenia, i to z kilku powodów. Po pierwsze, regulująca kwestie ustalania podobieństwa dawców i rodziców oraz dziecka ustawa z 25 czerwca 2015 roku o leczeniu niepłodności (Sejm RP, 2015) zakłada, by wykorzystanie komórek pochodzących od anonimowego dawcy komórek lub dawców zarodków następowało z uwzględnieniem podobieństwa fenotypowego.

Ustalenie na podstawie danych fenotypowych podobieństwa dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka znajduje uzasadnienie w dążeniu do zachowania

życia prywatnego członków rodziny i realizacji postulatów dobra dziecka, które urodzi się w wyniku zastosowania analizowanych procedur medycznych poprzez to, że będzie ono podobne do rodziców (Haberko&Kocyłowski, 2006). Oznacza to, że należy dążyć do zapewnienia takiego stanu, by dziecko, które się urodzi w wyniku zastosowania komórek rozrodczych nie pochodzących od zainteresowanych rodzicielstwem, nie stygmatyzować przez to, że nie pasuje ono do rodziny, w szczególności, że odbiega pod względem fizjonomii od prawnego ojca. Cel tego zabiegu jest bezsporny (Łukasiewicz, 2024; Krawczak, 2017). Podobieństwo fenotypowe pozwala zachować prywatność życia rodzinnego i nie narażać członków rodziny na domysły ze strony otoczenia i konieczność ujawniania faktów, które chcą oni zachować dla siebie. Chodzi też o to, by dziecko nie było nadmiernie niepodobne do swoich prawnych rodziców (Haberko, 2019; Mostowik, 2015; Krekora-Zajac, 2014). Takie ujęcie rodzi pokusę posłużenia się wszelkimi dostępnymi metodami i środkami, by podobieństwo to osiągnąć i by było ono jak największe. Skoro technologia, w szczególności algorytmy sztucznej inteligencji wykorzystywane do rozpoznawania twarzy, pozwala to podobieństwo osiągnąć za pomocą dostępnych środków, należy udzielić odpowiedzi na pytanie, czy posługiwanie się tymi metodami i środkami jest dopuszczalne w świetle obowiązującego prawa.

Ponadto, ustawa o leczeniu niepłodności oraz akty do niej wykonawcze nie przewidują, jakimi danymi można się posłużyć w ustalaniu podobieństwa. Regulują tylko, w formie nader oszczędnej, sposób postępowania z danymi przekazywanymi do rejestru. Ustawa nie precyzuje, czy tak pozyskane dane mogą być przedmiotem dalszych analiz, w szczególności analiz prowadzonych z wykorzystaniem AI. Nie rozstrzyga też sposobu postępowania w przypadku, w którym ośrodek leczenia niepłodności dysponuje własnym bankiem komórek rozrodczych.

Ustawa nie wyklucza również *expressis verbis* posłużenia się algorytmami sztucznej inteligencji, co może pomóc realizować cel podobieństwa fenotypowego, może jednak przysłużyć się do niezgodnego z intencją ustawodawcy ujawnienia danych osoby lub osób, którym ustawa, z założenia, zapewnia anonimowość.

Nie ulega wątpliwości, że cel założony przez ustawę osiągnąć można z wykorzystaniem różnych instrumentów i narzędzi, w szczególności biorąc pod uwagę opis, zdjęcie czy właśnie przetworzenie przez algorytmy sztucznej inteligencji pozyskanych danych z opisu lub zdjęcia. Zarówno opis, jak i zdjęcia odnosić się mogą do osób dawcy i prawnego ojca dziecka oraz dawcy i matki dziecka, a także samego dziecka. Cechy fizjonomii dawcy lub dawców ujęte mogą być zarówno w odniesieniu do nich jako dzieci, jak i jako osób dorosłych. Można dawcę opisać słowami, używając przymiotników odnoszących się do cech wyglądu fizycznego, niemniej jednak najpewniej cechy fizjonomii oddaje ich utrwalenie i zobrazowanie poprzez zdjęcie czy nagranie. Te ostatnie oddają bowiem nie tylko charakterystyczne cechy wyglądu człowieka, lecz także pozwalają osobie patrzącej na fotografię czy wideo wyrobić sobie przekonanie faktycznego podobieństwa w stosunku do innej osoby. Oznacza to dalej, że podmiot

obserwujący zdjęcie lub oglądający film będzie w stanie powiedzieć, że dwie osoby, które mają podobne cechy fenotypowe, np. niebieskie oczy i blond włosy, w istocie będą do siebie podobne. Utrwalenie wizerunku za pomocą środków technicznych będzie zdecydowanie trafniej oddawało podobieństwo niż opis. Dwie osoby, którym przypisze się ten sam układ cech fenotypowych, mogą w istocie znacznie się od siebie różnić i nie być do siebie podobne.

Prezentowany poniżej tekst wpisuje się w dyskusję o realizacji celu ustawy i stanowi próbę odpowiedzi na pytanie o zakres dopuszczalnego posługiwania się algorytmami sztucznej inteligencji w procedurze medycznie wspomaganą prokreacji dla ustalenia podobieństwa fenotypowego dawcy lub dawców i rodziców dziecka oraz dziecka. Rozważania dotyczą instrumentów prawnych w zakresie realizacji celu przewidzianego ustawą i zagrożeń związanych z nieprzewidywanym przez ustawodawcę niebezpieczeństwem wykorzystania danych drażliwych w celu identyfikacji osoby dawcy lub dawców. Nie bez znaczenia w zakresie postulatów *de lege ferenda* pozostają przesłanki podmiotowe dostępu do danych drażliwych dawcy lub dawców i możliwość posłużenia się tymi danymi zarówno za zgodą osób, których dane te dotyczą, jak i poza zakresem zgody albo bez niej. Główny nurt rozważań oscylować będzie wokół dopuszczalności udostępniania zdjęć dawcy lub dawców, w szczególności zdjęć z dzieciństwa, i zagrożeń wiążących się z rozpoznawaniem twarzy z wykorzystaniem algorytmów sztucznej inteligencji i ustalaniem tożsamości na podstawie ujawnionych cech fenotypowych dawcy lub dawców.

1. Cele, którym służyć może rozpoznawanie twarzy

Przystępując do rozważań na temat posługiwania się zaawansowaną technologią w rozpoznawaniu twarzy w procedurach medycznych, warto zauważyć, że rozpoznawanie twarzy służy w ogólności bardzo zróżnicowanym celom (Mendyk-Krajewska, 2019). Jeżeli w procedurze ustalania podobieństwa fenotypowego dysponuje się danymi dawcy lub dawców, w szczególności opisem cech fenotypowych, i – czego nie sposób w tej chwili przesądzić – zdjęciem, pojawia się ryzyko wykorzystania tych danych i ich przetworzenia niekoniecznie zgodnie z pierwotnym zamysłem podmiotu i zakresem zgody.

Jak wskazaliśmy, rozpoznawanie twarzy nie stanowi wyłącznej domeny interesujących nas procedur – wykorzystywane jest w różnym zakresie i w rozmaitych dziedzinach życia. Cele, którym służą procedury rozpoznawania twarzy, są oczywiście wielorakie i co do zasady wiążą się z osiągnięciem bezpieczeństwa i zapewnieniem kontroli tam, gdzie bezpieczeństwo publiczne tej kontroli wymaga. Rozpoznawanie twarzy może wspomagać służby bezpieczeństwa w monitorowaniu miejsc publicznych, identyfikowaniu potencjalnych zagrożeń i zabezpieczaniu obiektów krytycznych, co przyczynia się do poprawy ogólnego bezpieczeństwa społeczeństwa (Karlik,

2012). Zastosowanie AI w systemach kontroli dostępu do budynków, pomieszczeń czy urządzeń poprzez rozpoznawanie twarzy umożliwia efektywną identyfikację i autoryzację, eliminując konieczność korzystania z tradycyjnych kluczy czy kart dostępu. Ułatwia również zarządzanie obiektami publicznymi, takimi jak lotniska czy stacje kolejowe (Mendyk-Krajewska, 2019). Działa jako narzędzie do szybkiej identyfikacji osób, co przyspiesza procesy bezpieczeństwa i zarządzania tłumem (Matuszek, 2020).

Godzi się zauważyć efektywność w ściganiu sprawców przestępstw. AI służy tu jako narzędzie pomocne w ściganiu sprawców przestępstw poprzez identyfikację osób na podstawie dostępnych danych i porównanie ich z danymi w bazach kryminalnych. Równie ważne wydaje się wykorzystanie AI w zwalczaniu fałszerstw, zwłaszcza w dokumentach tożsamości. Rozpoznawanie twarzy może być stosowane do weryfikacji tożsamości podczas procesów rejestrowania się czy przeprowadzania transakcji.

Nie można także tracić z pola widzenia wykorzystania AI w życiu codziennym, jak choćby w celu zabezpieczenia urządzeń mobilnych. Rozpoznawanie twarzy może być bowiem wykorzystywane w systemach zabezpieczeń smartfonów czy tabletów, co zwiększa poziom bezpieczeństwa danych przechowywanych na tych urządzeniach. W sektorze handlu czy rozrywki rozpoznawanie twarzy może być używane do personalizacji doświadczeń klientów. Sklepy czy platformy internetowe mogą dostosowywać oferty lub rekomendacje do indywidualnych preferencji na podstawie wcześniejszych interakcji (Smyth, 2018).

Rozpoznawanie twarzy za pomocą sztucznej inteligencji odgrywa też dużą rolę w medycynie (Patel i in., 2009), a posługiwanie się analizowaną technologią wydaje się być nie do przecenienia (Fralick i in., 2019). Już teraz wskazać można wykorzystanie AI w zakresie śledzenia reakcji na podane leki. Technologia rozpoznawania twarzy pozwala zdiagnozować choroby także w czasie rozwoju płodowego (Gupta i in., 2021), choroby genetyczne, ocenić ból i jego natężenie czy zidentyfikować objawy zdarzeń nagłych, w szczególności takich jak udar. Algorytmy wychwytyją w tym przypadku najmniejsze nawet przejawy asymetrii czy drgnięć mięśni, a to pozwala na szybką reakcję i podanie odpowiednich leków. Jako że rozpoznawanie twarzy jest niezwykle potężnym narzędziem w identyfikacji osób i ustalaniu ich podobieństwa, może być wykorzystywane także w procedurach medycznie wspomaganego prokreacji (Emin i in., 2019; Mushtaq i in., 2022; Medenica i in., 2022; Wang i in., 2019; Obermeyer & Emanuel, 2016; Zaninovic & Rosenwaks, 2020). W tym zakresie wiąże się z realizacją wcześniej założonego celu, jakim jest ustalenie podobieństwa fenotypowego, ale – czego ustawodawca, jak się wydaje, nie brał pod uwagę przy tworzeniu ustawy – niesie ze sobą wiele wyzwań związanych z prywatnością i bezpieczeństwem danych. Uprzedzając nieco tok rozważań, należy wzmiankować, że nawet opis osoby może sprzyjać ustaleniu jej tożsamości, co oczywiście nie wpisuje się w gwarantowaną ustawą anonimowość dawcy czy dawców.

2. Rozpoznanie twarzy przy wykorzystaniu algorytmów sztucznej inteligencji po okazaniu zdjęć z dzieciństwa a ustalenie tożsamości osoby – Nowa Era Identyfikacji Osobowej

Posługiwanie się algorytmami AI w celu ustalenia podobieństwa między osobnikami i ustalenie tożsamości człowieka jeszcze dekadę temu wydawało się nieprawdopodobne. Trudne do wyobrażenia pozostawało także posługiwanie się zaawansowaną technologią dla ustalenia doboru fenotypowego. Ciągły rozwój technologii i doskonalenie algorytmów sprawiają, że z każdym rokiem procedury te są coraz częściej, i z większym powodzeniem, stosowane, a uzyskiwane za pomocą algorytmu podobieństwo nie jest jedynie przybliżone, ale realne (Meléndez i in., 2020). Ma to szczególne znaczenie w zakresie śledzenia rozwoju osobniczego człowieka na podstawie zdjęć z dzieciństwa i porównania ich ze zdjęciami osoby dorosłej. Korzyści wynikające z tego faktu są niezaprzeczalne. Może to być szczególnie przydatne w przypadku zaginionych osób, ofiar przestępstw lub w innych sytuacjach, w których aktualne zdjęcia danej osoby mogą być niedostępne lub niewystarczająco reprezentatywne. Tradycyjnie proces identyfikacji opierał się w takich sytuacjach na aktualnych zdjęciach danej osoby oraz bazie danych zawierającej utrwalenie twarzy na zdjęciach czy filmach. Obecnie coraz więcej instytucji badawczych eksperymentuje, i to z powodzeniem, z nowymi metodami, wykorzystując archiwalne zdjęcia, a nawet zdjęcia z dzieciństwa, by dokładniej i skuteczniej identyfikować osoby.

