

UNIVERSITY OF BIALYSTOK
FACULTY OF LAW

BIALYSTOK LEGAL STUDIES

BIAŁOSTOCKIE STUDIA
PRAWNICZE

BIALYSTOK LEGAL STUDIES

BIAŁOSTOCKIE STUDIA
PRAWNICZE



VOLUME 27 no. 3

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: Stanisław Bożyk, 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)

Editors:

Editor-in-Chief: Elżbieta Kuzelewska

Editorial Secretary: Ewa Lotko, Paweł Czaplicki

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

© 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: Urszula Andrejewicz, Daniel Ross

Statistical Editor: Ewa Glińska

Graphic and Typographic Development: 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

ARTYKUŁY

Kinga Bączyk-Rozwadowska <i>Pochodzenie dziecka poczętego in vitro</i>	11
Joanna Helios, Wioletta Jedlecka <i>Alienacja rodzicielska w polskim systemie prawa</i>	33
Kinga Michałowska <i>Granice rodzicielskich ingerencji w dobra osobiste dziecka – zagadnienia wybrane</i> ..	49
Olga Sitarz <i>Znaczenie regulacji prawa rodzinnego dla karnoprawnej oceny zaniedbania</i>	71
Beata Goworko-Składanek, Tomasz Prymak <i>Kontakty rodzica z dzieckiem w obecności kuratora sądowego. Praktyka wobec potrzeb zmian legislacyjnych</i>	91
Mariusz Załucki <i>Wybrane wyzwania kodyfikacyjne polskiego prawa rodzinnego</i>	107
Urszula Drozdowska <i>Ustawowa konstrukcja obowiązku szczepień ochronnych u dzieci na tle prawa polskiego – uwagi de lege lata i de lege ferenda</i>	119
Joanna Jagoda <i>Odmowa dokonania transkrypcji zagranicznego dokumentu stanu cywilnego z powodu sprzeczności z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego</i> ..	141

Grzegorz Suliński

Zarząd udziałami dziecka w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością 159

Justyna Maliszewska-Nienartowicz

Prawo dziecka do kontaktów z osobami bliskimi w sytuacjach transgranicznych – uwagi na tle unijnych regulacji prawnych oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej..... 177

Katarzyna Bagan-Kurluta, Anna Klimach

Powszechność stosowania rozporządzeń unijnych i ich skuteczność w kontekście wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie S przeciwko MCP, C-603/20 PPU 193

Salvatore Antonello Parente

Family Income Taxation Models in the Italian Legal System: Analysis and Perspectives..... 207

Giovanni Liberati Bucciatti

Private Autonomy and Family Public Policy in Italy 227

GLOSZ

Bożena Gronowska

Commentary to the Judgment of the European Court of Human Rights of 16 September 2021 in the Case of X v. Poland (appl. no. 20741/10) 243

Michał Wojewoda

Rodzicielstwo osób tej samej płci w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej – glosa do wyroku TSUE z dnia 14 grudnia 2021 r. w sprawie C-490/20..... 259

Noty o autorach 277

Contents

ARTICLES

Kinga Bączyk-Rozwadowska <i>Status of a Child Born as a Result of IVF Procedure</i>	11
Joanna Helios, Wioletta Jedlecka <i>Parental Alienation in the Polish Legal System</i>	33
Kinga Michałowska <i>Limits of Parental Interference in a Child's Personal Rights – Selected Issues</i>	49
Olga Sitarz <i>Significance of Family Law Regulations for a Criminal Law Assessment of Neglect</i> ...	71
Beata Goworko-Składanek, Tomasz Prymak <i>Parent-Child Contacts in the Presence of Legal Court-Appointed Guardian. Practice in View of the Need for Legislative Change</i>	91
Mariusz Załucki <i>Selected Codification Challenges in Polish Family Law</i>	107
Urszula Drozdowska <i>Legal Construction of Childhood Vaccinations Against the Background of Polish Law – Remarks De Lege Lata and De Lege Ferenda</i>	119
Joanna Jagoda <i>Refusal to Transcribe a Foreign Civil Status Document Due to Contradiction to the Fundamental Principles of the Polish Legal Order</i>	141

Contents

Grzegorz Suliński

Management of a Child's Shares in a Limited Liability Company..... 159

Justyna Maliszewska-Nienartowicz

The Right of a Child to Contact Relatives in Cross-Border Situations

– *Comments Based on EU Legal Regulations and the Case Law of the CJEU*..... 177

Katarzyna Bagan-Kurluta, Anna Klimach

Common Application of EU Regulations and Their Effectiveness in the Context of the CJEU Judgment in the Case of SS v. MCP, C-603/20 PPU..... 193

Salvatore Antonello Parente

Family Income Taxation Models in the Italian Legal System: Analysis and Perspectives..... 207

Giovanni Liberati Buccianti

Private Autonomy and Family Public Policy in Italy 227

COMMENTARY

Bożena Gronowska

Commentary to the Judgment of the European Court of Human Rights

of 16 September 2021 in the Case of X v. Poland (appl. no. 20741/10)..... 243

Michał Wojewoda

Parentage of Same-Sex Persons in the Jurisprudence of the Court of Justice

of the European Union – Commentary to the Judgment of CJEU of 14 December 2021 C-490/20..... 259

Contributors..... 277

ARTICLES

Kinga Bączyk-Rozwadowska

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Polska

kbaczyk@umk.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6545-2671>

Pochodzenie dziecka poczętego *in vitro*

Status of a Child Born as a Result of IVF Procedure

Abstract: Due to the constant development of medicine and biotechnology, including the *in vitro* procedure, more and more infertile couples can fulfil their desire to have a child. Traditional rules of family law concerning the determination of *status familiae* of such children have then turned out to be insufficient. The situation is even more complicated when IVF procedure assumes the use of donated genetic material or the involvement of a surrogate mother. Therefore in the field of family law the intention to “create” a child starts to play quite an important role. Family law is then undergoing far-reaching transformations, especially in those countries where same-sex couples are eligible to start IVF procedures (Great Britain, USA, Germany, Austria).

Keywords: birth mother, cryoconservation, gamete donation, genetic mother, *in vitro* fertilisation, medically assisted procreation, surrogate motherhood

Słowa kluczowe: matka biologiczna, kriokonserwacja, dawstwo gamet, matka genetyczna, zapłodnienie *in vitro*, prokreacja medycznie wspomagana, zastępcze macierzyństwo

Wprowadzenie

Powstanie i udoskonalenie metod wspomaganey prokreacji (*medically assisted procreation* – dalej MAP), zwłaszcza zaś tzw. zapłodnienia pozaustrojowego (*in vitro*), spowodowało daleko idące zmiany w zakresie ustalania pochodzenia dziecka od ojca, a także matki. Konieczne stało się przyjęcie nowych rozwiązań prawnych w sferze filiacji, zwłaszcza w tych przypadkach, w których do poczęcia dziecka zostały wykorzystane gamety pochodzące od osób trzecich (dawców). Przed ustawodawcą poszczególnych państw stanęło niełatwe zadanie dokonania modyfikacji przepisów prawa rodzinnego w sposób pozwalający osiągnąć rozsądny kompromis między konkurującymi ze sobą interesami poszczególnych osób uczestniczących w procedurach

MAP, tj. przyszłych rodziców, ich potomstwa, dawców materiału genetycznego oraz podmiotów udzielających świadczeń z zakresu wspomaganej prokreacji. Zastosowanie tych przepisów, jak dowodzi praktyka, nie jest wolne od wątpliwości, a niektóre z przyjętych regulacji spotykają się z niejednorodną oceną doktryny oraz podmiotów zaangażowanych w procedurę *in vitro*. Kontrowersje dotyczą także regulacji ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności¹, która wprowadziła istotne zmiany do przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w związku z usankcjonowaniem procedur MAP w polskim porządku prawnym.

Analiza i ocena aktualnych polskich i obcych reguł ustalania pochodzenia dziecka poczętego *in vitro* wymaga przedstawienia, w pierwszej kolejności, istoty i charakteru zapłodnienie pozaustrojowego oraz przesłanek zastosowania procedur MAP.

In vitro stanowi technikę prokreacji wspomaganej medycznie, w ramach której do poczęcia dziecka (inicjacji ciąży) dochodzi bez fizycznego obcowania mężczyzny i kobiety (*procreatio sine concubio*)². IVF, w odróżnieniu od relatywnie prostej sztucznej (wewnątrzmacicznej) inseminacji (*artificial/intrauterine insemination* – AI/IUI), jest procedurą wysokospecjalistyczną, wymagającą interwencji lekarza oraz odpowiedniego przygotowania i wyposażenia zakładu leczniczego (ośrodka, centrum leczenia niepłodności)³. Na procedurę IVF składają się trzy etapy stanowiące tzw. cykl. Pierwszy etap obejmuje poddanie kobiety stymulacji hormonalnej, mającej na celu wywołanie wzmożonej owulacji, a następnie pobranie komórek jajowych. Pozyskanie większej ilości gamet jest rozwiązaniem korzystnym dla kobiety, ponieważ z jednej strony pozwala na zwiększenie skuteczności procedury, z drugiej zaś wyłącza konieczność przeprowadzenia u niej kolejnych hiperstymulacji oraz zabiegów pobrania, wiążących się z poważnym zagrożeniem dla zdrowia. Drugi etap polega na połączeniu komórek jajowych poza organizmem kobiety (*in vitro*, tj. w probówce) z nasieniem męża lub partnera, ewentualnie z plemnikami pochodzącymi z dawstwa. W trzecim, zasadniczym etapie następuje przeniesienie (tzw. transfer) utworzonej pozaustrojowo zygoty do macicy kobiety celem zagnieżdżenia⁴. Do transferu wykorzystywane są embriony „świeże”, utworzone w danym cyklu, albo poddane uprzedniemu mrożeniu (tzw. krioprezer-

1 Dz.U. z 2015 r., poz. 1087 (dalej u.l.n.).

2 M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. XII, Toruń 2019, s. 351 oraz J. Baudouin, C. Labrusse-Riou, *Produire de l'homme. De quel droit? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris 1987, s. 66.

3 Na temat IVF w literaturze medycznej zob. S. Wołczyński, (w:) T. Pisarski, M. Szamatowicz (red.) *Niepłodność*, Warszawa 1997, s. 315.

4 Zgodnie z poglądem dominującym w literaturze poczęcie następuje nie w chwili połączenia gamet, lecz w momencie zagnieżdżenia się zapłodnionego jaja w macicy. Dopiero wówczas dochodzi bowiem do indywidualizacji rozwijającego się dziecka; zob. O. Nawrot, *Istota ludzka czy osoba? Status nasciturusa na gruncie Europejskiej Konwencji Bioetycznej*, „Prawo i Medycyna” 2004, nr 1, s. 96; por. T. Smyczyński, (w:) T. Smyczyński (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. XII: *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2011, s. 223.

wacji)⁵. Transfer natomiast, z uwagi na możliwość pozostawiania zarodków w warunkach pozaustrojowych, może nastąpić zarówno do macicy genetycznej matki (kobiety, od której pochodzi komórka jajowa), jak i tzw. matki biologicznej (biorczyń), która przyjmuje embriion pochodzący z donacji⁶. Embriiony nadliczbowe (*surplus embryos*), nie podlegające transferowi, a także nieprzeniesione do macicy z innych przyczyn (np. przeciwwskazań zdrowotnych), są poddawane zamrożeniu.

IVF może wystąpić w różnych postaciach i konfiguracjach genetycznych. Z uwagi na kryterium pochodzenia gamet wykorzystanych do zabiegu można wyróżnić zapłodnienie pozaustrojowe homologiczne (partnerskie), przeprowadzane z użyciem gamet małżonków (partnerów), oraz heterologiczne (inne niż partnerskie), w przypadku którego jedna lub obie komórki rozrodcze, ewentualnie embriion, pochodzą z donacji.

Aktualnie IVF stanowi najpowszechniejszą z technik MAP, dostępną dla uprawnionych podmiotów w znakomitej większości ustawodawstw na świecie (w tym w Polsce na gruncie u.l.n.). Zasadniczą przesłankę (tzw. medyczną) poddania się zabiegowi IVF stanowi stwierdzona przez lekarza patologiczna niepłodność, tj. niemożność poczęcia lub wydania na świat potomstwa w obrębie pary w drodze prokreacji naturalnej⁷. Poddanie się zabiegowi sztucznego zapłodnienia uzasadnione jest także w sytuacji, gdy istnieje ryzyko przeniesienia na dziecko bądź matkę poważnej choroby genetycznej albo innego ciężkiego schorzenia mogącego prowadzić do śmierci lub znaczącego uszczerbku na zdrowiu⁸.

Z juretycznego punktu widzenia zastosowanie techniki IVF jest dopuszczalne w stosunku do osoby pełnoletniej i pozostającej w wieku prokreacyjnym, która wyrazi pisemną zgodę na zabieg po uprzednim uzyskaniu informacji na temat medycznych i prawnych następstw poddania się zabiegowi. Projekt rodzicielski z zastosowaniem

5 Proces kriokonserwacji polega na umieszczeniu komórek rozrodczych (embriionów) w roztworze chemicznym z dodatkiem tzw. krioprotektantów, a następnie zamrażaniu w ciekłym azocie do temperatury minus 196°C. Zakonserwowany materiał genetyczny może być przechowywany przez stosunkowo długi czas (nawet kilkadziesiąt lat), zachowując swój potencjał rozrodczy; Ch.P. Kindregan, M. McBrien Posthumous Reproduction, „Family Law Quarterly” 2005, nr 3, s. 579.

6 W razie, gdy istnieje ryzyko przeniesienia na dziecko wad genetycznych, w rachubę wchodzi zastosowanie sprzężonych z MAP procedur tzw. molekularnej diagnostyki preimplantacyjnej (*preimplantation genetic diagnosis* – PGD); więcej na ten temat zob. K. Bączyk-Rozwadowska, Aktualne problemy diagnostyki preimplantacyjnej w kontekście dążeń rodziców do realizacji projektu rodzicielskiego, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, nr 2, s. 11 i n.

7 Procedura zapłodnienia pozaustrojowego rozwinęła się jako metoda korygowania niepłodności żeńskiej, spowodowanej przede wszystkim niedrożnością jajowodów, ale także męskiej, wywołanej zmniejszoną liczbą nasienia w spermie; G. Schenker, Assisted Reproduction Practice in Europe: Legal and Ethical Aspects, „Human Reproduction” 1997, nr 2, s. 175.

8 F. Dreifuss-Netter, Adoption and Medically Assisted Procreation under French Law, „St. Louis Warsaw Transatlantic Law Review” 1996, vol. 93, s. 97.

IVF realizować może para małżonków lub partnerów, ewentualnie też, w zależności od regulacji przyjętych w danym państwie, kobieta samotna (USA, Wielka Brytania, Grecja, Portugalia, Chorwacja). Zabiegi powinny być wykonywane przez lekarza posiadającego odpowiednią specjalizację, w upoważnionych przez kompetentny organ państwowy ośrodkach (licencjonowanych zakładach leczniczych), w których gwarantuje się pacjentom właściwe warunki zdrowotne i sanitarne.

Niezależnie od przesłanek medycznych i jurydycznych dotyczących kobiety (pary) podmiot udzielający świadczeń w każdym przypadku zobowiązany jest rozważyć, w oparciu o okoliczności konkretnej sprawy, czy zastosowanie procedury *in vitro* jest zgodne z interesem przyszłego dziecka. W razie negatywnej odpowiedzi na to pytanie parze odmawia się wykonania procedury, nawet jeśli małżonkowie lub partnerzy spełnili wszelkie niezbędne warunki dostępu do świadczeń. Dobro dziecka ma zatem znaczenie nadrzędne i wyprzedza uprawnienia wynikające z autonomii prokreacyjnej osób zamierzających realizować projekt rodzicielski.

1. Pochodzenie dziecka od matki

1.1. Uwagi ogólne

Przesłankę istnienia prawnego stosunku rodzicielstwa, tradycyjnie obejmującego macierzyństwo oraz ojcostwo, stanowi pokrewieństwo, czyli biologiczne pochodzenie dziecka od określonych rodziców⁹.

W przypadku zapłodnienia *in vitro* pojawiają się wątpliwości nie tylko w związku z ustaleniem pochodzenia dziecka od ojca w sytuacji, gdy do zabiegu wykorzystano nasienie dawcy. Ze względu na istotę IVF sporne może okazać się także macierzyństwo. Rozdzielenie w czasie procesów połączenia gamet, inicjacji ciąży oraz porodu pozwala na wykorzystanie komórek jajowych pochodzących od dawczyni. Wykreowany *in vitro* zarodek może zostać przeniesiony do macicy innej kobiety niż ta, od której pochodzi gameta (tzw. matki genetycznej). Kobietą tą może być zarówno matka biologiczna, poddająca się procedurom MAP w celu urodzenia dziecka „dla siebie”, jak i tzw. matka zastępcza, której zadaniem jest odbycie ciąży i wydanie dziecka po urodzeniu zamawiającym (tzw. rodzicom socjalnym).

W sferze wspomaganej prokreacji zasada ustalania pochodzenia według kryterium biologicznego z istoty rzeczy doznaje zatem ograniczeń. W przypadku procedur heterologicznych oraz zastępczego macierzyństwa przepisy poszczególnych państw dotyczące MAP modyfikują tradycyjne reguły filiacyjne i w określonych sytuacjach pozwalają na ustalenie pochodzenia ojcowskiego, a także macierzyńskiego na podstawie uzewnętrznionej przed dany podmiot intencji pełnienia roli rodzica.

9 A. Dyoniak, Wpływ woli osób bezpośrednio zainteresowanych na powstanie stosunku prawnego rodzice–dzieci w przypadku nienaturalnej prokreacji, „Studia Prawnicze” 1993, z. 2/3, s. 51.

Prawny stosunek rodzicielstwa zostaje zatem ukształtowany nie między dzieckiem a dawcą gamet (rodzicem genetycznym) bądź kobietą, która dziecko urodziła, lecz między dzieckiem a osobą, która wyraziła zgodę na poddanie przyszłej matki zabiegowi IVF z wykorzystaniem komórek rozrodczych *ab alieno*.

1.2. Kryterium biologiczne jako podstawa filiacji macierzyńskiej

W większości systemów prawnych na świecie za matkę uznaje się kobietę, która dziecko urodziła (art. 1951 niemieckiego BGB, 269 § 3 włoskiego k.c., art. 619 k.r.o.¹⁰). Rozwiązanie to znajduje zastosowanie niezależnie od tego, jak zainicjowano ciążę – naturalnie czy w sposób medycznie wspomagany. Matką prawną jest zatem kobieta, która – poddana zabiegowi IVF – donosiła ciążę i urodziła dziecko, będąc zarazem dawczynią komórki jajowej¹¹.

Formułę ustalania macierzyństwa według kryterium urodzenia stosuje się również wówczas, gdy dziecko zostało poczęte *in vitro* z gamet dawczyni. Rozwiązanie to przyjęto w większości ustawodawstw na świecie w celu wyeliminowania wątpliwości pojawiających się w związku z ustaleniem macierzyństwa w przypadkach donacji komórek rozrodczych. Za przyznaniem statusu matki prawnej kobiecie, która dziecko urodziła, nie będąc dawczynią gamet, przemawia m.in. okoliczność, iż więź emocjonalna nawiązywana w okresie ciąży ma istotne znaczenie w kształtowaniu osobowości człowieka¹². Przebycie ciąży i porodu predestynuje kobietę do pełnienia roli macierzyńskiej w znacznie większym stopniu niż więź genetyczna z dzieckiem¹³. Za prymatem więzi biologicznej przemawia także argument, iż pochodzenie dziecka powinno opierać się na zewnętrznych i nietrudnych do zweryfikowania kryteriach, tj. ciąży i fakcie odbycia porodu (*mater est quam gestatio demonstrat*)¹⁴.

Pozycja matki biologicznej, niezależnie od sposobu poczęcia oraz pochodzenia żeńskich komórek rozrodczych wykorzystanych do zabiegu IVF, jest zatem stała i w zasadzie niepodważalna (*mater semper certa est*). Ustawodawca dopuszcza bowiem kwestionowanie macierzyństwa wyznaczonego w oparciu o kryterium urodzenia w ograniczonym zakresie. W prawie polskim, zgodnie z treścią art. 6112 k.r.o., można to uczynić jedynie w drodze powództwa o zaprzeczenie macierzyństwa, jeżeli do aktu urodzenia została błędnie wpisana jako matka kobieta, która dziecka nie urodziła¹⁵. Ustawodawca trafnie ograniczył krąg podmiotów mających czynną legity-

10 Przepis ten został dodany do k.r.o. na mocy ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 220, poz. 1431).

11 Por. J. Baudouin, C. Labrusse-Riou, *Produire...*, *op. cit.*, s. 78.

12 T. Smoczyński, *System...*, *op. cit.*, s. 228.

13 Zob. A. Wazbiński, Najnowsze osiągnięcia nauk przyrodniczych a kodeks rodzinny i opiekuńczy, „Palestra” 1966, nr 5, s. 22.

14 Tak np. A. Dyoniak, *Wpływ...*, *op. cit.*, s. 155.

15 M. Łączkowska, *Stosunek prawny pokrewieństwa a pochodzenie genetyczne*, (w:) *Księga jubileuszowa Profesora T. Smoczyńskiego*, Toruń 2008, s. 305.

mację procesową. Katalog ten nie obejmuje natomiast matki genetycznej (dawczyni gamet), która po skutecznym zaprzeczeniu macierzyństwa kobiety rodzącej dziecko mogłaby podjąć próby ustalenia swojego macierzyństwa w oparciu o więź pokrewieństwa, potwierdzoną dowodem z badań DNA¹⁶. Podobnie matka biologiczna wpisana do aktu urodzenia, a niebędąca dawczynią komórki jajowej, nie może zaprzeczyć swojego macierzyństwa, powołując się na brak więzi genetycznej. Przyjęcie takiego rozwiązania zapewni ochronę przede wszystkim dziecku, dla którego przyznana matce (rodzącej) możliwość uzgodnienia jego pochodzenia prawnego z genetycznym byłaby szczególnie niekorzystna w razie, gdyby urodziło się z wadami¹⁷.

Kobieta, której komórkę jajową wykorzystano w procedurze IVF, a także ta, która urodziła dziecko, nie będąc matką genetyczną, jest zatem prawną matką dziecka ze wszystkimi wynikającymi stąd konsekwencjami w sferze władzy rodzicielskiej, obowiązku alimentacyjnego, praw spadkowych oraz praw stanu. Ustalenie osoby matki umożliwia też wyznaczenie ojca (drugiego rodzica) dziecka, chyba że zabiegowi IVF została poddana kobieta samotna (Wielka Brytania). Dziecko ma wówczas jednego rodzica prawnego, ponieważ nawet przy uchyleniu zasady anonimowości dawcy *ex lege* wyłączona jest możliwość ustalenia stosunku rodzicielstwa między tą osobą a dzieckiem.

2. Pochodzenie dziecka urodzonego przez zastępczą matkę (kryterium wolicjonalne jako podstawa ustalenia filiacji macierzyńskiej)

Zastępcze macierzyństwo (*surrogate motherhood*) odnosi się do sytuacji, w której określona kobieta – zastępcza matka (*surrogate mother*) – zachodzi w ciążę i rodzi dziecko bez intencji wychowania go i przejęcia w przyszłości odpowiedzialności rodzicielskiej, zaś w umowie zawieranej z inną osobą bądź osobami (tzw. zamawiającymi, zwanymi też rodzicami socjologicznymi) zobowiązuje się do wydania dziecka z chwilą urodzenia i wyrażenia zgody na przyznanie tym osobom praw rodzicielskich. Wiąż między stronami nawiązywana jest na podstawie umowy zawieranej co

16 J. Panowicz-Lipska, Problematyka pochodzenia dziecka w nowelizacji kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, „Rodzina i Prawo” 2010, nr 14/15, s. 8.

17 Zasada niedopuszczalności zaprzeczenia macierzyństwa z uwagi na brak więzi genetycznej może okazać się niekorzystna dla biologicznej matki i jej męża lub partnera w razie omyłkowego użycia w procedurze homologicznego (z założenia) IVF obciążonej wadami genetycznymi gamet innej kobiety. Biologiczna matka pozostaje wówczas matką prawną, a jej mąż (partner), jako biologiczny, nie może kwestionować ojcostwa. W rachubę wchodzi zatem wyłącznie roszczenia odszkodowawcze wobec kliniki MAP, z której winy doszło do pomyłki. Sytuacja taka miała miejsce w Polsce przed wejściem w życie u.l.n. (dziecko w wyniku zamiany komórki jajowej urodziło się z poważną wadą genetyczną, tzw. zespołem Schinzela-Giediona); zob. K. Bączyk-Rozwadowska, Mistake in in vitro procedure, „Kardiologia Prenatalna-Echo Płodu” 2015, nr 1.

do zasady przed poczęciem dziecka (przeprowadzeniem procedur MAP), sformalizowanej i szczegółowo regulującej prawa i obowiązki kontrahentów¹⁸.

W systemach prawnych, w których ustawodawca dopuścił praktyki zastępczego macierzyństwa (Wielka Brytania, USA, Kanada, Grecja, Bułgaria, Portugalia), surrogacja jest dopuszczalna wyłącznie na zasadach niekomercyjnych (*altruistic surrogacy*) i w ściśle określonych ramach prawnych. Stanowi ona wyjątkową formę terapii niepłodności dostępną w sytuacji, gdy pozostałe metody MAP okażą się zawodne, a skorzystanie z usług zastępczej matki nie będzie sprzeczne z dobrem dziecka i nie naruszy interesu surogatki¹⁹. Zakres zastosowania praktyk surogacyjnych jest co do zasady ograniczony do tzw. zastępczego macierzyństwa gestacyjnego, którego istotę stanowi brak więzi genetycznej zastępczej matki z dzieckiem. Z formuły zastępczego macierzyństwa mogą korzystać pary (w tym jedнопłciowe męskie i żeńskie), wyjątkowo zaś (Grecja, Wielka Brytania) osoby samotne (obu płci). Umowa jest lub może być uznana za ważną po zatwierdzeniu przez uprawniony podmiot (sąd powszechny lub komisję państwową). Porozumienie stron nie podlega przymusowemu wykonaniu, a surogatka może odmówić „wydania” dziecka zamawiającym, nie ponosząc żadnych ujemnych konsekwencji prawnych²⁰.

Pojawiający się w przypadku praktyk surogacyjnych rozdźwięk między macierzyństwem biologicznym a genetycznym podważa zasadę *mater semper certa est* i powoduje niepożądaną przez system prawny niepewność, które z kryteriów należy uznać za decydujące. Zgodnie z zasadą niepodzielności stanu cywilnego dziecko może mieć tylko jedną matkę prawną, wskazaną w akcie urodzenia i uprawnioną do sprawowania władzy rodzicielskiej²¹. W większości państw niepewność ta została wyeliminowana w drodze przyjęcia reguły, iż matką dziecka jest kobieta, która je urodziła. Konieczne jest zatem stworzenie mechanizmów prawnych umożliwiających nabycie przez zamawiających (rodziców socjalnych) praw rodzicielskich. Dopiero wówczas dochodzi bowiem do ostatecznego zrealizowania zamierzonego przez kontrahentów celu porozumienia surogacyjnego.

18 Zob. M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 135 oraz J. Haberko, (w:) L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.), *System Prawa Medycznego*, t. II: *Szczególne świadczenia zdrowotne*, Warszawa 2018, s. 186 oraz J.L. Baudouin, C. Labrusse-Riou, *Produire...*, *op. cit.*, s. 107.

19 Korzystanie z usług zastępczej matki jest z reguły podyktowane niepłodnością żeńską, spowodowaną np. brakiem macicy, licznymi poronieniami o nieustalonej przyczynie, a także przeciwwskazaniami lekarskimi do przebycia ciąży lub porodu; T. Rucki, *Medyczne uwarunkowania wspomaganego rozrodu*, (w:) T. Smoczyński (red.), *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne*, Poznań 1996, s. 60.

20 Zob. M. Nesterowicz, M. Wałachowska, *Contract on surrogate motherhood in Polish law*, (w:) F. Monéger (red.), *Gestation pour autrui, XVIIIe Congrès*, Washington D.C., 25–31 juillet 2010, s. 226.

21 P. Strzebińczyk, *Prawo rodzinne*, wyd. V, Kraków 2016, s. 214 i n.

Nabycie przez zamawiających praw rodzicielskich może nastąpić na podstawie umowy o zastępcze macierzyństwo (*ex contractu*) bądź też w drodze przeprowadzenia szczególnej postaci postępowania sądowego.

Pierwsza ze wskazanych metod, przyjęta m.in. w Rosji, Grecji i Bułgarii, stanowi najszybszy i najkorzystniejszy dla zamawiających sposób ustalenia pochodzenia dziecka. Zamawiający, którzy zawarli umowę o zastępcze macierzyństwo i spełnili wymagane w przepisach przesłanki, stają się rodzicami prawnymi od chwili urodzenia, a nawet poczęcia dziecka (*self-operating system*). Rozwiązanie to minimalizuje ryzyko sporów, jakie mogłyby zaistnieć w związku z dochodzeniem przez surogatkę praw rodzicielskich. Kraje, w których je przyjęto, stają się jednak celem turystyki prokreacyjnej, co w praktyce powoduje problemy dotyczące m.in. transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia w kraju zamawiających²².

Uzyskanie praw rodzicielskich przez zamawiających na mocy postanowienia sądu (tzw. *parental order*) jest rozwiązaniem oryginalnym, wypracowanym na potrzeby instytucji zastępczego macierzyństwa. Zakłada bowiem połączenie filiacji opartej na więzach krwi oraz wynikającej ze związków emocjonalnych rodziców socjalnych z dzieckiem, wspartych najczęściej istnieniem więzi genetycznej między dzieckiem a przynajmniej jednym z zamawiających²³.

Modelowe rozwiązania dotyczące nabycia praw rodzicielskich na mocy postanowienia sądu przewiduje art. 54 brytyjskiej ustawy o ludzkiej płodności i embriologii z 2008 r. (*Human Fertilization and Embriology Act* – dalej *HFEA*). Postępowanie odbywa się przed sądem rodzinnym i jest zbliżone do procedur adopcyjnych, lecz – pomimo formalizmu – zdecydowanie szybsze i wolne od charakterystycznej dla adopcji wzmożonej kontroli ze strony państwa²⁴.

Procedury mają charakter niejawny i przebiegają bez udziału dziecka, jednakże z obligatoryjnym uczestnictwem ustanawianego przez sąd kuratora, którego rola polega na strzeżeniu interesów małoletniego. Wszczęcie postępowania może nastąpić w terminie 6 miesięcy od dnia urodzenia dziecka, co podyktowane jest psychologicznymi konsekwencjami zmiany matki. Krąg uprawnionych do zainicjowania postępowania obejmuje małżonków oraz partnerów, a także (od 2018 r.) osoby samotne²⁵. Wnioskodawcy powinni być pełnoletni, co – w ocenie ustawodawcy – gwarantuje

22 Na ten temat zob. K. Bączyk-Rozwadowska, Prokreacja medycznie wspomagana. Studium z dziedziny prawa, Toruń 2018, s. 599 i n.

23 Zob. G. Lupșan, Certains aspects juridiques concernant la “mère porteuse”, „Acta Universitatis Danubius” 2006, nr 1, s. 51.

24 E. Jackson, Regulating Reproduction. Law, Technology and Autonomy, Oxford–Portland–Oregon 2001, s. 273.

25 Za przyznaniem uprawnienia do wystąpienia z wnioskiem osobom samotnym przemawiały takie argumenty, jak m.in. dopuszczalność przysposobienia dziecka przez osobę samotną, a także przewidziane w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka prawo każdej osoby do poszanowania życia rodzinnego i prywatnego (art. 8) oraz zakaz dyskryminacji (art. 14).

dojrzałość do pełnienia ról rodzicielskich. W celu wyeliminowania praktyk surogacji transgranicznej prawo wymaga również, by wnioskodawcy posiadali obywatelstwo Wielkiej Brytanii lub przynajmniej domicyl i pozostawali wraz z dzieckiem w kraju przez cały okres postępowania²⁶.

Wydanie *parental order* jest uzależnione od wykazania, że strony przed zainicjowaniem ciąży zawarły ważną umowę o zastępcze macierzyństwo, a gamety użyte do zabiegu IVF pochodziły od obu rodziców socjalnych lub przynajmniej jednego z nich. Ponadto wnioskodawcy powinni uzyskać pisemną zgodę zastępczej matki na wydanie postanowienia, ewentualnie także zgodę jej męża bądź partnera. Zgoda ta musi być dobrowolna i poprzedzona uzyskaniem przez biologiczną matkę rzetelnej informacji na temat medycznych i prawnych konsekwencji zrzeczenia się praw rodzicielskich. Surogatka może jednak, z uwagi na konieczność zapewnienia jej odpowiedniego czasu do namysłu, wyrazić tę zgodę dopiero po upływie 6 tygodni od dnia porodu (*cooling off period*). Odmienne niż w procedurach adopcyjnych niemożliwe jest przełamanie woli zastępczej matki i wydanie *parental order* z powołaniem się na dobro dziecka. Brak zgody zastępczej matki (jej męża bądź partnera) definitywnie zatem wyłącza możliwość nabycia przez zamawiających statusu rodziców. Rodzicami prawnymi dziecka są wówczas zastępcza matka (jako matka biologiczna) oraz jeżeli pozostaje ona związku małżeńskim lub partnerskim, jej mąż bądź partner²⁷.

Wydanie orzeczenia o przeniesieniu praw rodzicielskich może nastąpić jedynie wówczas, gdy umowa o zastępcze macierzyństwo nie miała charakteru komercyjnego, a zastępcza matka (a także instytucje pośredniczące w kojarzeniu stron) nie uzyskały zapłaty ani innych korzyści majątkowych bądź osobistych. Zakaz uiszczania wynagrodzenia nie obejmuje jednak zwrotu zastępczej matce wydatków poniesionych w związku z ciążą, porodem i położeniem. Nadto, wydając orzeczenie, sąd zobowiązany jest traktować każdy przypadek indywidualnie i rozważyć, czy w świetle okoliczności stanu faktycznego wydanie orzeczenia jest zgodne z szeroko rozumianym dobrem dziecka (*welfare of the child*)²⁸.

Skutek prawomocnie orzeczonego *parental order* stanowi definitywna utrata praw rodzicielskich przez biologiczną matkę – surogatkę i nabycie tych praw *ex nunc* przez zamawiających²⁹. Dziecko od chwili urodzenia jest dzieckiem rodziców

26 J. Herring, *Medical Law and Ethics*, Oxford 2012, s. 386.

27 *Ibidem*.

28 M. Brazier, *E. Cave Medicine, Patients and the Law*, London 2011, s. 379.

29 Sąd orzekający *parental order* może wydać także inne postanowienia, które uzna za konieczne z uwagi na dobro dziecka, np. *contact order* (gwarantujący zastępczej matce prawo do kontaktów z dzieckiem), *specific issue order* (odnoszący się do określonych aspektów wychowania, np. religii) bądź *prohibited steps order* (ustanawiający określone zakazy, np. opuszczania przez dziecko kraju pochodzenia); M. Freeman, *Medically Assisted Reproduction*, (w:) I. Kennedy, A. Grubb (red.), *Principles of Medical Law*, Oxford 1998, s. 607.

socjalnych ze wszystkimi wynikającymi stąd konsekwencjami w sferze alimentacji, prawa do spadku, a także praw stanu. Wyjątki dotyczą przeszkód zawarcia małżeństwa oraz praw majątkowych nabytych przed wydaniem postanowienia (w tym ekspektatyw), które pozostają w mocy³⁰. Natomiast w sytuacji, gdy *parental order* nie może zostać orzeczony, zamawiający mogą podjąć próby nabycia statusu rodziców prawnych w drodze adopcji, jeżeli umowa o zastępcze macierzyństwo miała charakter niekomercyjny, a zastępcza matka (jej mąż lub partner) wyrazi zgodę na przysposobienie³¹.

W krajach, w których umowy o zastępcze macierzyństwo są niedopuszczalne jako sprzeczne z prawem czy zasadami współżycia społecznego (Polska), w razie urodzenia dziecka – i wydania go zamawiającym, matką prawną z mocy art. 619 k.r.o. jest zawsze surogatka jako kobieta, która je urodziła. Mąż zamawiającej może dziecko uznać tylko wówczas, gdy był dawcą nasienia wykorzystanego w procedurze IVF. W aktualnym stanie prawnym nie wchodzi w rachubę tzw. adopcja ze wskazaniem, z której w określonych przypadkach mogłyby skorzystać zastępcza matka i zamawiająca³². W 2015 r. ustawodawca, m.in. w celu wyeliminowania praktyk zastępczego macierzyństwa, znowelizował przepisy k.r.o. i ograniczył krąg uprawnień do tej postaci przysposobienia do małżonka, jednego z rodziców oraz krewnych rodziców dziecka (bez względu na linię i stopień pokrewieństwa), którzy na adopcję wyrazili zgodę (art. 1191a)³³. *De lege lata* nabycie praw rodzicielskich przez zamawiających w drodze byłoby zatem teoretycznie możliwe wyłącznie w relacjach rodzinnych, np. w razie urodzenia dziecka dla siostry. Praktykę tę jednak u.l.n. wyłącza z uwagi na zasadę anonimowości dawstwa materiału genetycznego. Nadto, mocą ustawy z dnia 16 października 2019 r.³⁴ wprowadzono do kodeksu karnego art. 211 a § 2 i 3, które zakazują praktyk macierzyństwa zastępczego o charakterze komercyjnym pod sankcją kary pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Karze tej podlega zarówno osoba, która dysponując władzą rodzicielską, wyraża zgodę na adopcję dziecka przez inną osobę w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej i jednocześnie zataja ten cel w postępowaniu przed sądem, jak i potencjalny przysposabiający, godzący się na adopcję we wskazanych warunkach³⁵.

30 *Ibidem*, s. 843.

31 M. Brazier, E. Cave *Medicine...*, *op. cit.*, s. 379 i n.

32 R. Łukasiewicz, Prawna regulacja przysposobienia ze wskazaniem na problem handlu dziećmi, „MoP” 2016, nr 3, s. 122 i n.

33 Ustawa z dnia 24 lipca 2015 r. o zmianie ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy, kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz.U. z 2015 r. poz. 1199).

34 Dz.U. z 2019 r. poz. 2128. Ustawa weszła w życie 20 listopada 2019 r.

35 Przepisy te budzą jednak wiele kontrowersji w doktrynie. Na ten temat zob. np. A. Wilk, Macierzyństwo zastępcze w Polsce – dozwolone czy zakazane?, „Radca Prawny” 2020, nr 1.

3. Pochodzenie dziecka od ojca

3.1. Ojcostwo w układzie homologicznym

W przypadku zastosowania procedury IVF w układzie homologicznym, w którym transferowi do macicy przyszłej matki poddawany jest embriion utworzony z gamet pary, pochodzenie dziecka z reguły nie budzi wątpliwości, zwłaszcza gdy projekt rodzicielski realizują małżonkowie. Mąż matki będący dawcą nasienia jest prawnym ojcem z uwagi na domniemanie pochodzenia dziecka z małżeństwa (art. 137b ABGB, art. 62 § 1 k.r.o.). Fakt urodzenia dziecka w czasie trwania małżeństwa (lub określonym terminie, z reguły 300–308 dni od jego ustania lub unieważnienia) tworzy podstawę domniemania ojcostwa bez względu na sposób poczęcia oraz pochodzenie gamet wykorzystanych do zabiegu. Dziecko jest genetycznym potomkiem obojga rodziców, co wyłącza możliwość zaprzeczenia ojcostwa i z tego względu nadaje mu – jak trafnie podkreśla doktryna – charakter nieusuwalny³⁶.

Niezależnie od domniemania pochodzenia z małżeństwa pozycję prawną dziecka w znakomitej większości państw zabezpiecza regulacja wiążąca zgodę męża na zastosowanie procedur IVF ze stosunkiem ojcostwa (art. 68 k.r.o.). Ojcostwo mężczyzny wyprowadzane jest w tym przypadku, odmiennie niż macierzyństwo, z aktu jego woli (kryterium wolicjonalne)³⁷.

W razie, gdy dawcą nasienia nie jest mąż, lecz partner matki, ojcostwo przyjmowane jest najczęściej na podstawie zgody tego mężczyzny na poddanie kobiety procedurom wspomaganej prokreacji. W systemach prawnych wielu państw „ojcostwo wolicjonalne” dotyczy bowiem nie tylko męża (art. 68 k.r.o.), ale także partnera oraz każdego mężczyzny, który godzi się na zastosowanie u kobiety technik MAP (art. 1:198 k.c. Holandii, art. 311–20 francuskiego k.c.)³⁸. Natomiast w ustawodawstwach, w których norma prawna łącząca zgodę z nieusuwalnym stosunkiem ojcostwa ma zastosowanie wyłącznie wobec męża matki (art. 68 k.r.o.), podstawę domniemania ojcostwa stanowi fakt dawstwa gamet przez mężczyznę i ich użycia w procedurze IVF w układzie homologicznym (art. 85 § 1 k.r.o.)³⁹.

W systemie polskiego prawa zasadnicze znaczenie dla ustalania ojcostwa męża w przypadku dziecka poczętego w homologicznych procedurach IVF ma domniemanie pochodzenia dziecka z małżeństwa (art. 62 § 1 k.r.o.). Norma zawarta w art. 68 k.r.o., której hipotezą nie jest objęta zgoda partnera, ma – jak wspomniano – zastosowanie przede wszystkim wówczas, gdy w procedurze IVF partnerzy wykorzystują nasienie bądź zarodek *ab alieno*.

36 Zob. K. Piasecki, (w:) *idem*, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 2009, s. 674.

37 *Ibidem*.

38 Por. A. Dyoniak, Pozycja prawna dziecka urodzonego w następstwie implantacji embriionu, NP 1989, nr 1, s. 44.

39 Zob. J. Baudouin, C. Labrusse-Riou, Produire..., *op. cit.*, s. 78–79.

Regulując skutki zastosowania procedur MAP w małżeństwie, polski ustawodawca przewidział także sytuacje, w których po poddaniu się zabiegowi IVF z wykorzystaniem nasienia męża (tzw. układ partnerski) kobieta wstępuje w nowy związek małżeński. Norma zawarta w art. 62 § 2 k.c. wyłącza wówczas domniemanie pochodzenia dziecka od drugiego męża oparte na fakcie urodzenia w czasie trwania nowego związku. Dziecko pochodzi zatem od pierwszego męża matki, który wyraził zgodę na zabieg podczas trwania małżeństwa. Dla zastosowania art. 62 § 2 k.c. nie ma natomiast znaczenia ani rodzaj zastosowanej procedury MAP, ani pochodzenie gamet, ani także to, kiedy doszło do transferu zarodka (przed czy po ustaniu bądź unieważnieniu pierwszego małżeństwa). Dziecko powinno jednak urodzić się w terminie 300 dni od ustania (unieważnienia) pierwszego małżeństwa i po zawarciu przez matkę nowego związku⁴⁰. Urodzenie dziecka po upływie 300 dni, a także brak zgody pierwszego męża na zabieg powoduje, że domniemanie ojcostwa drugiego męża nie zostaje uchylone i mężczyzna ten staje się prawnym ojcem dziecka z mocy art. 62 § 2 zd. 1 k.r.o. Jednakże w obu przypadkach, z uwagi na brak zgody drugiego męża, możliwe jest zaprzeczenie ojcostwa (art. 62 § 3 k.r.o., art. 67 k.r.o.). Obalenie domniemanie nie jest w praktyce trudne do przeprowadzenia, ponieważ mężczyzna niebędący biologicznym ojcem dziecka z łatwością wykaże ten fakt na podstawie badań DNA oraz dowodu z dokumentacji medycznej⁴¹.

Na gruncie art. 62 k.r.o. wątpliwości dotyczą też sytuacji, w której transfer zarodka następuje, ze względu na brak zgody pierwszego męża (dawcy nasienia), na podstawie zezwolenia sądu opiekuńczego (art. 21 ust. 2 u.l.n.). W literaturze dominuje trafny pogląd, zgodnie z którym prawomocne postanowienie sądu nie stanowi substytutu zgody męża na zabieg IVF, a jedynie umożliwia wykonanie procedury zapłodnienia pozaustrojowego zgodnie z prawem⁴². Zastosowanie ma zatem art. 62 § 2 zd. 1 k.r.o., a ojcem dziecka jest drugi mąż matki. Mężczyzna ten, z uwagi na brak zgody na transfer (a także nieistnienie więzi genetycznej między nim a dzieckiem), może wystąpić z powództwem o zaprzeczenie ojcostwa (art. 62 § 3 k.r.o., art. 67 k.r.o.). Jeżeli zaprzeczenie okaże się skuteczne, w rachubę wchodzi domniemanie ojcostwa pierwszego męża wynikające z faktu przekazania gamet w celu IVF (dawstwo partnerskie, art. 85 k.r.o.). Za ojca dziecka automatycznie mógłby zostać uznany pierwszy mąż matki, o ile przyszedłoby ono na świat terminie 300 dni od ustania lub unieważnienia pierwszego związku.

40 K. Pietrzykowski, (w:) *idem*, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 2012, s. 675.

41 *Ibidem*.

42 Przyjęcie, że postanowienie sądu nie tylko umożliwia poddanie kobiety zabiegowi IVF, ale także wywiera skutki materialnoprawne związane ze zgodą na zabieg (ojcostwo prawne), stanowiłoby zbyt daleko idącą ingerencję w sferę prawną męża lub partnera przyszłej matki. Naruszeniu podlegałby bowiem nie tylko interes majątkowy (wyrażający się w nałożeniu na mężczyznę obowiązku alimentacyjnego wobec dziecka), ale i osobisty w postaci autonomii prokreacyjnej; a ten temat zob. K. Bączyk-Rozwadowska Prokreacja..., *op. cit.*, s. 685–686.

Norma zawarta w art. 85 § 1 k.r.o. dotyczącym partnerów ustanawia natomiast wzruszalne domniemanie, że ojcem dziecka, które urodziło się w wyniku zastosowania homologicznych procedur MAP, jest dawca nasienia. Ustawodawca zrównał zatem w skutkach przekazanie komórek rozrodczych na cele zapłodnienia pozaustrojowego z fizycznym obcowaniem mężczyzny i kobiety w okresie koncepcyjnym. Z ogólnego brzmienia przepisu można wnioskować, że obowiązek ustalenia przez sąd ojcostwa dawcy gamet na podstawie art. 85 § 1 k.r.o. istnieje też wówczas, gdy nasienie wykorzystano w sposób niezgodny z prawem (np. poza zakresem zgody partnera)⁴³.

Zastosowanie art. 85 § 1 k.r.o. wchodzi w rachubę także w przypadku urodzenia się dziecka w następstwie transferu embrionu utworzonego wspólnie przez parę w układzie homologicznym po śmierci mężczyzny – dawcy gamet (transfer *post mortem*, art. 33 u.l.n.). Alternatywą jest wprowadzenie art. 62 k.r.o., jednakże z uwagi na zawarty w nim termin 300 dni (liczony od ustania małżeństwa) zastosowanie tego przepisu zostaje ograniczone do sytuacji, w których transfer zarodka nastąpi niezwłocznie po śmierci męża. Przypadki te są jednak w praktyce mało prawdopodobne, zwłaszcza że zastosowanie procedury IVF jest uwarunkowane procesami biologicznymi zachodzącymi w organizmie kobiety.

Rozwiązanie polegające na dopuszczeniu do transferu embrionu utworzonego w układzie homologicznym w razie śmierci dawcy nasienia jest niejednolicie oceniane w doktrynie, przede wszystkim ze względu na kontrowersyjność praktyk tzw. wspomaganej prokreacji *post mortem*⁴⁴. Przed wejściem w życie u.l.n. znakomita większość doktryny wyrażała wobec nich zdecydowany sprzeciw. Praktyki te były uznawane za sprzeczne z dobrem przyszłego dziecka, które od chwili poczęcia zostaje pozbawione ojca i z założenia przychodzi na świat jako pólserota (*planned orphan*)⁴⁵. Jest to niekorzystne nie tylko w wymiarze ekonomicznym (alimentacja), ale także emocjonalnym (brak osobistego zaangażowania ojca w wychowanie i rozwój dziecka). Nadto w sytuacji, gdy od śmierci ojca do chwili transferu zarodka upływa stosunkowo długi czas (co jest możliwe ze względu na pominięcie w u.l.n. kwestii czasowego zakresu prokreacji *post mortem*⁴⁶), zakłóceniu ulega biologiczny rytm

43 Por. J. Haberko, Ustawa o leczeniu niepłodności. Komentarz, Warszawa 2016, s. 417.

44 Zob. M. Nesterowicz, Problemy prawne inseminacji post mortem, „Prawo i Medycyna” 2002, nr 11.

45 Zob. T. Smyczyński, Aksjologiczne i prawne podstawy dopuszczalności wspomaganej prokreacji ludzkiej, (w:) J. Haberko, M. Łączkowska (red.), Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganej prokreacji, Poznań 2005, s. 98–99 oraz M. Safjan, Prawo..., *op. cit.*, s. 39.

46 W przepisach ustaw większości państw, które dopuszczają prokreację *post mortem*, przeprowadzenie procedur MAP może nastąpić nie później niż przed upływem 1 roku (art. 9 hiszpańskiej ustawy o MAP z 2006 r.) lub 2–3 lat od chwili śmierci dawcy gamet (art. 1457 greckiego k.c., art. 16 belgijskiej ustawy o MAP z 2007 r.). W niektórych krajach (Belgia, Grecja) wprowadzono również minimalny 6-miesięczny termin, jaki musi upłynąć między śmiercią dawcy a wykorzy-

prokreacji, a utworzona w ten sposób „luka pokoleniowa” może generować konflikty dotyczące w szczególności spadkobrania⁴⁷. Narodziny dziecka uprawnionego do spadku po ojcu stawia bowiem pod znakiem zapytania dokonane wcześniej rozporządzenia *mortis causa*⁴⁸. Rozwiązanie przewidziane w art. 33 u.l.n. stanowi jednak wyraz przyjętej przez ustawodawcę zasady ochrony przed unicestwieniem tych embrionów, które są zdolne do dalszego rozwoju (art. 23 u.l.n.). W ocenie legislatora w sytuacji, gdy zarodek już istnieje i oczekuje na transfer, lepiej jest stworzyć mu taką możliwość. Alternatywę stanowi bowiem pozostawanie w stanie zamrożenia, które wiąże się z niepewnością odnośnie do ewentualnej implantacji.

Można się zgodzić z dążeniem ustawodawcy, by w razie nagłej i najczęściej niespodziewanej śmierci dawcy nasienia stworzone zostały warunki ku temu, by embrion utworzony wspólnie przez parę miał szansę na dalszy rozwój w łonie matki. Konieczne jest jednak, o czym legislator zdawał się zapomnieć, zabezpieczenie interesów męża (partnera) przyszłej matki. W u.l.n. nie wskazano *expressis verbis* na to, że zgoda na zastosowanie gamet w układzie homologicznym obejmuje także transfer embrionów *post mortem*; rozwiązań tych nie można też wyinterpretować z przepisów regulujących zakres obowiązku informacyjnego spoczywającego na podmiocie udzielającym świadczeń MAP. W aktualnym stanie prawnym z wyrażonej przez dawcę gamet intencji bycia rodzicem za życia można zatem wnioskować o tym, że godzi się on także na poczęcie oraz urodzenie dziecka po swojej śmierci i akceptuje „ojcostwo” w sytuacji, gdy pozbawiony będzie osobistego kontaktu z dzieckiem i wpływu na jego wychowanie⁴⁹. Pozostająca przy życiu małżonka lub partnerka może zatem, powołując się na zgodę dawcy, dążyć do realizacji własnego celu (poczęcia dziecka), niekoniecznie zgodnego z wolą zmarłego i dobrem przyszłego dziecka (dziecko – pamiątka, *bébé-prothèse*)⁵⁰.

Pożądaną wydaje się więc zmodyfikowanie przepisów ustawy w taki sposób, by dawca gamet miał pełną świadomość skutków prawnych normy zawartej w art. 33

staniem materiału genetycznego przez wdowę lub partnerkę (*cooling off period*); na ten temat zob. K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja...*, *op. cit.*, s. 449 i n.

47 M. Safjan, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 38–39.

48 Zob. M. Nesterowicz, *Problemy prawne nowych technik sztucznego poczęcia dziecka*, „Państwo i Prawo” 1985, nr 2, s. 47–48.

49 Jedynie nieliczne systemy prawne (np. w Hiszpanii) dopuszczają postmortalną implantację embrionu, przyjmując domniemanie zgody mężczyzny na transfer w sytuacjach, w których do połączenia gamet doszło za życia osób tworzących parę; zob. J.V. Martinez, *The Regulation of Assisted Reproduction in Spanish Law. The Ruling of the Spanish Constitutional Court of 17 June 1999*, „European Journal of Health Law” 2002, nr 9, s. 125.

50 Por. Z. Radwański, *Stanowisko prawne dziecka poczętego w następstwie sztucznego unasiennienia matki*, „Studia Iuridica Silesiana” 1979, nr 5, s. 184; A. Dyoniak, *Status prawny dziecka pochodzącego z postmortalnej inseminacji albo postmortalnej implantacji embrionu*, (w:) T. Smyczyński (red.), *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne*, Poznań 1996, s. 43 oraz – w literaturze zagranicznej – J. Baudouin, C. Labrusse-Riou, *Produire...*, *op. cit.*, s. 35.

u.l.n. Konieczne są w szczególności regulacje dotyczące poinformowania mężczyzny przekazującego nasienie w celu dawstwa partnerskiego o wszelkich prawnych aspektach donacji, w tym o możliwości powołania do życia dziecka *post mortem* z wykorzystaniem jego materiału genetycznego. Rozwiązanie to umożliwi mężczyźnie podjęcie przemyślanej decyzji i ewentualnie odmowę zgody na wykorzystanie embrionu *post mortem* w sytuacji, gdy nie akceptuje on „pośmiertnego ojcostwa”. Dokonania zmian w przepisach u.l.n. wymaga wzgląd na autonomię prokreacyjną dawcy gamet i jego prawo do decydowania o wykorzystaniu komórek rozrodczych także na wypadek śmierci⁵¹. Zasadzie nieczynienia mężczyzny ojcem wbrew jego woli (*right to not procreate*) w orzecznictwie krajowym i międzynarodowym nadaje się bowiem priorytet przed prawem kobiety do poczęcia w procedurach MAP (*right to procreate*)⁵². Nadto w większości systemów prawnych, które dopuszczają prokreację *post mortem*, przesłankę pośmiertnej implantacji embrionów stanowi wyraźna, pisemna (i odwoławca) zgoda mężczyzny na użycie gamet *po swojej śmierci* u określonej kobiety (żony lub partnerki); sama zaś intencja wykorzystania materiału genetycznego w procedurach MAP jest w tym zakresie niewystarczająca (Grecja, Kanada)⁵³.

3.2. Ustalenie pochodzenia dziecka poczętego z nasienia dawcy

Reguła wiążąca zgodę na IVF z powstaniem prawnego stosunku ojcostwa ma istotne znaczenie w razie, gdy do zabiegu zostaje wykorzystane nasienie *ab alieno* lub embrion pochodzący z donacji. Nie zawsze bowiem poddanie się przez małżonków procedurze *in vitro* w układzie heterologicznym pozwala na zastosowanie przepisów o domniemaniu pochodzenia dziecka z małżeństwa.

W razie wykorzystania w procedurach IVF obcego materiału genetycznego ustawodawca tworzy fikcję, iż dziecko niepochodzące genetycznie od socjalnego ojca jest, wbrew prawdzie obiektywnej, prawnym potomkiem tego mężczyzny i jego partnerki⁵⁴. Wyraźnie wyłącza się natomiast – jak już wspomniano – ojcostwo dawcy gamet i możliwość ustalania więzi rodzinno-prawnej między tym mężczyzną a dzieckiem. Konstrukcja wolicjonalnego ojcostwa z założenia gwarantować ma pewność i trwałość pochodzenia dziecka urodzonego z obcego materiału genetycz-

51 Por. A.R. Schiff, *Arising from the Health: Challenges of Posthumous Procreation*, „North Carolina Law Review” 1997, nr 75, s. 950–951; zob. także wyrok SA w Lublinie z dnia 29 lipca 2009 r. (I A Ca 308/09) z glosą M. Nesterowicza, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 1, s. 143 i n.

52 Tak np. wyrok Wielkiej Izby Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 10 kwietnia 2007 r. w sprawie *Evans vs United Kingdom* (skarga nr 6339/05); wyrok Sądu Apelacyjnego stanu Nowy Jork w sprawie w sprawie *Kass vs Kass* z 1988 r. (696 N.E. 2d 174; N.Y. 1998) oraz wyrok Sądu Apelacyjnego stanu Waszyngton w sprawie *Litowitz vs Litowitz* z 2002 r. (48 P. 3d. 261; podają za M. Nesterowicz, *Prawo do dysponowania embrionami w prawie porównawczym*, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 4, s. 82 i n.

53 Na ten temat zob. K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja...*, *op. cit.*, s. 435 i n.

54 Por. F. Dreifuss-Netter *Adoption...*, *op. cit.*, s. 105; zob. także K. Pietrzykowski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 717.

nego w małżeństwie lub nieformalnym związku⁵⁵. Fikcja ta, jak się trafnie podkreśla m.in. w doktrynie francuskiej, jest silniejsza i bardziej stabilna niż stan rzeczywisty (prawda obiektywna) ze względu na ograniczenie możliwości kwestionowania pochodzenia ustalonego na podstawie zgody⁵⁶.

Na gruncie polskiego prawa ustaleniu ojcostwa dziecka poczętego w procedurze IVF z wykorzystaniem nasienia dawcy służy, w przypadku małżeństwa, art. 68 k.r.o., natomiast w razie pozostawania mężczyzny i kobiety w trwałym, lecz nieformalnym związku – art. 75 1 k.r.o.

Przepis art. 68 k.r.o. *expressis verbis* zakazuje zaprzeczania ojcostwa w razie, gdy dziecko urodziło się w następstwie procedury medycznie wspomaganego prokreacji, na którą mąż matki wyraził zgodę. Jurydyczną przesłankę zastosowania art. 68 k.r.o. stanowi zatem zgoda męża na poczęcie i urodzenie dziecka w następstwie zastosowania technik MAP. Mężczyzna akceptuje w ten sposób poddanie żony tym procedurom oraz przyjmuje na siebie rolę ojca dziecka urodzonego w następstwie zabiegu⁵⁷.

Zgoda męża, wyrażona *ad probationem* na piśmie, powinna dotyczyć konkretnej procedury (IVF), na której istotę, ryzyka oraz skutki wskazał lekarz w ramach realizacji wynikającego z u.l.n. obowiązku informacyjnego⁵⁸. Ustawodawca jednocześnie wymaga, by para pozostawała w związku małżeńskim zarówno w chwili wyrażania zgody, jak i zastosowania procedur wspomaganego prokreacji.⁵⁹ Dziecko powinno urodzić się w wyniku przeprowadzenia zabiegu MAP, nawet – jak się podkreśla w doktrynie – jeśli nie został on ujęty w u.l.n. lub przeprowadzono go z naruszeniem jej przepisów (np. przeniesienie zarodka do macicy zastępczej matki). Za określeniem statusu rodzinno-prawnego przemawia bowiem interes dziecka, które nie ma wpływu na okoliczności swojego poczęcia⁶⁰.

Pomimo iż hipotezą art. 68 k.r.o. objęte są wszelkie techniki wspomaganego prokreacji i każda postać dawstwa, zastosowanie tego przepisu ma istotne znaczenie w zakresie procedur heterologicznych. W tego rodzaju przypadkach ojcostwo męża matki oparte jest nie tylko na domniemaniu pochodzenia dziecka z małżeństwa (art. 62 § 1 k.r.o.), ale dodatkowo wzmocnione faktem wyrażenia przez tego mężczyznę zgody na zabieg i jego woli zostania ojcem⁶¹. Rozwiązanie to, niewątpliwie

55 J. Haberko, Kilka uwag na temat zgody na zabieg medyczny wyrażanej przez małżonków w trybie art. 68 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, RPEiS 2010, nr 1, s. 45 i n.

56 F. Dreifuss-Netter, Adoption..., *op. cit.*, s. 105.

57 M. Gołowkin-Hudała, Zgoda męża na poczęcie dziecka za pomocą metod wspomaganego prokreacji. Uwagi na tle art. 68 k.r.o., (w:) J. Mazurkiewicz, Kodeks rodzinny i opiekuńczy po nowelizacji, Wrocław 2010, s. 20.

58 M. Domański, Komentarz do art. 62 k.r.o., Leglis.

59 T. Sokołowski, Komentarz do art. 68 k.r.o., Legalis.

60 M. Domański, Komentarz do art. 68 k.r.o., Legalis; por. J. Haberko, Ustawa..., *op. cit.*, s. 408.

61 M. Łączkowska, Ustalanie macierzyństwa i ojcostwa w przypadku zabiegów medycznie wspomaganego prokreacji ludzkiej, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego” 2011, nr 2, s. 42.

trafne, prowadzi do pożądanego stabilizacji stanu cywilnego dziecka, daje mu poczucie przynależności do rodziny i stwarza gwarancje trwałości jego pochodzenia od męża matki⁶². W braku tego rodzaju mechanizmów mężczyzna ten mógłby z łatwością zaprzeczyć ojcostwu (obalić domniemanie pochodzenia dziecka z małżeństwa), wykazując – w oparciu o dowód z badań DNA lub z dokumentacji medycznej – że nie jest ojcem dziecka (art. 67 k.r.o.).

W przypadkach, gdy projekt rodzicielski realizuje para pozostająca w związku nieformalnym i art. 62 k.r.o. oraz art. 68 k.r.o. nie mają zastosowania, znaczenia nabiera art. 751 k.r.o., przewidujący szczególną postać uznania ojcostwa (*quasi-uznanie*). W myśl tego przepisu, partner matki zobowiązany jest złożyć przed kierownikiem USC lub sądem opiekuńczym, przed rozpoczęciem procedury *in vitro*, oświadczenie o uznaniu ojcostwa w stosunku do dziecka, które zostanie poczęte w układzie heterologicznym. Przyszła matka biologiczna powinna natomiast potwierdzić to oświadczenie własnym oświadczeniem (aprobującym ojcostwo danego mężczyzny), złożonym jednocześnie lub w terminie 3 miesięcy od dnia, w którym „wolę ojcostwa” wyraził jej partner.

Oświadczenie partnera potwierdzone przez przyszłą matkę z jednej strony stanowi niezbędny warunek poddania kobiety procedurze heterologicznego IVF i legalizuje ją. Do podjęcia działań zmierzających do połączenia gamet *in vitro*, a następnie – transferu embrionu dojdzie bowiem dopiero wtedy, gdy mężczyzna przedstawi lekarzowi oświadczenie złożone w sądzie lub USC⁶³. Z drugiej strony złożenie oświadczenia prowadzi do ustalenia pochodzenia dziecka od partnera matki (ojca socjalnego). Skutek ten powstaje jednak dopiero z chwilą urodzenia dziecka⁶⁴. Ustawodawca, licząc się z możliwością zmiany decyzji (np. w razie niepowodzenia kolejnych zabiegów IVF), ograniczył jednak skuteczność oświadczeń mężczyzny i kobiety w czasie i ustanowił 2-letni termin (zawity), w którym dziecko powinno przyjść na świat (art. 751 § 2 k.r.o.). Jeżeli zatem dziecko się nie urodzi, oświadczenia tracą moc. W u.l.n. przewidziana została również sytuacja, w której po dokonaniu przez partnera *quasi-uznania* matka zawrze związek małżeński z innym mężczyzną (art. 751 § 3 k.r.o.). W stosunku do dziecka urodzonego w nowym związku lub okresie 300 dni od jego ustania lub unieważnienia nie działa domniemanie pochodzenia z małżeństwa z art. 62 k.r.o., a jego ojcem jest uznający (jeżeli nie upłynął 2-letni termin, wskazany w art. 751 § 2 k.r.o.). Rozwiązanie to eliminuje potencjalne spory o ojcostwo, jakie mogłyby zaistnieć w praktyce między byłym partnerem a aktualnym mężem matki.

62 Por. A. Wojcieszak, Zabieg medycznie wspomaganą prokreacji a ustalenie ojcostwa, „Medyczna Wokanda” 2016, nr 8, s. 212.

63 J. Haberko, Ustawa..., *op. cit.*, s. 410.

64 M. Domański, Komentarz do art. 68 k.r.o., *Legalis. Odmiennie* – J. Haberko, Ustawa..., *op. cit.*, s. 412.

Konstrukcja przewidziana w art. 751 k.r.o. stanowi jurydyczne *novum* w systemie polskiego prawa. Szczególny charakter tej postaci uznania wyraża się nie tylko w kwalifikowanej formie oświadczenia i „podwójnym” skutku jego złożenia. *Quasi*-uznanie jest dokonywane nie przed urodzeniem dziecka (por. art. 75 § k.r.o.), lecz jeszcze przed jego poczęciem (za które, jak już wspomniano, w przypadku IVF uznaje się implantację embrionu do macicy przyszłej matki). W chwili składania oświadczenia przez partnera matki (a nawet potwierdzenia go przez matkę) nie istnieje więc podmiot uznania, który nie tylko jest przyszły, ale i niepewny. Nie ma przecież gwarancji na to, że dziecko się urodzi (np. po stronie biorkownicy pojawią się przeciwwskazania zdrowotne do poddania zabiegowi transferu, mężczyzna zrezygnuje z projektu rodzicielskiego)⁶⁵. Poza tym uznanie następuje w stosunku do dziecka, które nie pochodzi od podmiotu dokonującego uznania i oświadczenie, odmiennie niż w sytuacji przewidzianej w art. 73 § 1 k.r.o., jest składane niezgodnie z prawdą biologiczną. Ustawodawca wyeliminował tę niespójność, wyłączając w sferze *quasi*-uznania wymóg biologicznego pochodzenia dziecka od uznającego (art. 751 § 4 k.r.o.). Rozwiązanie to było niezbędne z uwagi na charakter i przedmiot *quasi*-uznania, którego celem jest stworzenie więzi między mężczyzną a dzieckiem poczętym z materiału genetycznego pochodzącego od dawcy⁶⁶.

Instytucja *quasi*-uznania jest niejednolicie oceniana w literaturze. Z jednej strony wskazuje się, że zastrzeżenia budzi sama jurydyczna konstrukcja przewidziana w art. 751 k.r.o., która – wbrew nazwie – tak znacząco odbiega od tradycyjnej formuły uznania, że trudno ją w ten sposób kwalifikować⁶⁷. Uznanie ojcostwa w trybie art. 751 k.r.o. następuje przed zapłodnieniem, gdy nie ma jeszcze podmiotu uznania, i dotyczy w sytuacji, w której nie ustalono jeszcze macierzyństwa. Macierzyństwo natomiast, w myśl reguł utrwalonych w prawie rodzinnym, wyznaczane jest zawsze jako pierwsze, w oparciu o fakt urodzenia (art. 619 k.r.o.), i stanowi niezbędną podstawę dalszych ustaleń w sferze pochodzenia dziecka.

W doktrynie formułowany jest również zarzut, że konstrukcja *quasi*-uznania w sposób nieuzasadniony różnicuje w sferze rodzinno-prawnej dzieci powołane do życia w procedurach MAP w zależności od rodzaju dawstwa (pochodzenia gamet), a także dzieci będące już w organizmie matki, ze względu na sposób poczęcia (naturalny, medycznie wspomagany). W sytuacji, gdy złożenia oświadczenia z art. 751 k.r.o. ustawa wymaga jedynie od partnerów pozostających w związku nieformalnym i korzystających z heterologicznych procedur MAP, ochrona dziecka w sferze filiacji

65 Por. J. Haberko, *Ustawa...*, *op. cit.*, s. 412.

66 Zob. także K. Gromek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. VII, Warszawa 2020, s. 640. Autorka trafnie zaznacza, że oświadczenie mężczyzny, iż jest on ojcem dziecka, zawiera w sobie element woli oraz przyznanie faktu rzeczywistego ojcostwa, co wcale nie musi wskazywać na istnienie ojcostwa biologicznego.

67 Por. J. Haberko, *Ustawa...*, *op. cit.*, s. 412.

jest niewątpliwie silniejsza. Uznanie ojcostwa następuje przed poczęciem i wywiera skutek z chwilą urodzenia. Zdecydowanie mniej korzystna jest natomiast sytuacja prawna dziecka w razie realizacji projektu rodzicielskiego w układzie homologicznym. Do czasu uznania (w sposób tradycyjny) przez partnera matki lub sądowego ustalenia ojcostwa na podstawie domniemania z art. 85 k.r.o. nawiązanie stosunku prawno-rodzinnego pozostaje niepewne⁶⁸.

Z drugiej strony natomiast uznanie *pro futuro* zabezpiecza interes dziecka w sferze rodzinno-prawnej i eliminuje stan niepewności w tym względzie, zanim jeszcze dojdzie do poddania matki zabiegowi *in vitro*. Sytuacja dziecka nie jest zatem uzależniona od woli partnera matki niebędącego biologicznym ojcem, który po urodzeniu może, lecz nie ma prawnego obowiązku uznania czy ustalenia ojcostwa (jeśli bowiem ojcostwa *pro futuro* on nie uzna, zabieg MAP w ogóle nie zostanie wykonany). W braku instytucji *quasi*-uznania niepodjęcie przez partnera matki żadnych działań zmierzających do nawiązania prawno-rodzinnej relacji z dzieckiem wiązałyby się z daleko idącymi trudnościami w zakresie ustalenia ojcowskiego pochodzenia, zwłaszcza że na gruncie u.l.n. bezwzględnie wyłączone jest ojcostwo anonimowego dawcy nasienia.

Instytucja *quasi*-uznania jest także korzystna dla partnera matki, który poprzez możliwość złożenia oświadczenia ma możliwość wyrażenia własnego stanowiska i zadecydowania o swojej roli w projekcie rodzicielskim realizowanym bez jego „genetycznego” udziału. Formalizm przesłanek zastosowania procedury IVF w układzie heterologicznym stanowi natomiast gwarancję podjęcia świadomej i przemyślanej decyzji o nawiązaniu stosunku ojcostwa⁶⁹.

Nadto, instytucja *quasi*-uznania może przeciwdziałać sytuacjom, w których matka (kobieta *de facto* samotna) wykorzystuje przejściową obecność partnera (lub nawet mężczyzny niebędącego partnerem) po to, by legitymując się pozostawaniem w związku, uzyskać dostęp do procedur MAP. Świadomość po stronie mężczyzny daleko idących skutków złożenia oświadczenia z art. 751 k.r.o., które nie tylko legalizuje zabieg, ale wiąże się z nabyciem statusu prawnego ojca, praktyki te z dużym prawdopodobieństwem wyeliminuje.

Podsumowanie

Technika zapłodnienia pozaustrojowego zapewnia szerokie możliwości realizacji projektu rodzicielskiego. Małżonkowie lub partnerzy mogą utworzyć embrion

68 *Ibidem*, s. 418.

69 W literaturze pojawił się nawet pogląd, w myśl którego art. 751 k.r.o. stanowi swoisty odpowiednik art. 68 k.r.o., odnoszącego się małżonków. Swoistość ta wyraża się w wymogu złożenia nie jednego, lecz dwóch zgodnych oświadczeń skutkujących prawnym ojcostwem partnera matki niebędącego dawcą nasienia; J. Haberko, *Ustawa..., op. cit.*, s. 418.

zarówno z własnych gamet (świeżych bądź poddanych uprzedniemu zamrożeniu), jak i z materiału genetycznego pochodzącego z donacji. Dawstwo gamet i zarodków umożliwia także poczęcie i urodzenie dziecka przez kobietę samotną, w tym wdowę. Nadto przeniesienie zarodka może nastąpić nie tylko do macicy matki biologicznej, która zamierza donosić ciążę i urodzić dziecko „dla siebie”, ale również do organizmu surogatki, zobowiązanej do wydania potomstwa zamawiającym w wykonaniu umowy o macierzyństwo zastępcze.

W odpowiedzi na ten intensywny rozwój biotechnologii systemy prawne większości państw tworzą coraz to doskonalsze rozwiązania, czyniące zadość potrzebom niepełnych par i jednocześnie zabezpieczające interesy i dobro powołanych do życia dzieci. Obok reguł określających przesłanki dostępu do świadczeń z zakresu prokreacji wspomaganą medycznie powstają również zasady ustalania pochodzenia dzieci urodzonych w następstwie zabiegów IVF. Przyjęcie tego rodzaju rozwiązań jest niezbędne, ponieważ tradycyjne reguły filiacyjne, tworzone w okresie, gdy procedury IVF nie były jeszcze znane, okazują się w tej mierze zawodne. Analiza rozwiązań dotyczących ustalania pochodzenia dziecka poczętego *in vitro* ukazuje, że znaczącą rolę w tym względzie zaczynają odgrywać kryteria wolicjonalne, tzn. intencja powołania do życia dziecka w sposób medycznie wspomagany.