Może to także znaleźć zastosowanie w ustalaniu podobieństwa fenotypowego poprzez przesłedzenie, jak wyglądał dawca w dzieciństwie jako małe dziecko, nastolatek, młodzieniec czy osoba dorosła na różnych etapach dorosłego życia aż do starości. R. Łukasiewicz wskazuje jednak na jeszcze inne wykorzystanie systemów rozpoznawania twarzy. Chodzi mianowicie o szybkie i pozbawione błędów oraz przypadkowości „znalezienie w bankach dawców takiego dawcy, który pod względem cech twarzy będzie najbardziej przypominał biorcę” (Łukasiewicz, 2024). Daje to ogromne możliwości nie tylko upodobnienia dawcy i przyszłego ojca w dorosłym życiu, lecz także pozwala przesłedzić rozwój obu tych podmiotów i poszukiwać rozwiązań optymalnych, biorąc pod uwagę cel wyznaczony ustawą (Łukasiewicz, 2024).

Pokusa wykorzystania technologii dla realizacji celu, jakim jest osiągnięcie podobieństwa fenotypowego w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji, wiąże się z koniecznością rozstrzygnięcia dylematów, których ustawodawca nie brał pod uwagę przy tworzeniu ustawy. Przykładem tego są coraz częstsze pytania ośrodków medycznie wspomaganej prokreacji o posługiwanie się zaawansowaną technologią oraz o dopuszczalność wykorzystania zdjęć dawcy lub dawców, w szczególności zdjęć z dzieciństwa, i poddanie ich algorytmom sztucznej inteligencji, z których mógłby skorzystać lekarz lub które mogłyby zostać okazane zainteresowanemu rodzicielstwem

parom dla wyboru osoby dawcy¹. Rodzą się tu dwie główne wątpliwości: po pierwsze, legalność dopuszczenia do wyboru zainteresowanych rodzicielstwem, a po drugie, dopuszczalność posłużenia się nowoczesną technologią. Doświadczenie życiowe uzasadnia wnioski, że wybór ten bardziej dotyka zainteresowanych rodzicielstwem niż lekarza. Co oczywiste bowiem, to nie lekarz przyjmuje do swojej rodziny dziecko, tylko rodzice, i to nie lekarz, a rodzice konfrontowani będą z udzielaniem odpowiedzi na pytanie o powód braku podobieństwa ich dziecka (Łukasiewicz, 2021). Posłużenie się technologią wpisuje się zaś we właściwe procedurom medycznym postępowanie nie tylko zgodne z aktualną wiedzą medyczną, lecz także dostępnymi lekarzowi metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób (Raimundo, Cabrera, 2021).

Ustawa określa standard aktualnej wiedzy medycznej, zakładając konieczność ustalenia podobieństwa fenotypowego – nie precyzuje jednak środków, za których pomocą może się to odbywać. Lakoniczność ustawy w tym zakresie oraz potencjalność udostępnienia danych wrażliwych stawia na szali korzyści, które płyną z możliwości wykorzystania zdjęć, w szczególności zdjęć z dzieciństwa, i poddania ich dalszemu przetworzeniu przez AI, i ryzyka, które niesie posługiwanie się tą technologią. Korzyści są bezsporne. Algorytmy lepiej i dokładniej niż człowiek odpowiedzą na pytanie o podobieństwo oraz przeanalizują je przez czas całego życia. Nie podlegają one chwilowym sugestiom i emocjom w zakresie podobieństwa. Zapewniają też niepomierne większą pewność podobieństwa. Algorytmy stwarzają jednak większe ryzyko ustalenia tożsamości osoby dawcy. Możliwość odkodowania danych pozwalających na ujawnienie tożsamości dawcy, który zgodnie z założeniem ustawy ma pozostać anonimowy, nie wpisuje się w ustalony ustawą standard postępowania. Zaawansowana technologia pozwala bowiem nie tylko dojść do tego, na czym nam zależy, czyli od zdjęcia z dzieciństwa do wyglądu i wizerunku osoby dorosłej, lecz także pozwala ustalić tożsamość danej osoby. To z kolei umożliwia uzyskanie pewności kim dana osoba jest. Kwestią kolejnego kroku będzie ustalenie danych, które powinny zostać anonimowe, czyli imienia i nazwiska, miejsca zamieszkania czy historii medycznej.

Powyższe oznacza, że to, co z jednej strony jest zaletą, z drugiej postrzegane może być jako wada, a w każdym razie zagrożenie, którego świadomy powinien być podmiot udostępniający swoje dane. Dzięki wykorzystaniu nowoczesnej technologii i zaawansowanym algorytmom oraz ogromnym zasobom danych, jakimi dysponują firmy technologiczne, możliwe jest posługiwanie się danymi drażliwymi i – już obecnie – nie nastęcza to większych trudności technicznych. Mając to na uwadze, liczyć należy się z koniecznością szczególnie wnikliwej analizy w zakresie bezpieczeństwa danych (Porzeżyński, 2022; Wyciślik, 2021), zapewne także wyznaczenia granic po-

1 Pytania te są przedmiotem opinii prywatnych, których sporządzenie powierza się przedstawicielom nauki prawa.

sługiwania się zdjęciami i ich wykorzystania (Choińska, 2022; Lucero, 2019). Archiwalne zdjęcia z dzieciństwa, podobnie jak wszystkie inne dane osobowe, muszą być odpowiednio chronione przed nieuprawnionym dostępem i nadużyciem. Ponadto, istnieje ryzyko, że wykorzystanie takich danych może prowadzić do budowy precyzyjnych profili osobowych, co z kolei rodzi obawy dotyczące naruszenia prywatności.

Jak widać z powyższych rozważań, pomysł wykorzystywania zdjęć z dzieciństwa do rozpoznawania twarzy i identyfikowania osoby, w różnych celach, w tym w szczególności w ramach interesujących nas procedur medycznie wspomagananej prokreacji, jest oczywiście fascynujący. Technologia nie tylko ułatwia i przyspiesza realizację celu, ale i budzi uzasadnione obawy (Hołyst & Pomykała, 2011; Kapczyński, 2009) oraz konieczność udzielenia odpowiedzi na kilka ważnych pytań, które będą dalej przedmiotem analiz. Po pierwsze, czy taka praktyka wykorzystania zdjęcia lub zdjęć, w szczególności z dzieciństwa, jest etyczna i czy nie stanowi obejścia ustawy, zgodnie z którą dawca ma pozostać anonimowy. Po drugie, czy osoby, których zdjęcia są używane, wyraziły na to zgodę, czy powinny ją wyrazić. Ponadto, czy algorytmy AI są na tyle dokładne, by nie popełniać błędów (Bukowski, 2021; Tomaszewska-Michalak, 2015), które mogłyby prowadzić do mylnych identyfikacji lub naruszeń prywatności, w szczególności wówczas, gdy przepisy prawa zapewniają, jak w przypadku dawcy, anonimowość (Graham, 2021).

3. Ustalenie tożsamości osoby przy wykorzystaniu algorytmów sztucznej inteligencji po przedstawieniu opisu

Rozpoznawanie twarzy na podstawie zdjęcia czy obrazu wideo z wykorzystaniem algorytmu sztucznej inteligencji jest powszechne, a wraz z rozwojem technologii uzyskiwane wyniki będą coraz bardziej doskonałe. Nie można jednak wykluczyć, że ciągły rozwój technologii w zakresie identyfikacji osób pozwoli na pewne i szybkie ustalenie tożsamości osoby nie tylko na podstawie przedstawionego zdjęcia, ale i opisu cech fizycznych. Dzieje się tak dlatego, że zaawansowane algorytmy AI i ogromne zasoby danych pozwalają na identyfikację osób na podstawie nawet najbardziej ograniczonych danych. Analiza cech twarzy, takich jak proporcje, kształt nosa czy układ oczu, pozwala algorytmom AI generować unikalne profile identyfikacyjne, które mogą być porównywane z bazami danych w celu znalezienia dopasowania (Bukowski, 2021).

Jednym z najbardziej efektywnych sposobów wykorzystania tej technologii jest przedstawienie opisu osobowego lub szkicu osoby, zazwyczaj podejrzanej, a następnie przeprowadzenie analizy porównawczej przy użyciu algorytmów rozpoznawania twarzy. W przeszłości taka analiza była czasochłonna i niedokładna, obarczona sporą dozą niewiadomych czy danych niewykrywanych przez ludzkie oko. Postęp w dziedzinie AI sprawił, że proces ten stał się znacznie szybszy i skuteczniejszy, po-

zbawiony sugestii i emocji, a jedną z najbardziej spektakularnych historii związanych z wykorzystaniem algorytmów AI do identyfikacji osób była sprawa nierozwiązanej zbrodni, w której przedstawiono jedynie ogólny opis mężczyzny, mającego na sobie okulary przeciwsłoneczne i kapelusz (Demagog, 2024). Dzięki analizie porównawczej przy użyciu zaawansowanych algorytmów rozpoznawania twarzy udało się ustalić tożsamość mężczyzny i doprowadzić go przed wymiar sprawiedliwości. Tego rodzaju możliwości stwarzają konieczność uwzględnienia ryzyka posłużenia się danymi zebranymi w trakcie procedury ustalania podobieństwa fenotypowego i poddania ich przetworzeniu przez AI. Nawet jeżeli ta dysponować będzie jedynie danymi opisowymi sprowadzającymi się do opisu osoby przy wykorzystaniu cech fizjonomii poprzez odpowiednie przymiotniki, jak również dalszym opisem medycznym osoby i podstawowymi danymi z zakresu stanu cywilnego (wiek, stan cywilny, miejsce urodzenia), nie można wykluczyć ustalenia tożsamości osoby w przyszłości. Może się zatem okazać, że przyjęte przez ustawę ograniczenia dostępności danych nie są wystarczające do zapewnienia prywatności dawcy lub dawców, a anonimowość dawcy pozostaje fikcyjna wobec możliwości zaawansowanych technologii.

4. Ustalanie podobieństwa fenotypowego w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji. Stan *de lege lata*

Mając na uwadze naszkicowane wyżej korzyści i zagrożenia wiążące się z wykorzystaniem AI w procedurach ustalania podobieństwa, celowe wydaje się odniesienie do szczegółowych założeń. Ustawa o leczeniu niepłodności kilkakrotnie odnosi się do cech fenotypowych. Poza zakresem analizy pozostanie przepis art. 26 ust. 2 u.l.n. Ten odnosi się do zakazu stosowania preimplantacyjnej diagnostyki genetycznej w celu wyboru cech fenotypowych, w tym płci, z wyjątkiem sytuacji, gdy wybór taki pozwala uniknąć ciężkiej, nieuleczalnej choroby dziedzicznej. Nawet w tym zakresie stosuje się jednak AI (Kragh Karstoft, 2021; Bączyk-Rozwadowska, 2017; Niżnik-Mucha, 2021). W interesującym nas zakresie w art. 32 ust. 2 u.l.n. i art. 36 ust. 1 pkt 4 u.l.n. mowa jest o ustaleniu cech fenotypowych, które stanowi przesłankę dopuszczalności i legalności procedur.

Zastosowanie u biorczynie komórek pobranych od dawcy w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie albo zarodka utworzonego z tych komórek rozrodczych następuje przy zachowaniu łącznie wielu przesłanek ustawowych, wśród których, art. 32 ust. 2 pkt 2 u.l.n. wymienia tę, by na podstawie danych fenotypowych lekarz ustalił podobieństwo z dawcą komórek. Mowa oczywiście o sytuacji dawstwa heterologicznego. Przepis art. 36 ust. 1 pkt 4 u.l.n. zakłada z kolei dopuszczalność dawstwa zarodka, jeżeli stwierdzono na podstawie danych fenotypowych podobieństwo osób, które wyraziły zgodę na przeniesienie zarodka, z dawcami zarodka.

Przyjęte powyżej rozwiązania zabezpieczają istotne, z punktu widzenia aksjologii ustawowej, wartości. Chodzi o dobro dziecka, które urodzi się w wyniku zastosowania dawstwa komórek lub dawstwa zarodka oraz poczucie wychowywania dziecka, które jest fenotypowo podobne do rodziców. Ujęcie przepisów ustawy nie jest jednak wolne od wątpliwości interpretacyjnych. Ustawa nie określa ani zakresu podobieństwa, w szczególności tego, czy ma ono być duże i niesporne, ani jego przesłanek podmiotowych. W doświadczeniu życiowym szukać należy potwierdzenia trafności stanowiska, że im większe podobieństwo wyglądu dziecka i rodziców prawnych, tym większe szanse na zachowanie prywatności. Oczywiście dyskusyjne, w kontekście wartości, jaką jest poznanie własnej tożsamości genetycznej, jawi się ukrycie przez dzieckiem informacji o sposobie poczęcia i wykorzystaniu komórek pochodzących od dawcy. Wskazać jednak należy, że zakres podmiotowy uprawnionych w jednym i drugim przepisie jest inny, zarówno gdy chodzi o podmiot realizujący obowiązek, jak i podmioty wyrażające zgodę.