Polska ustawa o leczeniu niepłodności, wpisująca się w umiarkowany nurt regulacji, zasługuje ogólnie na pozytywną ocenę (zwłaszcza że jest to jedna z ostatnich ustaw dotyczących sfery MAP w Europie). W materii tak delikatnej, dotyczącej najbardziej intymnych aspektów życia jednostek i niepodlegającej jednolitej ocenie moralnej, kompromis nie był łatwy do wypracowania, pomimo wzorców obcych istniejących od połowy lat 80. XX wieku. Konieczność wzięcia pod uwagę swoistych polskich realiów i wazenia konkurujących ze sobą interesów różnych podmiotów – rodziców, dzieci, dawców, lekarzy i klinik leczenia niepłodności – doprowadziła do przyjęcia rozwiązań, które nie zawsze oceniane są jednolicie. Należy tu w szczególności ojcostwo postmortalne, które może pojawiać się wbrew woli dawcy nasienia jako instrument realizacji własnych potrzeb matki (wdowy lub partnerki zmarłego), a także konstrukcja *quasi*-uznania ojcostwa przez partnera matki niebędącego dawcą nasienia. W sytuacji, gdy procedura IVF jest formą leczenia niepłodności (o czym stanowi sama nazwa ustawy), akceptowaną w znakomitej większości systemów prawnych na świecie, a wyniku jej zastosowania przychodzą na świat dzieci, trzeba ustalić ich pochodzenie, by mogły funkcjonować w systemie prawa jako obywatele i podmioty stosunków cywilnoprawnych. Tam, gdzie w praktyce pojawiają się problemy bądź naruszone zostają interesy określonych podmiotów, ustawodawca powinien niezwłocznie reagować, dokonując w przepisach stosownych zmian. W pierwszej kolejności powinny one dotyczyć ochrony autonomii prokreacyjnej dawcy nasienia w układzie partnerskim.

BIBLIOGRAFIA

- Baudouin J., Labrusse-Riou C. *Produire de l'homme. De quel droit? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris 1987.
- Bączyk-Rozwadowska K., Aktualne problemy diagnostyki preimplantacyjnej w kontekście dążeń rodziców do realizacji projektu rodzicielskiego, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, nr 2.
- Bączyk-Rozwadowska K., Mistake in in vitro procedure, „Kardiologia Prenatalna-Echo Płodu” 2015, nr 1.
- Bączyk-Rozwadowska K., Prokreacja medycznie wspomagana. Studium z dziedziny prawa, Toruń 2018.
- Boratyńska M., Umowa w sprawie zapłodnienia pozaustrojowego, „Prawo i Medycyna” 2008, nr 1.
- Brazier M., Cave E., *Medicine, Patients and the Law*, London 2011.
- Dreifuss-Netter F., Adoption and Medically Assisted Procreation under French Law, „St. Louis Warsaw Transatlantic Law Review” 1996, vol. 93.
- Dyoniak A., Pozycja prawna dziecka urodzonego w następstwie implantacji embrionu, NP 1989, nr 1.
- Dyoniak A., Status prawny dziecka pochodzącego z postmortalnej inseminacji albo postmortalnej implantacji embrionu, (w:) T. Smyczyński (red.), *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia le-gislacyjne*, Poznań 1996.
- Dyoniak A., Wpływ woli osób bezpośrednio zainteresowanych na powstanie stosunku prawnego rodzice-dzieci w przypadku nienaturalnej prokreacji, „Studia Prawnicze” 1993, z. 2/3.
- Haberko J., Kilka uwag na temat zgody na zabieg medyczny wyrażanej przez małżonków w trybie art. 68 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 2010, nr 1.
- Haberko J., (w:) L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.), *System Prawa Medycznego, t. II: Szczególne świadczenia zdrowotne*, Warszawa 2018.
- Haberko J., *Ustawa o leczeniu niepłodności. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Herring J., *Medical Law and Ethics*, Oxford 2012.
- Freeman M., *Medically Assisted Reproduction*, (w:) I. Kennedy, A. Grubb (red.), *Principles of Medical Law*, Oxford 1998.
- Jackson E., *Regulating Reproduction. Law, Technology and Autonomy*, Oxford–Portland–Oregon 2001.
- Kindregan Ch.P, McBrien M., Posthumous Reproduction, „Family Law Quarterly” 2005, nr 3.
- Lupșan G., Certains aspects juridiques concernant la “mère porteuse”, „Acta Universitatis Danubius 2006”, nr 1.
- Łączkowska M., Stosunek prawny pokrewieństwa a pochodzenie genetyczne, (w:) Księga jubileuszowa Profesora T. Smyczyńskiego, Toruń 2008.
- Łączkowska M., Ustalanie macierzyństwa i ojcostwa w przypadku zabiegów medycznie wspomaganej prokreacji ludzkiej, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego” 2011, nr 2.
- Łukasiewicz R., Prawna regulacja przysposobienia ze wskazaniem na problem handlu dziećmi, „MoP” 2016, nr 3.

- Nesterowicz M., Prawo do dysponowania embrionami w prawie porównawczym, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 4.
- Nesterowicz M., Prawo medyczne, Toruń 2019.
- Nesterowicz M., Problemy prawne inseminacji post mortem, „Prawo i Medycyna” 2002, nr 11.
- Nesterowicz M., Problemy prawne nowych technik sztucznego poczęcia dziecka, „Państwo i Prawo” 1985, nr 2.
- Nesterowicz M., Wałachowska M., Contract on surrogate motherhood in Polish law, (w:) F. Monéger (red.), Gestation pour autrui, XVIIIe Congrès, Washington D.C., 25–31 juillet 2010.
- Nawrot O., Istota ludzka czy osoba? Status nasciturusa na gruncie Europejskiej Konwencji Bioetycznej, „Prawo i Medycyna” 2004, nr 1.
- Piasecki K., (w:) K. Piasecki (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 2009.
- Pietrzykowski K., (w:) K. Pietrzykowski (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 2012.
- Rucki T., Medyczne uwarunkowania wspomaganego rozrodu, (w:) T. Smoczyński (red.), Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne, Poznań 1996.
- Safjan M., Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji, Warszawa 1990.
- Schenker G., Assisted Reproduction Practice in Europe: Legal and Ethical Aspects, „Human Reproduction” 1997, nr 2.
- Schiff A.R., Arising from the Health: Challenges of Posthumous Procreation, „North Carolina Law Review” 1997, nr 75.
- Smoczyński T., Aksjologiczne i prawne podstawy dopuszczalności wspomaganego prokreacji ludzkiej, (w:) J. Haberko, M. Łączkowska (red.), Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganego prokreacji, Poznań 2005.
- Smoczyński T., (w:) T. Smoczyński (red.), System Prawa Prywatnego, t. XII: Prawo rodzinne i opiekuńcze, Warszawa 2011.
- Strzebińczyk P., Prawo rodzinne, Kraków 2016.
- Ważbiński A., Najnowsze osiągnięcia nauk przyrodniczych a kodeks rodzinny i opiekuńczy, „Palestra” 1966, nr 5.
- Wilk A., Macierzyństwo zastępcze w Polsce – dozwolone czy zakazane?, „Radca Prawny” 2020, nr 1.
- Wojcieszak A., Zabieg medycznie wspomaganego prokreacji a ustalenie ojcostwa, „Medyczna Wokanda” 2016, nr 8.
- Wolczyński S., (w:) T. Pisarski, M. Szamatowicz (red.), Niepłodność, Warszawa 1997.

Joanna Helios

Uniwersytet Wrocławski, Polska

joanna.helios@uwr.edu.pl

ORCID ID <https://orcid.org/0000-0003-3571-1665>

Wioletta Jedlecka

Uniwersytet Wrocławski, Polska

wioletta.jedlecka@uwr.edu.pl

ORCID ID <https://orcid.org/0000-0002-0542-9303>

Alienacja rodzicielska w polskim systemie prawa

Parental Alienation in the Polish Legal System

Abstract: The aim of this article is to present an issue that has recently become more and more important in the social and legal discourse, namely parental alienation. This phenomenon is generally only partially regulated in the Polish legal system, hence there are questions about penalizing behavior that manifests itself in counteracting contacts or exercising alternate custody. The aim is to explain the concepts of parental alienation syndrome and parental alienation, to analyze the legal aspects of parental alienation, and to point to the alternate seal as a possibility of preventing cases of parental alienation.

Keywords: child welfare, institution of alternate custody, parental alienation,

Słowa kluczowe: dobro dziecka, instytucja pieczy naprzemienniej, alienacja rodzicielska,

Wstęp

Celem niniejszego artykułu jest scharakteryzowanie instytucji alienacji rodzicielskiej, która w ostatnim czasie nabiera coraz większego znaczenia w dyskursie społecznym i prawniczym. Zjawisko to generalnie w systemie prawa polskiego jest uregulowane szcążtkowo. Pojawiają się pytania o penalizację zachowania przejawiającego się przeciwdziałaniem realizacji kontaktów czy sprawowaniu pieczy naprzemienniej. Biorąc pod uwagę postulat integracji wewnętrznej prawoznawstwa, należy do przedmiotowej problematyki zastosować podejście holistyczne.

1. Słów kilka o zespole (syndromie) alienacji rodzicielskiej (Parental Alienation Syndrome – PAS)

Termin *Parental Alienation Syndrome* (PAS) został wprowadzony w 1985 r. przez amerykańskiego psychiatrę Richarda A. Gardnera i oznacza oddzielenie od opiekuna. Według Gardnera jest to zaburzenie w okresie dzieciństwa, które powstaje „niemal wyłącznie w kontekście sądowej walki o uregulowanie władzy rodzicielskiej”. Główny przejaw wskazanego zaburzenia stanowi oczernianie przez dziecko rodzica, przy czym ta swoista kampania oczerniania prowadzona jest w oparciu o działania bezpodstawne. Opisywane zaburzenie kształtuje się jako efekt tzw. prania mózgu, programowania, indoktrynacji z jednej strony przez opiekuna, a z drugiej strony własnego wkładu dziecka w szkalowanie, oczernianie alienowanego rodzica. Oba te czynniki wzmacniają się wzajemnie. W polskiej literaturze spotkać możemy różnorakie nazwy na określenie opisywanego wyżej zespołu: „zespół alienacji rodzicielskiej”, „zespół Gardnera”, zespół odosobnienia od jednego z rodziców” czy też „zespół oddzielenia od drugoplanowego opiekuna”¹. Jako główne symptomy opisywanego zespołu u dziecka, występujące łącznie, Gardner wymieniał: aktywne oczernianie rodzica, tzw. drugoplanowego opiekuna; słabe, lekkomyślne, błahie lub absurdalne uzasadnianie tych oskarżeń; brak ambiwalencji – jednoznacznie wrogi stosunek do oczernianego opiekuna; fenomen „niezależnego myślenia”, czyli przekonanie dziecka, że wypowiada ono własne opinie i przekonania; trzymanie strony „kochanego” rodzica oddzielającego dziecko od drugiego rodzica niezależnie od obiektywnych okoliczności; brak poczucia winy wobec okrucieństwa i/albo wykorzystywania drugiego, odrzuconego rodzica; obecność tzw. „zapożyczonych scenariuszy” – dziecko powiela argumenty i opisuje te same sytuacje, a nawet używa tych samych słów, co główny opiekun; rozszerzanie negatywnej postawy na dalszą rodzinę i środowisko odrzucanego opiekuna².

Alicja Czerederecka podkreśla, że przez kilkanaście lat obserwowano dość duże zainteresowanie PAS, zwłaszcza wśród praktyków w USA, a potem na innych kontynentach. W Polsce pierwszy artykuł na ten temat opublikowała właśnie Czerederecka. Jednakże w pierwszej dekadzie XXI wieku pojawiły się głosy krytyczne, które dotyczyły w szczególności braku wystarczającej literatury specjalistycznej potwierdzającej naukowość tez Gardnera, zwracały uwagę na nieprecyzyjność używanego

1 Zob. A. Konopka, J. Samochowiec, Zespół alienacji rodzicielskiej – co powinien wiedzieć profesjonalista, „Psychiatria” 2009, t. 6, nr 3, s. 103–104; A. Czerederecka, Manipulowanie dzieckiem przez rodziców rywalizujących o udział w opiece, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, Badania, Praktyka” 2008, vol. 7, nr 4, s. 15–17; I. Namysłowska, J. Haitzman, A. Siewierska, Zespół Gardnera – zespół oddzielenia od drugoplanowego opiekuna (PAS). Rozpoznanie czy rzeczywistość rodzinna?, „Psychiatria Polska” 2009, t. XLIII, nr 1, s. 5–17.

2 Za: I. Namysłowska, J. Haitzman, A. Siewierska, Zespół..., *op. cit.*, s. 6; A. Konopka, J. Samochowiec, Zespół..., *op. cit.*, s. 104; A. Czerederecka, Manipulowanie..., *op. cit.*, s. 17–18.

przez niego języka, na nieuwzględnienie zespołu w klasyfikacji chorób DSM-IV, ale też na antyfeminizm psychiatry. W związku z tym obserwuje się współcześnie pewną dominację sceptycznego czy nawet negatywnego stosunku do pojęcia wprowadzonego przez Gardnera, dlatego amerykańscy psychiatrzy oraz psychologowie, jak wskazuje Czerederecka, doceniają wkład Gardnera w deskrypcję omawianego zjawiska, ale bardziej skłaniają się do określenia *parential alienation* bez dodawania słowa *syndrome*, a zatem bez uznawania syndromu za jednostkę chorobową. Jak słusznie zauważają Anna Konopka oraz Jerzy Samochowiec, PAS to jednak nie tylko zaburzenie relacji, ale głównie zaburzenie systemu rodzinnego. Bardzo ważne znaczenie mają oddziaływania prawne, które mają na celu zapewnienie możliwości kontaktu z dzieckiem alienowanemu rodzicowi, o czym mowa będzie jeszcze poniżej, ale istotne jest też branie pod uwagę możliwości wdrożenia terapii systemowej zaburzonego systemu (czy podsystemu) rodzinnego. Zgadza się z tezą, że wszystko, co dotyczy PAS, powinno podlegać naukowej i prawnej dyskusji³. Na występowanie problemów u dziecka, o których mowa była wyżej, a które są następstwami PAS, może wpływać też proces alienacji rodzicielskiej (PA).

Alienacją rodzicielską, która uważana jest za przemoc emocjonalną wobec dziecka, mogą być – jak wskazuje Maciej Wojewódka – szantaż emocjonalny, okazywanie niechęci wobec drugiego rodzica w obecności dziecka, wzbudzanie niechęci do niego czy też niedopuszczanie do kontaktowania się z nim i inne podobne manipulacje. PAS wywołują więc bezpośrednie lub pośrednie zachowania rodzica, zwykle tego, z którym dziecko mieszka na stałe. Skutki i kierunek natomiast alienacji rodzicielskiej mogą być szersze niż w przypadku PAS. PAS określa pewien stan, a alienacja rodzicielska (PA) jest określeniem stosowanym dla zachowań alienatora. PA kładzie nacisk na osoby rodziców jako sprawców. Wojewódka za Douglasem Darnallem przytacza definicję alienacji rodzicielskiej jako zespołu zachowań świadomych lub nieświadomych mogących wywołać zaburzenia w relacjach między dzieckiem a drugim rodzicem⁴.

2. Aspekty prawnokarne alienacji rodzicielskiej

Na gruncie obowiązujących przepisów prawa w Polsce stawiane jest pytanie, czy zjawisko alienowania (izolowania) dziecka przed drugim rodzicem wymaga określonych reakcji ze strony organów ścigania. Aby dokonać implementacji postanowień Konwencji o prawach dziecka do k.r.o., wprowadzono regulację w art. 113 § 1, zgodnie z którą niezależnie od władzy rodzicielskiej rodzice oraz ich dziecko mają

3 A. Konopka, J. Samochowiec, Zespół..., *op. cit.*, s. 109–110.

4 M. Wojewódka, Alienacja rodzicielska (PA) a zespół alienacji rodzicielskiej (PAS), <http://www.psychologia.net.pl/artykul.php?level=495> (28.07.2021).

prawo i obowiązek utrzymywania ze sobą kontaktów⁵. W obecnym stanie prawnym przepisy pozwalające na egzekwowanie kontaktów rodzica z dzieckiem są zawarte w k.p.c.⁶ Według art. 598¹⁵ § 1 k.p.c.: „Jeżeli osoba, pod której pieczę dziecko pozostaje, nie wykonuje albo niewłaściwie wykonuje obowiązki wynikające z orzeczenia albo z ugody zawartej przed sądem lub przed mediatorem w przedmiocie kontaktów z dzieckiem, sąd opiekuńczy, uwzględniając sytuację majątkową tej osoby, zagrozi jej nakazaniem zapłaty na rzecz osoby uprawnionej do kontaktu z dzieckiem oznaczonej sumy pieniężnej za każde naruszenie obowiązku”. Zgodnie zaś z art. 598¹⁶ § 1 k.p.c.: „Jeżeli osoba, której sąd opiekuńczy zagroził nakazaniem zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej, nie wypełnia nadal swojego obowiązku, sąd opiekuńczy nakazuje jej zapłatę należnej sumy pieniężnej, ustalając jej wysokość stosownie do liczby naruszeń. Sąd może w wyjątkowych wypadkach zmienić wysokość sumy pieniężnej, o której mowa w art. 598¹⁵, ze względu na zmianę okoliczności”. Pojawiają się opinie, że przywołane przepisy k.p.c. nie stanowią wystarczającego instrumentu zobowiązującego rodzica uporczywie utrudniającego kontakty do realizacji orzeczenia sądowego⁷.

Aby więc doszło do „ukarania” osoby, która utrudnia kontakt, na pierwszym etapie musi być wydane rozstrzygnięcie o uregulowaniu kontaktów, następnie sąd musi zagrozić „ukaraniem” i dopiero na kolejnym etapie pojawia się możliwość nakazania zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej, która – przy uwzględnieniu specyfiki tej kary finansowej – niekoniecznie musi być dotkliwa i wpływać prewencyjnie. W efekcie tego odseparowane dziecko może całkiem stracić więź z rodzicem i potrzebę kontaktowania się z nim. Przy obowiązującym stanie prawnym w drodze izolowania dziecka można skutecznie doprowadzić do zerwania więzi, co poskutkuje tym, że stosowanie kar czy innej formy egzekwowania kontaktów będzie bezcelowe⁸.

W związku z powyższym aktualne stały się propozycje zmiany prawa karnego w celu penalizacji alienacji rodzicielskiej. Istotne są w tej kwestii dwa projekty nowelizacji prawa karnego: rządowy i obywatelski. W projekcie rządowym zaproponowano wprowadzenie do Kodeksu karnego⁹ art. 209a, według którego kto, będąc zobowiązany do wykonania orzeczenia sądu albo ugody zawartej przed sądem lub przed mediatorem w przedmiocie kontaktów z dzieckiem lub orzeczenia, w którym

5 Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1359).

6 Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1575).

7 Zob. P. Rojek-Socha, Alienacja rodzicielska staje się plagą – MS analizuje zjawisko utrudniania kontaktów, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/utrudnianie-kontaktow-z-dzieckiem-ms-pracuje-nad-rozwiazaniami,497776.html> (22.07.2021).

8 M. Pomarańska-Bielecka, Kryminalizacja zjawiska alienacji rodzicielskiej – aktualnie obowiązujący stan prawny i propozycje zmian, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, Badania, Praktyka” 2021, nr 1, vol. 20, s. 148.

9 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1600 i 2077).

sąd określił, że dziecko będzie mieszkać z każdym z rodziców w powtarzających się okresach, uchyla się od wykonania tego orzeczenia albo tej ugody mimo uprzedniego prawomocnego nakazania przez sąd zapłaty sumy pieniężnej, podlega grzywnie albo karze ograniczenia wolności. Kto zaś uchyla się od wykonania orzeczenia o przymusowym odebraniu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką, zleconemu przez sąd kuratorowi sądowemu, podlega grzywnie albo karze ograniczenia wolności¹⁰.

Z powyższą propozycją zmiany wiąże się propozycja wprowadzenia do k.p.k.¹¹ art. 318a, zgodnie z którym prokurator może zawiesić postępowanie na okres nie krótszy niż 3 miesiące oraz nie dłuższy niż jeden rok, jeżeli podejrzany złoży oświadczenie na piśmie, w którym zobowiąże się do wykonywania orzeczenia sądu albo ugody zawartej przed sądem lub przed mediatorem w przedmiocie kontaktów z dzieckiem lub orzeczenia, w którym sąd określił, że dziecko będzie mieszkać z każdym z rodziców w powtarzających się okresach¹².

Zgadza się z Pomarańską-Bielecką, że celem zaproponowanej zmiany jest głównie prewencja, tj. zdyscyplinowanie rodzica, który nie realizuje obowiązku umożliwienia drugiemu z rodziców kontaktów z dzieckiem. Ustawodawca nie tyle więc chce karać rodzica alienującego, ile raczej wywierać dodatkowy nacisk. Jeśli chodzi o ewentualną sankcję, to jest ona niezmiernie niska, gdyż przewidziano jedynie karę grzywny bądź karę ograniczenia wolności. Nie przewidziano kary pozbawienia wolności, a to powoduje, że sprawca nigdy nie będzie mógł odpowiadać w ramach tego przepisu w warunkach recydywy. Zasadniczym zamierzeniem autorów projektu jest – można powiedzieć – mobilizacja drugiego z rodziców do współpracy¹³. Projekt obywatelski z kolei wprowadza do k.k. art. 207a, zgodnie z którym, kto utrudnia lub uniemożliwia wykonanie kontaktów lub sprawowanie opieki nad małoletnim lub osobą nieporadną ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny, wynikających z orzeczenia albo ugody zawartej przed sądem lub przed mediatorem, podlega karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2¹⁴. Projekt obywatelski przewiduje odpowiedzialność karną niezależnie od tego, czy miała miejsce wcześniej próba wyegzekwowania kontaktów przez sąd cywilny. Dodano w tym projekcie nowe przestępstwo jako następujące bezpośrednio po przestępstwie penalizującym znęcanie się nad rodziną. Podkreślono tu dobro, które proponowany przepis ma chronić. Słusznie wskazuje się, że alienacja rodzicielska, podobnie jak znęca-

10 [http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-1248-2019/\\$file/8-020-1248-2019.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-1248-2019/$file/8-020-1248-2019.pdf) (10.08.2021).

11 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1987 i 2399 oraz z 2019 r. poz. 150)

12 [http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-1248-2019/\\$file/8-020-1248-2019.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-1248-2019/$file/8-020-1248-2019.pdf) (10.08.2021).

13 M. Pomarańska-Bielecka, Kryminalizacja..., *op. cit.*, s. 150–151.

14 Druk nr 63 z dnia 4 lutego 2020 r. Senat RP.

nie się nad rodziną, to rodzaj przemocy wyrządzanej osobom najbliższym. Ponadto projekt obywatelski eliminuje karę grzywny, wprowadzając karę ograniczenia wolności lub karę pozbawienia wolności. Uzasadnia się to faktem nieskuteczności kary grzywny, co da się zauważyć, analizując egzekucję orzeczeń przez sąd opiekuńczy¹⁵. Grzywna z pewnością nie byłaby skutecznym narzędziem wobec osób zamożnych, gdyż mogą one zapłacić grzywnę i w dalszym ciągu ignorować orzeczenie sądu. Nie spełnia swej funkcji kara grzywny także wobec osób ubogich, ponieważ w takich przypadkach kary pieniężne już w praktyce się nie sprawdziły. Stawki obecnie są uzależnione od sytuacji finansowej rodzica, który ma płacić za utrudnianie kontaktów. Kwoty zasądzone przez sąd nie są zbyt wysokie, a ponadto bardzo często nie ma możliwości egzekucji takiej kary, nawet jeśli nie jest ona wysoka i sięga kilkudziesięciu złotych, ponieważ rodzic utrudniający kontaktu nie posiada po prostu żadnego majątku¹⁶. Trudno mówić zatem o skuteczności tego typu kary. Obydwa projekty wprowadzają z kolei zagrożenie karne w postaci kary ograniczenia wolności. Niewątpliwie taki rodzaj kary spełnia funkcję prewencyjną i może odstraszać sprawców alienacji rodzicielskiej. Rodzic świadomy odpowiedzialności karnej prawdopodobnie nie doprowadzałby do tak skrajnych, granicznych sytuacji, których konsekwencje dziecko mogłoby odczuwać także w dorosłym życiu¹⁷. W przypadku projektu rządowego nie przewidziano zagrożenia karą pozbawienia wolności, nie ma też typów kwalifikowanych proponowanego przestępstwa. Być może uznano to za brak proporcji takiej kary do zachowania polegającego na przeciwdziałaniu realizacji kontaktów. Z kolei kara pozbawienia wolności proponowana w projekcie obywatelskim może też wzbudzać pewne kontrowersje, gdy myślimy o ochronie kontaktów, więzi osób bliskich. Czy zachowanie bowiem uprawnionego rodzica dążącego do tego, aby skazać alienatora na karę bezwzględnego pozbawienia wolności, może sprzyjać budowie pozytywnego wizerunku u dziecka, z którym chce on utrzymywać kontakty?¹⁸

Stawiane jest oczywiście także pytanie o sens penalizowania zachowania przejawiającego się przeciwdziałaniem realizacji kontaktów czy sprawowaniu opieki naprzemiennej. Przeciwnicy przyjęcia takiego rozwiązania podchodzą z pewną rezerwą do możliwości ingerencji prawa karnego w sferę relacji rodzinnych i upatrują w nim naruszenie suwerenności rodziny. Podkreślają, że tego typu sprawy powinny znajdować się jednak w domenie prawa rodzinnego, a nie karnego. To ostatecznie bowiem powinno znajdować zastosowanie w sytuacjach ostatecznych jako narzędzie zapobiegania zamachom na dobra doniosłe społecznie. Jest jednakże druga strona przyjęcia tego proponowanego rozwiązania, a mianowicie przepisy prawa karnego chronią

15 M. Pomarańska-Bielecka, *Kryminalizacja...*, *op. cit.*, s. 152–153.

16 Zob. P. Rojek-Socha, *Alienacja...*, *op. cit.*

17 *Ibidem*.

18 Zob. J. Zajączkowska-Burtowy, M. Burtowy, O kryminalizacji tzw. alienacji rodzicielskiej, „Prokuratura i Prawo” 2020, nr 4–5, s. 137, 136.

przecież również inne dobra prawne chronione przez szeroko rozumiane prawo cywilne, np. przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece. Zwolennicy przyjęcia przepisów prawnokarnych w interesującej nas dziedzinie spraw akcentują mocno powagę sytuacji, tj. podkreślają rosnącą obecnie skalę zjawiska przeciwdziałania wykonywaniu przez osoby uprawnione kontaktów z małoletnimi czy też sprawowania opieki naprzemienniej. Trudno dyskutować ze stanowiskiem, że jest to w ostatnich latach poważny problem społeczny. Gdy dodamy do tego zakres i poziom szkód spowodowanych frustracją i bezradnością osób alienowanych, to można mówić o zachowaniach, które cechują się szkodliwością społeczną w stopniu wyższym niż znikomym. Naszym zdaniem uzasadnia to ingerencję w autonomię rodziny z perspektywy właśnie funkcji ochronnej prawa karnego. Zwolennicy kryminalizacji utrudniania kontaktów mówią też o luce prawnej, która wymaga regulacji ustawowej. Jest to wszak sytuacja, gdzie pojedyncze przypadki zachowań częstokroć nie są nielegalne, ale ich łączny efekt poważnie godzi w dane dobra prawne – powoływany jest w tym miejscu przypadek stalkingu, który z takich samych powodów poddano kryminalizacji. Aby jednak regulacje prawa karnego spełniały swoje funkcje: i ochronną, i prewencyjną, wymaga to odpowiedniego poziomu wprowadzonych przepisów kryminalizujących opisywane w artykule zjawisko alienacji rodzicielskiej¹⁹.

3. Piecza naprzemienna jako „antidotum” na alienację rodzicielską?

Pieczka naprzemienna została wprowadzona do ustawodawstwa niektórych państw Europy oraz Stanów Zjednoczonych na przełomie lat 80. i 90. XX wieku. Przyczyny takiego stanu rzeczy są upatrywane w dokonujących się w poszczególnych społeczeństwach przemianach, które dotarły również do Polski²⁰. Z punktu widzenia zmian w zakresie rozstrzygnięć w wyrokach rozwodowych najistotniejsze znaczenie miał radykalny wzrost liczby rozwodów, a więc powstanie sytuacji, w której dzieci wychowujące się poza rodziną nuklearną stały się nie nieistotnym marginesem, lecz znaczącym elementem struktury społecznej. Drugim czynnikiem była zmiana ról społecznych związanych z płcią. Podjęcie powszechnie pracy zawodowej przez kobiety miało wpływ na zwiększenie zaangażowania ojców w wychowanie dzieci oraz sprawowanie nad nimi bezpośredniej pieczy²¹, co jest związane ze zmianą modelu oj-

19 J. Zajączkowska-Burtowy, M. Burtowy, O kryminalizacji..., *op. cit.*, s. 120–123.

20 K. Kamińska, Ewolucja władzy rodzicielskiej ze szczególnym uwzględnieniem instytucji pieczy naprzemienniej (joint physical custody), „Miscellanea Historico-Iuridica” 2020, t. XIX, z. 1, s. 92.

21 M. Domański, Orzekanie o pieczy naprzemienniej w wyrokach rozwodowych, „Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne” 2016, nr 25, s. 99.

costwa²², polegającą na pełniejszym lub wręcz równoprawnym z matkami zaangażowaniu w opiekę nad potomstwem²³.

W naukach społecznych zaczęto akcentować negatywne skutki psychologiczne i społeczne nieobecności ojców w wychowaniu²⁴. Jakkolwiek zmiana modelu ojcostwa jest bardzo korzystna z punktu widzenia potrzeb dziecka, to jednak staje się często trudna do utrzymania w chwili rozwodu. W związku z tym dla wielu rozstających się rodziców kwestie związane z ustaleniem zasad opieki nad dziećmi stanowią kluczowy i najtrudniejszy element negocjacji rozwodowych²⁵.

Kodeks rodzinny i opiekuńczy nie zawierał wyrażonej regulacji instytucji pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom. Możliwość takiego rozstrzygnięcia wprowadziła do k.r.o. nowela z 6 listopada 2008 r. Art. 58 § k.r.o. przewiduje instytucję porozumienia małżonków o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem po rozwodzie. Wskazany przepis w uprzednio obowiązującym stanie prawnym określał przesłanki dopuszczalności pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom, do których zaliczane były: zgodny wniosek rodziców, zawarcie przez małżonków „porozumienia” oraz współdziałanie rodziców w sprawach dziecka. Przesłanka współdziałania rodziców w sprawach dziecka wykluczała możliwość pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu w przypadku konfliktu między nimi. W doktrynie można znaleźć opinie, zgodnie z którymi koncepcja porozumienia rodziców nawiązuje do amerykańskiego wzorca tzw. planu wychowawczego, będącego wynikiem negocjacji między rodzicami i dobrowolnego zobowiązania się przez nich przed sądem do określonego sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej i utrzymywania kontaktów²⁶, chociaż pomiędzy instytucją „porozumienia” uregulowaną w art. 58 k.r.o. a „planem wychowawczym” rozwodzących się rodziców, przewidzianym w prawie amerykańskim, są różnice²⁷. Nowelizacja k.r.o. z dnia 25 czerwca 2015 r., która weszła w życie 29 sierpnia 2015 r., zasadniczo zmieniła treść art. 58 k.r.o. Wprawdzie zachowana została instytucja porozumienia, jednakowoż nawet w przypadku jego braku istnieje możliwość pozostawienia po rozwodzie władzy rodzicielskiej bez ograniczenia obojgu rodzicom. Pozostała otwarta kwestia, czy art. 58 § 1 a k.r.o. w praktyce przekreśla możliwość dalszej ewolucji instytucji porozumienia

22 A. Dudak, Narodowe Centrum Ojcostwa jako przykład nowego ruchu społecznego na rzecz poprawy sytuacji współczesnych ojców, „Pedagogika Społeczna” 2019, XVIII, nr 1 (71), s. 127.

23 E. Lipowicz, Kobiety i mężczyźni jako uczestnicy rozwodowych mediacji rodzicielskich, „Rocznik Lubuski” 2016, t. 42, cz. 1, s. 178.

24 M. Domański, Orzekanie..., *op. cit.*, s. 99.

25 E. Lipowicz, Kobiety..., *op. cit.*, s. 178.

26 K. Kulesza, Sposób rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej w wyrokach rozwodowych w porównaniu z wyrokami orzekającymi separację w świetle badań naukowych, „Krytyka Prawa” 2021, t. 13, nr 1, s. 126.

27 W. Stojanowska, M. Kosek, Dobro dziecka a kolejne nowelizacje Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, „Ius Matrimoniale” 2018, nr 4 (29), s. 44–45.

w kierunku uczynienia z niego podstawowego instrumentu ochrony dobra dziecka w przypadku rozstania jego rodziców. Nowela z 2015 r. wprowadziła także zmiany w przepisach k.p.c., umożliwiając jednocześnie orzekanie tzw. pieczy naprzemiennnej, która polega na zamieszkiwaniu dziecka z każdym z rodziców w powtarzających się okresach²⁸.

Ustawodawca, wprowadzając instytucję pieczy naprzemiennnej, nie posłużył się terminem „pieczy naprzemiennnej”. Instytucję tę określił w sposób opisowy. W znowelizowanych przepisach k.p.c. mowa jest wyłącznie o przypadku, kiedy dziecko będzie mieszkać z każdym z rodziców w powtarzających się okresach. Na gruncie prawa materialnego ustawodawca w ogóle zrezygnował ze wskazania, choćby opisowego, pieczy naprzemiennnej. Instytucja ta daje się jednak wyinterpretować z treści art. 58 i 107 k.r.o. ze sformułowania odnoszącego się do „sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej”. Należy pamiętać o tym, iż piecza naprzemienna nie stanowi naprzemiennnej władzy rodzicielskiej. Świadczy o tym dorozumiane rozróżnienie tzw. „zakresu wykonywania władzy rodzicielskiej” od „sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej”. Wnikliwa analiza przepisów k.r.o. prowadzi do wniosku, że gdy mowa o ingerencji we władzę rodzicielską, wówczas ustawodawca posługuje się takimi sformułowaniami, jak: sąd rodzinny „rozstrzyga o władzy rodzicielskiej” (art. 58 § 1 zd. 1 k.r.o.) albo sąd rodzinny „może powierzyć” władzę rodzicielską jednemu z rodziców, „ograniczając” drugiego do określonych praw i obowiązków (art. 58 § 1 a zd. 1 i art. 107 § 2 zd. 1 k.r.o.), czy też: sąd „może orzec jej zawieszenie” (art. 110 k.r.o.), a w skrajnych przypadkach sąd „pozbawi rodziców władzy rodzicielskiej” (art. 111 k.r.o.). Z kolei wszędzie tam, gdzie mowa o „sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej”, chodzi o przypadek, w którym władza rodzicielska zostaje utrzymana. W tym kontekście należy odróżnić ustalenie „zakresu wykonywania władzy rodzicielskiej”, które wiąże się z ograniczeniem, zawieszeniem lub pozbawieniem władzy rodzicielskiej, od ustalenia „sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej”, które jest związane z rozstrzygnięciami konkretyzującymi pewne elementy pełnej władzy rodzicielskiej, jak np. ustalenie miejsca pobytu dziecka, ustalenie pieczy naprzemiennnej czy też ustalenie miejsca zamieszkania. Pełna władza rodzicielska obojga rodziców stanowi warunek *sine qua non* pieczy naprzemiennnej. Nie jest to równoznaczne z tym, że w przypadku pełnej władzy rodzicielskiej piecza naprzemienna jest zawsze orzekana²⁹.

Celem naprzemiennie sprawowanej pieczy nad dzieckiem ma być przeciwdziałanie alienacji rodzicielskiej i eliminowanie postaw rodzica, który nie respektuje prawa dziecka do kontaktu z drugim rodzicem i dąży do wykluczenia tego rodzica z życia dziecka. Punktem zapalnym dyskusji nad instytucją pieczy naprzemiennnej jest negacja tego rozwiązania jako niesprawdzającego się w sytuacji ostrego

28 K. Kulesza, Sposób..., *op. cit.*, s. 126–127.

29 J.M. Łukasiewicz, Problemy praktyczne związane z instytucją pieczy naprzemiennnej, „Forum Prawnicze” 2018, nr 2 (46), s. 56–57.

konfliktu pomiędzy rodzicami³⁰. Orzekanie pieczy naprzemiennej w sytuacji nasilonego konfliktu między rodzicami bywa traktowane jako skrajny przykład rozwiązania sprzecznego z dobrem dziecka³¹. Jednym z decydujących warunków orzeczenia pieczy naprzemiennej i okolicznością, która obligatoryjnie podlega badaniu przez sąd, jest realna możliwość realizacji takiej formy opieki przez rodziców, w tym także uwzględnienie odległości, jaka dzieli ich miejsca zamieszkania. Piecza naprzemienna nie może nastręczać problemów w funkcjonowaniu dziecka w życiu codziennym. Stąd w doktrynie mamy głosy sugerujące dodanie do treści art. 58 § 1 a k.r.o. przesłanki, jaką jest organizacyjna możliwość realizacji tej formy opieki, lub pozostawienia sądowi oceny nie tylko zasadności, ale i możliwości realizacji pieczy naprzemiennej zamiast wprowadzenia ograniczenia co do zamieszkiwania poza granicą Polski przez jednego z rodziców³². Ponadto poważne wątpliwości budzi już sama dopuszczalność orzekania przez sądy pieczy naprzemiennej z uwagi na zasadę dobra dziecka³³.