Ustawodawcy brakuje precyzji i konsekwencji w zakresie ustalenia przesłanek podmiotowych realizacji obowiązku. Widać to zwłaszcza w zakresie drugiego z powołanych wyżej przepisów. O ile w art. 32 ust. 2 pkt 2 u.l.n. obowiązek nałożony został *expressis verbis* na lekarza, o tyle w art. 36 ust. 4 pkt 1 u.l.n. mowa jest, że „stwierdzono”. Takie, jak należy sądzić, dość niefrasobliwe ujęcie ustawowe, rodzi pytania i każe szukać w miarę satysfakcjonujących odpowiedzi w toku wykładni. Trzeba zatem, po pierwsze, rozwiązać wątpliwość, czy wyboru dokonuje, w obu przypadkach, wyłącznie lekarz i czyni to autorytatywnie sam, czy też, zwłaszcza w drugim przypadku, dzięki użytemu w przepisie sformułowaniu: „stwierdzono”, możliwe jest, by wyboru dokonywały inne osoby: samodzielnie lub wespół z lekarzem (zob. *Invicta*, 2024a). W obu przypadkach należy odpowiedzieć na pytanie, czy możliwe i legalne jest włączenie do kręgu podmiotów dokonujących wyboru także innych osób. Mowa w szczególności o rodzicach prawnych dziecka, zainteresowanych nie tylko jego urodzeniem, ale – jak wzmiankowaliśmy wyżej – także wyglądem dziecka i tym, by pasowało ono do rodziny. Powtórzmy: to nie lekarz będzie głównie zainteresowany podobieństwem fenotypowym członków rodziny, ale właśnie rodzice i dziecko, które urodzi się w wyniku zastosowania analizowanych procedur. R. Łukasiewicz zwraca skądinąd trafnie uwagę na fakt niewykluczonego w przyszłości „dostępu do medycznie wspomaganej prokreacji dla par jedнопłciowych, w odniesieniu do których trudno mówić, że dobór fenotypowy wzmacnia możliwość utrzymania okoliczności poczęcia w sferze prywatnych spraw dziecka oraz rodziców” (Łukasiewicz, 2024). Po drugie, jakimi środkami i metodami może posłużyć się lekarz, w szczególności czy może stosować nowoczesną technologię i posługiwać się algorytmami AI dla ustalenia podobieństwa. Po trzecie wreszcie, jeżeli lekarz ustali podobieństwo, a okaże się, że dziecko nie będzie dostatecznie podobne lub będzie w ogóle niepodobne, czy należy liczyć się z odpowiedzialnością lekarza za niewykonanie obowiązku wynikającego *expressis verbis* z ustawy.

Przepis art. 32 ust. 2 pkt 2 u.l.n. jest rygorystyczny w zakresie określenia podmiotu, który dokonuje wyboru (Bączyk-Rozwadowska, 2018). *Verba legis* wyboru dokonuje lekarz. „Dokonuje”, co oznacza, że nie może z tego wyboru zrezygnować. To wyłącza aktywność, a zwłaszcza samodzielność wyboru dawcy przez zainteresowanych urodzeniem dziecka przyszłych rodziców prawnych. W tym kontekście oczywiście wątpliwości budzi zamieszczanie na stronie banków płodności danych z możliwością dokonania wyboru przez każdego, nie wyłącznie przez lekarza. Nie wyklucza jednak, w naszym przekonaniu, włączenia biorczyni lub jej męża czy konkubenta do procesu podejmowania decyzji w tym zakresie choćby przez fakt koniecznego udostępnienia lekarzowi swoich danych niezbędnych do ustalenia podobieństwa. Zobowiązany w świetle ustawy lekarz musi zatem dysponować danymi fenotypowymi biorczyni lub jej męża czy konkubenta i wybrać najbardziej podobną osobę, jak można założyć, do męża lub konkubenta.

Przepis nie wskazuje, jak odbywa się dokonanie wyboru, w szczególności co ma zrobić lekarz i jak przeanalizować dane w doborze fenotypowym. Idea przyświecająca założonemu wymogowi nie sprowadza się do wyobrażenia lekarza o podobieństwie, ale musi uwzględniać porównanie opisu cech fenotypowych i znajomość dziedziczności cech, jak również tego, które są dominujące, a które recesywne. Najprościej, co nie znaczy najlepiej, będzie zestawić w tabeli cechy fenotypowe dawcy i ojca prawnego i stwierdzić ich tożsamość. Jak się wydaje, wobec możliwości, którymi dysponuje współczesna wiedza informatyczna, nie powinno to polegać na zestawieniu spisanych cech określanych kolejnymi przymiotnikami w odniesieniu do osoby dawcy anonimowego i rodziców prawnych, w szczególności ojca (zob. Invicta, 2024b). Należy pamiętać, że lekarz ma obowiązek nie tylko wykonywać zawód zgodnie z aktualną wiedzą medyczną, ale i dostępnymi mu metodami i środkami. Skoro dysponuje nowoczesną technologią, która pozwala mu osiągnąć założony w ustawie cel, wydaje się, że powinien jej użyć bez ryzyka narażenia się na działanie niezgodne z obowiązującym prawem. Wykorzystanie technologii będzie też szczególnie istotne wówczas, gdy komórki pochodzą z zagranicznego banku, jak również wtedy, gdy ośrodek dysponuje własnym bankiem. Wskazuje się na różne rodzaje danych ujawnianych w rejestrach zagranicznych, z których korzystają polskie ośrodki leczenia niepłodności. Nie można wykluczyć dostępu do wiedzy co do cech fenotypowych na podstawie zdjęcia. To, że dane te nie zostaną przez zagraniczny bank przesłane w procedurze medycznie wspomaganey prokreacji, nie oznacza, że lekarz, a także zainteresowani nie mają do nich dostępu (Łukasiewicz, 2024).

Jak wskazaliśmy, ustawodawca nie odpowiada na pytanie o zakres podobieństwa (Haberko, 2016). Kierując się zasadą nieszkodzenia i proporcjonalności, przyjąć należy, że chodzi o ustalenie optymalnego, tj. największego zakresu podobieństwa oraz uzyskanie wysokiego prawdopodobieństwa, że dzieci urodzone z komórek pochodzących od zainteresowanych rodzicielstwem oraz dzieci urodzone z wykorzystaniem komórek dawcy lub dawców mogłyby być do siebie podobne. Na marginesie rozwa-

zań dodać należy, że podobieństwo owszem musi być postrzegane w aspekcie danych fenotypowych, ale powinno też uwzględniać aspekty biologiczne, takie jak np. grupa krwi. Zaawansowana technologia pozwala lekarzowi na takie porównanie, podobnie jak na prześledzenie rozwoju osobniczego na wszystkich etapach życia. Można wyobrazić sobie takie jej wykorzystanie, by określić zbieżność w zakresie podobieństwa nie tylko w wieku dorosłym, ale i w dzieciństwie. Dysponowanie przez lekarza zdjęciami dawcy i prawnego ojca pozwala zatem na znalezienie najlepszego w aspekcie podobieństwa dawcy, prześledzenie jego podobieństwa do ojca prawnego. Co więcej, nie ogranicza się to wyłącznie do porównania wyglądu, ale przy uwzględnieniu pochodzenia zdjęć z różnych okresów życia pozwala śledzić rozwój człowieka. Musi się to oczywiście odbywać z uwzględnieniem cech fenotypowych matki. Nie ulega bowiem wątpliwości, że w uzyskaniu podobieństwa nie chodzi tylko o uzyskanie minimalnego podobieństwa, ale o to, by dziecko było możliwie najbardziej podobne do prawnego ojca. Dotyczy to zarówno dorosłości, jak i dzieciństwa. Można założyć, że rodzice, chcąc zachować fakt wspomaganego poczęcia dziecka w sferze danych prywatnych, zainteresowani będą tym, by dziecko było podobne do ojca już na etapie dzieciństwa. Pozwoli to uniknąć krępujących i niechcianych uwag, pytań i komentarzy ze strony najbliższych członków rodziny.

Opieranie się wyłącznie na opisie cech fenotypowych wydaje się niewystarczające, gdyż kluczowe znaczenie dla podobieństwa między określonymi osobami, poza takimi cechami, mają przecież rysy twarzy. Wyłącznie to, że dawca i biorca mają niebieskie oczy i blond włosy nie oznacza, że kształt ich twarzy (m.in. czoła, policzków, nosa, ust, szczęki czy osadzenie włosów) jest zbliżony. Tytułem przykładu wskazać można, że nie każda osoba wysoka o wzroście 180 cm, płci męskiej, mieszcząca się w przedziale wagowym 85–90 kg, o niebieskich oczach, lekko kręconych blond włosach normalnej budowie ciała, rasy kaukaskiej będzie spełniała wymogi podobieństwa. Doświadczeniu przeciętnego obserwatora pozostawić można liczne przykłady osób z życia publicznego (artystów, aktorów, polityków), którzy wpisują się w powyższy opis cech fenotypowych, ale nie pozostają podobni do siebie w takim aspekcie, jakiego wymagałoby zapewne zainteresowani rodzicielstwem przyszli rodzice. Chodzi bowiem o dostrzegalne dla każdego różnice, które wynikają z proporcji układu twarzy, osadzenia oczu, budowy i kształtu nosa, uszu czy żuchwy oraz proporcji sylwetki. Odnotować należy też fakt, że obserwacja zmian w życiu człowieka niezależnych od wskazanych wyżej kryteriów fenotypowych prowadzić może do zupełnie innego postrzegania człowieka w dzieciństwie, a innego w życiu dorosłym. W tym właśnie zakresie można wskazać osoby znane z życia publicznego, które wyglądają zupełnie inaczej w dzieciństwie, a inaczej w życiu dorosłym. W ustaleniu i doborze cech fenotypowych nie chodzi o podobieństwo dziecka do osoby dorosłej czy podobieństwo dwóch osób dorosłych, ale o pewność, że dziecko wraz z rozwojem nie będzie wyglądało i nabierało cech innych niż prawny ojciec (Wood i in., 2014). Służyć temu może nie tylko porównanie zdjęć dawcy i zainteresowanego potomstwem męża kobiety lub

jej konkubenta, lecz także o przesłedzenie tych zmian z użyciem nowoczesnych technologii polegających na rozpoznawaniu twarzy.

W przypadku sformułowania art. 36 ust. 1 pkt 4 u.l.n. i zawartego tam niejednoznacznego odniesienia podmiotowego w zakresie realizacji obowiązku przyjąć należy, że intencją ustawodawcy nie było, z pewnością, pozostawienie wyboru biorczyni i jej mężowi czy konkubentowi, i że obowiązek ten nadal ciąży na lekarzu, stanowiąc przedmiot jego staranności zawodowej. Uwagi odnoszące się do włączenia do podejmowania decyzji w zakresie stwierdzenia cech fenotypowych poczynione wyżej pozostają, w naszym przekonaniu, aktualne.

5. Przesłanki dla ustalenia podobieństwa fenotypowego

W obecnym stanie prawnym ustalanie podobieństwa wymaga analizy przepisów ustawy o leczeniu niepłodności oraz aktów wykonawczych do niej. Kluczowa jest regulacja obejmująca rejestr dawców komórek rozrodczych i zarodków oraz danych tam ujawnianych. Przedmiotem analiz pozostaną przepisy art. 37 ust. 2 pkt 4 u.l.n. oraz art. 37 ust. 6 u.l.n. W rejestrze utworzonym w celu identyfikacji dawców i biorczyń komórek rozrodczych przekazanych w celu dawstwa innego niż partnerskie oraz dawców i biorczyń zarodków, a także w celu monitorowania procesu medycznie wspomaganey prokreacji zamieszcza się dane fenotypowe dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka (art. 37 ust. 2 pkt 4 u.l.n.). Z kolei zgodnie z art. 37 ust. 6 u.l.n. minister właściwy do spraw zdrowia udostępnia dane, o których mowa w art. 37 ust. 2 u.l.n., ośrodkom medycznie wspomaganey prokreacji, na ich wniosek, w zakresie koniecznym dla doboru dawców pod względem medycznym i fenotypowym w ramach prowadzenia procedury medycznie wspomaganey prokreacji.

Przywołane wyżej przepisy nie wskazują zakresu danych fenotypowych, które są gromadzone w rejestrze, jak również tych, które są udostępniane ośrodkom medycznie wspomaganey prokreacji. Nie oznacza to oczywiście dowolności w zakresie gromadzenia i udostępniania danych fenotypowych oraz sposobu postępowania z uzyskanymi danymi. Trzeba jednak pamiętać, że rejestr został stworzony w określonym celu. Chodzi o identyfikację dawców (i biorczyń) komórek, które pochodzą od anonimowego, dawcy oraz monitorowanie procesu medycznie wspomaganey prokreacji. Ma on zapewnić identyfikację dawców i biorczyń oraz zapobiegać dowolności udostępniania danych zarówno w aspekcie podmiotowym, jak i przedmiotowym. Nie można też w rejestrze umieszczać danych wedle uznania.

Regulacja odnosząca się do rejestru nie rozwiewa wątpliwości co do możliwości posługiwania się danymi i gromadzenia ich w celu innym niż identyfikacja dawców i monitorowanie procesu medycznie wspomaganey prokreacji poza rejestrem. Pamiętać należy bowiem, że funkcjonowanie rejestru i przekazywanie do niego określonych danych jest jedynie jednym z etapów wieloetapowej procedury, w której dane

te są pozyskiwane, analizowane i przetwarzane. Jest to także procedura medyczna podlegająca ogólnym zasadom udzielania świadczeń zdrowotnych. *Prima facie* nie ma formalnych przeszkód, by przyjąć, że jeżeli dawca wyraziłby wolę udostępnienia szeregu danych, byłoby to możliwe nawet bez ujawniania ich w rejestrze (zob. Invicta, 2024b). Dane te stanowiłyby przedmiot „zwyczajnej” dokumentacji medycznej. Jest to jednak intuicja, która musi być skonfrontowana z treścią przepisów wykonawczych do ustawy o leczeniu niepłodności.

Stosownie do przepisów rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 października 2015 roku w sprawie wymagań, jakie powinien spełniać system zapewnienia jakości w ośrodku medycznie wspomaganey prokreacji oraz w banku komórek rozrodczych i zarodków oraz rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 15 października 2015 roku w sprawie szczegółowych wymagań, jakim powinna odpowiadać dokumentacja dotycząca komórek rozrodczych i zarodków, precyzyjnie wskazuje się zakres danych fenotypowych. W powołanych aktach prawnych określa się wyłącznie dane ujawniane w rejestrze oraz udostępniane ośrodkom medycznie wspomaganey prokreacji w celu doboru fenotypowego przez lekarza. Obecna regulacja nie rozstrzyga jednak tego, czy możliwe jest pozyskanie danych innych niż ujawniane w rejestrze oraz zakresu udostępniania takich danych, jak również nie rozstrzyga sposobu postępowania z nimi. Dotyczy to oczywiście sytuacji, w której wszystkie czynności składające się na procedurę medycznie wspomaganey prokreacji obejmują podmioty działające na podstawie polskiego prawa. Chodzi zatem o sytuacje, gdy dobór dokonywany jest od dawcy, który pozostawił komórki rozrodcze w polskim banku komórek.

Dane fenotypowe są ujawniane w rejestrze dawców i komórek rozrodczych i zarodków. Chodzi o te dane, które wskazane są w karcie dawcy komórek rozrodczych (odpowiednio w karcie dawców zarodka). Zgodnie z § 21 rozporządzenia karty dawców, o których mowa w art. 52 ust. 2 pkt 5 u.l.n., obejmują kartę dawcy komórek rozrodczych oraz kartę dawców zarodka. Z kolei § 21 ust. 2 rozporządzenia wśród innych danych, które zawiera karta dawców komórek rozrodczych, obejmuje dane fenotypowe:

- a) wzrost,
- b) wagę,
- c) kolor oczu,
- d) kolor włosów,
- e) strukturę włosa (proste, kręcone, falowane),
- f) budowę ciała,
- g) rasę,
- h) pochodzenie etniczne.

Podobne dane ujawnia się także w karcie dawców zarodka.

Jest to katalog, któremu przypisuje się cechy *numerus clausus*, a sam ustawodawca nie zajmuje stanowiska w żadnej ze wzmiankowanych w toku wywodu kwestii, tj. ani w zakresie możliwości posługiwania się zdjęciami dawców, w tym z dzieciń-

stwa, ani w zakresie pozyskania i przetwarzania tych zdjęć, oczywiście z założeniem nieujawnienia ich w rejestrze, ani w zakresie posłużenia się nimi dla doboru fenotypowego. Nie rozstrzyga też dopuszczalności wykorzystania zaawansowanych algorytmów AI w celu ustalenia podobieństwa fenotypowego.

Analiza przepisów rozwiewa wątpliwości w zakresie włączenia tego rodzaju danych do karty dawcy i co za tym idzie ujawniania ich w rejestrze. Dane te nie będą stanowiły przedmiotu karty dawcy. Nie zostaną też ujawnione w rejestrze. Nie zostaną w konsekwencji przekazane na potrzeby doboru fenotypowego w trybie art. 37 ust. 6 u.l.n. Nie oznacza to jednak, naszym zdaniem, że dawca anonimowy nie może udostępnić zdjęć w ramach zwyczajnej procedury medycznej do dokumentacji medycznej szerszej niż karta dawcy. Dopuszczalność tego rodzaju praktyki wpisuje się w ogólne zasady postępowania lekarza wobec pacjenta i znajduje legitymację w ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Nie pozostaje sporne to, że lekarz, względnie inna osoba wykonująca zawód medyczny, pozyskując tego rodzaju dane, zobowiązani są, na zasadach ogólnych, zachować tajemnicę medyczną (Haberko & Kocyłowski, 2006). Oznacza to też, że jeżeli dawca anonimowy w trakcie procedury medycznej pobrania komórek rozrodczych poinformuje o faktach, które mogą mieć znaczenie dla dalszego postępowania, a które nie są ujawniane w karcie dawcy, lekarz nie może ich zbagatelizować czy nie wziąć pod uwagę w sytuacji podejmowania decyzji o dalszym postępowaniu (Łukasiewicz, 2024). Dopuszczalność ujawnienia innych danych, niż przewidują karta dawcy i rejestr danych medycznych, wymaga oczywiście dopełnienia obowiązku informacyjnego i odebrania zgody na zakres postępowania z tak pozyskanymi danymi. Tu pojawia się kolejna wątpliwość, gdyż jakkolwiek jest dopuszczalne wyrażenie zgody na szeroki dostęp do danych dawcy na zasadach ogólnych, to zgoda ta nie może naruszać zasad przewidzianych w ustawie o leczeniu niepłodności prowadzących się do zachowania anonimowości dawcy. To z kolei oznacza, że lekarz, nawet za zgodą pacjenta, nie może ujawnić danych identyfikujących go (imię i nazwisko, miejsce zamieszkania, wizerunek, stan rodzinny, i inne). Takie jest bowiem *ratio* istnienia rejestru oraz ujawniania danych z rejestru zarówno w aspekcie przedmiotowym jak i przedmiotowym. Jest to jednak założenie tyleż idealne, co złudne. Współczesna technologia informatyczna pozwala bowiem, jak zauważyliśmy, ustalić tożsamość osoby na podstawie opisu i niepełnych danych (Stein, 2005). Należy pamiętać, że z tych danych jawne pozostają data i miejsce urodzenia oraz informacje na temat stanu zdrowia dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka (wyniki badań lekarskich i laboratoryjnych, którym poddany był kandydat na dawcę przed pobraniem komórek rozrodczych lub kandydaci na dawców zarodka przed utworzeniem zarodka). Ponadto, ustalając podobieństwo fenotypowe, lekarz będzie zapewne rozmawiał z rodzicami na temat ustalenia cech fenotypowych. Oznacza to, że w zakresie danych dostępnych zainteresowanym rodzicom pozostaną także dane składające się na opis cech fenotypowych.

Mając powyższe na uwadze, zważyć należy, że udostępnianie zdjęć, w szczególności zdjęć z dzieciństwa, w zakresie, w jakim nie łączą się one z ujawnieniem tożsamości osoby dawcy, nie narusza anonimowości dawcy oraz nie stanowi obejścia ustawy; nie pozwala na identyfikację dawcy w stopniu większym niż przedstawienie opisu i danych jawnych oraz nie zakłóca monitorowania procesu medycznie wspomaganego prokreacji. Nawet jeżeli przyjmie się zamknięty katalog danych ujawnianych w rejestrze na podstawie karty dawcy komórek rozrodczych czy karty dawców zarodka, nie stoi to na przeszkodzie udostępnieniu przez dawcę innych danych, które spełniają cel przewidziany w ustawie.

Numerus clausus katalogu określonego w ustawie i aktach wykonawczych nie zamyka możliwości dysponowania innymi danymi realizującymi ten cel, chociaż danych tych nie będzie się ujawniać w rejestrze. Sytuacja taka może mieć miejsce wówczas, gdy ośrodek medycznie wspomaganego prokreacji dysponuje własnym bankiem komórek rozrodczych i tkanek bądź wówczas, gdy komórki byłyby przekazywane za granicę bądź z zagranicy byłyby sprowadzane. Analiza przepisów ustawy o leczeniu niepłodności oraz aktów wykonawczych do niej prowadzi jedynie do wniosku, że zdjęć tych nie ujawni się w rejestrze dawców komórek rozrodczych i zarodków i że skutkiem tego nie będą przekazywane ośrodkom medycznie wspomaganego prokreacji.

W sytuacji, w której ośrodek medycznie wspomaganego prokreacji dysponuje własnym bankiem, w celu weryfikacji podobieństwa lekarz może posługiwać się wszystkimi dostępnymi metodami i środkami, zatem także zdjęciami, o ile takie dawca zechce mu udostępnić. Wątpliwe wydaje się żądanie tego rodzaju danych ze strony lekarza i uzależnianie przeprowadzenia procedury od ich okazania lub dostarczenia. *De lege ferenda* wydaje się to jednak konieczne dlatego, że korzystanie z dostępnych metod i środków powinno uwzględniać możliwości, jakie daje porównanie zdjęć.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt zagadnienia, a mianowicie prawnoporównawczy (Łukasiewicz, 2024). Ma on znaczenie w dwóch wymiarach. Po pierwsze, wzmacnia argumentację w zakresie dopuszczalności wykorzystywania danych utrwalonych na zdjęciach lub przetworzonych ze zdjęć w procesie doboru dawcy, jako że w wielu systemach prawnych, które podobnie jak Polska zdecydowały się na pełną anonimowość dawców komórek i zarodków, jest to dopuszczalne, a dobór fenotypowy odbywa się z wykorzystaniem wszelkich dostępnych metod, także z wykorzystaniem systemów rozpoznawania twarzy. Po drugie, trzeba mieć na uwadze także to, że komórki rozrodcze nie muszą pochodzić od polskich dawców i że często ośrodki medycznie wspomaganego prokreacji korzystają z banków zagranicznych, które nie tylko pobierają komórki rozrodcze na innych zasadach niż przewidziane w polskim prawie (np. możliwość wynagrodzenia), lecz także udostępniają szereg danych dawcy (wysztalce, iloraz inteligencji, zatrudnienie) ze zdjęciami z dzieciństwa i życia dorosłego włącznie. Czynią to zarówno w ramach do-

kumentacji medycznej, jak i szerokiego publicznego dostępu w Internecie (Łukasiewicz, 2024).

Korzystanie z tych komórek w ramach leczenia niepłodności w procedurze medycznie wspomaganey prokreacji w dawstwie innym niż partnerskie nie pozostawia wątpliwości i jest dopuszczalne. Funkcjonujące na rynku usług medycznych kliniki leczenia niepłodności proponują nawet możliwość dokonania wyboru w Internecie konkretnego dawcy określonego ze względu na cechy fenotypowe i inne (grupa krwi, zawód, miejsce zamieszkania), skutkiem czego jest to, że przyszli rodzice oczekują od lekarza zastosowania komórek rozrodczych tego dawcy. Nie sposób wyłączyć też możliwości indywidualnej weryfikacji dawcy na podstawie dostępnych źródeł, a w sytuacji, w której lekarz zdecydowałby się na zastosowanie komórek od dawcy zagranicznego ze względu na dobór fenotypowy, włączenie zainteresowanych rodzicielstwem podmiotów.

Dopuszczalność posługiwania się przez ośrodki medycznie wspomaganey prokreacji zdjęciami z dzieciństwa dawcy i zainteresowanych rodzicielstwem, w szczególności prawnego ojca, poza zakresem danych ujawnianych w rejestrze jest *de lege lata* dyskusyjna. Jednak literalne brzmienie przepisów nie wyłącza udostępniania zdjęć, w tym z dzieciństwa dawców, w szczególności wówczas, gdy zdjęcia te stanowią przedmiot dokumentacji medycznej, a podmiot prowadzi własny bank komórek lub zarodków.

Wnioski *de lege ferenda*

Algorytmy sztucznej inteligencji – jak zauważyliśmy – odgrywają kluczową rolę w rozpoznawaniu twarzy, ich coraz szersze stosowanie wiąże się *de lege ferenda* z koniecznością ujęcia nowych standardów skuteczności i wydajności. Mając na uwadze to, że z biegiem lat należy spodziewać się jeszcze szybszego i efektywniejszego rozwoju algorytmów sztucznej inteligencji w dziedzinie rozpoznawania twarzy, także w obszarach szczególnie wrażliwych i wiążących się z niewykluczonym naruszeniem danych drażliwych objętych np. tajemnicą medyczną, celowe wydaje się stworzenie warunków takiego wykorzystania analizowanej technologii, która nie będzie naruszać gwarantowanych przez prawo wartości szczególnie wysoko cenionych (zob. Komisja Europejska, 2024). Trzeba mieć na uwadze fakt, że z pewnością pojawią się modele bardziej zaawansowane i precyzyjne oraz z mniejszymi błędami, a posługiwanie się AI w rozpoznawaniu twarzy stanie się powszechne i dostępne dla każdego.

Rozwój technologii i wykorzystanie algorytmów sztucznej inteligencji będzie wiązać się z pewnymi zagrożeniami i obawami, które będą musiały być uwzględnione zarówno w zakresie interesujących nas technologii medycznych, jak i w ogólności. Obawy te związane są z prywatnością i ryzykiem jej naruszenia. To powoduje już dziś konieczność ścisłej regulacji i monitorowania, aby uniknąć nadużyć i naruszeń pry-

watności obywateli, zwłaszcza wówczas, gdy prawo gwarantuje im ochronę tej wartości, zwłaszcza gdy chodzi o tak subtelny materiał, jaką jest wykorzystanie technologii w rodzicielstwie. Nie ulega wątpliwości, że rozwój algorytmów sztucznej inteligencji w tym obszarze wymaga równowagi między skutecznością a etycznym działaniem. Dlatego też wdrażanie takich technologii powinno być poprzedzone odpowiednimi regulacjami i procedurami, które zapewnią ochronę prywatności i praw jednostki, zarówno gdy chodzi o dawców komórek lub zarodka, jak i gdy mowa o dziecku. Konieczne jest również zapewnienie przejrzystości i odpowiedzialności w stosowaniu algorytmów AI w każdym obszarze, w którym mogą być one wykorzystywane (Zweig, 2022).