Zastosowanie instytucji pieczy naprzemiennej każdorazowo powinno uwzględniać dyrektywy normatywne oraz aksjologiczne wynikające z art. 72 ust. 1 i ust. 3 Konstytucji. Normuje ona dwie podstawowe kwestie: 1) ustala obowiązek władz publicznych do zapewnienia ochrony praw dziecka, z czym łączy się prawo „każdego” do żądania ochrony dziecka przed szczególnie drastycznymi naruszeniami tych praw; 2) ustala obowiązek władz publicznych oraz osób odpowiedzialnych za dziecko, aby w toku ustalania praw dziecka wysłuchały je i w miarę możliwości uwzględniły zdanie dziecka. Wskazana norma implikuje uznanie „dobra dziecka” za samoistną wartość konstytucyjną, uzupełniającą inną wartość w postaci dobra rodziny³⁴.

Piecza naprzemienna ma generalnie służyć odzwierciedleniu sytuacji dziecka przed rozvodu/rozstania się rodziców. Stosunek zaangażowania się rodziców w kwestie wychowawcze powinien więc być zbliżony do tego, który istniał przed rozłąką rodziców. Gwarancją tego jest natomiast istnienie silnej więzi emocjonalnej łączącej dziecko z każdym z rodziców. Stąd pomocna wydaje się wskazana powyżej instytucja wysłuchania małoletniego. Bez wątpienia niesprzyjającymi orzeczeniu pie-

30 M. Andrzejewski, K. Jadach, *Prawna ochrona rodziny – skrypt dla studentów pedagogiki i innych nauk społecznych*, Warszawa 2018, s. 69.

31 M. Dubas, M. Golińczak, (w:) J. Helios, W. Jedlecka, A. Kwieciński (red.), *Prawo wobec wyzwań współczesności: wybrane problemy teoretycznoprawne i dogmatycznoprawne*, Wrocław 2019, s. 52–53.

32 M. Gołuch, *Piecza naprzemienna jako forma ochrony dobra dziecka w konflikcie okołorozwodowym*, „Kwartalnik Naukowy FIDES ET RATIO” 2018, nr 4 (36), s. 323.

33 K. Kędziera, M. Stępień, *Piecza naprzemienna w polskim prawie rodzinnym*, „Palestra” 2018, nr 3, s. 30–32.

34 P. Śmiałek, *Instytucja pieczy naprzemiennej w perspektywie konstytucyjnej zasady dobra dziecka – analiza krytyczna*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2019, nr 1 (24), s. 187.

czy naprzemiennej czynnikami będą: wcześniejsze nadużywania i zaniedbania w zakresie władzy rodzicielskiej, uzależnienia rodziców, znęcanie się rodzica nad rodziną czy nawet przemoc fizyczna stosowana przez innego domownika, z którym małoletni miałyby przebywać, zły stan zdrowia rodzica, który mógłby uniemożliwiać czy nawet utrudniać wykonywanie pieczy nad dzieckiem. Istotny jest także stan zdrowia dziecka czy jego indywidualne potrzeby oraz możliwość ich realizacji przez każdego z rodziców. Znaczenie ma również sytuacja majątkowa i zarobkowa rodziców. Okresowe przebywanie dziecka u każdego z rodziców wiąże się ze stworzeniem odpowiednich warunków do zamieszkiwania przez dziecko u każdego z nich i niejako dublowaniem określonych przedmiotów czy rzeczy, z których dziecko na co dzień korzysta³⁵.

W praktyce orzeczniczej model pieczy naprzemiennej zdaje się nie być preferowanym modelem sprawowania pieczy nad osobą dziecka. Sądy ostrożnie podchodzą do możliwości orzekania o wskazanym sposobie sprawowania pieczy nad dzieckiem przez oboje rodziców. Jednocześnie możliwość orzeczenia pieczy naprzemiennej pozwala odejść sądom od faktycznej konieczności ograniczenia władzy rodzicielskiej tego z rodziców, z którym dziecko nie będzie stale zamieszkiwać po rozstaniu rodziców³⁶. I tak WSA w Gdańsku 5 lipca 2018 r.³⁷ orzekł, aby w pierwszej kolejności o ewentualnej pieczy naprzemiennej decydowali sami rodzice w drodze porozumienia. Sąd powinien ingerować w relacje między rodzicami a dziećmi dopiero wtedy, gdy nie jest możliwe zawarcie takiego porozumienia pomiędzy rodzicami. W razie jego braku sąd decyduje o sposobie wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej. Z tego tytułu nie można uznać, że objęcie dziecka pieczą naprzemienną następuje tylko w przypadku, gdy sąd rozstrzygnie w wyroku o takim sposobie sprawowania władzy rodzicielskiej. Opiekę naprzemienną należy zatem wiązać z sytuacją, w której ze zgodnego porozumienia rodziców lub z orzeczenia sądu wynika, że rodzice rozwiedzeni (czy też żyjący w separacji) sprawują opiekę nad wspólnym dzieckiem na przemian, w mniej więcej równych, powtarzających się, następujących po sobie okresach, i że sąd obojgu rodzicom pozostawi władzę rodzicielską. Wiąże się to z faktycznym zamieszkiwaniem dziecka z obojgiem rodziców na przemian w różnych okresach. Konieczne jest ustalenie względnie równego, porównywalnego podziału opieki nad dzieckiem. Z kolei WSA w Bydgoszczy w wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r.³⁸ w kontekście pieczy naprzemiennej zwrócił uwagę na uwzględnianie prawa dziecka do wychowywania przez oboje

35 P. Długokęcka, Dopuszczalność orzekania o pieczy naprzemiennej, „Studia Prawnoustrojowe” 2020, nr 50, s. 88–89.

36 K. Kędziera, M. Stępień, *Piecza...*, *op. cit.*, s. 32; por. J.M. Łukasiewicz, Uwagi na temat pieczy naprzemiennej w sprawach o rozwód, (w:) A.M. Arkuszewska, J.M. Łukasiewicz, A. Kościółek (red.), *Wokół problematyki małżeństwa w aspekcie materialnym i procesowym*, Toruń 2017.

37 Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 5 lipca 2018 r., SA/Gd 195/18, LEX nr 2520057.

38 Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 6 grudnia 2016 r., II SA/Bd 916/16, CBOSA.

rodziców. Istnieje konieczność zagwarantowania dziecku rodziców, którzy rozwodzą się lub żyją w rozłączeniu, respektowania jego naturalnego prawa do wychowania przez oboje rodziców. Prawo to jest uznane przez ratyfikowaną przez Polskę w 1991 r. Konwencję o prawach dziecka³⁹. Bywa i tak, że sądy⁴⁰ dają wiarę zapewnieniom rodziców, iż wspólne wykonywanie władzy rodzicielskiej w formie przemiennego sprawowania pieczy z zamieszkiwaniem dziecka z każdym z rodziców w okresach tygodniowych oraz odpowiednich okresach wakacyjnych i świątecznych będzie dla dziecka rozwiązaniem lepszym niż orzeczenie o zamieszkiwaniu dziecka tylko z jednym z rodziców. Sąd Okręgowy w Warszawie ocenił, że naprzemienne sprawowanie pieczy zapewnia lepszy kontakt dziecka z każdym z rodziców oraz możliwość równego udziału każdego z rodziców w procesie wychowawczym, zapewniając również sprawiedliwy podział odpowiednich obowiązków, w tym kosztów utrzymania i wychowania dziecka. Przecież już Zalecenia Kierunkowe Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 1976 r. (teza XIV pkt 2)⁴¹ wskazywały, że sąd opiekuńczy powinien dążyć do powierzenia opieki obojgu małżonkom w celu zapewnienia dziecku naturalnych warunków rozwoju. Nie jest to jednak zasada bezwzględna i zależy od konkretnego przypadku⁴².

Instytucja pieczy naprzemiennej nie może być remedium na istniejące konflikty pomiędzy rodzicami o dziecko, a na pewno nie przyczynia się do ich zmniejszenia. Stąd nowela z 25 czerwca 2015 r. bywa oceniana jako krok wstecz w stosunku do instytucji „porozumienia” rodziców. Rodzi się pytanie o zakres ochrony dobra dziecka jako najważniejszej zasady prawa rodzinnego, będącej przykładem integralnego spojrzenia na kategorie wspólne dla nauk społecznych⁴³, gdyż można zastanawiać się, czy w przypadku pieczy naprzemiennej dobro dziecka nie jest postrzegane przez pryzmat dobra rodzica⁴⁴.

39 Konwencja o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 r. (Dz.U. nr 120, poz. 526); zob. na ten temat: M. Domański, Model pieczy naprzemiennej jako rozstrzygnięcie o władzy rodzicielskiej w wyroku rozwodowym (na tle nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 25.06.2015 r.), „Przegląd Sądowy” 2017, nr 7–8.

40 Wyrok SO w Warszawie IV Wydział Cywilny z dnia 27 listopada 2017 r., IV C 1212/17, LEX nr 2433415.

41 Uchwała SN z dnia 9 czerwca 1976 r., III CZP 46/75, Legalis nr 19477.

42 Szeroko na ten temat: M. Baranowska-Bolesta, Opieka nad małoletnim. Wybrane zagadnienia, „Studia Iuridica Lublinensia” 2020, vol. 29, nr 1, s. 47–66; zob. także: M. Cudowska, Child Custody in Minesota and in Poland. The Best Interest Factors – A Comparative Overview, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, vol. 22, nr 3, s. 133 i n.

43 Por. M. Andrzejewski, Stosowanie klauzuli dobra dziecka. Rozważania inspirowane postanowieniem Sądu Najwyższego dotyczącego tworzenia rodzin zastępczych, „Studia Iuridica Lublinensia” 2021, vol. 30, nr 5, s. 29–51.

44 W. Stojanowska, M. Kosek, Dobro..., *op. cit.*, s. 54–55.

Uwagi końcowe

W związku ze wzrastającą liczbą sporów o ustalenie kontaktów z dzieckiem konieczne staje się poruszanie kwestii konsekwencji wynikających z izolacji od drugiego z rodziców, w szczególności dla dziecka. Wieloletnia izolacja może spowodować niemożliwość odbudowania relacji pomiędzy dzieckiem a alienowanym rodzicem. Piecza naprzemienna oraz wzrost świadomości wychowawczej rodziców daje możliwość chociaż częściowego niwelowania skutków rozłąki rodziców. Jest to problem natury społecznej oraz prawnej. Wydaje nam się, że podnoszenie wagi problemu i organizowanie przedmiotowych kampanii społecznych mogłoby przynieść wymierne efekty. Regulacje prawne mają w tym zakresie równie istotne znaczenie. Prawo karne powinno pełnić wobec prawa rodzinnego rolę subsydiarną w sytuacjach koniecznych, a za taką należy uznać alienację rodzicielską. W tym przypadku przepisy prawa karnego pełniące funkcję prewencyjną mogłyby skutecznie zapobiegać praktykom izolowania dzieci od rodziców. Wskazać też można na możliwość przeciwdziałania alienacji w drodze ograniczenia władzy rodzicielskiej (art. 109 k.r.o.). Zanim sięgnie się po metody karania, należałoby skorzystać z narzędzi przewidzianych w polskim prawie rodzinnym, lżejszych od rozwiązań prawa karnego, ale równie dotkliwych. Ustanowienie na przykład nadzoru kuratora albo skierowanie na terapię z zagrożeniem zmianą rodzica, z którym dziecko mieszka, mogłoby wpłynąć pozytywnie na postępowanie sprawcy przemocy emocjonalnej na dziecku i na drugim rodzicu. Najważniejsze jednak we wszystkich tego typu sytuacjach powinno być zawsze dobro dziecka jako wartość naczelną systemu prawa.

Warto w tym miejscu nadmienić, że kategoria pojęciowa „dobro dziecka” jest niejednoznaczna, nieostra. To kategoria złożona, wielopostaciowa, wielowymiarowa. Pojęcie „dobro dziecka” to słowo-klucz. Kategoria „dobra dziecka” uwikłana jest w różne konfiguracje i konteksty społeczno-kulturowe, których immanentną cechą stanowi zmienność. Słowniki i encyklopedie nie definiują pojęcia „dobro dziecka”. Wyodrębniają one pojęcie „dobra”⁴⁵. W ujęciu filozoficznym dobro oznacza to, co pożądane, wartościowe, stanowi podłoże wartości lub samą w sobie wartość pozytywną. Podział uwzględniający różne rodzaje dobra obejmuje między innymi: dobro samoistne (życie, szczęście); dobro użyteczne i instrumentalne (użyteczność, skuteczność); dobro hedoniczne (hedonizm); dobro witalne (wartość witalną); dobro moralne (wartość moralną); dobro estetyczne (piękno, wartość estetyczną); dobro poznawcze (prawda, prawdziwość, odkrywczość); dobro religijne (sacrum, wartość religijną). Mamy też inne podziały dobra: dobra materialne i dobra duchowe; dobra naturalne i kulturalne; dobra ekonomiczne i dobra wolne. Natura dobra jest przedmiotem sporów filozoficznych dotyczących sposobu jego istnienia, jak i możliwości

45 R. Borzyszkowska, Kategoria pojęciowa „dobro dziecka”, „Przegląd Pedagogiczny” 2011, nr 1, s. 169–171.

jego definiowania⁴⁶. Dobro dziecka stanowi klauzulę generalną, a więc szczególnego rodzaju zwrot niedookreślony odsyłający do wartości lub ocen funkcjonujących w grupie społecznej i nakazujący uwzględnianie owych ocen lub wartości przy stosowaniu prawa. Spośród sformułowanych w doktrynie sposobów rozumienia pojęcia „dobro dziecka” najtrafniejsze jest określenie go jako optymalnej konfiguracji istotnych elementów stanu rzeczy dotyczących dziecka, czyli rozwiązanie zgodne z jego najlepszym interesem, jednak wraz z uszczegółowieniem tej ogólnej formuły. Dobro dziecka powszechnie rozumie się jako naczelną zasadę polskiego prawa rodzinnego w rozumieniu dyrektywalnym, co oznacza, że wiąże się z nią nakaz takiego działania, aby wyżej wspomniana optymalna konfiguracja stanu rzeczy się ziszciała⁴⁷.

Poszukując wskazówek interpretacyjnych pojęcia „dobro dziecka”, należy odnieść się do preambuły konwencji haskiej, w której powyższe pojęcie stanowi wartość zasadniczą przy wydawaniu orzeczeń dotyczących ustanawiania pieczy nad dzieckiem. Konwencja znajduje zastosowanie do uznawania i wykonywania orzeczeń sądowych w celu zagwarantowania „lepszej ochrony interesów dziecka”. Ustawodawstwo europejskie w tym zakresie kładzie nacisk na prawo rodziców do kontaktów z dzieckiem, wskazując, że stanowią one naturalne, czyli wrodzone, prawo do sprawowania pieczy nad dzieckiem⁴⁸.

Klauzula „dobra dziecka” należy zatem do naczelnych zasad polskiego prawa rodzinnego i stanowi złoty środek, a zarazem cel sam w sobie, którym należy się kierować we wszystkich sytuacjach z udziałem dziecka⁴⁹.

BIBLIOGRAFIA

- Andrzejewski M., Stosowanie klauzuli dobra dziecka. Rozważania inspirowane postanowieniem Sądu Najwyższego dotyczącym tworzenia rodzin zastępczych, „Studia Iuridica Lublinensia” 2021, vol. 30, nr 5.
- Andrzejewski M., Jadach K., Prawna ochrona rodziny – skrypt dla studentów pedagogiki i innych nauk społecznych, Warszawa 2018.
- Baranowska-Bolesta M., Opieka nad małoletnim. Wybrane zagadnienia, „Studia Iuridica Lublinensia” 2020, vol. 29, nr 1.
- Bielski B., O losie dziecka skłóconych rodziców: studium przypadku (cz. I), „Palestra” 2005, nr 5–6.
- Borzyszkowska R., Kategoria pojęciowa „dobro dziecka”, „Przegląd Pedagogiczny” 2011, nr 1.

46 S. Jedynek (red.), Mała encyklopedia filozofii. Pojęcia. Problemy. Kierunki. Szkoły, Bydgoszcz 1996, s. 98.

47 M. Andrzejewski, Stosowanie..., *op. cit.*, s. 29–51.

48 A. Młynarkiewicz, Prawne aspekty uprowadzenia i porwania rodzicielskiego a naruszenie dobra dziecka – studium uwarunkowań na tle orzecznictwa, „Prawo i Więź” 2020, nr 4 (34), s. 66–67.

49 *Ibidem*, s. 71–74; por. M. Andrzejewska, Osobista styczność z dzieckiem w przypadku spraw o przysposobienie międzynarodowe jako narzędzie chroniące dobro dziecka, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, vol. 22, nr 3 s. 33 i n.

- Cudowska M., Child Custody in Minesota and in Poland. The Best Interest Factors – A Comparative Overview, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, vol. 22, nr 3.
- Czerederecka A., Manipulowanie dzieckiem przez rodziców rywalizujących o udział w opiece, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, Badania, Praktyka” 2008, vol. 7, nr 4.
- Długokęcka P., Dopuszczalność orzekania o pieczy naprzemiennej, „Studia Prawnoustrojowe” 2020, nr 50.
- Domański M., Model pieczy naprzemiennej jako rozstrzygnięcie o władzy rodzicielskiej w wyroku rozwodowym (na tle nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 25.06.2015 r.), „Przegląd Sądowy” 2017, nr 7–8.
- Domański M., Orzekanie o pieczy naprzemiennej w wyrokach rozwodowych, „Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne” 2016, nr 25.
- Dubas M., Golińczak M., (w:) J. Helios, W. Jedlecka, A. Kwieciński (red.), Prawo wobec wyzwań współczesności: wybrane problemy teoretycznoprawne i dogmatycznoprawne, Wrocław 2019, s. 52–53.
- Dudak A., Narodowe Centrum Ojcostwa jako przykład nowego ruchu społecznego na rzecz poprawy sytuacji współczesnych ojców, „Pedagogika Społeczna” 2019, XVIII, nr 1 (71).
- Gołuch M., Piecza naprzemienna jako forma ochrony dobra dziecka w konflikcie okołorozwodowym, „Kwartalnik Naukowy FIDES ET RATIO” 2018, nr 4 (36).
- Jedynak S. (red.), Mała encyklopedia filozofii. Pojęcia. Problemy. Kierunki. Szkoły, Bydgoszcz 1996.
- Kamińska K., Ewolucja władzy rodzicielskiej ze szczególnym uwzględnieniem instytucji pieczy naprzemiennej (joint physical custody), „Miscellanea Historico-Iuridica” 2020, t. XIX, z. 1.
- Kędziera K., Stępień M., Piecza naprzemienna w polskim prawie rodzinnym, „Palestra” 2018, nr 3.
- Konopka A., Samochowicz J., Zespół alienacji rodzicielskiej – co powinien wiedzieć profesjonalista, „Psychiatria” 2009, t. 6, nr 3.
- Kulesza K., Sposób rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej w wyrokach rozwodowych w porównaniu z wyrokami orzekającymi separację w świetle badań naukowych, „Krytyka Prawa” 2021, t. 13, nr 1.
- Lipowicz E., Kobiety i mężczyźni jako uczestnicy rozwodowych mediacji rodzicielskich, „Rocznik Lubuski” 2016, t. 42, cz. 1.
- Łukasiewicz J.M., Problemy praktyczne związane z instytucją pieczy naprzemiennej, „Forum Prawnicze” 2018, nr 2 (46).
- Łukasiewicz J.M., Uwagi na temat pieczy naprzemiennej w sprawach o rozwód, (w:) A.M. Arkuszewska, J.M. Łukasiewicz, A. Kościółek (red.), Wokół problematyki małżeństwa w aspekcie materialnym i procesowym, Toruń 2017.
- Młynarkiewicz A., Prawne aspekty uprowadzenia i porwania rodzicielskiego a naruszenie dobra dziecka – studium uwarunkowań na tle orzecznictwa, „Prawo i Więź” 2020, nr 4 (34).
- Namysłowska I., Haitzman J., Siewierska A., Zespół Gardnera – zespół oddzielenia od drugoplanowego opiekuna (PAS). Rozpoznanie czy rzeczywistość rodzinna?, „Psychiatria Polska” 2009, t. XLIII, nr 1.

- Pomarańska-Bielecka M., Kryminalizacja zjawiska alienacji rodzicielskiej – aktualnie obowiązujący stan prawny i propozycje zmian, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, Badania, Praktyka” 2021, nr 1, vol. 20.
- Rojek-Socha P., Alienacja rodzicielska staje się plagą – MS analizuje zjawisko utrudniania kontaktów, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/utrudnianie-kontaktow-z-dzieckiem-ms-pracuje-nad-rozwiazaniami,497776.html> (22.07.2021).
- Stojanowska W., Kosek M., Dobro dziecka a kolejne nowelizacje Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, „Ius Matrimoniale” 2018, nr 4 (29).
- Śmiałek P., Instytucja pieczy naprzemiennej w perspektywie konstytucyjnej zasady dobra dziecka – analiza krytyczna, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2019, nr 1 (24).
- Wojewódka M., Alienacja rodzicielska (PA), a zespół alienacji rodzicielskiej (PAS), <http://www.psychologia.net.pl/artukul.php?level=495>.
- Zajączkowska-Burtowy J., Burtowy M., O kryminalizacji tzw. alienacji rodzicielskiej, „Prokuratura i Prawo” 2020, nr 4–5.

Kinga Michałowska

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie, Polska

michalok@uek.krakow.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2133-8110>

Granice rodzicielskich ingerencji w dobra osobiste dziecka – zagadnienia wybrane

Limits of Parental Interference in a Child's Personal Rights – Selected Issues

Abstract: The article discusses the issues of the limits of parental interference in children's personal rights. The conducted research covers the subject broadly. It starts with the general issues of legal capacity as the basis for the protection of subjective rights and then proceeds to demonstrating the lack of limitations in the protection of a child's personal rights. A child growing up in a family remains under parental authority, which gives rise to certain obligations and rights of parents towards the child. Parents look after, educate and guide the child, carrying out their duties in the best interests of the child and guided by their good. It happens, however, that by caring for children, parents violate their personal rights. Therefore, the determinants of exercising parental authority were examined. Particular attention was paid to the scope of rights resulting from parental authority, the assessment of the manner of exercising it, the right of the child to express his or her own position and the principle of the best interests of the child. These determinants made it possible to indicate the limit of parental interference in the child's personal rights. The practical side of the implementation of the right to the protection of a child's personal rights was also indicated, as well as a proposal to amend the content of the family and guardianship code.

Keywords: a child, parental authority, personal rights, subjective rights, the child's welfare, upbringing
Słowa kluczowe: dziecko, władza rodzicielska, dobra osobiste, prawa podmiotowe, dobro dziecka, wychowanie

Wprowadzenie

Relacja rodzinna to szczególnie, subtelny, interpersonalny stosunek, oparty na szacunku, zaufaniu i wzajemnej trosce wszystkich jej członków. Ta wyjątkowa, niemajątkowa spójnia powinna zapewnić poczucie bezpieczeństwa oraz ochronę pod-

stawowych wartości. Członkowie rodziny dzielą się ze sobą codziennymi radościami i troskami oraz wspólnie rozwiązują problemy. Rodzinna relacja bliskości nie odbiera jednak prawa do zachowania pewnej sfery osobistej tylko dla siebie. Prawo to wynika z przysługującej każdemu człowiekowi ochrony wartości dla niego najcenniejszych – dóbr osobistych, których ochrona nie jest zależna od wieku, psychofizycznej sprawności czy pełnionej w rodzinie roli. Mimo, wydawać by się mogło, oczywistości powyższego stwierdzenia, w praktyce często okazuje się, że wzajemny szacunek dla dóbr osobistych poszczególnych członków rodziny jest wątpliwy, marginalizowany, a często nawet nieświadomiony. Pokutują stereotypy typu: „w rodzinie nie ma tajemnic”, „rodziny się nie wstydzi”, „z bliskimi można się wszystkim podzielić” itp. Mimo pozornie neutralnego przekazu stwierdzenia tego rodzaju dewaluują prawo członka rodziny do prywatności, intymności, zachowania w tajemnicy informacji ze sfery osobistej, naruszając mir domowy.

Bezprawne ingerencje w dobra osobiste członków rodziny mogą dotyczyć zarówno samych małżonków (partnerów), jak i dzieci. O ile w relacji rodzinnej dwóch dorosłych osób ich równoprawna pozycja wytycza granicę ochrony dóbr osobistych każdego z nich, o tyle w relacji rodzice – dzieci nadrzędna, decyzyjna i często dominująca pozycja rodzica spycha ochronę dóbr osobistych dziecka na dalszy, mniej istotny plan. Paradoksalnie, dobra te niejednokrotnie są poświęcane w imię dobra dziecka. O ile w większości sytuacji ingerencje rodziców w dobra osobiste dziecka nie będą zachowaniem bezprawnym, a uzasadnionym z uwagi na dobro dziecka i jego ochronę realizowaną zgodnie z wynikającym z władzy rodzicielskiej obowiązkiem troski o dziecko, to niestety można też spotkać zachowania bezprawne, ingerujące w dobra podstawowe, takie jak godność, wolność, prywatność, odbierające dziecku autonomię i powodujące poczucie krzywdy i niesprawiedliwości. O ile jeszcze niedawno przedmiotem „rodzicielskiej inwigilacji” były pamiętniki czy listy, o tyle obecnie są to e-maile, SMS-y, wpisy na kontach społecznościowych, zdjęcia i filmy zamieszczane w Internecie, nieustanne kontrolowanie dziecka za pomocą urządzeń śledzących miejsce jego przebywania. Ingerencja w dobra osobiste dziecka może mieć również miejsce w sytuacji, gdy rodzice szafują informacjami o dziecku na przykład w postaci zamieszczanych na portalach społecznościowych relacji z codziennych zachowań dziecka, zawierających często wstydlive, krępujące dla dziecka informacje „okraszane” jego zdjęciami. W takim przypadku zachowania te nie mają najczęściej nic wspólnego z obowiązkiem troski i ochrony dziecka, są niezgodne z prawem, niekorzystnie wpływają na psychikę dziecka, pozostawiając po sobie trwałe ślady i powodując, że funkcjonujące w rodzinie dziecko czuje się samotne ze swoimi problemami¹.

1 T.E. Olearczyk, *Sieroctwo i osamotnienie. Pedagogiczne problemy współczesnej rodziny*, Kraków 2008, s. 135; K.M. Wasilewska, *Samotność młodzieży*, Bydgoszcz 2010, s. 26; A. Breczko, *Prawo do prywatności we współczesnym świecie*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2013, z. 13, s. 131–132.

W związku z tym pojawia się pytanie o granice rodzicielskich ingerencji w dobra osobiste dziecka. Prowadzone badania mają na celu wskazanie podstaw wyodrębnienia i ochrony dóbr osobistych dziecka, przesłanek uzasadniających dopuszczalną ingerencję rodziców w dobra osobiste dziecka oraz skutecznych środków ochrony tych dóbr. Wbrew pozorom poruszonym kwestiom poświęcono niewiele opracowań, gdyż większość skupiona jest na analizie kwestii ochrony konkretnych dóbr osobistych dziecka.

1. Dziecko jako pełnoprawny podmiot

Konstrukcja prawa podmiotowego zakłada istnienie podmiotów będących nosicielami określonych praw i obowiązków. Podmiotem tym jest każdy człowiek bez względu na jakiegokolwiek cechy wyróżniające, z kodeksowo wskazanymi właściwościami szczególnymi w postaci zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnej. Pojmowana w normatywnej kategorii zdolność prawna o funkcjonalnym charakterze powszechnie ujmowana jest jako możliwość bycia nosicielem (podmiotem) praw i obowiązków czy też jako zdolność do bycia podmiotem praw i obowiązków z zakresu prawa cywilnego². Owa potencjalność zdolności prawnej współlistnieje z pojęciem podmiotowości prawnej, przy czym w relacji obu określeń podmiotowość prawną należy traktować jako konsekwencję zdolności prawnej³. Konsekwencją normatywnego ujęcia zdolności prawnej jest brak podstaw do poszerzającej, pozakodeksowej wykładni jej istoty i zakresu⁴. Nie ma również podstaw, aby łączyć zdolność prawną ze zdarzeniami prawnymi, których pojawienie się stanie się w przyszłości źródłem praw i obowiązków, stąd doktryna stoi na stanowisku, że zdolność prawna

2 Jak podkreślał Z. Radwański, z pojęcia zdolności prawnej wynika rola nosiciela praw i obowiązków, a fakt przysługiwania podmiotowi zdolności prawnej nie przesądza o tym, czy rzeczywiście osoba ta ma jakieś prawa i obowiązki; A. Olejniczak, Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 16, Warszawa 2021, s. 89, 149–150. Tak też: J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, A. Wolter, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, wyd. 4, Warszawa 2020, s. 198; M. Pazdan, *Komentarz do art. 8 pkt 1 3*, (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. I. Komentarz do artykułów 1–44910*, wyd. 6, Warszawa 2011, s. 84; S. Dmowski, *Komentarz do art. 8, pkt 2*, (w:) S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, wyd. X, 2011, Lex el.

3 Por. przytoczone w przypisie 2 orzeczenie TK z 1997 r., w którym w dalszej części Trybunał podkreślił, że „zdolności prawnej określonej w art. 8 k.c. nie można utożsamiać z podmiotowością prawną w całym systemie prawa. Podmiotowość prawną przynależna jest każdemu człowiekowi. Zdolność prawna w zakresie prawa cywilnego może być natomiast uzależniona od etapu rozwoju życia ludzkiego”; tak też M. Pazdan, *Komentarz*, s. 84.

4 Tak orzeczenie TK z 28 maja 1997 r., K 26/96, OTK 1997, nr 2, poz. 19, tak też literatura, m.in.: J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, A. Wolter, *Prawo cywilne...*, *op. cit.*, s. 194–195; R. Majda, *Komentarz do art. 8 Kodeksu cywilnego, pkt 4*, (w:) M. Pyziak-Szafnicka, P. Książak, *Kodeks cywilny. Komentarz 2014*, Lex el.; S. Kalus, *Komentarz do art. 8, pkt 3*, (w:) M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. I: Część ogólna (art. 1–125)*, WPK 2018, Lex el.

jest kategorią abstrakcyjną i pasywną, przysługującą wszystkim ludziom⁵, i dotyczy możliwości bycia podmiotem znanych prawu cywilnemu praw i obowiązków cywilnoprawnych⁶. Pierwotne, normatywne ujęcie zdolności prawnej wpłynęło na obecny sposób jej postrzegania, a zawarte w treści art. 8 § 1 k.c.⁷ określenie „każdy człowiek” oznacza, iż przysługuje ona zarówno dziecku, jak i osobie pełnoletniej, niezależnie od kondycji psychofizycznej czy doświadczenia życiowego. Zakres zdolności prawnej jest dla wszystkich taki sam, co więcej – nie może być ani ograniczony, ani wyłączony, ani przeniesiony na inną osobę w drodze jakiegokolwiek czynności prawnej. Sygnalizowane w doktrynie sytuacje uzasadniające ewentualne ograniczenia zdolności prawnej⁸ powinny być raczej traktowane jako „utrudnienia” w korzystaniu z określonych praw⁹. Odniesione do zdolności prawnej uwagi są istotne w kontekście postrzegania dziecka jako nosiciela przysługujących mu konstytucyjnie, konwencyjnie i ustawowo chronionych praw podmiotowych.

Oparta na konstrukcji praw podmiotowych ochrona obejmuje związane z podmiotem i jemu przypisane wartości szczególne – dobra osobiste. Cechą wyróżniającą dóbr osobistych jest to, że należąc do typu praw bezwzględnych, skierowane są wobec wszystkich. Zasada ta nie znajduje żadnego wyjątku, co w kontekście dalszych rozważań dotyczących ochrony dóbr osobistych dziecka jest szczególnie istotne. Nikt bowiem nie ma prawa naruszać ani zagrażać jego dobrom osobistym, a wszelkie ingerencje wymagają prawnie uzasadnionych podstaw. Ewentualne wyłączenia bezprawności muszą mieć usprawiedliwioną podstawę w postaci kodeksowo wskazanych przesłanek. To, co wyróżnia prawa osobiste postrzegane w kategorii praw podmiotowych, służących do ochrony dóbr osobistych, to ich niemajątkowy charakter i ścisły

5 Jednoznaczne brzmienie art. 8 k.c. wskazuje, że zdolność prawna przysługuje każdemu człowiekowi bez wyjątku; por. też ustawa z 18 lipca 1950 r., Przepisy ogólne prawa cywilnego (Dz.U. z 1950 r. Nr 34, poz. 311), w których jednoznacznie podkreślono, że „ani płeć, ani rasa czy narodowość, ani wyznanie czy pochodzenie nie mają wpływu na zdolność prawną osoby fizycznej”.

6 Jak słusznie podkreśla S. Kalus, takie ujęcie nie oznacza, że każda osoba fizyczna może być podmiotem każdego prawa i obowiązku. Niektóre z nich przysługują tylko osobom posiadającym pewne przymioty osobiste czy też uwarunkowania prawne lub ekonomiczne; S. Kalus, *Komentarz...*, *op. cit.*

7 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964, Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 1360).

8 W dawniejszej literaturze: A. Wolter, *Prawo cywilne*, Warszawa 1967, s. 140–143, w nowszej: S. Dmowski, który podaje w wątpliwość nieograniczoną możliwość korzystania z niektórych praw z uwagi na obiektywne przeszkody, takie jak na przykład wiek czy ubezwłasnowolnienie. Autor zwraca uwagę, że „[...] w sytuacji, gdy osoba nie może dokonać konkretnej czynności prawnej, czy też być podmiotem określonych praw i obowiązków, trudno mówić o posiadaniu przez nią zdolności prawnej nieograniczonej. Przeciwnie, należy przyjąć, że w zakresie, w jakim niemożność bycia podmiotem praw i obowiązków występuje, ma miejsce ograniczenie zdolności prawnej”; S. Dmowski, *Komentarz do art. 8, pkt 15, (w:) S. Dmowski, S. Rudnicki, Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, wyd. X, 2011, Lex el.

9 Tak M. Pazdan, *Komentarz do art. 8, pkt 14, (w:) K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny, t. I, Komentarz do artykułów 1–44910*, wyd. 6, Warszawa 2011, s. 91.

związek z podmiotem oraz brak możliwości jakichkolwiek rozporządzeń. Wszystkie wskazane cechy są szczególnie istotne w kontekście dalszych skupionych na ochronie dóbr osobistych dziecka badań.