Podzielamy pogląd, że zarówno *de lege lata*, jak i *de lege ferenda* dobór fenotypowy jest bezwzględnym kryterium legalności procedury medycznie wspomaganego prokreacji z wykorzystaniem anonimowych komórek rozrodczych oraz anonimowych zarodków i że obecnie odbywa się na podstawie danych utrwalanych w rejestrze oraz danych pozyskiwanych od dawcy w ramach procedury medycznej. Jeżeli ustawodawca zakłada, że nie tylko dobór fenotypowy, lecz także podobieństwo uzyskiwane w ramach tego procesu mają służyć zapewnieniu wartości takich jak dobro dziecka, prywatność i nieszkodzenie, postulować można poszerzenie dostępnego katalogu danych i możliwość posługiwania się wszelkimi dostępnymi metodami nie tylko dla ustalenia podobieństwa, ale i zapewnienia, że podobieństwo to będzie wysokie.

Przeprowadzone w niniejszym opracowaniu analizy skłaniają nas do przedstawienia następujących wniosków końcowych: po pierwsze, celowe wydaje się rozszerzenie zakresu danych, na podstawie których odbywa się ustalenie podobieństwa fenotypowego dawcy lub dawców. Po drugie, konieczna jest zmiana legislacyjna obejmująca dookreślenie przesłanek podmiotowych w zakresie ustalenia podobieństwa fenotypowego, w szczególności poprzez włączenie do podejmowania decyzji osób zainteresowanych rodzicielstwem zarówno w przypadku dawstwa komórek rozrodczych, jak i dawstwa zarodka. Po trzecie, przyjmujemy konieczność doprecyzowania zakresu ustalanego podobieństwa, tak by było ono możliwie największe i realne, biorąc pod uwagę nie tylko opis cech fenotypowych, ale i rzeczywiste odzwierciedlenie w postaci wizerunku danej osoby. Po czwarte, postulujemy dopuszczenie posługiwania się zaawansowaną technologią z uwzględnieniem algorytmów AI dla określenia podobieństwa. Służyć temu mogą zarówno zdjęcia, jak i filmy dostarczane przez dawcę lub dawców oraz zainteresowanych rodzicielstwem. W gestii podmiotów odpowiedzialnych (MZ) pozostawić należy organizację procedur ustalania podobieństwa fenotypowego z wykorzystaniem technologii informatycznej (np. dobór programów rozpoznawania twarzy, z których może skorzystać lekarz, zakres ujawniania zdjęć, zabezpieczenie danych i inne).

Opis cech fenotypowych jest oczywiście istotny, ale jak pokazują zaprezentowane rozważania, wsparte doświadczeniem życiowym, nie stanowi on współcześnie dosta-

tecznego narzędzia dla zapewnienia celu postulowanego ustawą. Jednocześnie wobec rozwoju algorytmów sztucznej inteligencji opis osoby poprzez jej cechy fenotypowe nie zapewnia anonimowości i nie stwarza dostatecznej tary dla ustalenia tożsamości dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka. Użycie zdjęć, w szczególności zdjęć z dzieciństwa, nie jest zatem argumentem przeciwko możliwości ustalenia tożsamości dawcy. Jest to możliwe nawet z mniejszym zakresem mniej dokładnych danych niż wizerunek utrwalony na zdjęciu czy filmie.

BIBLIOGRAFIA

- Bączyk-Rozwadowska, K. (2017). Aktualne problemy diagnostyki preimplantacyjnej w kontekście dążeń rodziców do realizacji projektu rodzicielskiego, *Białostockie Studia Prawnicze*, 2, 11–33.
- Bączyk-Rozwadowska, K. (2018). *Prokreacja medycznie wspomagana. Studium z dziedziny prawa*. Wydawnictwo TNOiK – Dom Organizatora.
- Bukowski, M. (2021). *System wykrywania i rozpoznawania twarzy na obrazach*. Niepublikowana praca doktorska.
- Ciesielski, M. (2014). Przegląd technologii biometrycznych, budowa typowych systemów, zastosowania, aspekty prawne. *Zeszyty Naukowe WSEiI w Krakowie*, 10, 25–39.
- Choińska, Z. (2022). Wykorzystanie technologii rozpoznawania twarzy w Chińskiej Republice Ludowej. *Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis*, 11(1), 52–75.
- Demagog. (2024, marzec). *Rozpoznawanie twarzy – czy AI może wsadzić do aresztu?* https://demagog.org.pl/analizy_i_raporty/rozpoznawanie-twarzy-czy-ai-moze-wsadzic-do-aresztu/
- Emin, E.I., Emin, E., Papalois, A., Willmott, F., Clarke, S., & Sideris, M. (2019). Artificial intelligence in obstetrics and gynaecology: Is this the way forward? *In Vivo (Brooklyn)*, 33(5), 1547–1551.
- Ergen, M. (2019). What is Artificial Intelligence? Technical Considerations and Future Perception, *The Anatolian Journal of Cardiology*, 22, 5–7.
- Fischer, B., Pązik, A., & Świerczyński, M. (red.). (2021). *Prawo sztucznej inteligencji i nowych technologii*. Wolter Kluwer.
- Fralick, M., Colak, E. & Mamdani, M. (2019). Machine Learning in Medicine, *The New England Journal of Medicine*, 26, 2588–2589.
- Frana, P.L., & Klein, M.J. (2021). *Encyclopedia of Artificial Intelligence, The Past, Present, and Future of AI*. Bloomsbury Academic.
- Graham, J. (2021). Risk of discrimination in AI systems. Evaluating the effectiveness of current legal safeguard in tackling algorithmic discrimination. w: A. Lui, & N. Ryder, *Fintech, Artificial Intelligence and the Law, Regulation and Crime Prevention*, chapter 12. Routledge.
- Gupta, K., Balyan, K., Lamba, B., Puri, M., Sengupta, D., & Kumar, M. (2021). Ultrasound placental image texture analysis using artificial intelligence to predict hypertension in pregnancy. *The Journal of Maternal-Fetal & Neonatal Medicine*, 17, 1–8.
- Haberko, J. (2019). Anonimowość rodziców genetycznych a dobrostan zdrowotny dziecka, Uwagi na tle rekomendacji 2156 (2019) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 4, 59–72.

- Haberko, J., & Kocyłowski R. (2006). Szczególna postać tajemnicy lekarskiej w przypadku stosowania technik wspomaganego medycznie rozrodu. *Prawo i Medycyna*, 23, 18–32.
- Haberko, J. (2016). *Ustawa o leczeniu niepłodności. Komentarz*. Wolters Kluwer.
- Holyst, B., & Pomykała, J. (2011). Biometria w systemach uwierzytelniania. *Biuletyn Wojskowej Akademii Technicznej*, 60(4), 413–438.
- Invicta. (2024a). *Baza dawców komórek jajowych i nasienia z precyzyjnym dopasowaniem*. https://wyszukaj-bank.invicta.pl/?_locale=pl
- Invicta. (2024b). *Dziedziczenie cech fenotypowych*. <https://bank.invicta.pl/blog/dziedziczenie-cech-fenotypowych/>
- Kapczyński, A. (2009). *Biometria twarzy*. Związek Banków Polskich Warszawa, passimP
- Karlik, P. (2012). Biometryczna identyfikacja osób w kontekście bezpieczeństwa imprez masowych. *Ius Novum*, 2, 97–113.
- Kielbus, A., & Futryk, K. (2014). *Nowe technologie i zastosowania w biometrii – Analiza rynku*, http://46.242.185.119/off_ptzp.org.pl/files/konferencje/kzz/artyk_pdf_2014/T2/t2_147.pdf
- Komisja Europejska. (2024). *Akt w sprawie sztucznej inteligencji*. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/pl/policies/regulatory-framework-ai>
- Kragh, M.F., & Karstoft, H. (2021). Embryo selection with artificial intelligence: how to evaluate and compare methods?, *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, 38, 1675–1689.
- Krawczak, A. (2017). Ustawa a potrzeba poznania własnego dziedzictwa genetycznego przez dzieci urodzone dzięki dawstwu niepartnerskiemu. *Prawo i Medycyna*, 69(4), 37–53.
- Krekora-Zajac, D. (2014). Prawo do poznania matki biologicznej według krajowego prawa rodzinnego. *Studia Prawnicze*, 1, 129–153.
- Lucero, K. (2019). Artificial Intelligence Regulation and China's Future. *Columbia Journal of Asian Law*, 33(1), 94–171.
- Łukasiewicz, R. (2021). Facial recognition – matching in gamete donation using artificial intelligence. w: A.V. Ferraro (red.), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho en el nuevo milenio* (ss. 391–401), Juridicas, Santiago Chile.
- Łukasiewicz, R. (2024). Podobieństwo fizyczne a dobór dawcy w procedurach medycznie wspomaganey prokreacji. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 1, 41–60.
- Matuszek, G. (2020). Monitoring wizyjny – ujęcie prawne i technologiczne. *Współczesność i perspektywy, Zeszyty Naukowe SGSP*, 73, 293–315.
- Medenica, S., Zivanovic, D., Batkoska, L., Marinelli, S., Basile, G., Perino, A., Cucinella, G., Gullo, G., & Zaami, S. (2022). The Future Is Coming: Artificial Intelligence in the Treatment of Infertility Could Improve Assisted Reproduction Outcomes-The Value of Regulatory Frameworks. *Diagnostics*, 12, 2979, 1–14.
- Meléndez, F., González, S., & Arenaz Villalba, L. (2020). La cara de la reproducción asistida. Usando análisis facial en selección de donantes. *Revista Iberoamericana de Fertilidad y Reproducción Humana*, 38, 3–7.
- Mendyk-Krajewska, T. (2019). Biometryczne metody sprawdzania tożsamości w nowych zastosowaniach. *Roczniki SGH*, 37, 35–47.

- Mostowik, P. (2015). Możliwość ustalenia pochodzenia dziecka. w: M. Pazdan (red.), *System prawa prywatnego: Tom 20C. Prawo prywatne międzynarodowe* (ss. 955). C.H. Beck.
- Mushtaq, A., Mumtaz, M., Raza, A., Salem, N., & Naveed Yasir, M. (2022). Artificial Intelligence-Based Detection of Human Embryo Components for Assisted Reproduction by In Vitro Fertilization. *Sensors*, 22. DOI: 10.3390/s22197418.
- Niznik-Mucha, A. (2021). Diagnostyka preimplantacyjna zarodków ludzkich in vitro a ochrona godności człowieka. *Przegląd Prawa Publicznego*, 10, 31–52.
- Obermeyer, Z., & Emanuel, E.J. (2016). Predicting the future – big data, machine learning, and clinical medicine. *New England Journal of Medicine*, 375, 1216–1219.
- Patel, V.L., Shortliffe, E.H., Stefanelli, M., Szolovits, P., Berthold, M.R., Bellazzi, R., & Abu-Hanna, A. (2009). The coming of age of artificial intelligence in medicine. *Artificial Intelligence in Medicine*, 46, 5–17.
- Porzeżyński, M. (2022). Prawne i etyczne ograniczenia wykorzystania danych biometrycznych w Unii Europejskiej i w Polsce. *Studia Iuridica*, 94, 317–337.
- Pyka, A. (2018). Przetwarzanie danych biometrycznych. Aspekty prawne. *Studia Prawa Publicznego*, 3, 133–153.
- Raimundo, J.M., & Cabrita, P. (2021). Artificial intelligence at assisted reproductive technology. *Procedia Computer Science*, 181, 442–447.
- Rozpoznawanie twarzy – czy AI może wsadzić do aresztu? Tekst dostępny na: https://demagog.org.pl/analizy_i_raporty/rozpoznawanie-twarzy-czy-ai-moze-wsadzic-do-aresztu/
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. (2015). Ustawa z 25 czerwca 2015 roku o leczeniu niepłodności (t.j. Dz.U. 2020, poz. 442).
- Smyth, S.M. (2018). *Biometrics, Surveillance, and the Law, Societies of Restricted Access, Discipline and Control*. Routledge.
- Stein, S. (2005). Found on the Web, With DNA: a Boy's Father. *Washington Post Nov.*, 13.
- Tomaszewska-Michalak, M. (2015). *Prawne i kryminalistyczne aspekty wykorzystania technologii biometrycznej w Polsce*. Difin.
- Wang, R., Pan, W., Jin, L., Li, Y., Geng, Y., Gao, Ch., Chen, G., Wang, H., Ma, D., & Liao, S. (2019). Artificial intelligence in reproductive medicine. *Reproduction*, 158, 139–154.
- Wood, A.R., Esko, T., Yang, J., Vedantam, S., Pers, T.H., Gustafsson, S., & Frayling, T.M. (2014). Defining the role of common variation in the genomic and biological architecture of adult human height. *Nature Genetics*, 46, 1173–1186. <http://dx.doi.org/10.1038/ng.3097>.
- Wyciślik, P. (2021). *Systemy automatycznego rozpoznawania twarzy jako wyzwanie dla praw człowieka. Analiza art. 8 EKPC i orzecznictwa ETPC*. Nieopublikowana praca magisterska.
- Zaninovic N., & Rosenwaks, Z. (2020). Artificial intelligence in human in vitro fertilization and embryology. *Fertil Sterility*, 114, 914–920.
- Zweig, K.A. (2022). *Awkward Intelligence, Where AI Goes Wrong, Why It Matters, and What We Can Do about It*. The MIT Press.