Treść artykułu 23 k.c. nie wskazuje żadnych podmiotowych przesłanek ograniczających, potwierdzając jednoznacznie ochronę dóbr osobistych każdego człowieka. Ochrona ta nie jest ograniczona wiekiem, stanem rozwoju emocjonalnego, stanem zdrowia itp. W odniesieniu do treści art. 8 k.c. nie budzi wątpliwości, że dobra osobiste na równi przysługują dziecku, jak i osobie dorosłej. Stanowisko to znajduje pełne uzasadnienie w kontekście art. 72 Konstytucji RP, Konwencji o prawach dziecka¹⁰, w tym w szczególności art. 16, oraz art. 1 ust. 2 pkt 2 ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka¹¹. W tym samym duchu dobra osobiste dzieci chronione są w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym i ustawach szczegółowych. Wszystkie wskazane powyżej akty prawne, w tym Kodeks rodzinny i opiekuńczy, podkreślają, że podstawą relacji pomiędzy rodzicami a dziećmi jest wzajemny szacunek, traktowany jako uniwersalny wyznacznik relacji rodzinnych, niezależny od wieku czy faktu istnienia władzy rodzicielskiej. Mimo że Kodeks nie zawiera jednoznacznego, odsyłającego do ochrony dóbr osobistych przepisu¹², to podstawowym wyznacznikiem, a zarazem nakazem wzajemnego ich przestrzegania w relacjach pomiędzy rodzicami a dziećmi, są art. 87 k.r.o.¹³ oraz art. 95 k.r.o.¹⁴ Przyjęty jako podstawa stosunków rodzinnych wzajemny szacunek oznacza takie ukształtowanie interpersonalnych relacji, które pozwalają na zachowanie estymy w codziennych kontaktach i poszanowanie wartości takich jak

- 10 Artykuł 16 Konwencji jednoznacznie chroni dziecko przed wszelkimi arbitralnymi lub bezprawnymi ingerencjami w sferę jego życia prywatnego, rodzinnego lub domowego czy w jego korespondencję, a także przed bezprawnym zamachom na jego honor i reputację. W sytuacji wystąpienia tego rodzaju sytuacji dziecko ma prawo do ochrony przeciwko tego rodzaju ingerencji lub zamachom; Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 121, poz. 526). Komitet Praw Dziecka podejmuje liczne aktywności w zróżnicowanych obszarach, których efektem jest poszerzanie ochrony praw dziecka; por. W. Skowron-Mihaescu, *Reforma Komitetu Praw Dziecka w świetle trzeciego Protokołu fakultatywnego do Konwencji o prawach dziecka*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2017, vol. XXVI, nr 4, s. 110.
- 11 Ustawa z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 141).
- 12 W dawniejszej literaturze sprzed nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego można odnaleźć propozycje uzupełnienia treści Kodeksu o przepis jednoznacznie odnoszący się do ochrony dóbr osobistych dziecka; tak A. Cisek, J. Mazurkiewicz, J. Strzebniczuk, *O rozszerzenie ochrony dóbr osobistych dziecka i macierzyństwa prenatalnego*, „Nowe Prawo” 1988, nr 10–12, s. 77. Zapropionowane ponad trzydzieści lat temu rozwiązanie jest nadal aktualne, gdyż mimo obecnego brzmienia art. 87 i 95 k.r.o. ochrona dóbr osobistych dziecka nadal jest za mało wyeksponowana.
- 13 Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1359).
- 14 G. Jędrejek, *Komentarz do art. 87 Kodeksu, pkt 1, (w:) Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 693–694.

godność, prywatność, intymność, wizerunek czy tajemnica korespondencji¹⁵. Przy tym, z uwagi na pewną specyfikę relacji rodzinnej, wskazany w treści art. 87 k.r.o. wymóg wzajemności jest raczej odniesiony do obustronności zachowania, gdyż przyznanie mu wzajemnego charakteru mogłoby być problematyczne¹⁶.

2. Ochrona dóbr osobistych dziecka w kontekście realizacji władzy rodzicielskiej

Przysługujące dziecku, tak jak każdej innej osobie, dobra osobiste nie powinny być umniejszane faktem pozostawiania dziecka pod władzą rodzicielską¹⁷. Podstawowym wyznacznikiem relacji pomiędzy rodzicami a dziećmi jest troska i odpowiedzialność rodziców za dzieci. Rodzice dbają o dziecko w każdym wymiarze jego istnienia, zarówno fizycznym, jak i psychicznym, wychowują dziecko, opiekują się nim i dbają o niego i jego majątek¹⁸. W kontekście ochrony dóbr osobistych dziecka i ewentualnego konfliktu pomiędzy interesem rodziców a interesem dziecka w pierwszej kolejności należy uściślić zakres pojęcia władzy rodzicielskiej, by kolejno wyznaczyć granice jej wykonywania.

Sprowadzająca się do roztoczenia pieczy nad osobą i nad majątkiem dziecka oraz do jego wychowywania, ujęta w postaci nałożonych na rodziców obowiązków i praw, władza rodzicielska powinna być wykonywana z poszanowaniem godności i praw dziecka. W związku z tym art. 95 k.r.o. ma charakter uniwersalny i stanowi źródło podmiotowości i praw podmiotowych, jest wyznacznikiem normatywnego standardu wykonywania władzy rodzicielskiej, stanowi też zbiór wskazówek dotyczących codziennych – zwykłych oraz rzadszych – nadzwyczajnych decyzji dotyczących dziecka. Wyodrębnione w pojęciu władzy rodzicielskiej obszary pieczy mają zapewnić kompleksową ochronę dziecka przy jednoczesnym pozostawieniu rodzicom swobody w realizacji rodzicielskich praw podmiotowych. Mimo niekwestionowanej doniosłości instytucji władzy rodzicielskiej pewne wątpliwości budzi samo określenie „władza rodzicielska”.

15

16 W dawniejszej literaturze: A. Cisek, Pozaalimentacyjne obowiązki dziecka wobec rodziców w świetle k.r.o., „Acta Universitatis Wratislaviensis” 1995, nr 31, s. 148, w nowszych: A. Sylwestrzak, Komentarz do art. 87, pkt 4, (w:), Komentarz do wybranych przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, Lex el.

17 A. Cisek, Obowiązek posłuszeństwa wobec rodziców a ochrona dóbr osobistych dziecka, A UW Prawo 1990/189, s. 37.

18 Szerzej K. Michałowska, Ochrona zdrowia dziecka i jego rodziny a realizacja obowiązku nauki w sytuacji stanu epidemii, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2021, z. 1, s. 22–24.

2.1. Problematiczne pojęcie „władza rodzicielska”

Pieczka rodziców nad osobą i majątkiem dziecka określana jest jako władza rodzicielska, obejmująca ogół obowiązków i praw rodziców względem dziecka. Tak ukształtowana powinna być wykonywana w sposób zgodny z dobrem dziecka i interesem społecznym¹⁹. W praktyce z samego określenia „władza rodzicielska” może wybrzmiewać mylny i nie do końca odpowiadający idei współczesnej relacji rodzicielskiej stosunek podporządkowania i podległości. Sami rodzice często w autorytatywny i apodyktyczny sposób postrzegają swoją rodzicielską rolę i pozycję. Wszystko to nie pozostaje w zgodności ze współczesnym pojmowaniem rodzicielstwa oraz z gwarantowanymi konwencyjnie i ustawowo prawami dziecka. Oparta na wzajemnym szacunku relacja rodziców i dzieci nie daje przyzwolenia na autorytatywne, nieuzasadnione rzeczywistym interesem dziecka, nieograniczone wkraczanie w obszar jego dóbr osobistych. Mimo jednoznacznej kodeksowej wykładni pojęcia władzy rodzicielskiej w praktyce określenie to sugeruje jednostronne podejmowanie decyzji opartych na autorytatywnych decyzjach rodziców, sugerując konieczność podporządkowania się im przez dziecko, często przyjmujące postać nakazu określonego postępowania²⁰. Z tego powodu w literaturze nie ma zgodności²¹ i niektórzy autorzy podkreślają potrzebę zastąpienia pojęcia „władza rodzicielska” innym, bardziej neutralnym określeniem. Najczęściej proponowane są określenia: „odpowiedzialność rodzicielska” bądź „piecza rodzicielska”. Pierwszym z określeń posługuje się Rekomendacja RE Nr R(84)4 z dnia 28 lutego 1984 r. w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej. Należy jednak zauważyć, że zakres pojęcia odpowiedzialności rodzicielskiej

- 19 Nie bez powodu w koncepcji władzy rodzicielskiej dominuje interes (dobro) dziecka, a interesy (ambicje) rodziców są na dalszym planie. W sytuacji kolizji interes dziecka jest zawsze na pierwszym planie. Jak podkreślał J. Ignatowicz, instytucja władzy rodzicielskiej przeszła w rozwoju historycznym ewolucję, w szczególności gdy chodzi o znaczenie, jakie dla jej ukształtowania miały interesy obydwu stron, tj. rodziców i dzieci. Pierwotnie obejmowała ona nieograniczony zakres uprawnień względem dziecka, dopiero w najnowszych czasach zwyciężyła idea, że władza rodzicielska istnieje przede wszystkim w interesie dziecka, interes zaś rodziców zszedł na dalszy plan, co znalazło wyraz w idei dobra dziecka; J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, wyd. 5, Warszawa 2016, s. 507. M. Aleksandrowicz, *Rodzina w systemie prawnym Szwajcarii. Kilka uwag o historii i rozwiązaniach współczesnych*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, vol. 22, nr 3, s. 121–122.
- 20 Dyskusje co do określenia „władza rodzicielska” utrzymują się od początków obowiązywania Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego; por. B. Dobrzański, *Władza rodzicielska w projekcie kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, „Palestra” 1964, nr 7–8, s. 27–28, T. Sokołowski, *Władza rodzicielska nad dorastającym dzieckiem*, Poznań 1987, s. 54–57, T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, wyd. 9, Warszawa 2018, s. 253–255.
- 21 Odmienne K. Gromek. Autorka podkreśla, że termin „władza rodzicielska” jest określeniem adekwatnym do roli rodziców w sferze wychowywania dziecka w relacji do innych podmiotów; K. Gromek, *Granice władzy rodzicielskiej*, „Monitor prawniczy” 2021, nr 8, *Legalis el.*; por. uzasadnienie do projektu zmian ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy, druk sejmowy 926, <http://orka.sejm.gov.pl>.

jest szerszy niż kodeksowe pojęcie władzy rodzicielskiej i obejmuje dodatkowo prawo do kontaktów i obowiązek alimentacyjny²². Za drugim z proponowanych określeń – piecza rodzicielska – przemawia brak dominacji elementu władczego, z jednocześnie wybrzmiewającym elementem opieki i rozsądnej, dostosowanej do rozwoju dziecka troski. Proponowane pojęcie pieczy rodzicielskiej jest neutralne, nie ma obciążającego wydźwięku, tak jak ma to miejsce zarówno w odniesieniu do pojęcia „władza rodzicielska”, jak i w odniesieniu do określenia „odpowiedzialność rodzicielska”. Odpowiedzialność sugeruje postrzeganie rodziców jako odpowiedzialnych z tytułu własnego rodzicielstwa²³ bynajmniej nie w pozytywnym, a raczej w negatywnym wydźwięku²⁴. W odniesieniu do proponowanego określenia odpowiedzialności rodzicielskiej M. Nazar słusznie podkreśla, że „w odbiorze adresatów norm może być postrzegane jako ograniczenie, albo pozbawienie rodzica odpowiedzialności rodzicielskiej mogłyby być rozumiane nawet jako stany korzystne wskutek zdjęcia z rodzica ciężaru niektórych lub wszystkich rodzicielskich obowiązków”²⁵.

2.2. Realizacja władzy rodzicielskiej a prawo dziecka do wypowiedzenia się i zajęcia stanowiska

W proponowanym pojęciu pieczy rodzicielskiej dostrzegalny jest element zaufania, który sprzyja realizacji wszystkich celów wychowawczych, pozwalając tym samym ukierunkować rozwój dziecka. W opartej na zaufaniu relacji nie dochodzi do bezprawnych ingerencji w dobra osobiste, gdyż rodzice podejmują decyzje po wysłuchaniu stanowiska dziecka, starając się, o ile jest to możliwe, uwzględnić zarówno jego zdanie, jak i interes obu stron. Przyznane dziecku prawo do wypowiedzenia się w sprawach, które go dotyczą, jest wyrazem poszanowania dziecka jako podmiotu oraz sposobem na zrównoważenie władczej pozycji rodziców²⁶. Uprawnienie to przewidują wszystkie podstawowe dla ochrony praw dziecka regulacje, w tym w szczegól-

22 Tak Rekomendacja RE Nr R(84)4 z 28 lutego 1984 r. w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej, (w:) M. Safjan (red.), *Standardy Prawne Rady Europy. Teksty i komentarze*, t. I: *Prawo Rodzinne*, Warszawa 1994, s. 201–203. Do pojęcia odpowiedzialności rodzicielskiej odwołuje się Projekt Kodeksu rodzinnego przedstawiony przez Rzecznika Praw Dziecka w 2018 r., brpd.gov.pl/sites/default/files/kodeks_rodzinny_projekt_z_uzasadnieniem; por. też M. Tabernacka, *Podmiotowość dziecka w mediacjach rodzinnych*, (w:) J. Mucha (red.), *Realizacja zasady dobra dziecka w mediacjach w sprawach dotyczących wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów*, Warszawa 2021, s. 83.

23 Szerzej, K. Michałowska, *Niemajątkowe wartości życia rodzinnego w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2017, s. 333–334.

24 Tak M. Andrzejewski, *Wokół projektu Kodeksu rodzinnego przedłożonego w lipcu 2018 roku przez Rzecznika Praw Dziecka*, „Prawo w Działaniu” 2019, nr 40, s. 25.

25 Tak M. Nazar, *Projekt kodeksu rodzinnego i postulaty gałęziowego wyodrębnienia prawa rodzinnego*, „Przełęcz Sądowy” 2019, nr 7–8, s. 13–14.

26 Prawo do wypowiedzenia się przez dziecko co do sytuacji, w której się znalazło, i planowanych działań jest szczególnie wyeksponowane w odniesieniu do ochrony dobra osobistego, jakim jest zdrowie; por. J. Haberko, *Udzielanie informacji o stanie zdrowia dziecka a poszanowanie prawa*

ności: art. 72 Konstytucji RP, który zobowiązuje wskazane w nim podmioty, w tym rodziców, do wysłuchania i uwzględnienia w miarę możliwości zdania dziecka²⁷, art. 12 Konwencji o prawach dziecka, który podkreśla prawo dziecka do swobodnego wyrażania własnych poglądów we wszystkich dotyczących go sprawach, z uwzględnieniem wieku i poziomu rozwoju, oraz art. 95 § 4 k.r.o. wskazujący na powinność wysłuchania dziecka i uwzględnienia, w miarę możliwości, jego rozsądnych życzeń, a na gruncie procesowym art. 2161 oraz art. 576 § 2 k.p.c.²⁸

W analizie znaczenia opinii dziecka w kontekście realizacji władzy rodzicielskiej szczególnego znaczenia nabierają regulacje kodeksowe. Zgodnie z art. 95 § 4 rodzice przed powzięciem decyzji w ważniejszych sprawach dotyczących osoby lub majątku dziecka powinni je wysłuchać oraz uwzględnić, w miarę możliwości, jego rozsądne życzenia. Co zrozumiałe, jest to uzależnione od psychofizycznych cech dziecka (rozwoju umysłowego, stanu zdrowia i stopnia dojrzałości). W kontekście zagadnień ochrony dóbr osobistych dziecka pewne wątpliwości budzi kodeksowe ograniczenie obowiązku wysłuchania dziecka do spraw rodzajowo ważniejszych, gdyż nie do końca rozwiązuje problem konsultacji w sprawach mniej istotnych, a powodujących u dziecka poczucie krzywdy i niesprawiedliwości²⁹. Nie niweluje go również art. 95 § 2 k.r.o., gdyż ten odnosi się do sytuacji, w których dziecko na mocy przepisów ogólnych ma zapewnioną autonomię działania (art. 20–21 k.c.). Kodeksowy wymóg konsultacji decyzji we wskazanych obszarach nie wpływa na skuteczność czynności dokonanej przez dziecko. W literaturze zwrócono uwagę, że przysługująca trzynastoletniemu dziecku aktywność w zakresie czynności o charakterze majątkowym uzasadnia poszerzenie jego samodzielności w obszarze niemajątkowym, w szczególności w związku z zagrożeniem lub naruszeniem jego dóbr osobistych³⁰, o czym w dalszej części artykułu.

Wynikający z art. 95 § 4 k.r.o. wymóg wysłuchania dziecka w sprawach istotnych w żaden sposób nie wyklucza wysłuchania zdania dziecka w innych, zwykłych, codziennych decyzjach, i w relacji rodzinnej powinien być standardem, szczególnie,

do samostanowienia i prywatności małego pacjenta, „Białostockie Studia Prawnicze” 2020, vol. 25, nr 2, s. 135.

27 Jak podkreślił TK, „pojęcie „praw dziecka” w przepisach Konstytucji należy rozumieć jako nakaz zapewnienia ochrony interesów małoletniego dziecka, które w praktyce samo może jej dochodzić w bardzo ograniczonym zakresie”, Wyrok TK z 28 kwietnia 2003 r., K 18/02.

28 Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1805).

29 S. Skubisz-Ślusarczyk, Wymiar sprawiedliwości przyjazny dziecku – perspektywa prawno-psychologiczna, Nowa kodyfikacja prawa karnego, t. L, Wrocław 2018, s. 137; M. Żebrowska, Psychologia rozwojowa dzieci i młodzieży, Warszawa 1986, s. 272.

30 Tak A. Cisek, J. Mazurkiewicz, J. Strzebniczek, O rozszerzenie ochrony..., *op. cit.*, s. 77–78; tak też J. Mazurkiewicz, Rodzinne do remontu! Czyli o potrzebie wielkiej reformy prawa rodzinnego, (w:) P. Stec, M. Załucki (red.), 50 lat kodeksu cywilnego. Perspektywy rekodyfikacji. Warszawa 2015, s. 313.

gdy decyzje odnoszą się do któregośkolwiek z dóbr osobistych dziecka. Wysłuchanie zdania dziecka w zwykłych, w opinii rodziców nawet błahych sprawach jest wyrazem nie tylko cierpliwości rodziców, ale poszanowania dziecka jako osoby³¹. Nawet przy braku racjonalnych przesłanek możliwości realizacji życzeń dziecka wysłuchanie jego opinii jest ważne, gdyż wpływa na budowanie wzajemnych relacji i owocuje w przyszłości, gdy pojawiają się bardziej istotne i trudne problemy dorastającego dziecka. Rodzic budujący swoją postawą szacunek dla dziecka i jego opinii ma szansę na utrzymanie jego zaufania, co w efekcie eliminuje wiele sytuacji skłaniających go do ingerencji w dobra osobiste dziecka, dyktowane rzekomo jego dobrem.

2.3. Realizacja władzy rodzicielskiej w kontekście przesłanki dobra dziecka

Jakkolwiek nieusprawiedliwiona ingerencja w dobra osobiste dziecka nie pozostaje w zgodności z regulacjami dotyczącymi władzy rodzicielskiej, współczesnym pojmowaniem rodzicielstwa i jego funkcji oraz z gwarantowanymi konstytucyjnie, konwencyjnie i ustawowo prawami dziecka. Szczególnie wyraźnie zostało to podkreślone we wspomnianym już art. 16 Konwencji wprowadzającym jednoznaczny zakaz arbitralnych oraz bezprawnych ingerencji w dobra osobiste dziecka, wskazując jednocześnie na konieczność zapewnienia prawnej ochrony przeciwko nieuprawnionym ingerencjom i zamachom na wskazane dobra. Istotne wydają się użyte w Konwencji, odniesione do ingerencji w dobro osobiste dziecka określenia: „arbitralnej” lub „bezprawnej” ingerencji. Oba użyte zwroty łączą się ze sposobem wykonywania władzy rodzicielskiej. W odniesieniu do art. 95 § 3 k.r.o. oczywiste jest, iż każda wynikająca z władzy rodzicielskiej aktywność rodziców musi być oceniana w kontekście dobra dziecka i interesu społecznego.

Pomijając szczegółowe rozważania dotyczące dobra dziecka, należy zwrócić uwagę, że zawarty w pojęciu „dobra dziecka” interes dziecka powinien być oceniany według obiektywnych kryteriów, przyjętych jako reguły prawidłowego postępowania w społeczeństwie, z uwzględnieniem wieku dziecka, jego psychofizycznego rozwoju, stanu zdrowia, zainteresowań i uzdolnień oraz środowiska, w którym się wychowuje³². Druga ze wskazanych w art. 95 § 3 k.r.o. przesłanek oceny rodzicielskiej aktywności, ujęta jako „interes społeczny”, jest pojęciem niedookreślonym, niezdefiniowanym w żadnym przepisie z nadaną mu w doktrynie kwalifikacją klauzuli

31 Zwraca na to uwagę art. 72 ust. 3 Konstytucji RP, szeroko określając krąg osób, które zdanie dziecka wysłuchać powinny. W literaturze podkreśla się, że stworzenie dziecku możliwości przedstawienia własnych poglądów powoduje dodatkowy bodziec do podjęcia decyzji i jej zrozumienia; tak B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2012, s. 429.

32 A. Pośpiech, *Komentarz do art. 95, pkt 2, (w:) M. Fras, M. Habdas (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2021, Lex el.

generalnej³³. Z przyznanej rodzicom autonomii wynika, że ocena podejmowanych przez nich decyzji, postrzegana przez pryzmat interesu społecznego, powinna być odnoszona do obszaru wychowywania dziecka realizowanego z poszanowaniem systemu wartości, który jest społecznie akceptowalny³⁴. W kontekście oceny prawidłowości wykonywania władzy rodzicielskiej, szczególnie w obszarze ingerencji w dobra osobiste dziecka, przekłada się na ocenę motywacji, jaką kierowali się rodzice naruszający dobra osobiste ich dziecka, o czym w dalszej części. W sytuacji nieprawidłowości w wykonywaniu władzy rodzicielskiej, w sytuacji zagrożenia dobra dziecka mogą oczywiście znaleźć zastosowanie rozwiązania przewidziane w art. 109 i 111 k.r.o. O ile pozbawienie władzy rodzicielskiej w większości sytuacji nie wydaje się adekwatne do badanych problemów ingerencji w prywatność, intymność, wizerunek czy tajemnicę korespondencji, o tyle poprawie rodzinnych relacji mogą w pewnym zakresie służyć rozwiązania zawarte w art. 109 k.r.o., o czym w punkcie 3 artykułu.

2.4. Realizacja władzy rodzicielskiej w kontekście wychowania i kierowania dzieckiem

Szczególnie istotne dla ochrony dóbr osobistych dziecka oraz wyznaczenia granic rodzicielskiej ingerencji jest zawarty we władzy obowiązek pieczy nad osobą dziecka, realizowanej poprzez jego wychowanie i kierowanie nim. Wychowanie, rozumiane jako kształtowanie osobowości dziecka, obejmuje zarówno obszar fizyczny, jak i duchowy, formowanie psychiki dziecka, wpajanie dziecku obowiązujących zasad etycznych, moralnych, zasad współżycia społecznego czy też wypracowywanie pewnych cech jego zachowania³⁵. Aby to osiągnąć, podobnie jak w odniesieniu do poprzednich wyznaczników wykonywania władzy rodzicielskiej konieczne jest oparcie relacji rodzinnej na wzajemnym poszanowaniu praw, na zaufaniu, na stworzeniu dziecku bezpiecznych i równych z innymi członkami rodziny warunków funkcjonowania. W literaturze zwraca się uwagę na szczególnie wyostrzony u dzieci zmysł sprawiedliwości³⁶, co dla budowania opartej na zaufaniu relacji pomiędzy rodzicami

33 Jak podkreśla A. Pośpiech, „ustalenie, czym jest interes społeczny, powinno odbywać się w okolicznościach konkretnej sprawy i być wyważone w oparciu o podstawowe wartości, jakie wyrażone zostały w ustawie zasadniczej, a także w prawie międzynarodowym”; A. Pośpiech, *Komentarz...*, *op. cit.*

34 G. Jędrejek, *Komentarz do art. 95, pkt 11, (w:) Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz aktualizowany*, 2019, Lex el.

35 G. Jędrejek, *Komentarz do art. 96, pkt 1 i 3, (w:) Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz aktualizowany*, 2019, Lex el.; tak też K. Osajda, M. Domański, J. Słyk, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 9, Warszawa 2022, Legalis; J. Ignaczewski (red.), *Komentarz do przepisów KRO regulujących władzę rodzicielską, (w:) Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2019.

36 J. Gajda, *Komentarz do art. 96, cz. I, pkt 6, (w:) K. Pietrzykowski (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 7, 2021, Legalis; A. Szymańska, *Aspekty kontroli rodzicielskiej i dyscyplinowanie dziecka, „Psychologia rozwojowa” 2009, t. 14, nr 1, s. 38 i n.*

a dzieckiem jest szczególnie istotne. Środkiem do wychowania dziecka jest kierowanie nim. Sprowadza się ono do planowania aktywności dziecka z uwzględnieniem jego wieku³⁷, w tym do regulowania jego trybu życia i związanej z tym kontrolą rodzicielską (pora rozpoczęcia i zakończenia dnia, pora posiłków, realizacja obowiązku szkolnego i kontrola jego efektów, kontaktów towarzyskich, miejsca przebywania, sposobu aktywności itp.)³⁸. Szczególnie istotnym składnikiem kierowania jest, po pierwsze, sprawowany przez rodziców nadzór nad dzieckiem, który zawiera w sobie czuwanie nad osobą dziecka i jego postępowaniem, mające nie dopuścić do tego, żeby pozostając pod nadzorem, wyrządziło ono komuś szkodę; po drugie, interweniowanie w zakres działalności dziecka w celu zapobieżenia wyrządzeniu przez nie szkody³⁹. W kontekście ochrony dóbr osobistych dziecka to właśnie ten obszar jest najbardziej narażony na rodzicielskie ingerencje. Przykład może stanowić korzystanie przez rodziców z urządzeń śledzących dziecko (najczęściej aplikacji instalowanych w telefonie dziecka). Problemem nie jest samo zainstalowanie aplikacji, a sposób, w jaki jest ona wykorzystywana, gdyż ta sama aplikacja może być jednocześnie narzędziem ochrony w pełni mieszczącym się w zakresie sprawowania pieczy nad osobą dziecka, jak i narzędziem inwigilacji, naruszającym prywatność dziecka (szczególnie nastoletniego dziecka). Problem ten pozostaje w ścisłym związku z wyodrębnionymi modelami – stylami wychowania dziecka. Zwraca się uwagę, że optymalnym stylem wychowania jest styl demokratyczny, oparty na współpracy pomiędzy rodzicami a dziećmi, z zachowaniem zwierzchniej roli rodziców i szacunku dla dziecka⁴⁰. Nieco

37 J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne...*, *op. cit.*, s. 514–519; T. Sokołowski, Komentarz do art. 96, pkt 13, (w:) H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, Komentarz, wyd. II, 2013, Lex el.

38 Z uwagi na subtelność badanej tematyki w realizacji obowiązków wychowawczych oraz obowiązku kierowania dzieckiem nie da się wyeliminować zachowań, które szczególnie w odczuciu dorastającego dziecka będą przez niego odbierane jako nazbyt ingerujące, a nawet związane z dolegliwościami psychicznymi. Istotne jest zachowanie odpowiednich proporcji i motywacja, jaką kierują się rodzice dziecka, ograniczając mu np. kontakty towarzyskie czy godziny powrotu do domu. Jak słusznie zwraca uwagę T. Sokołowski, w takich sytuacjach dziecko nie może powoływać się na art. 961 k.r.o., wywodząc, że zakazy i nakazy rodziców stanowią dla niego źródło poniżenia i sprawiają mu niedozwolone cierpienie psychiczne: cierpienie takie jest w takiej sytuacji uzasadnione względami wychowawczymi; T. Sokołowski. Komentarz do art. 96, pkt 12, (w:) H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks...*, *op. cit.*

39 Tak T. Sokołowski, Komentarz, pkt 18, Lex el.

40 Tak M. Ziemska, *Postawy rodzicielskie i ich wpływ na osobowość dziecka*, (w:) M. Ziemska (red.), *Rodzina i dziecko*, Warszawa 1979, s. 155–197; E. Wysocka, B. Ostafińska-Molik, *Zaburzenia przystosowania młodzieży a style wychowania w rodzinie*, „*Pedagogika Społeczna*” 2015, nr 4, s. 58–60. Podobnie klasyfikacja stylów wychowania wg H. Rudolpha Schaffera, który w wyróżnionych czterech stylach wychowania jako najlepszy wskazał model wzajemności i współdziałania, zwracając uwagę, że tylko ten może przynieść pozytywne skutki. Jego głównymi założeniami jest partnerstwo w interakcjach między osobami dorosłymi a dziećmi. W związku z tym kładzie on szczególny nacisk na szanowanie drugiej osoby, uwzględnianie jego odmienności oraz zwracanie się do siebie z szacunkiem oraz szczerością; H.R. Schaffer, *Rozwój społeczny. Dzieciństwo i mło-*

inaczej przedstawia się problem wykorzystania dziennika elektronicznego jako potencjalnego narzędzia ingerencji w prywatność dziecka, przy czym z uwagi na regulacje ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. Prawo oświatowe⁴¹, w szczególności art. 35 regulujący obowiązek szkolny oraz art. 98 ust. 2 wraz z art. 102 ust. 1 pkt 12 określającymi regulowane statutem szkoły zasady współpracy z rodzicami uczniów, w tym obowiązek informowania ich o postępach w nauce dziecka, jego zachowaniu i ewentualnych problemach wychowawczych, dziennik elektroniczny, mimo na pierwszy rzut oka inwigilacyjnej formy, ma inne, ustawowo doprecyzowane zadanie⁴².

3. Granica realizacji władzy rodzicielskiej i praktyczny aspekt ochrony dóbr osobistych dziecka

Skutecznie realizowany obowiązek pieczy nad osobą dziecka urzeczywistnia się w roztaczanej nad dzieckiem ochronie przed groźącymi mu niebezpieczeństwami. Mogą to być zarówno niebezpieczeństwa ze strony innych ludzi, jak i takie, które nie są od nikogo zależne. Rodzicielska ochrona sprowadza się najczęściej do konkretnych działań. Większość z nich podejmowanych jest z przekonaniem, że służą dobru dziecka i mieszczą się w zakresie władzy rodzicielskiej. Problemem jest jednak to, że część z nich w zakresie władzy rodzicielskiej się nie mieści, a ich ingerencyjny charakter i ukierunkowanie powodują uznanie ich za obiektywnie bezprawne. Z tego powodu konieczne jest podjęcie próby wyznaczenia granicy dopuszczalnych ingerencji oraz wskazania na te, które nie mieszczą się w przysługującej rodzicom autonomii w realizacji ich rodzicielskich kompetencji. Z uwagi na przysługujące rodzicom prawo podmiotowe, przy jednoczesnym istnieniu praw podmiotowych dziecka, w tym w szczególności dóbr osobistych, dochodzić może do konfliktu. Nie jest to sytuacja wyjątkowa, gdyż w międzyludzkich stosunkach do takich konfliktów dochodzi, istotna jest natomiast podstawa do ich rozstrzygnięcia. Z uwagi na specyfikę relacji rodzinnej (rodzice–dzieci) oraz jednoznacznej kodeksowej przesłanki dobra dziecka przy rozwiązywaniu tego rodzaju konfliktów dobro dziecka będzie zawsze przesłanką wiodącą⁴³. Nie oznacza to jednak założenia, że rodzicielskie prawo pod-

dość, tłum. M. Białecka-Pikul, K. Sikora, Kraków 2006, s. 260–262; A. Jurczak, Relacje między stylem wychowania w rodzinie a stylem zarządzania w firmie, „Wychowanie w Rodzinie” 2019, t. XX, s. 103.

41 Ustawa z dnia 14 grudnia 2016 r. Prawo oświatowe (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz.1082).

42 Dziennik elektroniczny zapewnia komunikację pomiędzy szkołą a rodzicami przy wykorzystaniu aplikacji Librus, która pełni dodatkowo rolę poradnika pomocnego w wychowywaniu dziecka, współpracy z nim, komunikacji; por. I.W. Grygiel, Mamo, Tato – nie czytaj tego! Szanuj moją prywatność..., <https://portal.librus.pl/rodzina/artykuly/mamo-tato-nie-czytaj-tego-szanuj-moja-prywatnosc> (19.12.2021).

43 SN w wyroku z 25 sierpnia 1981 r., III CRN 155/81, LEX nr 503248 wskazał, że rozstrzygając o władzy rodzicielskiej, sąd powinien przede wszystkim kierować się dobrem dziecka oraz intere-

miotowe jest marginalizowane. Jak podkreślił SN w postanowieniu z 2000 r., podstawowe założenie polskiego prawa rodzinnego stanowi dążenie do realizacji w każdej sprawie dobra małoletniego dziecka. Nie oznacza to jednocześnie eliminacji interesu rodziców. Jeżeli ochrona dobra dziecka da się pogodzić z interesem rodziców, to sąd nie może tego ostatniego interesu nie wziąć pod uwagę⁴⁴. Każdorazowo podstawą rozstrzygnięcia ewentualnego konfliktu są wskazane już dobro dziecka i interes społeczny.

Jak więc chronić dobra dziecka w decyzjach odniesionych do jego dóbr osobistych?

Nie ma wątpliwości, że słuszne w założeniu, zgodne z międzynarodowymi wymogami wskazane w treści Kodeksu podstawy relacji rodziców i dziecka, oparte na wzajemnym szacunku oraz wynikającym z władzy rodzicielskiej obowiązku poszanowania godności i praw dziecka, służą ochronie dóbr osobistych dziecka w każdej sprawie, zarówno tej ważnej, jak i mniej istotnej. Praktycznym problemem jest jednak to, że do naruszeń dóbr osobistych dziecka dochodzi najczęściej w sprawach zwykłych, codziennych, a ingerującym w dobra osobiste rodzicom, przekonanym o słuszności swojego postępowania wynikającym z przysługującej im władzy rodzicielskiej, często nie przychodzi na myśl, że ich zachowanie jest bezprawne. Problem nie jest nowy, warto w tym miejscu wspomnieć o zaproponowanym ponad trzydzieści lat temu postulatcie wzmocnienia ochrony dóbr osobistych dziecka poprzez uzupełnienie przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego o przepis, z którego jasno i jednoznacznie wynika zakaz ich naruszania przez rodziców i opiekunów dziecka. Podobnie miało to miejsce w odniesieniu do dodanego art. 961 k.r.o.⁴⁵, dotyczącego

sem społecznym, a nie interesem jednego czy obojga rodziców; podobnie SN w uzasadnieniu wyroku z 5 stycznia 2001 r., V CKN 915/00, LEX nr 45571.

- 44 Por. postanowienie z 5 maja 2000 r., II CKN 765/00, LEX nr 51981. W starszym orzecznictwie SN podkreślał, że jeżeli interes dziecka da się pogodzić z interesem rodziców, to nie można pomijać tego ostatniego, nawet przy założeniu, że „rozstrzygnięcie wywoła pewne przejściowe skutki ujemne dla dziecka”; tak wyrok SN z 17 grudnia 1965 r., I CR 309/65, OSNCP 1966/7–8, poz. 132; podobnie uchwała pełnego składu Izby Cywilnej SN z 9 czerwca 1976 r., III CZP 46/75, OSNCP 1976/9, poz. 184, cyt. za G. Jędrejek, Komentarz do art. 95, pkt 7, (w:) Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz aktualizowany, 2019, Lex el.
- 45 Por. J. Mazurkiewicz, „Zanim pomysły nasze szczeną wraz z nami”. O zapomnianych projektach reformy prawa rodzinnego, „Acta Iuris Stetinensis” 6, Kodeks rodzinny i opiekuńczy po wielkich nowelizacjach, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego” 2014, nr 821, s. 314–315. Warto zwrócić uwagę, że w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy z dnia 30 maja 2008 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz o zmianie niektórych innych ustaw (druk nr 1789, s. 6) podkreślono konieczność włączenia do treści ustawy przepisu wprost zakazującego karania dzieci w sposób naruszający ich prawa i godność. Podkreślono również, że istniejące dotychczas rozwiązania prawne nie stanowią wystarczającej ochrony dla dzieci, Natomiast na etapie prac legislacyjnych Podkomisji Nadzwyczajnej pojawiła się propozycja uzupełnienia treści projektowanego przepisu o zakaz „zadawania cierpień psychicznych i innych form poniżania dziecka”. W takiej też wersji omawiany przepis został uchwalony przez Sejm w dniu 6 maja 2010 r. Szczegółową analizę

zakazu stosowania kar cielesnych, które w wielu sytuacjach były wymierzone „dla dobra dziecka”. Bezprawne ingerencje w dobra osobiste dziecka nie są tak wyraźne, nie ma po nich blizn zewnętrznych, okaleczeń czy siniaków. Ich siła rażenia jest inna, wewnętrzna, bardziej ukryta, ale nie mniej krzywdząca. Z tego powodu uzupełnienie stanowiłoby jasne i jednoznaczne uświadomienie istniejącej ochrony, jej podmiotowe uszczegółowienie i wzmocnienie, nie uszczuplające w żaden sposób ochrony przewidzianej w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym oraz ochrony ogólnej opartej na art. 23 i 24 k.c., przysługującej bez względu na ochronę przewidzianą w innych przepisach.

O ile przedstawione rozważania uzasadniają zaproponowane rozwiązanie uzupełnienia treści Kodeksu, o tyle nie rozwiązują związanego z naruszeniem praktycznego problemu uruchomienia działań ochronnych. W sytuacji naruszenia czy zagrożenia przez osobę trzecią dobra osobistego dziecka rodzice jako przedstawiciele ustawowi dziecka podejmują stosowne działania. W sytuacji, gdy zagrożenie lub naruszenie pochodzi od rodziców, z uwagi na konflikt interesów dziecko musi być reprezentowane przez kuratora. Mimo istniejących podstaw przyjęty model nie sprawdza się w praktyce. Proponowane w literaturze przyznanie samodzielności procesowej trzynastoletniemu dziecku i ewentualne przyznanie mu legitymacji czynnej w procesie przeciwko rodzicom o naruszenie dóbr osobistych też budzi wątpliwości. Mimo że jej pomysłodawcy podkreślali, iż „nie może być wystarczającym argumentem przeciw przyznaniu takiej legitymacji małoletniemu obawa przed jej nadużyciem przez niego”⁴⁶, to obserwowana w wielu sytuacjach roszczeniowa postawa młodzieży może wzbudzać uzasadnione wątpliwości i jednak sugerować ryzyko nadużyć. Analizując przepisy prawa rodzinnego, można jednak wskazać na rozwiązanie, którego wyeksponowanie pozwoliłoby na skuteczną ochronę dóbr osobistych dziecka. W sytuacji, gdy działania rodziców wykraczają poza zakres wynikający z władzy rodzicielskiej i mogą stanowić zagrożenie dla dobra dziecka, przepisy Kodeksu wskazują na prawo sądu opiekuńczego do wydania zarządzenia, na mocy którego zagrażające dobru dziecka działania mogą zostać skutecznie ograniczone (art. 109 k.r.o.)⁴⁷. Do działań zagrażających dobru dziecka należą niewątpliwie działania

prac legislacyjnych przedstawili M. Kosek, W. Stojanowska, Komentarz do niektórych przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, (w:) Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza. Wykładnia. Komentarz, Warszawa 2011, Lex el.