Cezary Pachnik

Jacob of Paradies University, Poland
c.pachnik@hotmail.com

The Right of the Child to Be Vaccinated as Derived from the Right to Life: The Perspective of Polish Public Law

Abstract: This article examines the debate surrounding the right to vaccination in the context of increasing vaccine hesitancy. The study posits that children's right to vaccination results from their fundamental right to life. The first section explores the normative expansion of human rights and the implications of recognizing children's vaccination as a right. The second section assesses the potential consequences of the recognition of the child's right to be vaccinated as being derived from the right to life. The final section analyses Polish legislation on mandatory vaccinations for children, evaluating its effectiveness in protecting the right. The paper concludes that the recognition of children's right to be vaccinated requires legal protections comparable to those for the right to life, highlighting vaccination's critical role in safeguarding individual and public health, and that Polish law needs to be more effective in protecting the child's right to be vaccinated.

Keywords: children's rights, right to health, right to life, peremptory norms, vaccine hesitancy

Introduction

The rights regarding healthcare seem to be one of the most controversial issues in legal scholarship. An example that can be noted is the controversy over the content of the right to health; in American scholarship some legal scholars question just the existence of this right (Goodman, 2004). On the contrary, in Europe, the existence of this right and the existence of rights derived from this right do not rise doubts (Nygren-Krug, 2013). At the same time, for many researchers in public health, vaccine hesitancy seems to be one of the most dangerous issues. Year after year, there is an increasing number of parents who do not vaccinate their children, which is linked to the resurgence of several infectious diseases. For instance, in 2024, the number of cases of whooping cough in Poland rises.

Presently, legal scholarship is debating mandatory vaccination, especially in the context of the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) (Krasser, 2021), the SARS-COV-2 pandemic (King et al., 2022) and individual autonomy (Ignovska, 2023). Nevertheless, it seems that the ongoing studies do not pay enough attention to the detailed realization of human rights in domestic law, or they omit the fact that the SARS-COV-2 pandemic was a unique event that has mostly ended. It also seems that they forget that in the case of children, the problem of individual autonomy does not play a role. In fact, the ambiguous legal position of children regarding the vaccination issue is because of their inability to give valid consent when their life or health, along with society's well-being, is dependent on the vaccination. In legal scholarship, Bagan-Kurluta and Drozdowska (2015) have indicated that this position is shared in British and Polish legislation.

In the first part of this study, I present children's right to be vaccinated as being derived from the fundamental right to life. In the second part, I will present the implications resulting from the connection between those rights. In the third part, I will analyse Polish law regarding mandatory children's vaccinations in the context of the children's right postulated in this paper. As a result, I will ask a question about the realization of the child's right to be vaccinated under Polish law.

1. The right to be vaccinated as a right of children resulting from the right to life

1.1. Normative expansion of human rights

To begin, it is necessary to explain that the right to be vaccinated is clearly not a right that is explicitly expressed in binding international human rights law. It brings us to the necessity of explaining the terms 'normative expansion' or 'proliferation' of human rights. In the simplest sense, the term 'proliferation of human rights' is understood as the multiplication of existing and recognized rights. The recognition can be made by international legal instruments, by UN bodies in non-binding instruments, or also just by the legal scholarship or case law of international courts. However, this kind of proliferation has been criticized by international legal scholars, who refer to it as 'human rights inflation', and as a result, it is often rejected (Van Poecke et al., 2020).

On the other hand, legal scholars also offer a different approach to 'human rights proliferation', and these jurists rather tend to use the term 'normative expansion', such as, according to Marks (2016), the normative expansion of the right to health resulting from non-binding interpretative instruments, especially from UN General Comments. In his view, the derivation of the new right should not be confused with the derivation of a right derived from a foundational right.

The 'normative expansion' approach has a long tradition in human rights scholarship. As early as 1969, Bleicher described the 'para-binding' influence of United Nations General Assembly (UNGA) resolutions. According to him, UNGA resolutions are not binding by themselves, but their legal power comes from their role as the source of authoritative interpretation of binding law, specifically the United Nations Charter and human rights pacts. Additionally, Bleicher asserts that interpretation from UNGA resolutions is binding for the states which voted for them due to the doctrine of legitimate expectations, while this is not so clear in the case of states which voted against or abstained.

Finally, the general idea of foundational and derivative rights is commonly shared by scholars from the border between law and ethics. A notable example of this issue being explored in the field of ethics is the work of Steiner (2007), who claims that 'a foundational right is one that is not inferable from any other right and from which other rights – derivative ones – are inferable'. Steiner notes that there are two modes of how the derivative right can result from the basic ('foundational') right: the inference mode (right X is an 'instance' of right Y) and the instrumental mode (right X is the instrument to seize right Y). The first mode refers to the general view presented by some natural law scholars, who ascertain that human rights can be inferred from human needs (O'Connell, 2011). This highly speculative view is hard to apply to international law, which is more closely linked with positive law. The second mode, on the contrary, is reminiscent of the classic argument *a fortiori* and is applicable in international law reasoning.

The above reasoning shows us the methodology for how we can find out that a human right is not only a suggested and advocated human right, but really exists in international law. Firstly, this right should result from an authoritative interpretation of human rights law; the best sources are UN General Comments and UNGA resolutions. Additionally, this right should be the instrument to seize a right which is explicitly expressed in human rights law. Finally, the authoritative interpretation of a binding norm should have relatively universal support among states.

1.2. The right of children to be vaccinated and the right to life

Children as the subject of law can be viewed from different perspectives. Firstly, general documents on universal rights are also addressed to the rights of children as human beings. Secondly, there are instruments of international law which are specifically dedicated to children's rights, particularly the Convention on the Rights of the Child (CRC). Children can also be viewed as members of other specific groups with special protection in international law, for example as persons with disabilities.

To start with, it is noteworthy that consideration of the right to life as foundational for the right to be vaccinated arises from simple observation of reality. There is no doubt that childhood vaccines reduce child mortality (McCullers & Dunn, 2008) and that vaccination can prolong the life of every vaccinated child. Evidence-based

medicine offers vaccines for many diseases which in their full form create a high or medium risk of death for infants and children up to 15 years old. This can be analysed more deeply in the context of specific diseases:

- A child vaccinated against pertussis (whooping cough) is not at risk of experiencing a severe version of the disease. In this case, vaccination effectively eliminates the possibility of severe illness (Cherry, 1999).
- Vaccination for diphtheria reduces the risk of the child's death by 95% (Truelove et al., 2020).
- Bacillus Calmette–Guérin (BCG) vaccination reduces the risk of TB infection by 76% (Carter et al., 2012). While the exact reduction in the risk of death is not always specified, we know that the risk of severe disease is reduced by approximately 80%. Therefore, it is undeniable that the reduction in the risk of death is significant.
- The smallpox vaccine reduces the risk of severe disease by 64% (Liu et al., 2024). Consequently, we can estimate that the reduction in the risk of death is even greater.

On the other hand, it is important to remember that not all diseases pose a direct risk of death, and not all vaccinations significantly reduce the risk of death resulting from infection. It is crucial to emphasize the relationship between an individual child's vaccination and the reduction of their risk of death. If vaccination against diphtheria reduces the risk of death by 95%, this means that for the overwhelming majority of children, survival is directly linked to vaccination. Nevertheless, as noted above, not all vaccinations reduce the risk of death. In the next section of this paper, I will discuss the distinction between life-saving and non-life-saving vaccines and, in connection with this distinction, the boundary between the right to health and the right to life.

The particular duty of the state which seems to be relevant is its duty to protect life. According to the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), '[e]very human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law.' The General Comment on this article elucidates that these words mean that the state is obligated 'to adopt any appropriate laws or other measures in order to protect life from all reasonably foreseeable threat' (UN Human Rights Committee, 2009). Infectious diseases are clearly a 'reasonably foreseeable threat', so it is hard to argue that access to vaccines for children is not an 'other measure'. This protection should be viewed as the protection of every individual life. It can also be seen as more general protection of life because of the herd immunity built by vaccines (Bertoldi et al., 2022), but it needs to be underlined that Article 6 of the ICCPR is rather about the first sense of protection.

In the CRC we can find a similar regulation: it states that 'States Parties shall ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child.'

This principle is interpreted broadly in legal scholarship. For instance, Loyd (2001) argues that this regulation imposes an obligation on the state to prevent child sexual exploitation. On the other hand, at the regional level, we can find confirmation that the protection of the right to life relates to child vaccination. A remarkably interesting example is the case law of the ECtHR. One of the most popular arguments from the point of view of vaccine hesitancy is the claim that mandatory vaccination breaks the right to life. The ECtHR has repeated many times that mandatory vaccination does not breach this right and has suggested that the protection of the right to life could imply the positive obligation of the state to promote vaccination (Simons et al., 2024).

Finally, we can find a similar regulation in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) and in the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP). It is noteworthy that the CRPD repeats the term 'all necessary measures', while the UNDRIP references the even broader category of 'life protection'. Additionally, in the case of the CRPD, the jurisprudence of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities suggests that the denial of adequate medical care is a breach of the right to life.¹ During the SARS-COV-2 pandemic, the regulation resulting from the UNDRIP was noted by legal scholarship as an argument for the obligation of the state to secure vaccination against COVID among Indigenous peoples (Fukurai et al., 2023). Reference to the CRPD and UNDRIP does not imply that all children should be treated as persons with disabilities or as Indigenous peoples. However, it serves as evidence of the general view of the right to life in international jurisprudence. This perception suggests a broad understanding of the right to life, not only as the right not to be killed but also as the right to the protection of life in a broad sense.

1.3. The right to health as foundational for the right of children to be vaccinated

The second right which can be considered as foundational for children's right to be vaccinated is the right to health. As I argued in the previous section, some vaccines serve as a means of protecting life, while others do not. Life-saving vaccines should be seen as connected with the right to life, whereas vaccines that primarily protect health should be regarded as connected with the right to health.

The right to health is often considered controversial, with its scope and content remaining unclear for some scholars. A minority position, found particularly among American legal scholars, argues that the right to health merely obligates the state to

1 The first case which began this line of jurisprudence is the case of *H. M. v. Sweden* (Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Communication no. 3/2011, 21 May 2012); it is repeated in the recent case of *al-Hawali Alghamdi v. Saudi Arabia* (Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Views adopted by the Committee under Article 5 of the Optional Protocol, concerning communication no. 84/2020*****, 29 July 2024).

‘not prevent’ access to healthcare and does not impose a positive duty on the state (Marks, 2016). However, the more widely accepted position holds that the right to health is a hybrid right; it encompasses social rights, which can be understood as the right to healthcare, as well as the ‘right to health in the strict sense’, which include aspects such as personal inviolability (Tabaszewski, 2016).

Nevertheless, for this paper, the most important aspect of the right to health is the state’s obligation to prevent disease and malnutrition. As described by Tobin (2012), this obligation provides a useful framework, to which I will return later. According to Tobin, the state’s duty to prevent disease and malnutrition includes implementing various measures, such as vaccination programmes, but also extends to promoting practices like handwashing. Generally speaking, it is not controversial that the right to preventive medicine results from the right to health, not the right to life.

On the other hand, we need to scrutinize the real nature of what preventive medicine is. According to the *Oxford Dictionary of Epidemiology*, preventive medicine is ‘the application of preventive measures by clinical practitioners. It is a specialized field of medical practice composed of distinct disciplines that utilize skills focusing on the health of defined populations in order to promote and maintain health and well-being and prevent disease, disability, and premature death’ (Porta, 2016, 225). This definition highlights the key aspect of preventive medicine: its primary focus is on the interest of the population rather than the interest of an individual. This prevention paradox is a well-recognized concept in epidemiology, based on the idea that preventive measures tend to provide significant benefits to the population as a whole but relatively little benefit to each individual (Porta, 2016). As a result, the ‘statistical person’ – as a member of society – becomes the primary focus of epidemiology and public health policy, rather than any actual individual (Parmet, 2013). As I noted in the previous section, according to evidence-based medicine, this paradox does not apply to many vaccines. The vaccines mentioned above provide significant benefits to individual children, which constitutes a legally relevant distinction between them and other preventive medicine measures. The difference between standard prophylaxis and vaccination is also reflected in the International Health Regulation, in which we can see that the WHO distinguishes between vaccinations and prophylaxis (WHO, 2005).

Pierik and Verweij (2024), in their analysis of immunization, compare it to blood transfusion. However, they argue that this analogy is not perfect, as herd immunity may prevent some children from ever being exposed to infectious diseases. On the other hand, they acknowledge that in certain cases, the analogy to blood transfusion is complete, for instance in the case of post-exposure vaccination following contact with hepatitis B. Their observations highlight the dual nature of vaccination: some vaccines are life-saving, while others primarily serve as measures of disease prevention, as suggested by the medical definition of prevention. The key question is the scope of life-saving vaccinations. Pierik and Verweij, with an overly optimistic

perspective, assume that children may never encounter tuberculosis or other life-threatening bacteria and viruses.