46 A. Cisek, J. Mazurkiewicz, J. Strzebniczek, O rozszerzenie ochrony..., *op. cit.*, s. 78.

47 Jak podkreślił SN w postanowieniu z dnia 24 listopada 2016 r., II CA 1/16, OSNC 2017/7–8/90, odnosząc się do pojęcia dobra dziecka: „Nie ma definicji ustawowej zwrotu »dobra dziecka«. Wypełnienie jego znaczenia powinno być dokonywane w konkretnych okolicznościach faktycznych, zwłaszcza jeżeli wskazują na zaistnienie sytuacji, w jakiej znalazło się dziecko, wymagającej ingerencji ze strony innych podmiotów, w tym także sądu”. W dalszej części postanowienia SN odniósł się do ochrony dóbr osobistych dziecka, podkreślając: „Wyszczególnić należy uprawnienie do ochrony życia i zdrowia oraz wszelkich działań ze strony innych, które powinny zapewnić

bezprawne, naruszające jego dobra osobiste lub zagrażające im. W orzecznictwie zauważalna jest w tym zakresie zgodność, z podkreśleniem konieczności podjęcia przez sąd opiekuńczy działań w każdej sytuacji, gdy wymaga tego ochrona dobra dziecka⁴⁸. Zwraca się również uwagę, iż konieczne jest zachowanie elastyczności i dobór adekwatnego do sytuacji środka, na co zezwala otwarty katalog zarządzeń art. 109 § 2 k.r.o.⁴⁹ Wśród wymienionych w katalogu art. 109 k.r.o. zarządzeń można wskazać zarówno te o łagodniejszym, jak i surowszym charakterze. W sytuacji zagrożenia lub naruszenia dobra osobistego dziecka z reguły bardziej adekwatne będą tzw. środki miękkie, które – jak podkreśla M. Andrzejewski – „powinny znaleźć zastosowanie zwłaszcza w początkowej fazie kryzysu w wypełnianiu przez rodziców funkcji opiekuńczo-wychowawczej i powstającej wówczas sytuacji zagrożenia dobra dziecka”⁵⁰. W sytuacji wskazanego zagrożenia dobra dziecka i potrzeby wydania zarządzenia w trybie art. 109 k.r.o. postępowanie może być wszczęte z urzędu na podstawie art. 570 k.p.c.

W tym miejscu powstaje jednak kolejny problem, gdyż aby sąd opiekuńczy mógł z urzędu wszcząć postępowanie, musi o tym być poinformowany. W związku z tym istotne jest wskazanie podmiotu, który przekaże sądowi informację o zagrożeniu lub naruszeniu dóbr osobistych dziecka przez jego rodziców. Nie ulega wątpliwości, że najlepiej, aby sprawy rodzinne były rozwiązywane w rodzinie, bez konieczności jakichkolwiek ingerencji podmiotów zewnętrznych w rodzicielskie prawa. Są sytuacje, gdy bliskie dziecku osoby (np. dziadkowie) zaangażowane w sprawy osobiste dziecka i jego rodziny dostrzegą istniejący problem, czy też zostaną o nim poinformowani przez dziecko, a ich interpersonalne zdolności pozwolą na jego wewnątrzrodzinne rozwiązanie. Czasem wystarczy samo uświadomienie rodziców, że ich działania są zbyt daleko ingerencyjne i krzywdzące dla dziecka. W sytuacji, gdy takich osób nie ma, z uwagi na konieczność ochrony osoby dziecka i jego praw jako podmiotu niesamodzielnego, bądź też w sytuacji, gdy ingerencja osoby bliskiej nie przyniosła rezultatu, konieczna może okazać się ingerencja sądu opiekuńczego. Artykuł 572 k.p.c.

warunki do spokoju, prawidłowego, niezakłóconego rozwoju, poszanowania godności i udziału w procesie decydowania o jego sytuacji oraz zaznaczyć, że jest to zbiór niewyczerpany”.

48 Jak podkreślił SN w postanowieniu z dnia 4 marca 1999 r., II CKN 1106/98, LEX nr 1125073, sąd opiekuńczy może na podstawie art. 109 k.r.o. wydać każde zarządzenie, jakiego w danych okolicznościach wymaga dobro dziecka, a więc jakiego wymaga troska o prawidłowy duchowy, psychiczny i fizyczny rozwój dziecka”.

49 Postanowienie SN z dnia 10 maja 2000 r., III CKN 845/00, LEX nr 1222322, natomiast co do charakteru prawnego zarządzeń z art. 109 k.r.o., których istota w pewnym zakresie sprowadza się do ograniczenia władzy rodzicielskiej SN wypowiedział się w postanowieniu z dnia 5 maja 2000 r., II CKN 869/00, LEX nr 40834.

50 M. Andrzejewski, *Relacja rodzice i inne osoby dorosłe a dzieci w świetle nowych przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego i niektórych innych ustaw (wybrane problemy)*, „Acta Iuris Stetinensis” 2014, nr 6, s. 384; Z. Ochońska, *Dysponowanie dobrami osobistymi małoletniego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2019, nr 3, s. 111.

daje podstawę do wszczęcia przez sąd opiekuńczy postępowania z urzędu w każdej sytuacji, gdy nastąpi zawiadomienie o zdarzeniu uzasadniającym jego wszczęcie⁵¹. Zawiadomienie ma charakter powszechny, przy czym w celu przykładowego uszczegółowienia wskazane zostały podmioty, które są do zawiadomienia zobowiązane. Są wśród nich m.in. placówki oświatowe. To właśnie one powinny być „podmiotem pierwszego kontaktu” w sprawach o naruszenie (zagrożenie) dobra osobistego dziecka. Za skutecznością takiego rozwiązania przemawia ich powszechność oraz bezpośrednia dostępność dla dziecka, które realizując obowiązek szkolny, uczęszcza do określonego rodzaju szkoły. Mimo oczywistego oddzielenia wychowawczych obowiązków szkoły od wychowawczej roli i autonomii wykonujących władzę rodzicielską rodziców dziecka podmioty te są zobowiązane do wzajemnej współpracy, co w kontekście dobra dziecka wydaje się oczywiste i naturalne. Jej podstawą jest zarówno art. 1 pkt 2 ustawy o systemie oświaty, w którym mowa o wspomaganie przez szkołę wychowawczej roli rodziny⁵², jak i dokument doprecyzowujący zasady współpracy z rodzicami, jakim jest statut szkoły opracowany zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 10 załącznika nr 2 do rozporządzenia MEN z dnia 21 maja 2001 r. Ramowe statuty publicznego przedszkola oraz publicznych szkół⁵³. Rozwiązanie takie pozostaje również w zgodności z jedną z podstawowych zasad systemu oświaty – zasadą sprawiedliwości społecznej chroniącej dobra powszechne każdego z podmiotów⁵⁴.

Od strony praktycznej w zasadzie stały kontakt z dzieckiem ma nauczyciel sprawujący funkcję wychowawcy bądź pedagog szkolny. Obowiązki nauczyciela sprawującego funkcję wychowawcy regulowane są w aktach wewnętrznych szkół, a jednym z jego obowiązków jest sygnalizowana powyżej współpraca z rodzicami. Zgodnie z rozporządzeniem MEN z dnia 9 sierpnia 2017 r. w sprawie zasad organizacji i udzielania pomocy psychologiczno-pedagogicznej w publicznych przedszkolach, szkołach i placówkach podmioty te udzielają uczniom pomoc psychologiczno-pedagogiczną⁵⁵. Zgodnie z § 2 pkt 1 rozporządzenia pomoc psychologiczno-pedagogiczna

51 W literaturze i w orzecznictwie zwraca się uwagę, że wszczęcie postępowania z urzędu jest obowiązkiem sądu opiekuńczego zawsze, gdy sąd ten uzyska informacje o okolicznościach uzasadniających taką czynność. Sąd samodzielnie dokonuje wówczas oceny przesłanek wszczęcia. Co więcej, sąd opiekuńczy może wszcząć postępowanie z urzędu również wtedy, gdy wniosek o wszczęcie złożyła osoba, która wprawdzie nie posiada legitymacji do wszczęcia, ale informacja przekazana przez nią okaże się istotna i zawiera przesłankę wszczęcia postępowania z urzędu; tak A. Góra-Błaszczkowska, Komentarz do art. 572 k.p.c., (w:) T. Wiśniewski (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz 2021, t. III, art. 506–729, Lex el.; por. postanowienie SN z dnia 13 grudnia 2013 r., III CZP 89/13, OSP 2015/1, poz. 2.

52 Ustawa z dnia 14 grudnia 2016 r. Prawo oświatowe (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1082).

53 Rozporządzenia MEN z dnia 21 maja 2001 r. Ramowe statuty publicznego przedszkola oraz publicznych szkół (Dz.U. z 2001 r. Nr 61, poz. 624).

54 Tak D. Kurzyńska-Chmiel, Oświata jako zadanie publiczne, Warszawa 2013, s. 43 i 63–65.

55 Rozporządzenie MEN z dnia 9 sierpnia 2017 r. w sprawie zasad organizacji i udzielania pomocy psychologiczno-pedagogicznej w publicznych przedszkolach, szkołach i placówkach (tekst jedn.

polega m.in. na rozpoznawaniu czynników środowiskowych wpływających na funkcjonowanie ucznia. Mimo niewątpliwie edukacyjno-rozwojowego ukierunkowania pomocy psychologiczno-pedagogicznej szkół informacja o naruszeniu praw dziecka, w tym ingerencji w jego dobra osobiste, jest niewątpliwie czynnikiem środowiskowym wpływającym na ogólne funkcjonowanie dziecka, w tym również jako ucznia. Sam obowiązek zawiadomienia sądu opiekuńczego spoczywa na dyrektorze szkoły jako osobie kierującej szkołą (art. 68 ustawy Prawo oświatowe). Należy podkreślić, że wskazany w artykule 572 k.r.o. obowiązek dotyczy samego zawiadomienia, co nie jest równoznaczne ze złożeniem wniosku o wszczęcie postępowania i jak podkreślił Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 5 maja 2000 r.: „Artykułu 572 § 1 nie można rozumieć w ten sposób, że każdy składający zawiadomienie, któremu znane jest zdarzenie uzasadniające wszczęcie postępowania z urzędu, jest osobą upoważnioną do złożenia wniosku o wszczęcie postępowania w sprawie opiekuńczej⁵⁶. Aby to proste rozwiązanie mogło zadziałać, istotne są dwa dodatkowe czynniki: pierwszy to chęć współpracy ze strony placówki oświatowej, drugi to zakrojona na szeroką skalę kampania informacyjna, aby poszukujące pomocy dziecko wiedziało, że ma na własnym podwórku kogoś, komu może zaufać i kto jest w stanie podjąć działania służące ochronie jego podstawowych praw⁵⁷. Mimo licznych obowiązków nałożonych na pracowników oświaty w kompetencjach, a zarazem w zakresie obowiązków zarówno nauczyciela sprawującego funkcję wychowawcy, jak i pedagoga szkolnego wskazana aktywność się mieści. Na koniec warto podkreślić, że kampania informacyjna powinna być również skierowana do rodziców, a jej celem powinno być wyraźne zwrócenie uwagi, że wiele codziennych powszechnie akceptowanych zachowań, często podejmowanych przez rodziców w dobrej wierze, narusza dobra osobiste dziecka, krzywdząc je i niszcząc wypracowaną wcześniej relację zaufania.

Dz.U. z 2020 r. poz. 1280).

56 Postanowienie SN z dnia 5 maja 2000 r., II CKN 765/00, LEX nr 51981.

57 Podobnie jak miało to miejsce w odniesieniu do uświadomienia problemu przemocy fizycznej w stosunku do dzieci. Ogólnoeuropejska inicjatywa przeciwko karom fizycznym, przygotowana i wdrażana przez Radę Europy w 47 krajach członkowskich, została zainaugurowana 15 czerwca 2008 r. konferencją w Zagrzebiu, skupiającą przedstawicieli rządów i organizacji pozarządowych. Stanowiła ona część prowadzonego przez Radę Europy programu: Budowanie Europy dla dzieci i z dziećmi. Kampania RE nie tylko przyniosła istotne efekty w zakresie zwrócenia uwagi na problem, ale i w jej wyniku zostały wprowadzone istotne zmiany legislacyjne w większości krajów europejskich, w tym w Polsce, czego przykładem jest uzupełnienie Kodeksu o art. 961; por. Ł. Wojtasik, E. Gajewska, Kampanie społeczne przeciwko karaniu fizycznemu dzieci, „Dziecko Krzywdzone” 2009, nr 3 (28), s. 1–13, <https://www.dziecokrzywdzone.fdds.pl/index.php/DKarticle> (21.12.2021).

Podsumowanie

Podsumowując, granica pomiędzy wynikającym z władzy rodzicielskiej, dozwolonym działaniem rodziców a bezprawnym naruszeniem dóbr osobistych dziecka jest wyznaczona obiektywnie rozumianym dobrem dziecka. Motywowane innymi względami działania rodziców nie mieszczą się w przysługującej im władzy rodzicielskiej, a w sytuacji, gdy mają charakter działań bezprawnych, dają podstawę do wszczęcia postępowania o ochronę dóbr osobistych dziecka. Z tego powodu, mimo istniejących w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym podstaw do ochrony dóbr osobistych dziecka, ich jednoznaczne wyekspozowanie może przyczynić się do wzmożenia ochrony, pełniąc podobną jak art. 961 k.r.o. funkcję. Mimo wskazanych w przedstawionej analizie wątpliwości co do samodzielnej kompetencji dziecka we wszczęciu postępowania o naruszenie przez rodziców jego dóbr osobistych, to wskazana, wynikająca z obowiązujących przepisów aktywność informacyjna placówki oświatowej, do której uczęszcza dziecko, może stanowić skuteczne rozwiązanie problemu sądowej weryfikacji oraz samego powiadomienia. Jeżeli informacja o naruszeniu dóbr osobistych dziecka okaże się prawdziwa, sąd opiekuńczy może zastosować adekwatne do sytuacji zarządzenia, a przy zaistnieniu konieczności prowadzenia postępowania wyznaczyć reprezentującego dziecko kuratora. Uzupełnieniem powinna być zakrojona na szerszą skalę kampania informacyjna skierowana zarówno do rodziców, jak i dzieci. W stosunku do tych pierwszych kampania powinna być dwutorowa. Po pierwsze, powinny być przekazywane informacje co do podmiotowego traktowania dziecka, metod wypracowywania opartej na wzajemnym szacunku i zaufaniu relacji, tak jak to wynika z treści art. 87 i 95 k.r.o, a po drugie przedmiotem kampanii powinno być uświadomienie rodzicom, że dyktowane troską o dziecko działania mogą przekraczać wynikające z władzy rodzicielskiej kompetencje i powodować bezprawne wtargnięcie w chroniony, osobisty obszar dziecka. Konieczność ochrony dóbr osobistych dziecka nie oznacza, że w sytuacji, gdy dobro dziecka jest zagrożone, rodzice nie powinni działać. Wręcz przeciwnie, mają obowiązek działania, a ewentualne wtargnięcie w dobra osobiste dziecka nie będzie działaniem bezprawnym, gdy uzasadnieniem jego podjęcia będzie obiektywna ocena sytuacji i stanu ewentualnego zagrożenia dobra dziecka.

BIBLIOGRAFIA

- Aleksandrowicz M., Rodzina w systemie prawnym Szwajcarii. Kilka uwag o historii i rozwiązaniach współczesnych, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, vol. 22, nr 3.
- Andrzejewski M., Relacja rodzice i inne osoby dorosłe a dzieci w świetle nowych przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego i niektórych innych ustaw (wybrane problemy), „Acta Iuris Stetinensis” 2014, nr 6.
- Andrzejewski M., Wokół projektu Kodeksu rodzinnego przedłożonego w lipcu 2018 roku przez Rzecznika Praw Dziecka, „Prawo w Działaniu” 2019, nr 40.

- Banaszak B., Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, wyd. 2., Warszawa 2012.
- Breczko A., Prawo do prywatności we współczesnym świecie, „Białostockie Studia Prawnicze” 2013, z. 13.
- Cisek A., Obowiązek posłuszeństwa wobec rodziców a ochrona dóbr osobistych dziecka, A UW Prawo 1990/189.
- Cisek A., Pozaalimentacyjne obowiązki dziecka wobec rodziców w świetle k.r.o., „Acta Universitatis Wratislaviensis” 1995, nr 31.
- Cisek A., Mazurkiewicz J., Strzebniczek J., O rozszerzenie ochrony dóbr osobistych dziecka i macierzyństwa prenatalnego, „Nowe Prawo” 1988, nr 10–12.
- Dmowski S., Komentarz do art. 8, (w:) S. Dmowski, S. Rudnicki, Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna, wyd. X, 2011, Lex el.
- Dobrzański B., Władza rodzicielska w projekcie kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, „Palestra” 1964, nr 7–8.
- Gajda J., Komentarz do art. 96 k.r.o., (w:) K. Pietrzykowski (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, wyd. 7, 2021, Legalis.
- Góra-Błaszczkowska A., Komentarz do art. 572 k.p.c., (w:) T. Wiśniewski (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz 2021, t. III, art. 506–729, Lex el.
- Gromek K., Granice władzy rodzicielskiej, „Monitor Prawniczy” 2021, nr 8, Legalis.
- Haberko J., Udzielanie informacji o stanie zdrowia dziecka a poszanowanie prawa do samostanowienia i prywatności małego pacjenta, „Białostockie Studia Prawnicze” 2020, vol. 25, nr 2.
- Ignatowicz J., Nazar M., Prawo rodzinne, wyd. 5, Warszawa 2016.
- Ignatowicz J., Stefaniuk K., Wolter A., Prawo cywilne. Zarys części ogólnej, wyd. 4, Warszawa 2020.
- Jędrejek G., Komentarz do art. 87 k.r.o., (w:) Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 2017.
- Jurczak A., Relacje między stylem wychowania w rodzinie a stylem zarządzania w firmie, „Wychowanie w Rodzinie” 2019, t. XX.
- Kalus S., Komentarz do art. 8 k.c., (w:) M. Fras, M. Habdas (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. I: Część ogólna (art. 1–125), WPK 2018, Lex el.
- Kurzyna-Chmiel D., Oświata jako zadanie publiczne, Warszawa 2013.
- Mazurkiewicz J., Rodzinne do remontu! Czyli o potrzebie wielkiej reformy prawa rodzinnego, (w:) P. Stec, M. Załucki (red.), 50 lat kodeksu cywilnego. Perspektywy rekodyfikacji, Warszawa 2015.
- Mazurkiewicz J., „Zanim pomysły nasze szezną wraz z nami”. O zapomnianych projektach reformy prawa rodzinnego, „Acta Iuris Stetinensis” 6, Kodeks rodzinny i opiekuńczy po wielkich nowelizacjach, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego” 2014, nr 821.
- Majda R., Komentarz do art. 8 k.c., (w:) M. Pyziak-Szafnicka, P. Książak, Kodeks cywilny. Komentarz 2014, Lex el.
- Michałowska K., Niemajątkowe wartości życia rodzinnego w polskim prawie cywilnym, Warszawa 2017.
- Michałowska K., Ochrona zdrowia dziecka i jego rodziny a realizacja obowiązku nauki w sytuacji stanu epidemii, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2021, z. 1.

- Nazar M., Projekt kodeksu rodzinnego i postulaty gałęziowego wyodrębnienia prawa rodzinnego, „Przegląd Sądowy” 2019, nr 7–8.
- Ochońska Z., Dysponowanie dobrami osobistymi małoletniego, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2019, nr 3.
- Olearczyk T.E., Sieroctwo i osamotnienie. Pedagogiczne problemy współczesnej rodziny, Kraków 2008.
- Olejniczak A., Radwański Z., Prawo cywilne – część ogólna, wyd. 16, Warszawa 2021.
- Pazdan M., Komentarz do art. 8 k.c., (w:) K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny, t. I, Komentarz do artykułów 1–44910, wyd. 6, Warszawa 2011.
- Pośpiech A., Komentarz do art. 95 k.r.o., (w:) M. Fras, M. Habdas (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 2021, Lex el.
- Schaffer H.R., Rozwój społeczny. Dzieciństwo i młodość, tłum. M. Białecka-Pikul, K. Sikora, Kraków 2006.
- Skowron-Mihaescu W., Reforma Komitetu Praw Dziecka w świetle trzeciego Protokołu fakultatywnego do Konwencji o prawach dziecka, „Studia Iuridica Lublinensia” 2017, vol. XXVI, nr 4.
- Smyczyński T., Prawo rodzinne i opiekuńcze, wyd. 9, Warszawa 2018.
- Sokołowski T., Władza rodzicielska nad dorastającym dzieckiem, Poznań 1987.
- Sylwestrzak A., Komentarz do art. 87 k.r.o., (w:), Komentarz do wybranych przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, Lex el.
- Tabernacka M., Podmiotowość dziecka w mediacjach rodzinnych, (w:) J. Mucha (red.), Realizacja zasady dobra dziecka w mediacjach w sprawach dotyczących wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów, Warszawa 2021.
- Wasilewska K.M., Samotność młodzieży, Bydgoszcz 2010.
- Wojtasik Ł., Gajewska E., Kampanie społeczne przeciwko karaniu fizycznemu dzieci, „Dziecko Krzywdzone” 2009, nr 3 (28).
- Wysocka E., Ostafińska-Molik B., Zaburzenia przystosowania młodzieży a style wychowania w rodzinie, „Pedagogika Społeczna” 2015, nr 4.
- Ziemska M., Postawy rodzicielskie i ich wpływ na osobowość dziecka, (w:) M. Ziemska (red.), Rodzina i dziecko, Warszawa 1979.

Olga Sitarz

Uniwersytet Śląski w Katowicach, Polska

olga.sitarz@us.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2075-3507>

Znaczenie regulacji prawa rodzinnego dla karnoprawnej oceny zaniedbania

Significance of Family Law Regulations for a Criminal Law Assessment of Neglect

Abstract: The article addresses the difficult and complicated issue of a legal assessment of neglect by an adult family member of a person vulnerable due to their age or state of health. The analysis carried out in the first part showed that the provisions of the Family and Guardianship Code are indispensable for a criminal law evaluation of such behaviour. Then, the family law regulations were interpreted in terms of the principles of liability envisaged in the Criminal Code. The article pointed to legislative shortcomings of family law that have a certain impact on the application of criminal law.

Keywords: guarantor of non-occurrence of result, maltreatment, neglect, not providing aid, vulnerable persons

Słowa kluczowe: gwarant nienastąpienia skutku, znęcanie się, zaniedbanie, nieudzielenie pomocy, *vulnerable persons*

Wprowadzenie

Zaniedbanie osoby nieporadnej w rodzinie i jego konsekwencje dla zdrowia i życia takiej osoby okazują się trudnym problemem społecznym i prawnym. W świetle prawa karnego wartościowanie takich zachowań nie jest zabiegiem łatwym. W wielu przypadkach niezbędne staje się sięgnięcie po regulacje prawa rodzinnego. Zatem wykładnia systemowa i funkcjonalna staje się główną metodą badawczą dla procesu rozwiązania tytułowego problemu badawczego.

Pojęcie zaniedbania we współczesnym świecie nabiera coraz większego znaczenia. Ponieważ mówimy o zaniedbaniu osób w rodzinie, wyróżnić należy dwie jego podstawowe formy, co będzie miało ogromne znaczenie w dalszych rozważaniach

karnomaterialnych – wyodrębnić więc należy zaniedbanie dziecka przez rodziców oraz zaniedbanie osoby dorosłej. W tej ostatniej grupie, antycypując dalsze rozważania prawnorodzinne, konieczne jest dalsze rozróżnienie – zaniedbanie starszego członka rodziny przez dorosłe dziecko lub wnuka, zaniedbanie (np. chorego) współmałżonka oraz zaniedbanie przez innego dorosłego członka rodziny dorosłej osoby nieporadnej (np. przez brata, siostrę czy też konkubenta).

Zaniedbanie to – jak powszechnie się przyjmuje – naruszanie obowiązku opieki ze strony osób bliskich. Wskazuje się, że najczęściej zaniedbanie polega na niezaspokajaniu podstawowych potrzeb fizycznych i emocjonalnych członków rodziny, narażaniu ich na głód, niedożywienie, brak opieki, obojętność, pozostawianie w niewłaściwych warunkach lokalowych i bytowych, chłód emocjonalny itp. Do niedawna istniało przekonanie, że dotyka ono głównie dzieci, ale coraz częściej ujawniane są przypadki dotyczące osób starych, chorych, niepełnosprawnych. W tym przypadku zaniedbanie polega na zaprzestaniu lub odmowie udzielania osobie starszej wsparcia i opieki w zaspokajaniu potrzeb psychologiczno-emocjonalnych, biologicznych i społecznych. Ponadto wskazuje się, że zaniedbanie może przybierać postać aktywną (celowe działanie) lub pasywną (wynika np. z niepełnosprawności, choroby, braku umiejętności opieki nad osobą z najbliższego otoczenia)¹. Gdy przedmiotem zaniedbania staje się dziecko, zjawisko to definiowane jest jako „niezaspokajanie potrzeb dziecka niezbędnych dla jego prawidłowego rozwoju – potrzeb związanych z odżywianiem, ubiorem, schronieniem, higieną, opieką medyczną, kształceniem, jak też z psychiczną sferą dziecka”².

Bardzo często „zaniedbanie” stanowi część składową pojęcia „przemocy” lub współwystępuje obok tego pojęcia dla opisania kwestii naruszania praw osób nieporadnych ze względu na wiek lub stan zdrowia. Światowa Organizacja Zdrowia właśnie przemoc zdefiniowała jako zamierzone bądź niezamierzone akty władzy lub zaniedbania³. Z kolei *National Center on Elder Abuse*, organizacja zajmująca się przemocą względem seniorów, wyróżnia sześć form przemocy wobec osób starszych: fizyczną, emocjonalną, seksualną, wykorzystywanie, zaniedbywanie i porzucenie⁴, przy czym

1 A. Weissbrot-Koziarska, Nie bij, nie krzycz... O przemocy wobec osób starszych – przegląd badań, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin – Polonia” 2020, vol. XXXIII, nr 1, s. 139, chociaż można mieć wątpliwości co do kryterium wskazanego podziału.

2 J. Brągiel, Zaniedbanie dziecka w rodzinie, „Roczniki Socjologii Rodziny” 1998, t. X, s. 277 i przywołana przez autorkę praca: M. Szymańczak, Pojęcie „krzywdzenie dzieci”, (w:) E. Czyż, J. Szymańczak (red.), Dziecko krzywdzone, Warszawa 1995, s. 14.

3 World report on violence and health, E. G. Krug, L. L. Dahlberg, J. A. Mercy, A. B. Zwi, R. Lozano (red.), World Health Organisation, Geneva 2002, (za:) M. Halicka, A. Sidorczuk, K. Czykier, J. Halicki, W. Pędich, M. Rybaczuk, Sposoby zapobiegania przemocy wobec osób starszych w opinii studentów i w doświadczeniu zawodowym pielęgniarek, policjantów i pracowników socjalnych, (w:) M. Halicka, J. Halicki, A. Sidorczuk (red.), Człowiek dorosły i starszy w sytuacji przemocy, Białystok 2009, s. 102.

4 https://acl.gov/sites/default/files/programs/2016-09/ABuseReport_Full.pdf (13.01.2022).

zaniedbanie właśnie jest często określane jako ukryta forma przemocy⁵. W polskiej ustawie o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie⁶ zamieszczono definicję legalną przemocy, określając ją jako „jednorazowe albo powtarzające się umyślne działanie lub zaniechanie naruszające prawa lub dobra osobiste osób wymienionych w pkt 1, w szczególności narażające te osoby na niebezpieczeństwo utraty życia, zdrowia, naruszające ich godność, nietykalność cielesną, wolność, w tym seksualną, powodujące szkody na ich zdrowiu fizycznym lub psychicznym, a także wywołujące cierpienia i krzywdy moralne u osób dotkniętych przemocą” (art. 2 pkt 2).

1. Karnoprawne regulacje przystające do pojęcia „zaniedbania”

Przemoc fizyczna czy seksualna jest wprost uregulowana w kodeksie karnym (choć odnośnie do *vulnerable persons* – do których zaliczyć należy m.in. dzieci i osoby starsze – przepisy te budzą dość poważne zastrzeżenia⁷) – np. w art. 207, art. 197, art. 156 i art. 157 k.k. Równocześnie w przepisach prawa karnego nie znajdziemy typizacji przewidującej wprost odpowiedzialność karną za zaniedbanie potrzeb bliskich, do którego dochodzi w rodzinie. Zaznaczyć przy tym należy, że pojęcie to nie występuje w języku prawa karnego, co więcej, semantycznie przypomina terminy takie jak „zaniechanie” czy „niedbalstwo”, co dodatkowo utrudnia proces subsumpcji. Ostatecznie przyznać należy, że dla oceny karnoprawnej tego typu sytuacji sięgać trzeba po przepisy statuujące odpowiedzialność za naruszenie lub narażenie określonych dóbr prawnych osób nieporadnych. Jednak możliwość ich zastosowania budzi ogromne kontrowersje i wątpliwości. Dodać jeszcze należy, że sprawa jest prostsza, gdy zaniedbanie stanowi jedną z form nieakceptowalnego zachowania sprawcy, problem zasadniczy pojawia się wówczas, gdy jedynym zachowaniem poddanym prawnokarnemu wartościowaniu jest zaniedbanie potrzeb członka rodziny. Problem badawczy sprowadzić można do przykładowej sytuacji dorosłej kobiety, która wyprowadza się do innego miasta, pozostawiając na miejscu chorą, niedołączoną matkę. Czy zachowanie takie jest karalne? Problem jest o tyle aktualny, że zmiany kulturowe m.in. widoczne są poprzez zmiany miejsca zamieszkania, natomiast postęp cywilizacyjny powoduje dłuższe życie, które jednak często w ostatnim (i wcale nie krótkim fragmencie) wymaga intensywnego wsparcia ze strony innych osób.

5 J. Helios, W. Jedlecka, *Współczesne oblicza przemocy. Zagadnienia wybrane*, Wrocław 2017, s. 28.

6 Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1249. Warto równocześnie odnotować, że został złożony obszerny projekt nowelizacji tej ustawy (z 21 września 2021 r.), która tę definicję poszerza jeszcze o aspekt ekonomiczny, co m.in. oznacza, iż będzie można mówić o zaniedbaniu ekonomicznym, <https://www.legislacja.gov.pl/projekt/12351802/katalog/12819743#12819743> (16.01.2022).

7 Por. szerzej: D. Bek, A. Jaworska-Wieloch, O. Sitarz, *Prawo karne wobec naruszeń praw i wolności osób starszych*, Warszawa 2021.

Niewątpliwie treść przepisu art. 207 k.k. wydaje się najlepszą podstawą oceny czynu polegającego na zaniedbaniu. Przestępstwo znęcania powszechnie bowiem jest kojarzone z naruszeniem dóbr prawnych członków rodziny. Mimo to zastosowanie wspomnianego przepisu jest o tyle niemożliwe, że ustawodawca posługuje się pojęciem „znęca się”, które ma określone znaczenie językowe⁸ i nie pokrywa się z pojęciem „zaniedbuje”⁹. Podkreślił to w jednym ze swych orzeczeń Sąd Apelacyjny w Katowicach, wskazując, że „Oskarżona źle wywiązywała się z obowiązków macierzyńskich, jednak brak jest jakichkolwiek dowodów wskazujących, iż motywem jej działania było zadawanie dziecku cierpień fizycznych i psychicznych i stąd trudno zgodzić się z apelacją prokuratora, że samo wadliwe opiekowanie się dzieckiem implikuje przyjęcie znęcania się nad nim, pojmowanym przecież jako celowe jego dręczenie, a w szczególności, gdy owe błędy w opiece nad dzieckiem polegały na zaniedbywaniu jego higieny, pozostawianiu śpiącego dziecka samego w domu bądź zabieraniu ze sobą do baru, gdzie oskarżona spożywała alkohol, lub zwlekaniu z udzieleniem mu pomocy lekarskiej”¹⁰. Ponadto zauważyć należy, iż przestępstwo określone w art. 207 § 1 k.k. może być popełnione wyłącznie umyślnie, a jedynie postać zamiaru jest przedmiotem dyskursu naukowego i różnych rozstrzygnięć orzeczniczych¹¹. Oznacza to, że wiele zachowań uznanych za zaniedbanie (np. zapomnienie o zakupie lekarstw, przyniesieniu posiłku itp.) nie mieści się w zakresie pojęciowym „znęcanie się” właśnie ze względu na brak realizacji znamion strony podmiotowej, a zatem przepis art. 207 nie będzie mógł stanowić podstawy prawnej. Każda decyzja sądu kierującego się współczuciem dla osoby zaniedbanej, uznającego członka rodziny za osobę winną, w takiej sytuacji będzie obciążona błędem w postaci naruszenia materialnego prawa karnego.

8 Wedle Słownika języka polskiego chodzi o «zadawanie osobie lub zwierzęciu cierpienia»; <https://sjp.pwn.pl/slowniki/zn%C4%99canie%20si%C4%99.html> (16.01.2022). W piśmiennictwie karnistycznym dość zgodnie za się przyjmuje, że „znęcanie się” oznacza działania lub zaniechania polegające na umyślnym zadawaniu bólu fizycznego lub cierpień moralnych; A. Wąsek, (w:) A. Wąsek (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. I, Komentarz, Warszawa 2004, s. 974.

9 Wedle Słownika języka polskiego „zaniedbać” oznacza «nie wypełnić swoich obowiązków lub przestać się kimś lub czymś zajmować»; <https://sjp.pwn.pl/szukaj/zaniedbuje.html> (16.01.2022).

10 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 6 lutego 2003, II AKa 532/02, KZS 2003, 7–8/70. Warto przy tym odnotować, że nie zawsze jest (i było) to tak oczywiste. Jak wskazuje A. Wąsek, już w motywach przedwojennej Komisji Kodyfikacyjnej mowa jest o tym, że samo pojęcie znęcania się jest dostatecznie wyraźne i obszerne, ażeby objąć trudne do wyliczenia i kazuistyczne przypadki złego traktowania. Równocześnie w dokumencie wyliczono przykładowo takie zachowania, uwzględniając m.in. zaniedbanie i odmawianie pożywienia; A. Wąsek, (w:) A. Wąsek (red.), Kodeks karny..., *op. cit.*, s. 973–974.

11 Por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 2003 r., IV KKN 312/99, LEX nr 77436 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2015 r. w sprawie III KK 432/14, LEX nr 1663408). Stanowiska przedstawicieli nauki prezentuje np. A. Wąsek, (w:) A. Wąsek (red.), Kodeks karny..., *op. cit.*, s. 984–985 oraz O. Sitarz, Ochrona praw dziecka w polskim prawie karnym na tle Konwencji o prawach dziecka, Katowice 20024, s. 132–133.

Do rozważenia przez sąd (czy wcześniej prokuraturę) pozostają typizacje przewidujące odpowiedzialność karną za wywołanie określonego skutku – uszczerbku na zdrowiu, życiu, sprowadzenie stanu niebezpiecznego dla wskazanych dóbr. Adekwatnymi przepisami mogłyby się stać art. 156 i art. 157 k.k., art. 148 i art. 155 k.k., a także art. 160 k.k. Cechą wspólną wszystkich tych typizacji jest fakt, że realizacja znamion może nastąpić zarówno przez działanie, jak i zaniechanie. Wydawać by się mogło więc, że te regulacje stanowią mogą swoisty wzorzec karnoprawnej oceny zachowań polegających na zaniechaniu w tych wszystkich wypadkach, gdy dziecko lub osoba starsza doznały (ciężkiego, średniego lub lekkiego) uszczerbku na zdrowiu, śmierci, czy też zostały narażone na bezpośrednie niebezpieczeństwo takich krzywd. Typizacje te *prima facie* wydają się o tyle zasadne, że przewidują odpowiedzialność również za zachowanie nieumyślne, charakteryzujące się niezachowaniem reguł ostrożności wymaganych w danych okolicznościach (które kiedyś w prawie karnym nazywaliśmy lekkomyślnością lub niedbalstwem i które to nazwy dalej w języku prawniczym – w innych gałęziach prawa – funkcjonują). Przepisy te sprawiają jednak kolejne problemy aplikacyjne. Po pierwsze, dla uznania, że czyn został dokonany, należy wykazać, iż w stanie faktycznym wystąpiła zmiana w świecie zewnętrznym opisana w przepisie – uszczerbek na zdrowiu, śmierć, stan bezpośredniego niebezpieczeństwa. To oznacza, że nie każde zachowania dyskomfortowe dla dziecka czy seniora stanowią czyn zabroniony w świetle przywołanych przepisów. Niewątpliwie ogromną trudność stanowią będzie także samo przypisanie skutku, które jest generalnie ogromnym problemem w prawie karnym (w teorii i praktyce), a w przypadku omawianego zaniedbania problemy te poważnie się multiplikują ze względu na specyfikę problemu (to jednak zagadnienie wybiega poza zakresłony temat publikacji). Ponadto regulacje te rodzą inną szalenie istotną wątpliwość. Zaniedbanie charakteryzuje się bowiem brakiem nakazanego działania, które w języku prawa karnego określamy zaniechaniem. Dla przestępstw znamienych skutkiem, popełnionych właśnie przez zaniechanie, ustanowiona została szczególna reguła odpowiedzialności, której istotnym elementem jest figura tzw. gwaranta nienastąpienia skutku. Zgodnie bowiem z treścią przepisu art. 2 k.k. odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie podlega ten tylko, na kim ciążył prawny, szczególnie obowiązek zapobiegnięcia skutkowi. Innymi słowy, aby zastosować wymienione wyżej przepisy do czynów realizowanych przez zaniechanie, na potencjalnym sprawcy musi ciążyć prawny szczególnie obowiązek zapobieżenia skutkowi, o którym przepis ten wspomina. Główny problem sprowadza się do pytania o źródła tego obowiązku, co pozwoli – w dalszej kolejności – wytyczyć zakres wspomnianych obowiązków i określić krąg podmiotów potencjalnie odpowiedzialnych.

W uzasadnieniu do projektu kodeksu karnego przeczytać można, iż „nowy kodeks nie określa bliżej źródeł prawnego szczególnego obowiązku. Z projektowanego przepisu wynika jednak, że obowiązek gwaranta przeszkodzenia skutkowi musi mieć charakter prawny, tzn. wynikać bądź wprost z normy prawnej, bądź z aktu mają-

cego znaczenie prawne (umowy, nominacji). Obowiązek ten musi mieć też charakter szczególny, tzn. musi być adresowany do oznaczonej bliżej grupy osób¹². W polskim piśmiennictwie trwa ożywiona dyskusja na temat źródeł tego obowiązku. Panuje względna zgoda, że art. 2 k.k. zmierza do ograniczenia zakresu dopuszczalnych źródeł obowiązku działania jedynie do przepisów prawa powszechnie obowiązującego (i to zasadniczo należących do innych dziedzin niż prawo karne) oraz względnego, tj. obowiązującego między stronami stosunku prawnego (umowa lub dobrowolne podjęcie się funkcji gwaranta)¹³. W doktrynie pojawiają się rozważania na temat innych źródeł (np. uprzednie zachowanie się sprawcy), te jednak przez dużą część karnistów są poddawane krytyce¹⁴. Co jednak ważniejsze, odnotować można poglądy bardziej radykalne, negujące wręcz zasadność regulacji art. 2 k.k.

S. Tarapata i D. Zając podnoszą, iż aby dana osoba spełniła warunki określone w art. 2 k.k., musi zaistnieć przesłanka szczególności takiego obowiązku. Jak wskazują autorzy, z tego rodzaju powinnością mamy do czynienia wtedy, gdy istnieje społecznie uwarunkowany, szczególny stosunek określonego podmiotu do dobra prawem chronionego. Biorąc pod uwagę określony paradygmat kulturowy, stanowiący pochodną panującego w danym społeczeństwie światopoglądu, można stwierdzić, że wedle występujących powszechnie odczuć pewien podmiot w danym kontekście sytuacyjnym może być „bardziej odpowiedzialny” za ochronę określonego dobra aniżeli inna zobowiązana do tego osoba¹⁵. Przywołują oni tezy M. Bielskiego, który podnosi, iż: „Normatywny charakter art. 2 k.k. nie jest do końca jednolity. Z treści tego przepisu wynika, że krąg adresatów normy sankcjonowanej leżącej u podstaw przestępstwa materialnego popełnionego przez zaniechanie ograniczony jest przez konieczność kumulatywnego wykazania, że na podmiocie odpowiedzialności karnej ciąży szczególny i prawny obowiązek zapobieżenia skutkowi. Ograniczenie przy tym kręgu adresatów normy sankcjonowanej nakazującej zapobieganie skutkowi przestępnemu do osób, na których ciąży szczególny obowiązek gwarancyjny, jest możliwe do zdekodowania bezpośrednio z przepisu części szczególnej statuującej typ skutkowy. Wynika to z semantycznych właściwości opisu znamion typów skutkowych, w których wykorzystuje się znamiona czasownikowe, pozwalające na odczytanie w kontekście przestępstw z zaniechania istnienia szczególnego obowiązku ochrony dobra prawnego przed mogącymi urzeczywistnić się w skutku przestępnym

12 Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 119.

13 D. Tokarczyk Obowiązek gwaranta w prawie karnym, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, LXXVI, z. 4, s. 203.

14 Por. np. L. Kubicki, Przepięstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe, Warszawa 1975, s. 178–191; M. Kliš, Źródła obowiązku gwaranta w polskim prawie karnym, „CzPKiNP” 1999, nr 2, s. 190–196.

15 S. Tarapata, D. Zając, Znaczne zwiększenie uprzedniego zagrożenia dla dobra prawnego spowodowanego przez sprawcę jako negatywna przesłanka obiektywnego przypisania skutku, „CzPKiNP” 2014, nr 3, s. 51.

zagrożeniami jedynie w stosunku do podmiotów, które w świetle powszechnie akceptowanych wzorców kulturowych łączy z dobrem prawnym szczególnie więź uzasadniająca nałożenie na nie obowiązku zapobieżenia skutkowi przestępnemu. Tym samym wyrażona wprost w art. 2 k.k. przesłanka szczególnego charakteru obowiązku gwarancyjnego jest *superfluum* ustawowym, gdyż wynika ono już z wykładni językowej normy sankcjonowanej nakazującej zapobieganie skutkowi przestępnemu możliwej do zdekodowania z każdego przepisu statuującego typ skutkowy. Art. 2 k.k. wprowadza natomiast formalnie *novum* ustawowe w zakresie znamienia prawnego charakteru obowiązku gwaranta, ograniczając krąg adresatów normy sankcjonowanej nakazującej zapobieganie skutkowi jeszcze dalej poprzez konieczność wykazania, że na podmiocie odpowiedzialności karnej za przestępstwo materialne popełnione przez zaniechanie ciążył wynikający z systemu prawa nakaz zapobieżenia skutkowi przestępnemu¹⁶. Wspomniani wyżej autorzy chętnie przywołują stanowisko J. Majewskiego, który już wcześniej skonstatował, iż znamię czynnościowe zawarte w regulacjach ustawowych opisujących typ materialny popełniony przez zaniechanie „może wypełnić nie każdy, ale jedynie osoba, która w świetle ocen użytkowników tego języka etnicznego, w jakim rzeczony przepis zostały wyrażone, jest (szczególnie) odpowiedzialna za to, ażeby skutek, o jaki chodzi w danym wypadku, nie nadszedł¹⁷. W innym miejscu autor ten wyraził pogląd, że nie tyle powinny nas interesować źródła obowiązku, co adresat konkretnej normy prawnej (w tym przypadku wywodzonej z art. 157 k.k.). Ponadto adresat tejże normy winien być ustalany w świetle ocen społecznych opartych na pewnych wzorcach kulturowych. Dalej jednak autor ten dodaje: „przepisy krąg ten wyznaczają w sposób mało ostry: poprzez znamię czasownikowe odsyłają tu do ocen społecznych, opartych o pewne wzorce kulturowe, te zaś często są zbyt słabo wykształcone albo zbyt słabo ugruntowane w świadomości społecznej, aby zapewnić jednorodność i jednoznaczność ocen, dla których są podstawą. Ważne w związku z tym byłoby uchwycenie, co decyduje o tym, że w świetle ocen społecznych kogoś, kto czegoś nie uczynił oraz pewną zmianę w świecie można połączyć węzłem sprawstwa, który wyrażają czasowniki typu »powodować«¹⁸. Z perspektywy tematu niniejszego opracowania szalenie istotna jest jeszcze inna konstatacja autora. Otóż pisze on: „To prawda, że niezbyt ostro rysuje się np. krąg osób zdatnych do tego, aby poprzez zaniechanie zrealizować znamiona czynu zabronionego określonego w art. 148 lub 155 k.k., ale czy wiele ostrzej oznaczono w ustawie karnej krąg potencjalnych sprawców np. czynu zabronionego sty-

16 M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność skutku w prawie karnym*, Kraków 2009, niepublikowana rozprawa doktorska, s. 267–268, cyt. za: S. Tarapata, D. Zając, *Znaczne...*, *op. cit.*, s. 51–52.

17 J. Majewski, *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu (zagadnienia węzłowe)*, Kraków 1997, s. 112.

18 J. Majewski, *O pożytkach i szkodach dotychczasowych dociekań nad problematyką źródeł obowiązku gwaranta*, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2004, nr 4 (4), s. 121.

pizowanego w art. 210 k.k. albo w art. 160 § 2 k.k.? Czy określenia: »osoba mająca obowiązek troszczenia się o małoletniego poniżej lat 15 albo o osobę nieporadną« i »osoba, na której ciąży obowiązek opieki nad osobą narażoną na niebezpieczeństwo«, za których pomocą wyznacza się w ostatnio powołanych przepisach krąg potencjalnych sprawców, są jaśniejsze i ostrzejsze od określenia: »osoba, na której ciąży obowiązek ochrony życia drugiej osoby«? Nie! Nikt jednak jakoś nie biada nad tym, że przepisy art. 160 § 2 i art. 210 k.k. naruszają zasadę *nullum crimen sine lege certa*¹⁹. To prawda, zwrot „osoba mająca obowiązek troszczenia się o osobę nieporadną” jest wieloznaczny, zwłaszcza jeśli przyjąć obowiązek w znaczeniu moralnym, a nie prawnym. Jednak na taką nieostrość wprost ustawa zezwala, posługując się rzeczonym sformułowaniem. Natomiast w przepisie art. 2 k.k. ustawa domaga się każdorazowo wskazania gwaranta poprzez wykazanie jego prawnego, szczególnego obowiązku zapobieżeniu skutkowi. Są to zasadniczo dwa różne sposoby określania podmiotu czynu zabronionego (adresata normy sankcjonowanej). Swoistym podsumowaniem poglądów autora w tym zakresie są zdania: „Znaczna część prowadzonych dotychczas badań nad źródłami obowiązku gwaranta może służyć za dobry przykład marnotrawstwa sił i środków. Próbuje się ustalić katalog »źródeł« obowiązku gwaranta, zamiast próbować ustalić możliwie precyzyjnie krąg adresatów normy nakazującej zapobiegać powstaniu stanu rzeczy S, odtwarzanej z przepisów typu »Kto powoduje skutek S«. Wspomniane przepisy bowiem krąg ten wyznaczają w sposób mało ostry, poprzez znamię czasownikowe odsyłają tu do ocen społecznych, opartych na pewnych wzorcach kulturowych, te zaś często są zbyt słabo wykształcone albo zbyt słabo ugruntowane w świadomości społecznej, aby zapewnić jednorodność i jednoznaczność ocen, dla których stanowią podstawę. Ważne w związku z tym byłoby uchwycenie, co decyduje o tym, że w świetle ocen społecznych kogoś, kto czegoś nie uczynił, oraz pewną zmianę w świecie można połączyć węzłem sprawstwa, które wyrażają czasowniki typu powodować”²⁰. Zaś ostatecznie S. Tarapata i D. Zając podsumowują, iż o szczególności prawnej powinności decyduje to, że – w świetle panujących przekonań moralnych – to przede wszystkim od określonej grupy osób należy wymagać podjęcia pewnych działań. To na nich bowiem najbardziej ciążyą powszechne oczekiwania co do tego, że będą one starały się neutralizować skutki następstw, które zostały przezeń uprzednio wywołane. Natomiast wymagania dotyczące osób, które zetknęły się jedynie przypadkowo z sytuacją zagrożenia dla dobra prawnego, do której to wartości nie pozostają one w jakimś szczególnym stosunku, mają charakter subsydiarny i nie są na tyle wysokie, by w przypadku niezrealizowania przez te podmioty określonego działania obarczać ich odpowiedzialnością za prawnokarnie relewantne następstwo²¹.

19 *Ibidem*, s. 124.

20 *Ibidem*, s. 121.

21 S. Tarapata, D. Zając, *Znaczenie...*, *op. cit.*, s. 52–53.

Przyznać należy, że są to zwodnicze słowa. Oczywiście najważniejszym argumentem jest kwestia gwarancyjności prawa karnego. To zasady określoności nie pozwalają się zgodzić z tezami J. Majewskiego, M. Bielskiego oraz S. Tarapaty i D. Zająca. W przypadku jednak problemu zaniedbania w relacjach rodzinnych dochodzi dodatkowy argument. Problem kulturowego, moralnego, zwyczajowego postrzegania więzów rodzinnych jest bardzo różnorodny i – co ważniejsze – dynamiczny. Nieco stabilniejsze wydają się normy społeczne, jeśli chodzi o małoletnie dzieci. Troska o potomstwo, jego życie, zdrowie, najlepsze warunki oraz rozwój wydają się niezachwianą i trwałą zasadą postępowania. Inaczej ma się kwestia troski o osoby starsze lub chore. W literaturze socjologicznej podkreśla się przykładowo dwa odmienne społeczne kulturowe podejścia do starości – pozytywne i negatywne, które były obecne zawsze, chociaż zmieniały się ich proporcje. Jak pisze Ł. Łotocki, „ambiwalencja postaw wobec starości wskazuje na dwa niezależne heurystyczne archetypy starości, przywoływane w zależności od kontekstu sytuacyjnego. Z jednej więc strony starość to mądrość i doświadczenie, budzące szacunek. Z drugiej strony — cechy psychiczne i somatyczne budzące niechęć”²². Ponadto nowe modele funkcjonowania i budowania więzi, ich znaczenie i kształt, a w tym m.in. problem bliższej i dalszej migracji, oraz atomizacja rodzin również każą z dużą rezerwą podchodzić do postulatu opierania *de facto* odpowiedzialności karnej na „panujących przekonaniach moralnych”. Trudno zaaprobować twierdzenie, że to nie ustawa, a powszechne oczekiwania co do tego, iż określone osoby będą starały się neutralizować skutki następstw, mają ostatecznie decydować o zakresie zastosowania normy sankcjonowanej. I teza ta jest niezależna od ewentualnych niedostatków normatywnych, będących podstawą określania gwaranta.

Reasumując powyższe rozważania, przyjęć należy, że kodeks karny – dla określenia kręgu adresatów normy – wymaga wskazania źródła obowiązku, zaniechanie którego stanowi podstawę dalszego prawnokarnego wartościowania. Do źródeł takich niewątpliwie należy ustawa. Ponieważ temat rozważań zawężony został do rodziny, nie ma wątpliwości, że kodeks rodzinny i opiekuńczy²³ staje się centralnym punktem odniesienia dla ustalania kręgu osób zobowiązanych do właściwego traktowania innych członków rodziny.

2. Przepisy prawa rodzinnego istotne dla karnoprawnej oceny zaniedbania w rodzinie

Przepis art. 87 k.r.o. stanowi, że rodzice i dzieci są obowiązani do wzajemnego szacunku i wspierania się, co oznacza, że obowiązki te mają charakter osobisty i eko-

22 Ł. Łotocki, Barwy jesieni życia. O społeczno-kulturowym obrazie starości, „Problemy Polityki Społecznej. Studia i Dyskusje” 2012, nr 17, s. 134.

23 Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy, tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1359 (dalej: k.r.o.).

nomiczny (majątkowy). Konkretyzacja obowiązku wspierania materialnego następuje poprzez przepis art. 91 k.r.o. oraz 128 k.r.o.²⁴ W piśmiennictwie nie budzi wątpliwości teza, że przepis art. 87 przywołanej ustawy dotyczy, zgodnie z regułą *lege non distinguente*, wszystkich rodziców i dzieci. W pierwszym przypadku obowiązuje niezależnie od ograniczenia lub też nawet pozbawienia władzy rodzicielskiej, a w drugim – niezależnie od tego, czy dzieci są dorosłe, czy też nie. Obowiązek ten jest zatem niezależny od tego, czy dzieci podlegają władzy rodzicielskiej²⁵. W doktrynie przyjęto, że wzajemne wspieranie się oznacza tyle, co wzajemna pomoc. Wśród niej można wyróżnić pomoc natury osobistej, jak i majątkowej. Przykładowo rzecz ujmując, obejmuje ona obowiązek szczególnej troski w razie choroby, szczególną troskliwość w wypadku niepowodzeń życiowych czy załamań natury psychicznej. Poza tym w treści tego obowiązku można wymienić także takie zachowania, których nie można w konkretnej sytuacji zakwalifikować jako udzielanie pomocy w ścisłym tego słowa znaczeniu, ponieważ stanowią wyraz pozytywnych emocji, pamięci lub na przykład polegają na utrzymaniu kontaktów rodzinnych, zapobiegając poczuciu osamotnienia. Podkreślić należy, że obowiązek wspierania się nie jest opatrzony przez ustawę żadną sankcją przymusu – przyjmuje się, że obowiązek wspierania, podobnie jak inne obowiązki pozaalimentacyjne, należy uznać za „niewymuszalne” na drodze prawnej, rodzące jednak określone skutki prawne ich niedopełnienia²⁶. W literaturze wskazuje się skutki wspomnianych zaniedbań o charakterze pośrednim – może to być np. odwołanie darowizny lub wydziedziczenie²⁷. Nie ma wątpliwości, że przepis art. 87 k.r.o. ma charakter bardzo ogólny, deklaratoryjny i jest normą generalną. Z konstrukcji jurystycznej przepisu wynika, że nie stanowi on podstawy żadnego konkretnego roszczenia i nie istnieje możliwość zasądzenia świadczeń tylko i wyłącznie na jego podstawie²⁸. Z perspektywy przepisów prawno-karnych warto przywołać także pogląd, że obowiązki wynikające z omawianego przepisu mają charakter moralny²⁹.

Raz jeszcze w tym miejscu wskazać należy rozróżnienie aktualizujące się m.in. przy problemie zaniedbania. Nieporadność wynikać może bowiem z młodego wieku i związanej z nim niedojrzałości (fizycznej, intelektualnej, emocjonalnej i społecznej) lub z zaawansowanego wieku i wynikającego z niego osłabienia sił fizycznych, psy-

24 Por. szerzej: A. Sylwestrzak, Obowiązki dziecka wobec rodziców, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2001, Rok LXIII z. 3, s. 65–66.

25 G. Jędrejek, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2019.

26 J. Deputat, Powinności dziecka wobec rodziców na podstawie kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, Prawo małżeńskie i jego relacje z innymi gałęziami prawa, Kortowski Przegląd Prawniczy – monografie, Olsztyn 2017, s. 9.

27 Por. A. Sylwestrzak, Komentarz do wybranych przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, LEX/el. 2020.

28 P. Wicherek, (w:) M. Frasz, M. Habdas (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, LEX.

29 *Ibidem*.

chicznych, życiowych. Zatem z jednej strony chodzi o relację rodzica wobec małoletniego dziecka, z drugiej – dorosłego członka rodziny wobec innego niezaradnego członka (przypomnijmy: rodzica, współmałżonka lub innego krewnego/powinowatego). Regulacje zaś prawnorodzinne odnoszące się do zobowiązań w każdej z wymienionych sytuacji są odmienne. Najkrócej rzecz ujmując, wynika to z ogólnego charakteru przepisu art. 87 k.r.o., który odnośnie do małoletnich dzieci został w innych przepisach ustawy dookreślony, natomiast odnośnie do starszych członków rodziny – nie.

Obowiązki rodzica wobec dziecka wynikają bezpośrednio ze sprawowanej władzy rodzicielskiej (art. 92 k.r.o.), która doprecyzowana została poprzez treść art. 95 k.r.o. i zawarte w nim pojęcie pieczy³⁰ (obowiązek alimentacyjny został uregulowany odrębnie – por. art. 128–1441 k.r.o.³¹). Dla ustalenia treści i zakresu wspomnianej pieczy, a zatem i obowiązków względem dziecka niewątpliwie ogromną rolę pełni przepis art. 96 § 1 k.r.o., zgodnie z którym rodzice wychowują dziecko pozostające pod ich władzą rodzicielską i kierują nim, obowiązani są troszczyć się o fizyczny i duchowy rozwój dziecka oraz przygotować je należycie do pracy dla dobra społeczeństwa odpowiednio do jego uzdolnień. Zaś granice uprawnień rodzicielskich w pewnym sensie stanowi zasada dobra dziecka³². Ostatecznie przyjąć należy, że rodzice mają m.in. obowiązek ochrony dziecka przed wszelkim niebezpieczeństwem grożącym jego życiu, zdrowiu, prawidłowemu rozwojowi (na wszystkich płaszczyznach). Potwierdzeniem tych zobowiązań są przepisy art. 109 k.r.o. i art. 111 k.r.o., pozwalające na szczególną interwencję sądu, gdy dobro dziecka jest zagrożone. To oznacza, że w świetle prawa rodzinnego rodzic wobec własnego małoletniego dziecka jest gwarantem nienastąpienia skutku – czyli wszelkiego naruszenia dobra prawnego, które to naruszenie stanowi podstawę kryminalizacji³³.

30 Por. też: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 maja 2000 r., II CKN 761/00, LEX nr 51982.

31 Szerzej: M. Goettel, Szczególne cechy obowiązku alimentacyjnego rodziców względem dzieci – zagadnienia wybrane, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, vol. 22, nr 3, s. 19–32.

32 Por. szerzej: A. Andrzejewski, Stosowanie klauzuli dobra dziecka. Rozważania inspirowane postanowieniem Sądu Najwyższego dotyczącym tworzenia rodzin zastępczych, „Studia Iuridica Lublinska” 2021, t. 30, nr 5, s. 29–51.

33 Ilustracją takiej wykładni jest m.in. orzeczenie SN, gdzie trafnie wykazano, iż odpowiedzialność karną za pomocnictwo do zabójstwa przez zaniechanie (art. 18 § 3 in fine k.k. w zw. z art. 148 § 1–3 k.k.) ponosi ten, kto, sprawując pieczę nad dzieckiem (art. 95 k.r.o.), nie przeciwstawia się umyślnemu zamachowi na jego życie, mając taką możliwość. Zdaniem SN, „piecza” nad małoletnim polega także na zobowiązaniu do ochrony dziecka przed niebezpieczeństwem fizycznym bez względu na źródło zagrożenia. Nie ma wątpliwości co do tego, że obowiązek ochrony dziecka przed zamachem na jego życie mieści się w tym, co stanowi, na gruncie art. 95 k.r.o., pieczę rodziców nad dzieckiem. Tym samym uznać trzeba, że to nie tylko obowiązek prawny funkcjonujący w sferze prawa rodzinnego, ale także „prawny szczególny obowiązek niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego”, tak jak obowiązek ten określa art. 18 § 3 in fine k.k., a w okolicznościach przedmiotowej sprawy – obowiązek niedopuszczenia przez matkę do zabójstwa trojga

Postawić można tezę, że brak jest analogicznych przepisów uszczegółowiających dla relacji między dorosłymi członkami rodziny wymagającymi opieki.

Niewątpliwie dość precyzyjnie uregulowane zostały relacje między małżonkami. Przepis art. 23 k.r.o. stwierdza bowiem, iż małżonkowie mają równe prawa i obowiązki w małżeństwie i są obowiązani do wspólnego pożycia, do wzajemnej pomocy i wierności oraz do współdziałania dla dobra rodziny, którą przez swój związek założyli.

M. Fras, komentując przepis art. 23 k.r.o., wskazuje, że wzajemna pomoc oraz współdziałanie, określone w przywołanym przepisie, dotyczą w zasadzie zaspokajania usprawiedliwionych potrzeb rodziny. Wynikający z powyższego uregulowania obowiązek wzajemnej pomocy małżonków obejmuje wszelkie czynności faktyczne jednego z małżonków wspierające drugiego z nich w wykonywaniu przez niego jego praw i obowiązków wynikających z małżeństwa. Zdaniem autora, obowiązek wzajemnej pomocy małżonków ściśle łączy się z obowiązkiem współdziałania małżonków dla dobra rodziny, który obejmuje wszystkie czynności potrzebne do prawidłowego funkcjonowania rodziny, w tym także dla właściwego wychowania dzieci, oraz powstrzymywania się od zachowań, które mogłyby przynieść uszczerbek interesom rodziny jako całości oraz poszczególnym jej członkom³⁴. Jak przedstawia G. Jędrejek, doktryna jest zgodna co do tego, że wymienione wyżej prawa niemajątkowe mają charakter specyficznych praw podmiotowych. Podkreśla się brak sankcji przymusowego wykonania. Mówi się jedynie o sankcji „oddalonej czasowo”, jaką może być przypisanie wyłącznej winy w procesie rozwodowym małżonkowi, który naruszył swoje obowiązki³⁵. L. Kubicki stanął na stanowisku, że art. 23 k.r.o. stanowi podstawę obowiązku gwaranta w stosunku do współmałżonków. Autor, uzasadniając ten pogląd, wskazuje, że „obowiązek wzajemnej pomocy” nałożony na małżonków w art. 23 k.r.o. to bardzo szeroko pojęte zobowiązanie i nie może być ograniczane tylko „do współdziałania w zaspokajaniu potrzeb materialnych” i udzielania pomocy moralnej w problemach życiowych³⁶. Również – zdaniem M. Klisia – określenie obowiązku pomocy w art. 23 k.r.o. statuuje obowiązek gwaranta, gdyż ustawodawcy chodziło o podkreślenie szczególnego zobowiązania do pomocy, jako że do pomocy osobie znajdującej się w niebezpieczeństwie utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu zobligowany jest każdy w oparciu o przepis art. 162 k.k. Ponadto autor twierdzi, że do powstania obowiązku gwaranta potrzebna jest faktyczna możliwość jego wykonywania, której nie ma na przykład w przypadku trwałego rozkładu pożycia małżeńskiego, więc o odpowiedzialności

małoletnich dzieci przez ojca; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2005 r., II KK 218/05, OSNKW 2006, nr 2, poz. 17.

34 M. Fras, (w:) M. Fras, M. Habdas (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, LEX.

35 G. Jędrejek, Kodeks rodzinny..., *op. cit.*; por. także przywołana tam literatura.

36 L. Kubicki, Przestępstwo..., *op. cit.*, s. 168.

karnej w myśl art. 2 k.k. mowy być nie może³⁷. Przychylając się do pierwszej tezy autora, nie można zgodzić się z jej dopełnieniem. Po pierwsze, faktyczna możliwość lub niemożność realizacji obowiązku stanowi zupełnie inną płaszczyznę karnoprawnej oceny. Po wtóre, na kwestię należy patrzeć szerzej – pojawia się pytanie, czy porzucenie (opuszczenie) małżonka oznacza rezygnację z roli gwaranta, co powoduje, że przepisy prawnokarne w omawianym zakresie nie mają zastosowania, czy też oznacza zaniechanie realizacji obowiązku gwaranta, który trwa aż do ustania małżeństwa, a tym samym zasady odpowiedzialności za przestępstwa skutkowe z zaniechania w pełni się aktualizują. W moim przekonaniu obowiązek gwaranta trwa tak długo, jak długo małżeństwo w sensie formalnym istnieje.

Niedostatki regulacji prawnorodzinnych widać przy analizie relacji między rodzicem (i dziadkiem lub babcią) a dorosłym dzieckiem (wnukiem). W uchwale z dnia 17 maja 2018 r.³⁸ SN podkreślił, że z art. 87 k.r.o. nie można wywodzić żądania uregulowania kontaktów między rodzicami a dorosłym dzieckiem. Zdaniem SN: „Zachowanie prawidłowych relacji pomiędzy rodzicami i dorosłymi dziećmi wymaga niewątpliwie istnienia pomiędzy nimi kontaktów. Przytoczony przepis stanowi jednak raczej postulat niż podstawę do stosowania przymusu państwowego. Nie można bowiem przymusowo wyegzekwować kontaktów, jeżeli dorosłe dziecko tego nie chce”. Słusznie zatem wskazuje J. Zatorska, że rola tego przepisu wykracza poza walor perswazyjny i wychowawczy, jednakże nie nadaje się on do bezpośredniego egzekwowania, ponieważ trudno wyobrazić sobie sytuację użycia przymusu państwowego w celu zmuszenia kogoś do okazywania szacunku i wspierania innej osoby³⁹. Obowiązek rodziców i dzieci, o którym mowa w art. 87 k.r.o., pozostaje jedynie w sferze postulatu i deklaracji niewyposażonej w sankcję przymusu państwowego⁴⁰.

Nieco inaczej przepis ten interpretuje A. Wąsek. Jego zdaniem na dorosłych dzieciach spoczywają – na podstawie art. 87 k.r.o. – takie analogiczne obowiązki, jak rodziców względem dzieci⁴¹. Wydaje się, że w podobnym duchu wypowiada się J. Haberko. W jej opinii obowiązek ten dotyczy zarówno osób zamieszkujących wspólnie i tworzących wspólne gospodarstwo domowe, jak i osób, które we wspólnocie domowej nie pozostają, a ponadto powinien on być realizowany przez całe życie. Co więcej, zdaniem autorki obowiązki te nie są ograniczone do relacji rodzic–dziecko lub dziecko–rodzic, ale dotyczą również kolejnych pokoleń. Autorka

37 M. Kliś, *Źródła...*, *op. cit.*

38 III CZP 11/18, LEX nr 2490605.

39 J. Zatorska, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw*, LEX/el. 2011.

40 J. Ignaczewski, (w:) J. Ignaczewski (red.), *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 41.

41 A. Wąsek, *Odpowiedzialność karna za nieprzeszkodzenie przestępstwu*, Warszawa, s. 66.

uzasadnia: „jeżeli obowiązek z art. 87 k.r.o. zawiera w sobie bycie wsparciem i ostoją dla członków rodziny (własnych dzieci czy własnych rodziców), którzy przeżywają trudne chwile i wymagają wsparcia emocjonalnego czy polegającego na udzieleniu rady w życiowych sytuacjach, to przecież w świetle doświadczenia życiowego nie budzi wątpliwości fakt, iż matka dorosłej córki, która to córka powiła dziecko, będzie służyć wsparciem i radą (zwłaszcza w sytuacji pierwszego w rodzinie wnuka) w zakresie pielęgnacji i opieki nad niemowlęciem. Oznacza to, że matka, udzielając wsparcia swojej córce, która oczekuje dziecka bądź je urodziła, będzie realizować także rodzinnoprawną więź między sobą a swoim wnukiem. Podobnie wskazać można sytuacje, w których rodzice będą pomagać swoim dzieciom mającym już potomstwo w sprawowaniu pieczy nad wnukami. W takich sytuacjach realizacja obowiązku pomocy i wsparcia założona przez ustawodawcę do pierwszego stopnia pokrewieństwa w linii prostej służyć będzie krewnym dalszym stopniem. Oznacza to oczywiście także obowiązek pomocy, wsparcia i szacunku ze strony wnuków w stosunku do dziadków”⁴². Warto jednak zauważyć, że sam przepis takich więzi ani nie statuuje, ani nawet nie potwierdza. Również art. 113 i następane k.r.o. nie reguluje kwestii kontaktów rodziców z dorosłym dzieckiem oraz dziadków z dorosłym wnukiem. Jedyne doszczegóławiające regulacje odnoszą się do kwestii materialnych, albowiem przepisy art. 91 i 128 k.r.o. przewidują obowiązek przyczyniania się dzieci do zaspakajania potrzeb materialnych rodziców. To oznacza, że przepisy k.r.o. nie nakładają żadnych pozaalimentacyjnych obowiązków na dorosłe dziecko względem jego rodziców czy dziadków, a tym samym – dorosłe dziecko nie jest gwarantem nienastąpienia skutku (np. w postaci śmierci lub uszczerbku na zdrowiu) wobec tych osób. Trudno więc zgodzić się z ogólną tezą J. Haberko, że pozycja i rola dziadków małoletniego nie zostaje zepchnięta przez ustawodawcę na margines, chociaż rzeczywiście w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym próżno szukać szczegółowego uregulowania relacji dziadkowie–wnuki, albowiem prawidłowe zabezpieczenie interesu dziecka w rodzinie pozwala osiągnąć harmonię wszystkich jej członków, zatem także innych krewnych – w szczególności dziadków⁴³. K.r.o. nie tylko nie posługuje się stosownymi pojęciami, co systemowo i – jak się wydaje – programowo pomija ochronę osób starszych ze strony dorosłych wstępnych lub innych krewnych.

Ten sam kodeks całkowicie milczy, jeśli chodzi o wszelkie inne (niemajątkowe) relacje między dorosłymi członkami rodziny. Zatem k.r.o. z pewnością nie stanowi źródła szczególnego prawnego obowiązku zapobiegnięcia określonemu skutkowi brata wobec siostry, wymagającej opieki, czy też konkubenta wobec swojej nieporadnej partnerki.

42 J. Haberko, Dziadkowie–wnuki. Osobista więź prawnorodzinna i relacja prawnospadowa, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2012, ROK LXXIV, z. 3, s. 142.

43 *Ibidem*, s. 140.

W piśmiennictwie podkreśla się, że główną przyczyną pojawiających się trudności interpretacyjnych w omawianym zakresie jest partykularyzm procesu legislacyjnego⁴⁴. Trafnie konstatuje też P. Konieczniak, iż „twórcom k.r.o. przez myśl nawet nie przeszło, do jakich srogich celów normy tej łagodnej ustawy mogą być wykorzystane”⁴⁵. Podzielić należy zatem pogląd, że „jedynym sposobem, aby artykułu tego (87 k.r.o. – dopisek OS) nie traktować jako źródła prawnokarnego obowiązku gwaranta, jest uznanie go za pewien apel ustawodawcy, w którym nie chodzi o konkretny nakaz zachowania, tylko o jakąś dyrektywę moralną, obyczajową. Należy potraktować go jako obowiązek społeczny [...]”⁴⁶.

3. Dobrowolne przyjęcie zobowiązania jako element karnoprawnej oceny

Celem wyczerpania problemu odpowiedzialności karnej za zaniedbania w rodzinie dodać w tym miejscu należy, że w piśmiennictwie często spotyka się inne źródła obowiązku, w tym m.in. dobrowolne zobowiązanie (umowa)⁴⁷. Na przykład, Sąd Najwyższy stwierdził, że sprawca może w wyniku różnych, faktycznych i prawnych, zdarzeń samodzielnie przyjąć na siebie obowiązek gwaranta, czyli obowiązek pieczy nad określonym dobrem prawnym przed zagrożeniem pochodzącym z określonego źródła. W szczególności usytuowanie w tej pozycji może nastąpić w wyniku umowy, jak również poprzez złożenie dobrowolnych oświadczeń woli. Dobrowolne przyjęcie stanowiska gwaranta nie musi przybierać formy cywilnego kontraktu. Konieczne jest jednak rzeczywiste objęcie funkcji gwaranta⁴⁸. Pojawia się pytanie, czy we wskazanych relacjach rodzinnych, wobec niedostatków regulacji prawnorodzinnych, tak sformułowane źródło obowiązku może stać się realizacją przesłanki z art. 2 k.k. Zasadniczo tak. Problem jednak jest innej natury. Można bowiem przypuszczać, że do zaniedbania dochodzi najczęściej, gdy członek rodziny nie podjął się dobrowolnego zobowiązania lub nie zrobił tego w jego własnym przekonaniu. Nie ma zasadniczo wątpliwości, że odrębne zamieszkanie jest wyrazem braku podjęcia się takiego obowiązku (o ile strony nie umówiły się inaczej). Czy wynika z tego wniosek *a contrario*,

44 J. Kosonoga-Zygmunt, Źródła prawnokarnego obowiązku przeszkodzenia samobójstwu, część I, „Ius Novum” 2014, nr 4, s. 52.