A more fitting analogy might be that of a shooter randomly firing from a rooftop. In such a situation, it would be clear that the state should either stop the shooter or ensure that people can protect themselves, for example by wearing bulletproof vests. Due to their right to self-determination, adults can legally refuse protection. However, the state remains obligated to protect groups without self-determination, the most common of which is children. Expanding on this analogy, in the case of infectious diseases, stopping the 'shooting' is not an option, and there is more than one 'shooter'. For some threats, we have highly effective 'bulletproof vests' (vaccines), while for others, the protection is less effective. Additionally, some 'bullets' (diseases) may not be fatal.

This dual nature of vaccination allows for a crucial distinction regarding the source of the right to vaccination. The key indicator appears to be the level of benefit for the individual child. If a vaccine provides significant life-saving benefits to an individual, it is not merely preventive, and its legal foundation is the right to life rather than the right to health. Conversely, if a vaccine primarily serves a preventive function, with greater benefits for the population than for the individual, its justification lies in the right to health.

Another important distinction in vaccination policy is whether immunization should be mandatory or optional. The source of the right to vaccination could serve as a guideline for determining which vaccines should be mandatory for children and which should remain optional. From another perspective, the extent to which a vaccine reduces the risk of death also helps determine which legal interest is being protected and, consequently, which fundamental right forms the basis for the right to that vaccination.

2. Consequences of the recognition of the right of children to be vaccinated resulting from the right to life

2.1. The right to life as a potentially preemptory norm

It seems that the consequences of recognizing children's right to be vaccinated as resulting from the right to life should begin with the statement that the right to life is relatively often noted by legal scholarship as a preemptory norm of international law. Within this paper it is impossible to determine the preemptory status of the right to life, so I rather want to focus solely on the consequences of the assumption that the right to life is a preemptory norm. However, it is necessary to outline the discussion about this.

The most important point for legal scholarship is that the right to life as a preemptory norm is indicated in Article 4 of the ICCPR, which says that Article 6

of the ICCPR is the norm that cannot be derogated. Nevertheless, Shelton (2014) suggests that the list included in Article 4 is only related to, not the same as, the list of the peremptory norm. This seems correct in the light of the Centre for Civil and Political Rights' General Comment on Derogations during a State of Emergency (UN Human Rights Committee, 2001). Casey-Maslen recently offered a detailed analysis of the status of the right to life as a peremptory norm, but his argumentation seems problematic. For instance, he argues that the status of the right to life as a peremptory norm resulted from the *Nuclear Weapon* case of the International Court of Justice, but it is hard to tell why he thinks that. Other legal scholars who assert that the right to life is a peremptory norm are Kolb (2015) and Orakhelashvili (2008).

The other trouble with the identity of the peremptory status of the right to life with the peremptory status of the right of children to be vaccinated is the fact that international law scholarship recognizes something like 'partially' peremptory status. In the context of the right to self-determination, many legal scholars argue that even if the political self-determination of colonized peoples is the peremptory norm, the other aspects of this right are not part of *jus cogens*.

If we assume that the right to life is the peremptory norm and that all rights to life are peremptory (unlike the right to self-determination), the consequence of this link is crucial. According to Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, a treaty (or other acts of international law) inconsistent with the peremptory norm is void. The International Law Commission (2019) elaborated on this problem and stated that peremptory norms are the source of interpretation of the entirety of international law and determine how to apply every other norm or instrument of international law.

Most interesting from the point of view of this paper, though, is the role of the peremptory norm in domestic law. As the source of the duty of the state (Orakhelashvili, 2008), peremptory norms should be viewed as the source of interpretation of international law as well as of domestic norms. It seems that is inexplicable why the court could disregard the duty of state, when the state obligated to follow the peremptory norm and the court is the part of the state in the view of international law (especially when we have in mind that they are just a few of the fundamental norms of international law, which include, for example, prohibitions on apartheid, genocide and executing juveniles) (Mik, 2013). In the context of the right to be vaccinated, it is also clear that the result of the peremptory status of the discussed norm is that it would surely 'overcome' other norms often raised by anti-vaxxer parents, such as their parental custody, the right to privacy, the right to family life and others.

2.2. The right to life as an 'ordinary' norm of international law

Regardless of the above, the peremptory status of the right to life, while interesting, is not crucial for understanding the consequences of perceiving the right of children to

be vaccinated as an aspect of the right to life. If the right to be vaccinated is part of the right to life, it needs to be protected exactly like the latter. According to the ICCPR the right to life 'must be protected by law'. By analogy it can be said that children's right to be vaccinated must be protected by law. This observation is straightforward, but it leads to the question of how exactly the law should protect this right.

Firstly, regardless of the peremptory or non-peremptory status of the right to life, Article 4 of the ICCPR suggests some form of hierarchy of the rights included in an instrument of international law. Commonly, we have a group of rights which are claimed by vaccine-sceptical parents; here can be noted rights like the right to privacy and family life (Simons et al., 2024), certain social and economic rights, particularly the right to education (in the English-speaking world in particular, the mandatory vaccination is carried out in schools) (Eichelbaum, 2019), the right to life per se by the use of medical exemptions (Eichelbaum, 2019), and freedom of religion or conscience (Tucak & Berdica, 2024). In fact, all these arguments have been rejected by domestic and international courts, except for medical exemptions. This fact alone illustrates that even a non-peremptory right of children to be vaccinated has priority over the aforementioned rights.

It should be noted that protection of the right to life needs to fulfil some requirements; it should meet the principle of proportionality and should not breach norms which are clearly peremptory, like freedom from torture and degrading treatment or the prohibition of genocide. It is hypothetical, but we can imagine that mandatory vaccinations that are too intrusive could breach the right to freedom from torture and degrading treatment. On the other hand, the protection of children's right to be vaccinated needs to be effective, by which I mean that even mandatory vaccination may be just a law in a book if in reality anti-vaccine parents are able at the end of the day to keep their children unvaccinated and in consequence leave them vulnerable to infectious diseases.

Before the discussion of Polish law, it must be noted that the law of many European states does not know the concept of mandatory vaccination at all (Bozzola et al., 2018). This seems not to fulfil the ICCPR requirement of the 'protection of the right to life by law' and it is completely incomprehensible. To sum up, it seems that the most important requirement for domestic law resulting from international human rights is the effectiveness of the protection of the right of children to be vaccinated. In consequence, in the next paragraph I want to focus on the effectiveness of Polish law concerning the mandatory vaccination of children.

3. The realization of the right of children to be vaccinated in Polish public law

An analysis of Polish public law should begin with an examination of the norms derived from the Polish Constitution, which contains two norms that are particularly relevant to this paper: the right to life and the right to health. It seems that Polish courts and legal scholars face difficulties in drawing a clear boundary between the right to life and the right to health in the context of healthcare. In Polish legal scholarship it is popular to cite the judgment of the Polish Constitutional Tribunal (PCT) of 7 January 2004, which noted that 'Article 38 [the right to life] is extremely strongly, even inextricably, linked with Article 68 [...] The right to healthcare is primarily the right to preserve life and defend it when it is threatened.' It should be noted that in the same judgment, the PCT also affirmed the principle *in dubio pro vita humana*, as well as concluding that protection of life means the protection of the biological existence of a person (Judgment of the Polish Constitutional Tribunal, 2004). In Polish legal scholarship there is no doubt that the subject of protection of the right to health is 'health', and the centre of gravity of considerations regarding the right to health resulting from the Polish Constitution is access to healthcare, preventive healthcare, the system of public healthcare and similar areas (Tabaszewski, 2016). It is not controversial to state that the vaccinations that eliminate the risk of death are measures to protect the biological existence of a person.

The practice of Polish administrative courts suggests that vaccination obligation is connected by the courts with the right to health if they highlight the benefits for society resulting from protective vaccinations (e.g. Judgments of the Supreme Administrative Court, 2 March 2023 and 30 March 2023); when Polish administrative courts allude to the interest of a child, they do not refer to the right to health but to the other provisions of the Polish Constitution (Judgment of the Provincial Administrative Court in Szczecin, 2024). It is noteworthy that even in judgments where the courts see the benefits from the vaccination for the individual, the emphasis finally falls on the benefits for society and the realization by the state of the right to health through that (Judgment of the Supreme Administrative Court, February 2023). It seems that when Polish administrative courts have to connect the benefits of vaccination for individuals to specific norms of the Polish Constitution, they are somewhat confused. The answer to this confusion likely lies in the right to life.

The major legal act concerning the vaccination of children is the Act of 5 December 2008 on Prevention and Control of Infections and Infectious Diseases in Humans. Article 17 of this act states mandatory vaccination determined by a regulation of the Minister of Health. The vaccination shall be preceded by a qualifying examination conducted by a doctor. According to this Act, protective vaccination is the 'administration of a vaccine against an infectious disease in order to artificially immunize against the disease'. It is noteworthy that the sole legal definition of

vaccination seems to emphasize the interests of the vaccinated person rather than society. Additionally, this definition does not directly address the question of whether it pertains to the protection of life or health; instead, the protection of life or health within this definition depends on medical facts. It is important to underline that mandatory vaccination in the light of this Act does not mean that this is compulsory vaccination. The compulsory administration of the drug is the exception; the Act does not include vaccination of children as a situation when the use of coercion is lawful (Bagińska, 2021).

It can be argued that if, according to the Act of 27 August 2004 on healthcare services financed from public funds, the vaccination can be seen as a healthcare service (Mełgieś et al., 2018), this service can be connected only with the right to health. This type of argumentation is not in accordance with the principle of the primacy of international and constitutional law. Secondly, it fails to recognize that it is uncontroversial that some healthcare services are connected with the protection of the right to health. The term 'health service' alone does not determine which human rights are being realized (Kocaj, 2015).

As noted by Drozdowska (2022), Polish law, generally speaking, places the greatest emphasis on the interests of the individual, especially in the case of mandatory vaccination for children. At the same time, the protection of a child's interests is expressed through respect for parental autonomy. According to Drozdowska, Polish law assumes that parents are the best guardians of their child's interests. This assumption holds some truth, but it is also necessary to acknowledge that the very concept of mandatory vaccination reflects state interference in the autonomy of families and the state's lack of confidence in parental guardianship.

In Polish legal scholarship, a significant issue is the question of patient consent for mandatory vaccination. Some legal scholars argue that a doctor cannot administer a mandatory vaccination without the consent of the juvenile's parents, while others contend that the mandatory nature of vaccination eliminates the need for consent (Mełgieś et al., 2018). It seems that perceiving certain mandatory vaccinations as protecting the life of the individual child based on the right to life strengthens the argument that consent is not necessary. In practice, this means that the consent of both parents may not be required (Boratyńska, 2012).

For assessment of the effectiveness of the child's right to vaccination, what is crucial is what happens if the parent does not vaccinate their child. In Polish law and practice, we can see three consequences resulting from non-performance of the child's mandatory vaccination: enforcement proceedings, criminal proceedings, and the limitation of access to a kindergarten. Enforcement proceedings mean that local health inspectors find out the reasons for the non-performance of the child's mandatory vaccination and impose an administrative fine on the parents for pressuring (Czechowicz, 2021). Criminal proceedings are connected with the fact that according to the Polish Code of Offences (*Kodeks Wykroczeń*), the non-

performance is also an offence, punished with a fine up to PLN 1500 (about EUR 350) or with a formal reprimand (Daniel, 2014). Finally, limitation of access to a kindergarten means that Polish local governments state that the vaccination of a child is a criterion in the recruitment of children to kindergartens (Doroszewski, 2022). The effectiveness of the first and the second consequences can be analysed together, because according to the Polish Code of Offences, one of the hallmarks of an offence is the prior ineffective use of administrative enforcement measures to compel the offender to submit the minor to mandatory immunization.

Analysis of the case law of the Polish administrative courts suggests that if anti-vaxxer parents do not want to vaccinate their child, enforcement proceedings take a lot of time. In 2024 Polish administrative courts heard cases which had been sent by health inspectors in 2021 (Judgment of the Provincial Administrative Court in Łódź, 2024) and 2017 (Judgment of the Provincial Administrative Court in Poznań, 2024). This means that the health inspectors knew about the lack of vaccination of the children who were the subjects of these cases, but the enforcement proceedings took so much time that these children's lives were not protected by the vaccinations for many years.

In fact, according to the Act of 27 August 2004 on Healthcare Services Financed from Public Funds, the patient has the right but no obligation to receive healthcare paid for from public funds. On the other hand, the initiation of enforcement proceedings brings about complications. According to the medical community, a change in the interpretation of the rules regarding the choice of a child's doctor undermines supervision of mandatory vaccinations. Previously, parents could not simply opt out of public healthcare, but now it is allowed (Mieczkowska & Pieniążek-Osińska, 2024): according to the Act of 27 August 2004, patients have the right but not the obligation to receive healthcare financed by public funds.

The flaws of the kindergarten requirements in the Polish model are quite obvious: they regard only public kindergartens, when there are many private kindergartens in Poland that even get subsidies from the public budget (Miłek & Abliński, 2021). These rules are only on the local level, so if the parents do not want to vaccinate their child, they can just send their child to the public kindergarten in the neighbouring municipality. Nevertheless, local governments establish similar rules regarding access to public nurseries (Judgment of the Provincial Administrative Court in Poznań, 2024). As in the case of kindergartens, the basic flaw of these rules is their local character. Finally, according to the Polish Ministry of Education, a public school can deny participation in foreign trips – although in the case of a national trip, schools and teachers do not have the right to deny the participation of a non-vaccinated child (Polish Ministry of National Education, 2017).

Conclusions

It can be stated that the child's right to be vaccinated seems to be a derived right from the right to life. The text of the ICCPR especially suggests this link, but so do the texts of the other instruments of international law as well as legal scholarship regarding the right to life. As a consequence, the law should protect the right to be vaccinated in a comparable way to the right to life, because vaccinations save lives. Although it seems that the ICCPR is not the only instrument of international law confirming the derived character of the right of children to be vaccinated, the legal text of the Convention on the Rights of the Child supports this fact as well. Nevertheless, the strongest and most unexpected support for this notion originates from the jurisprudence of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities.

The analysis of Polish practice regarding this issue is disheartening. In fact, in Polish legal practice, children can go for many years without necessary immunizations. This paper only outlines the problem in Poland, and further research is needed to determine how to better protect children's right to vaccination. However, from this study we can draw more general conclusions regarding the form of legal protection for children's right to be vaccinated. There is no reason to completely distinguish between immunization and other medical procedures aimed at saving lives. Theoretically, it can be argued that the refusal of blood transfusions by Jehovah's Witnesses poses a direct danger to a child's life, which is a reason for a court to intervene in parental decisions. Conversely, the danger posed by hepatitis C can be equally direct, though less visible.

As recommendations, firstly I would suggest that further studies are needed to analyse the connection between vaccination and the right to life in the case of adults. While this study focuses on children, examining the vaccination rights of adults could lead to interesting conclusions, especially regarding optional and paid-for vaccinations for pertussis in adults. Secondly, it seems that if the source of children's vaccination rights in the case of many diseases is the right to life, then Poland, as well as other states, are obligated to maintain strong supervision of children's vaccinations in their best interests. Specifically, it appears necessary to establish a duty for parents to utilize public healthcare, as recommended by the medical community. Thirdly, if the right to vaccination is a children's right, it is logical that the state should establish mandatory vaccinations for children as a way to protect their interests, not merely as a tool for achieving herd immunity. Lastly, in the context of access to kindergartens, it is clear that the issue of access to public kindergartens and nurseries should be resolved at the national level, in the spirit of protecting children's lives.

REFERENCES

- Bagan-Kurluta, K., & Drozdowska, U. (2015). A comparative assessment of minors' competence to consent to treatment in Polish and English law. *Progress in Health Sciences*, 5(2), 149–159.
- Bagińska, E. (Ed.). (2021). *System Prawa Medycznego: Odpowiedzialność prywatnoprawna*. C.H. Beck.
- Bertoldi Franco, J., Lecussan Gutierrez, P., Cabar, F.R., & An Lin, C. (2022). The right to vaccination and the individual duty in collective health during a pandemic. *Clinics*, 77. <https://doi.org/10.1016/j.clinsp.2022.100035>
- Bleicher, S.A. (1969). The legal significance of re-citation of general assembly resolutions. *The American Journal of International Law*, 63(3), 444–478.
- Boratyńska, M. (2012). *Wolny wybór: gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*. Instytut Problemów Ochrony Zdrowia.
- Bozzola, E., Spina, G., Russo, R., Bozzola, M., Corsello, G., & Villani, A. (2018). Mandatory vaccinations in European countries, undocumented information, false news and the impact on vaccination uptake: The position of the Italian pediatric society. *Italian Journal of Pediatrics*, 44(1), 67–71.
- Carter, S. P., Chambers, M.A., Rushton, S.P., Shirley, M.D.F., Schuchert, P., Pietravalle, S., Murray A., Rogers F., Gettinby G., Smith G.C., Delahay R.J., Hewinson R.G., McDonald R.A. BCG vaccination reduces risk of tuberculosis infection in vaccinated badgers and unvaccinated badger cubs. *PLoS ONE*, 7(12), e49833.
- Casey-Maslen, S. (Ed.). (2021). *The right to life under international law: An interpretative manual* Cambridge University Press.
- Cherry, J.D. (1999). Pertussis in the preantibiotic and prevaccine era, with emphasis on adult pertussis. *Clinical Infectious Diseases: An Official Publication of the Infectious Diseases Society of America*, 28, 107–111.
- Czechowicz, S. (2021). Problem wielości sankcji represyjnych za nieszczepienie dziecka z perspektywy skutecznego wykonania obowiązku szczepień. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny I Socjologiczny*, 83(1), 37–46.
- Daniel, P. (2014). Egzekucja obowiązku poddania małoletniego dziecka szczepieniu ochronnemu w orzecznictwie sądów administracyjnych. *Przegląd Prawa Publicznego*, 4, 45–55.
- Doroszewski, P.A. (2022). Podstawa prawna kryterium uprzedniego poddania dziecka obowiązkowym szczepieniom ochronnym w rekrutacji do publicznego przedszkola. *Samorząd Terytorialny*, 9, 63–73.
- Drozdowska, U. (2022). Ustawowa konstrukcja obowiązku szczepień ochronnych u dzieci na tle prawa polskiego: uwagi de lege lata i de lege ferenda. *Białostockie Studia Prawnicze*, 27(3), 119–139.
- Eichelbaum, K. (2019). Is mandatory vaccination an unjustified limit on human rights? *Auckland University Law Review*, 25, 105–128.
- European Centre for Disease Prevention and Control. (2024, 8 May). *Increase of pertussis cases in the EU/EEA – rapid risk assessment*. <https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/increase-pertussis-cases-eueea>
- Fukurai, H., Gabriel, R., & Liang, X. (2023). The COVID-19 crisis, herd immunity, and 'vaccine apartheid' in the age of anthropocene. *Asian Journal of Law and Society*, 10(1), 1–10.

- Goodman, T. (2005). Is there a right to health? *Journal of Medicine and Philosophy*, 30(6), 643–662.
- Ignovska, E. (2023). Mandatory vaccination against COVID-19 in Europe: Public health versus ‘saved by the bell’ individual autonomy. In O.J. Gstrein, M. Fröhlich, C. van den Berg, & T. Giegerich (Eds.), *Modernising European legal education (MELE)* (pp. 283–303). Springer.
- International Law Commission (ILC). (2019, 29 April–7 June and 8 July–9 August). *Report of the International Law Commission 71st session*. UN doc A/74/10.
- Judgment of the Polish Constitutional Tribunal of 7 January 2004 on the case of non-conformity of act of 23 January 2003 on Universal Healthcare in National Health Fund , K 14/03.
- Judgment of the Polish Supreme Court of 8 January 2016 on the case of B.K, V KK 306/15.
- Judgment of the Provincial Administrative Court in Łódź of 31 January 2024 on the case of K.S. v. Regional State Sanitary Inspectorate in Łódź , III SA/Łd 747/23.
- Judgment of the Provincial Administrative Court in Poznań of 24 October 2019 on the case of Voivode v City Council. , IV SA/Po 572/19.
- Judgment of the Provincial Administrative Court in Poznań of 21 February 2024 on the case of B.M. v. Sanitary Inspectorate, II SA/Po 659/23.
- Judgment of the Provincial Administrative Court in Szczecin of 1 August 2024 on the case of N.K. v. West Pomeranian State Regional Sanitary Inspectorate, II SA/Sz 271/24.
- Judgment of the Supreme Administrative Court of 8 February 2023 on the case of K.L. v. Ministry of Health of the Republic of Poland, II OSK 500/20.
- Judgment of the Supreme Administrative Court of 2 March 2023 on the case of S.Z. v. Ministry of Health of the Republic of Poland , II OSK 1704/20.
- Judgment of the Supreme Administrative Court of 30 March 2023 on the case of M.K. Ministry of Health of the Republic of Poland, II OSK 803/20.
- King, J., Ferraz, O.L.M., & Jones, A. (2022). Mandatory COVID-19 vaccination and human rights. *The Lancet*, 399(10321), 220–222.
- Kocaj, O. (2015). Prawnokarne granice ochrony życia człowieka w związku z działaniami medycznymi. *Prokuratura i Prawo*, 7–8, 111–126.
- Kolb, R. (2015). *Peremptory international law jus cogens: A general inventory*. Oxford University Press.
- Krasser, A. (2021). Compulsory vaccination in a fundamental rights perspective: Lessons from the ECtHR. *ICL Journal*, 15(2), 207–233.
- Liu, H., Wenjing, W., Yang, Z., Fuchun, W., Junyi, D., Tao, H., Xiaojie, H., & Tong, Z. (2024). Global perspectives on smallpox vaccine against monkeypox: A comprehensive meta-analysis and systematic review of effectiveness, protection, safety and cross-immunogenicity. *Emerging Microbes & Infections*, 13(1). <https://doi.org/10.1080/22221751.2024.2387442>.
- Loyd, G. S. (2001). Child sexual exploitation in Costa Rica. *Indiana International & Comparative Law Review*, 12(1), 157–182.
- Marks, S.P. (2016). Normative expansion of the right to health and the proliferation of human rights. *George Washington International Law Review*, 49(1), 97–144.
- McCullers, J.A., & Dunn, J. D. (2008). Advances in vaccine technology and their impact on managed care. *P & T: A Peer-Reviewed Journal for Formulary Management*, 33(1), 35–41.

- Mełgiesz, K., Miaskowska-Daszkievicz K., & Pacian, J. (2018). *Administracyjnoprawna ochrona dziecka*. Dom Organizatora.
- Mieczkowska, K., & Pieniążek-Osińska B. (2024). *Wiceprezes PZ alarmuje: możliwość rezygnacji z lekarza POZ bez wybierania nowego, to zagrożenie dla bezpieczeństwa dzieci*. Rynek Zdrowia. <https://www.rynekzdrowia.pl/Finanse-i-zarzadzanie/Wiceprezes-PZ-alarmuje-mozliwosc-rezygnacji-z-lekarza-POZ-bez-wyberania-nowego-to-zagrozenie-dla-bezpieczenstwa-dzieci,266359,1.html>
- Mik, C. (2013). Jus cogens in contemporary international law. *Polish Yearbook of International Law*, 33, 27–93.
- Milek K. & Albiński T., (2024). Przedszkola publiczne a niepubliczne w Polsce, *Kultura i Wychowanie*, 20(2), 131–145.
- Nygren-Krug, H. (2013). The right to health: From concept to practice. In W.J.M. Zuniga, S.P. Marks, & L.O. Gostin (Eds.), *Advancing the human right to health* (pp. 39–54). Oxford University Press.
- O'Connell, M.E. (2011). Jus cogens: International law's higher ethical norms. In D.E. Childress III (Ed.), *The role of ethics in international law* (pp. 78–98). Cambridge University Press.
- Orakhelashvili, A. (2008). *Peremptory norms in international law*. Oxford University Press.
- Parmet, W.E. (2013). Valuing the unidentified: The potential of public health law. *Jurimetrics*, 53(3), 255–278.
- Pierik, R., & Verweij, M. (2024). *Inducing immunity? Justifying immunization policies in times of vaccine hesitancy*. The MIT Press.
- Polish Ministry of National Education. (2017). *Stanowisko Ministerstwa Edukacji Narodowej z dnia 23 sierpnia 2017 r. Szczepienia ochronne uczestników wypoczynku (Protective vaccinations of participants of leisure activities)*. <https://www.prawo.vulcan.edu.pl/przegdok.asp?qdatprz=akt&qplikid=1345>
- Porta, M. (2016). *A dictionary of epidemiology*. Oxford University Press.
- Shelton, D.L. (2020). *Advanced introduction to international human rights law*. Edward Elgar.
- Simons, R.C., Ploem, M.C., & Legemaate, J. (2024). The compatibility of mandatory vaccination with the European Convention on Human Rights: Implications for a national vaccination policy. *European Journal of Health Law*, 31(3), 285–311.
- Steiner, H. (2007). Moral rights. In D. Copp (Ed.), *The Oxford handbook of ethical theory* (pp. 459–479). Oxford University Press.
- Tabaszewski, R. (2016). *Prawo do zdrowia w systemach ochrony praw człowieka*. Wydawnictwo KUL.
- Truelove, S.A., Keegan, L.T., Moss, W.J., Chaisson, L.H., Macher, E., Azman, A.S., & Lessler, J. (2020). Clinical and epidemiological aspects of diphtheria: A systematic review and pooled analysis. *Clinical Infectious Diseases: An Official Publication of the Infectious Diseases Society of America*, 71(1), 89–97.
- Tobin J. (2012). *The Right to Health in International Law*. Oxford University Press
- Tucak, I., & Berdica, J. (2024). Rethinking conscientious objection to mandatory vaccination. *Review of European and Comparative Law*, 57, 269–292.

- UN Human Rights Committee. (2001, 31 August). *CCPR General Comment no. 29: Article 4. Derogations during a state of emergency*. <https://www.refworld.org/legal/general/hrc/2001/en/30676>
- UN Human Rights Committee. (2009, 3 October). *CCPR General Comment no. 36: Article 6 (right to life)*. <https://www.refworld.org/legal/general/hrc/2019/en/123145>
- Van Poecke, T., Bourguignon, M., Wouters, J., & Lemmens, K. (2020). *Can We Still Afford Human Rights?* Springer.
- World Health Organization. (2005). *International Health Regulation, World Health Organization*.