45 P. Konieczniak, Czyn jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym, Kraków 2002, s. 311.

46 M. Kliś, Źródła..., *op. cit.*, s. 182

47 Por. L. Kubicki, Przestępstwo..., *op. cit.*, s. 176–178; M. Kliś, Źródła..., *op. cit.*, s. 188–190.

48 Wyrok SĄDU NAJWYŻSZEGO z 19 lipca 2018 r., Sygn. akt IV KK 371/17, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia3/iv%20kk%20371-17.pdf>. M. Kucwaj wskazuje, że w niemieckim orzecznictwie, status gwaranta mają wobec siebie osoby, które faktycznie pozostają we wspólnym pożyciu, natomiast nie posiadają takiego statusu małżonkowie, których pożycie małżeńskie uległo trwałemu rozkładowi; M. Kucwaj, Wybrane przepisy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego jako źródła obowiązku gwaranta, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2010, t. LXXXII, s. 143–144.

że na przykład wspólne zamieszkanie z dorosłym, a nieporadnym krewnym/powinowatym oznacza przyjęcie na siebie obowiązku gwaranta. Wydaje się że nie. Stąd w prawie cywilnym umowa dożywocia (art. 908 k.c.), która za wolą stron może być zawarta, a która ustanawia określone zobowiązania jednej strony wobec drugiej. Pozostaje problem, gdy członek rodziny, również tej nieformalnej, takiej funkcji gwaranta dobrowolnie nie przyjął.

Wydaje się, że relacje nieformalne oparte są na przyjaźni, miłości, zaufaniu i nie stanowią, i nie mogą stanowić – w razie zawodu – podstawy dalszego karnoprawnego wartościowania. Wspólne życie to jak wspólna wycieczka w wysokie góry – każdy ma obowiązek ratowania życia drugiej osoby w przypadku jego zagrożenia (w granicach i na zasadach przewidzianych w przepisie art. 162 k.k.), ale uczestnicy wyprawy nie są dla siebie gwarantami nienastąpienia skutku. Bezzasadne jest przywoływanie – w charakterze argumentu – wyjątkowej więzi łączącej wspólnie mieszkających dorosłych członków rodziny lub konkubentów, albowiem więź taka wcale nie jest regułą, a co ważniejsze – nie musi oznaczać przyjęcia wobec drugiej osoby funkcji gwaranta. Innymi słowy, wspólne zamieszkanie czy też więzy pokrewieństwa lub powinowactwa nie przesądzają *a priori* przyjęcia dobrowolnego zobowiązania. Ten fakt musi być każdorazowo ustalany na potrzeby ewentualnej odpowiedzialności karnej.

Wnioski

Ostatecznie stwierdzić należy, że brak jest właściwego przepisu prawnorodzinnego, pozwalającego na adekwatną reakcję na karygodne zaniedbywanie ze strony (dorosłych) najbliższych, a pozostałe wymieniane w literaturze źródła obowiązki gwaranta nie zawsze mają zastosowanie⁴⁹. Co ważniejsze jednak, brak jest w przestrzeni publicznej szerszej dyskusji na temat konieczności wprowadzenia stosownych przepisów, przy czym „konieczność” rozumieć należy dwojako. Z jed-

49 Wydaje się, że odmienny wniosek narazi się na zarzut aktywizmu prawniczego, który słusznie skrytykował A. Andrzejewski, pisząc: „O prawniczej interpretacji można mówić dopóty, dopóki prawnik analizuje tekst prawny, który jest kanwą dla jego poczynań. Prawnik wykracza poza ramy swego rzemiosła, jeśli ignoruje treść ustawy lub formułuje wnioski na podstawie konstrukcji myślowych budowanych na gruncie wyimaginowanego tekstu, którego w ustawie nie ma. Innymi słowy, gdy twierdzi, że sformułowana przez niego norma istnieje, mimo że nie istnieją przepisy, z których można ją wyinterpretować, lub gdy twierdzi, że dana norma nie istnieje pomimo istnienia przepisów, w których jest zakodowana, a także gdy zapomina, że co „prawodawca chciał uchwalić, wyraża się [...] w tym, co uchwalił”, a nie w tym, co interpretator mu imputuje, że uchwalił. Jednym z przejawów ulegania pokusie aktywizmu sędziowskiego jest obniżanie rangi słowa, czyli treści przepisu/przepisów na rzecz własnej ekspresji intelektualnej. Prowadzi to do niepożądanego zamiany ról, a co najmniej do niepożądanego wychodzenia ze swej roli – ktoś, kto jest sędzią (a czasami naukowcem), czyni z siebie kogoś na kształt ustawodawcy, ciągle występując w roli sędziego lub naukowca”; A. Andrzejewski, *Stosowanie klauzuli...*, *op. cit.*, s. 48.

nej strony zdiagnozować należy, czy współczesne postrzeganie zobowiązań wynikających z relacji rodzinnych zmieniło się znacznie na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat. Wydaje się zatem, że normy kulturowe są zbyt słabym ogniwem w procesie ustalania odpowiedzialności karnej. Dynamiczne zmiany społeczne w tym zakresie, związane z nowym stylem życia, migracją, a także odmiennymi wzorcami kulturowi „napływającymi” do naszego kraju, powodują, że normy takie nie są ani stabilne, ani czytelne dla wszystkich/większości członków społeczeństwa. Kwestię zasadniczą stanowi jednak wypracowanie systemowego podejścia do podmiotów odpowiedzialnych za dobrostan osób nieporadnych. Musimy zatem najpierw odpowiedzieć sobie jako społeczeństwo na podstawowe pytanie: czy za życie, zdrowie i bezpieczeństwo osób nieporadnych dorosłych odpowiadają wyłącznie oni sami, czy ich rodziny lub państwo? W oparciu o udzieloną odpowiedź należy stosownie znowelizować (lub nie) prawo rodzinne. Być może przeformułowanie tradycyjnych (dotychczas niepodważalnych) paradygmatów w zakresie prawa rodzinnego (i dodajmy – polityki społecznej) jest niezbędne nie tylko z powodu rewolucji biotechnologicznej⁵⁰, ale także kulturowej.

BIBLIOGRAFIA

- Andrzejewski A., Stosowanie klauzuli dobra dziecka. Rozważania inspirowane postanowieniem Sądu Najwyższego dotyczącym tworzenia rodzin zastępczych, „Studia Iuridica Lublinensia” 2021, t. 30, nr 5.
- Bek D., Jaworska-Wieloch A., Sitarz O., Prawo karne wobec naruszeń praw i wolności osób starszych, Warszawa 2021.
- Brańgiel J., Zaniedbanie dziecka w rodzinie, „Roczniki Socjologii Rodziny” 1998, t. X.
- Breczko A., Tradycyjne paradygmaty prawa rodzinnego w dobie rewolucji biotechnologicznej, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, vol. 22, nr 3.
- Deputat J., Powinności dziecka wobec rodziców na podstawie kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, Prawo małżeńskie i jego relacje z innymi gałęziami prawa, Kortowski Przegląd Prawniczy – monografie, Olsztyn 2017.
- Fras M., Habdas M. (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, LEX.
- Goettel M., Szczególne cechy obowiązku alimentacyjnego rodziców względem dzieci – zagadnienia wybrane, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, vol. 22, nr 3.
- Haberko J., Dziadkowie–wnuki. Osobista więź prawnorodzinna i relacja prawnospawkowa, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2012, ROK LXXIV, z. 3.
- Halicka M., Sidorczuk A., Czykier K., Halicki J., Pędich W., Rybaczuk M., Sposoby zapobiegania przemocy wobec osób starszych w opinii studentów i w doświadczeniu zawodowym pielęgniarek,

50 A. Breczko, Tradycyjne paradygmaty prawa rodzinnego w dobie rewolucji biotechnologicznej, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, vol. 22, nr 3, s. 89–106.

- policjantów i pracowników socjalnych, (w:) M. Halicka, J. Halicki, A. Sidorcuk (red.), *Człowiek dorosły i starszy w sytuacji przemocy*, Białystok 2009.
- Helios J., Jedlecka W., *Współczesne oblicza przemocy. Zagadnienia wybrane*, Wrocław 2017.
- Ignaczewski J. (red.), *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Jędrzej G., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2019.
- Konieczniak P., *Czyn jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym*, Kraków 2002.
- Kosonoga-Zygmunt J., *Źródła prawnokarnego obowiązku przeszkodzenia samobójstwu, część I, „Ius Novum” 2014, nr 4.*
- Kliś M., *Źródła obowiązku gwaranta w polskim prawie karnym, „CzPKiNP” 1999, nr 2.*
- Kubicki L., *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1975.
- Kucwaj M., *Wybrane przepisy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego jako źródła obowiązku gwaranta, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2010, t. LXXXII.*
- Łotocki Ł., *Barwy jesieni życia. O społeczno-kulturowym obrazie starości, „Problemy Polityki Społecznej. Studia i Dyskusje” 2012, nr 17.*
- Majewski J., *O pozytykach i szkodach dotychczasowych dociekań nad problematyką źródeł obowiązku gwaranta, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 4 (4).*
- Majewski J., *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu (zagadnienia węzłowe)*, Kraków 1997.
- Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997.
- Sitarz O., *Ochrona praw dziecka w polskim prawie karnym na tle Konwencji o prawach dziecka*, Katowice 2024.
- Sylwestrzak A., *Komentarz do wybranych przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, LEX/el. 2020.
- Sylwestrzak A., *Obowiązki dziecka wobec rodziców, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2001, Rok LXIII, z. 3.*
- Tarapata S., Zajac D., *Znaczne zwiększenie uprzedniego zagrożenia dla dobra prawnego spowodowanego przez sprawcę jako negatywna przesłanka obiektywnego przypisania skutku, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2014, nr 3.*
- Tokarczyk D., *Obowiązek gwaranta w prawie karnym, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, Rok LXXVI, z. 4.*
- Wąsek A., *Odpowiedzialność karna za nieprzeszkodzenie przestępstwu*, Warszawa 1973.
- Wąsek A. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, t. I, Komentarz*, Warszawa 2004.
- Weissbrot-Koziarska A., *Nie bij, nie krzycz... O przemocy wobec osób starszych – przegląd badań, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin – Polonia” 2020, vol. XXXIII, nr 1.*
- Zatorska J., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, LEX/el. 2011.*
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 6 lutego 2003, II AKA 532/02, KZS 2003, 7–8/70.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 2003 r., IV KKN 312/99, LEX nr 77436.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2015 r. w sprawie III KK 432/14, LEX nr 1663408.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 lipca 2018 r., sygn. akt IV KK 371/17.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 maja 2000 r., II CKN 761/00, LEX nr 51982.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2005 r., II KK 218/05, OSNKW 2006, nr 2, poz. 17.

Beata Goworko-Składanek

Uniwersytet w Białymstoku, Polska

beata.goworko@uwb.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8689-1646>

Tomasz Prymak

Uniwersytet w Białymstoku, Polska

t.prymak@uwb.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7784-9956>

Kontakty rodzica z dzieckiem w obecności kuratora sądowego. Praktyka wobec potrzeb zmian legislacyjnych

Parent-Child Contacts in the Presence of Legal Court-Appointed Guardian. Practice in View
of the Need for Legislative Change

Abstract: Contact with the child has for years been the subject of deliberations and discussions of entities interested in the welfare of the child, often caught up in the conflict between the parents. They concern, among others, the role of professional guardians/probation officers, whose presence during parent-child contact, according to the law, constitutes one of the forms of court restrictions on this form of maintenance of the parent-child relationship. The aim of the text is an attempt to identify the technical problems associated with the implementation of the court decisions in this matter, and thus to indicate the gross disproportion between the current shape of the regulations on the participation of a guardian in parent-child contact and the needs of practice. Thus, the aim of the study is to engage the community of guardians in the ongoing work on legislative changes and the potential effects of the proposed legislation, including substantive and implementing provisions of family law aimed at the guaranteed right to contact with the child.

Keywords: family law, forms of contact, guardian ad litem, guardians/probation officers, guardianship, visitation rights

Słowa kluczowe: prawo rodzinne, obecność kuratora przy kontaktach, kuratorzy sądowi, kuratela, prawo do kontaktów rodzica z dzieckiem, formy realizacji kontaktów

Wprowadzenie

Statystyki sądowe pokazują, że kuratorzy sądowi uczestniczyli w 2015 r. w 14 139 kontaktach rodziców z dziećmi; 2016 r. – 16 265; 2017 r. – 19 710; 2018 r. – 22 431; 2019 r. – 25 805¹. Widoczna tendencja wzrostowa ilości kontaktów, do jakich docho- dziło w ostatnich latach, spowodowana jest coraz częstszą praktyką orzekania kon- taktów w obecności kuratora w ramach zabezpieczenia toczącego się postępowania rozpoznawczego w sprawach o uregulowanie kontaktów lub w sprawach o rozwód czy separację, na podstawie art. 755 § 1 pkt 4) Kodeksu postępowania cywilnego z 1964 r.² Powodem decyzji sądu o orzeczeniu kontaktów rodzica z dzieckiem w obec- ności kuratora sądowego jest najczęściej istniejący konflikt³ i brak właściwej komu- nikacji między rodzicami, bowiem taki stan rzeczy sprawia, że nie ma gwarancji, iż spotkania rodziców oraz dziecka będą przebiegały we właściwej atmosferze, a za- pewnienie udziału w kontaktach kuratora sądowego będzie motywowało rodziców do poprawnego zachowania się względem siebie oraz zapewni prawidłowy tok prze- biegu spotkań, co ma fundamentalne znaczenie dla dobra małoletnich⁴. Oczywiście ma to miejsce w sytuacji, kiedy kontakty ustanawiane są nie tylko w obecności kura- tora, ale także rodzica, który sprawuje bezpośrednią opiekę nad dzieckiem. Pamiętać należy, że sąd może także podjąć decyzję, zgodnie z którą kontakt będzie odbywał się w obecności kuratora, ale z wyłączeniem rodzica, u którego dziecko przebywa na stałe. Bywa, że sąd nie do końca chce uniknąć obecności tegoż rodzica, orzeka- jąc kontakty na przykład „w dyskretnej obecności matki”⁵ lub w miejscu zamieszka- nia dziecka, ale bez udziału zobowiązanego rodzica, który co do zasady może wtedy przebywać w innym pomieszczeniu.

Uzasadnieniem do ustanowienia udziału kuratora w kontaktach jest także sy- tuacja, w której samodzielna realizacja spotkań z dzieckiem uprawnionego rodzica może być pewnym zagrożeniem dla dobra dziecka, choćby z powodu braku więzi między nimi, niedostatecznych predyspozycji wychowawczych rodzica lub niewłaści- wych warunków opiekuńczych istniejących po stronie osoby uprawnionej⁶. Kolejną sytuacją uzasadniającą obecność kuratora przy kontaktach jest nagminne utrudnia- nie kontaktów przez rodzica sprawującego pieczę nad dzieckiem. Podjęte przez sąd rozstrzygnięcie nie wynika często z realnego zagrożenia dobra dziecka przez rodzica

1 Na podstawie danych Ministerstwa Sprawiedliwości ze Sprawozdania MS-S40, <http://bityl.pl/e5Kej> (30.01.2022).

2 Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296 ze zm.

3 J. Zajączkowska-Burtowy, *Kontakty z dzieckiem. Prawa i obowiązki*, Warszawa 2020, s. 142.

4 Postanowienie Sądu Okręgowego w Sieradzu z dnia 28 grudnia 2016 r., I Ca 482/16.

5 Postanowienie Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy w Warszawie z dnia 11 maja 2015 r., VI Nsm 56/15.

6 Postanowienie Sądu Rejonowego w Inowrocławiu z dnia 28 września 2016 r., III Nsm 605/15.

ubiegającego się o kontakty, lecz ustalane jest przez sąd na wniosek rodzica izolowanego od dziecka ze względu na obawy stawiania mu fałszywych oskarżeń co do przebiegu kontaktów z dzieckiem przez rodzica sprawującego bezpośrednią opiekę nad dzieckiem⁷.

Konflikt między samymi rodzicami, będący najczęściej przyczyną orzekania kontaktów rodziców z dziećmi w obecności kuratora sądowego, a także rozdźwięk między obowiązującymi przepisami prawa a praktyką orzekania i wykonywania tej formy ograniczenia utrzymywania kontaktów między rodzicami a dziećmi, generuje rozliczne problemy, z którymi na co dzień borykają się kuratorzy. Tym samym, mając na uwadze powyższe, niniejszy tekst ma na celu zwrócenie uwagi na niektóre z problemów, które zostały sformułowane nie tylko w wystąpieniach Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej: RPO), Rzecznika Praw Dziecka (dalej: RPDz) oraz Krajowej Rady Kuratorów (dalej: KRK) kierowanych do Ministerstwa Sprawiedliwości (dalej: MS), ale także w dokumencie pokontrolnym Najwyższej Izby Kontroli (dalej: NIK) oraz badaniu przeprowadzonym przez bardzo aktywny od początku swojego istnienia, czyli od 2019 r., Ogólnopolski Związek Zawodowy Kuratorów Sądowych (dalej: OZZKS). W artykule autorzy podjęli się także oceny proponowanych rozwiązań prawnych w tym zakresie przez MS.

Tekst powstał w ramach cyklu artykułów⁸, w którym autorzy – pracownicy nauki oraz czynni zawodowi kuratorzy sądowi, zwracają uwagę na problemy związane z pracą kuratorów oraz wskazują ich rozwiązania lub poddają proponowane rozwiązania analizie.

1. Metodologia

Z uwagi na niedostateczną literaturę naukową w przedmiocie problematyki wykonywania przez kuratorów orzeczeń sądów o kontaktach rodziców z dziećmi w ich obecności zdecydowaną większość wykorzystanych materiałów stanowiły dokumenty źródłowe wytworzone przez ww. instytucje oraz własne doświadczenia autorów. Tłem dla poczynionych rozważań uczyniono także fragmenty orzeczeń sądów i ich uzasadnień. Punktem wyjścia zaś były wyniki przeprowadzonego w okresie od 16 września 2020 r. do 10 października 2020 r. przez OZZKS ogólnopolskiego bada-

7 Petycja „O podjęcie inicjatywy w celu zmiany art. 91 Ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o kuratorach sądowych oraz § 10 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie szczegółowego sposobu wykonywania uprawnień i obowiązków kuratorów sądowych”, <http://bit.ly/Qrppn> (20.01.2022).

8 Dotychczas ukazał się artykuł pt. Instytucja nadzoru prewencyjnego w systemie zadań profilaktycznych kuratorów dla dorosłych, „Resocjalizacja Polska” 2020, nr 20, s. 45–58.

nia ankiety online, w którym udział wzięło 901 zawodowych kuratorów rodzinnych⁹. Tekst ma charakter analityczny o układzie problemowym.

Głównym celem artykułu jest próba zidentyfikowania technicznych problemów związanych z implementacją decyzji sądu o udziale kuratora sądowego w kontaktach rodziców z dzieckiem, jak również podkreślenia dysproporcji między obecnym kształtem przepisów w tym zakresie a praktyką realizacji udziału kuratora w kontaktach rodziców z dziećmi. Cel pośredniczący prowadzonych w niniejszym tekście rozważań sprowadza się również do próby zaangażowania społeczności kuratorów w trwające prace nad legislacyjnymi zmianami i potencjalnymi efektami proponowanych rozwiązań, obejmujących materialne i wykonawcze przepisy prawa rodzinnego, mające na celu zagwarantowanie prawa dziecka do kontaktu z rodzicem bezpośrednio niesprawującym nad nim opieki.

2. Przepisy regulujące obecność kuratora przy kontaktach rodzica z dzieckiem

Aspekt materialny kontaktów rodzica z dzieckiem określają przepisy udziału 3 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 1964 r.¹⁰ (dalej: k.r.o), od art. 113 do art. 1136. W art. 113 § 2 k.r.o. została zawarta definicja pojęcia „kontaktów z dzieckiem”, jak również zakres tego pojęcia. Umieszczono w nim katalog sposobów kontaktowania się rodziców z dziećmi, który został podzielony na kontakty bezpośrednie, rozumiane w szczególności jako przebywanie z dzieckiem poprzez odwiedziny, spotkania, zabieranie dziecka poza miejsce stałego pobytu, jak również pośrednie – tj. utrzymywanie korespondencji, korzystanie z innych środków porozumiewania na odległość, w tym ze środków komunikacji elektronicznej. Katalog ten ma charakter otwarty – strony mogą dowolnie precyzować także inne formy realizacji kontaktów, o ile nie stoi to w sprzeczności z dobrem dziecka.

Niezależnie od władzy rodzicielskiej rodzice oraz ich dziecko mają prawo i obowiązek utrzymywania ze sobą kontaktów (art. 113 § 1 k.r.o.). Oznacza to, że nawet pozbawienie władzy rodzicielskiej nie stoi na przeszkodzie utrzymywaniu kontaktów rodziców z dzieckiem, co wynika z tego, że posiadanie styczności rodziców z dziećmi, szczególnie po formalnym ustaniu stosunku małżeństwa czy nieformalnego związku rodziców, jest istotną wartością podkreślaną na arenie międzynarodowej i traktowaną jako dobro osobiste dziecka oraz uprawnienie rodzica¹¹. Osobista styczność ro-

9 Opracowanie OZZKS dotyczące udziału kuratora sądowego w kontaktach małoletniego z osobą uprawnioną oraz zaległości w płatnościach za wywiady rozwodowe, <http://bityl.pl/0XNZX> (30.01.2022).

10 Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1359).

11 E. Holewińska-Łapińska, *Orzeczenie zakazu kontaktów z dzieckiem*, Warszawa 2018, s. 5.

dzica z dzieckiem ma służyć wzmocnieniu lub stworzeniu więzi między dzieckiem a rodzicem bezpośrednio niesprawującym nad nim opieki¹². Pozwala na budowanie i rozwijanie więzi emocjonalnej, społecznej i rodzinnej¹³, dlatego też jako zasadę uznaje się stanowisko Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, że prawo do kontaktów z dzieckiem podlega ochronie prawnej jako element życia rodzinnego, a podstawowym elementem życia rodzinnego dla rodzica i dziecka jest ich wspólne życie¹⁴.

Kontakty zazwyczaj ustalane są w sytuacji, kiedy dziecko przebywa stale u jednego z rodziców. Najlepsze rozwiązanie stanowi wspólne uzgodnienie przez rodziców sposobu utrzymywania kontaktów z dzieckiem przez drugiego z nich, uwzględniające dobro dziecka¹⁵ i jego rozsądne życzenia. Jeżeli rodzice nie są w stanie dojść w tej kwestii do porozumienia, o kontaktach rozstrzyga sąd rodzinny (art. 1131 § 1 k.r.o.) na wniosek zainteresowanego rodzica lub sąd rozwodowy, jeżeli zachodzi potrzeba rozstrzygnięcia o kontaktach w czasie postępowania o rozwód czy separację. Co do zasady, sąd, orzekając o kontaktach rodzica z dzieckiem, powinien podjąć starania zmierzające do wytworzenia optymalnej konfiguracji istotnych elementów stanu rzeczy dotyczących danego dziecka, składających się na pojęcie „dobra dziecka”, zgodne z jego najlepszym interesem¹⁶.

Do ograniczenia utrzymywania kontaktów z dzieckiem może dojść w sytuacji, kiedy wymaga tego dobro dziecka. Sąd może wtedy zezwolić na spotkanie się z dzieckiem tylko w obecności m.in. kuratora sądowego (art. 1132 § 1 pkt 3 k.r.o.). Rozstrzygnięcie co do obecności kuratora sądowego przy kontaktach rodziców z dziećmi mogą zawierać orzeczenia merytoryczne wydane w czasie postępowania w sprawie o rozwód, separację czy ustalenie kontaktów rodziców z dziećmi, rozstrzy-

12 Zob. M. Andrzejewska, Osobista styczność z dzieckiem w przypadku spraw o przysposobienie międzynarodowe jako narzędzie chroniące dobro dziecka, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, vol. 22, nr 3, s. 36.

13 A. Rogalska, Realizacja kontaktów rodziców z małoletnimi dziećmi orzeczonych w wyroku rozwodowym – wybrane zagadnienia, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2019, z. 4 (36), s. 93. O stosunkach między rodzicami i dziećmi w kontekście paradygmatu filozoficzno-prawnego w odniesieniu do pojęcia: „małżeństwo” i „rodzina” traktuje artykuł A. Breczko, Tradycyjne paradygmaty prawa rodzinnego w dobie rewolucji biotechnologicznej, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, vol. 22, nr 3.

14 *Ibidem*, s. 103.

15 Obecnie w żadnym akcie prawnym nie odnajdziemy legalnej definicji pojęcia „dobra dziecka”. Definicję taką przewidywał projekt Kodeksu rodzinnego Rzecznika Praw Dziecka z lipca 2018 r. w art. 21, pkt 2): „dobra dziecka – to stan, w którym dziecko osiąga prawidłowy, całościowy i harmonijny rozwój psychiczny, fizyczny i społeczny, z poszanowaniem jego godności i wynikających z niej naturalnych praw. Dobro to jest kształtowane w szczególności przez pozytywne relacje osobiste, relacje rodzinne i sytuacje wychowawcze”, <http://bityl.pl/NL3V5> (30.01.2022).

16 M. Andrzejewski, Application of the Clause of the Good of the Child: Reflections Inspired by the Decision of the Supreme Court on the Creation of Foster Families, „Studia Iuridica Lublinensia” 2021, vol. XXX, nr 5, s. 36.

gające co do istoty sprawy, jak też wydane w ramach zabezpieczenia toczącego się postępowania.

Aspekt wykonawczy obecności kuratora przy kontaktach rodzica z dzieckiem został ograniczony do jednego przepisu § 10 rozporządzenia MS z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie szczegółowego sposobu wykonywania uprawnień i obowiązków kuratorów sądowych¹⁷. W ust. 1 przytoczonego przepisu nie ma żadnej wzmianki o przysługujących kuratorowi prawach czy też ciążących na nim obowiązkach poza tymi, że musi być obecny przez cały czas trwania kontaktu i dopilnować, by kontakt ten nie trwał dłużej, niż postanowił sąd. Z tego powodu kurator uczestniczący w kontaktach rodziców z dziećmi często nazywany jest potocznie „strażnikiem/kontrolerem czasu”. W ust. 2 zaś wspomniany przepis nakłada na kuratora obowiązek niezwłocznego złożenia sądowi pisemnej notatki z każdej obecności przy kontaktach. Także ten zapis jest kuriozalny, bowiem nie określa, co w tej notatce powinno się znaleźć. Odnosząc się do treści poprzedniego ustępu tegoż przepisu, należy sądzić, że kurator powinien poinformować sąd zgodnie z ciążącym na nim obowiązkiem, czy do kontaktu doszło, czy rozpoczął się i skończył o czasie. W praktyce przyjmuje się, że notatka ta powinna być krótka i zwięzła. Praktyka też pokazuje, że często sędziowie oczekują, że notatka ta będzie przypominała raczej wywiad środowiskowy, w którym kurator ujmie ze szczegółami cały przebieg spotkania¹⁸.

Opisane powyżej przepisy jednoznacznie oceniane są przez środowisko kuratorów jako nieprecyzyjne i lakoniczne, pozostawiające bardzo dużą przestrzeń do nadinterpretacji i w praktyce utrudniające kuratorom wykonywanie powierzanych im zadań¹⁹. Na problem ten uwagę zwróciła KRK w piśmie skierowanym do MS w 2016 r.: „Pomimo że pozornie czynność obecności kuratora przy kontaktach rodzica z dzieckiem wydaje się być bardzo prosta, w praktyce jej wykonanie niejednokrotnie nastrocza bardzo znaczących trudności. Wynikają one zarówno z nieomal całkowitego braku regulacji normujących pragmatykę postępowania kuratorów sądowych przy wykonywaniu takich orzeczeń, jak i zróżnicowanej praktyki orzeczniczej”²⁰.

17 Dz.U. z 2003 r. Nr 112, poz. 1064 ze zm.

18 Spotkanie edukacyjne Sekcji Praw Dziecka przy ORA w Warszawie pt. „Kontakty z dzieckiem – procedury prawne dotyczące ochrony praw dziecka z perspektywy sędziego i pełnomocnika”, 7.09.2021 r.

19 A. Samek, Kontakty osoby uprawnionej z małoletnim przy udziale kuratora sądowego – analiza zagadnienia z punktu widzenia praktyka realizującego orzeczenia, „Probacja” 2015, t. 3, s. 146–147; A. Lewicka-Zelent, A. Lasota, Uczestnictwo kuratora sądowego w kontaktach rodziców z dzieckiem. Wybrane zagadnienia ogólne w świetle projektu kodeksu rodzinnego, „Probacja” 2018, t. 1, s. 6.

20 Krajowa Rada Kuratorów, pismo do Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 kwietnia 2016 r., KRK 30/IV/2016, <http://bityl.pl/za0pz> (30.01.2022).

W dalszej części tekstu autorzy zwrócą uwagę na wybrane problemy wynikające z obecnego braku regulacji dotyczących uprawnień i obowiązków kuratorów sądowych podczas ich uczestnictwa w kontaktach między rodzicami a dzieckiem.

3. Czas trwania i częstotliwość kontaktów rodzica z dzieckiem

Na brak uregulowań „prawnych/wykonawczych” oraz określenia roli i zadań kuratora przy kontaktach oraz brak ustalonych zasad przebiegu kontaktu i zakresu czynności ze strony kuratora skarżyli się także kuratorzy biorący udział w ogólnopolskim badaniu ankietowym przeprowadzonym przez OZZKS²¹. Ich zdaniem kontakty w obecności kuratora nie powinny odbywać się „w nieskończoność”, a stanowić rozwiązanie przejściowe, na czas odbudowania więzi rodzica z dzieckiem czy upewnienia się, że uprawniony rodzic w żaden sposób nie zagraża szeroko pojętemu dobru dziecka. Długotrwałe, kilku- lub kilkunastomiesięczne uczestniczenie kuratorów przy kontaktach dziecka z rodzicem stanowi nadmierną ingerencję w sferę prywatną, jest naruszeniem poszanowania życia rodzinnego i prywatnego²², zagwarantowanego art. 8 ust. 1 i 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r.²³ W każdym przypadku zasadne byłoby zatem, aby sąd w sytuacji konieczności ustalenia kontaktów w obecności kuratora określił okres ich trwania²⁴, w przypadku konieczności zastosowania jej w orzeczeniu kończącym – wskazując okres trwania ograniczenia. Badani kuratorzy proponowali, aby sąd doprecyzował liczbę spotkań i ograniczył ją np. do sześciu czy dziesięciu.

Zdaniem ankietowanych kuratorów ważne jest, aby sąd dostosował formę i czas kontaktów do wieku dziecka, gdyż zdarza się, że orzeczone kontakty mają trwać kilka czy też kilkanaście godzin, a często dziecko nie jest w stanie wytrzymać tak długiego spotkania, nudzi się albo chce spać czy jeść itp. Badanie pokazało, że najczęściej orzekane były kontakty w wymiarze 3–4 godzin (43% wskazań), często w wymiarze 1–2 godzin (41%), następnie w wymiarze 5–6 godzin (14%) oraz 7–8 godzin (8%). Zdarzały się też kontakty z udziałem kuratora trwające 9 i więcej godzin (niespełna 2%). Zdaniem kuratorów długi czas trwania jednego kontaktu, powyżej 8 godzin, jest niezgodny z kodeksem pracy, bowiem przy takim wymiarze czasu pracy przysługuje przerwa, której nie przewidują przepisy. Pojawiła się też kwestia tego, co ma zrobić

21 Opracowanie OZZKS..., *op.cit.*, s. 1–67.

22 Petycja O podjęcie..., *op.cit.*

23 Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284).

24 J. Zajączkowska-Burtowy, Komentarz do art. 113 (2): Ograniczenie utrzymywania kontaktów z dzieckiem, (w:) M. Fras, M. Habdas (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 2021, s. 1180.

kurator w sytuacji konieczności skorzystania z toalety przy długich kontaktach, jeśli obawia się na przykład uprowadzenia czy skrzywdzenia w tym czasie dziecka.

Powszechnie uważa się, że sąd, orzekając o roli kuratora w sprawie kontaktów z dzieckiem, powinien mieć na uwadze terminy i czas spotkań, które odbywają się w dni wolne od pracy lub w godzinach popołudniowych²⁵. Badanie pokazało, że kuratorzy najczęściej uczestniczą w kontaktach w soboty (80% wskazań), następnie w dni robocze (58%) oraz w niedziele (49%)²⁶, rzadziej w święta, czyli w dni ustawowo wolne od pracy (30%). Praktyce orzekania kontaktów w dni wolne od pracy sprzeciwiają się badani kuratorzy²⁷, mimo że za wykonanie tej czynności art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy o kuratorach sądowych z 2001 r.²⁸ przewiduje ryczałt w wysokości 10% kwoty bazowej²⁹, który przysługuje za kontakt jako całość, niezależnie od czasu jego trwania.

4. Miejsce wykonywania kontaktów

Kolejnym problemem, z jakim kuratorzy spotykają się w związku z wykonywaniem orzeczeń o kontaktach, jest to, że bardzo wiele orzeczeń nie zawiera precyzyjnego określenia miejsca odbywania kontaktów. Tym samym w świetle literalnego rozumienia przepisów art. 25 i 26 Kodeksu cywilnego z 1964 r.³⁰ problemy mogą już się pojawić w sytuacji wskazania przez sąd miejsca zamieszkania dziecka jako miejsca, w którym do kontaktu powinno dojść, bowiem miejscem zamieszkania dziecka pozostającego pod władzą rodzicielską jest miejsce zamieszkania rodziców albo tego z rodziców, któremu wyłącznie przysługuje władza rodzicielska lub któremu zostało powierzone wykonywanie władzy rodzicielskiej (§ 1). Jeżeli władza rodzicielska przysługuje na równi obojgu rodzicom mającym osobne miejsce zamieszkania, miejsce zamieszkania dziecka jest u tego z rodziców, u którego dziecko stale przebywa (§ 2). Z treści art. 25. k.c. wynika zaś, że miejscem zamieszkania osoby fizycznej jest miejscowość, w której osoba ta przebywa z zamiarem stałego pobytu. Przy tak szerokiej interpretacji „miejsca zamieszkania”, jaką narzuca rozumienie przywołanych przepi-

25 E. Holewińska-Łapińska, Rola kuratora w realizowaniu prawa do osobistych kontaktów z dzieckiem, „Jurysta” 1998, nr 12, s. 7.

26 Por. E. Holewińska-Łapińska, Rola..., *op. cit.*, s. 7–11.

27 W kwestii korelacji przepisów prawa pracy z realizowaniem jednego z obowiązków służbowych, jakim jest obecność kuratora przy kontaktach osoby uprawnionej z małoletnim, OZZKS zwrócił się do Głównego Inspektora Pracy o udzielnie porady prawnej, Pismo OZZKS do Państwowej Inspekcji Pracy Głównego Inspektoratu Pracy, OZZKS/2/I/2021, Serock 21.01.2021 r., <http://bityl.pl/9mXbe> (22.01.2022). Odpowiedź została zamieszczona w piśmie Państwowej Inspekcji Pracy Głównego Inspektoratu Pracy, UNP:GIP-21–19339, GIP-GPP.082.7.2021.5, Warszawa, 2021–04–15, <http://bityl.pl/mOVPK> (22.01.2022).

28 Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. o kuratorach sądowych (Dz.U. z 2001 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.).

29 Kwota bazowa dla zawodowych kuratorów sądowych wynosi obecnie 2 031,96 zł.

30 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.).

sów, należałoby dojść do przekonania, że kontakt może odbywać się na terenie miejscowości, w której mieszka dziecko. W praktyce interpretację „miejsca zamieszkania” zawęża się do konkretnego adresu podanego przez strony do akt sprawy. Odmienna, rozszerzająca interpretacja tego pojęcia na potrzeby wykonywania kontaktów rodziców z dziećmi mogłaby nastęrczać szereg trudności, szczególnie że w ocenie badanych kuratorów stwierdzenie, iż „kontakty powinny odbywać się poza miejscem zamieszkania dziecka, jest zbyt ogólne, tym bardziej w obecnej sytuacji epidemicznej w kraju. Dalej np., rodzic będzie chciał zabrać dziecko poza właściwość miejscową danego sądu. Co w takiej sytuacji ma zrobić kurator?” MS odpowiada, iż powinien kierować się zasadą, że obszar właściwości sądu rejonowego jest również obszarem właściwości działania kuratora zatrudnianego w danym sądzie. Oznacza to, że nie może zabrać dziecka poza właściwość tego sądu³¹.

Przy wykonaniu orzeczonych kontaktów poza miejscem zamieszkania dziecka najistotniejszym problemem jest przemieszczanie się w trakcie kontaktu, a zwłaszcza brak regulacji w tym zakresie, o czym donoszą kuratorzy biorący udział w przywoływanym badaniu, podając następujące przykłady: „dojazd z miejsca, gdzie przekazywane jest dziecko, do miejsca, gdzie ma odbywać się kontakt; problemy przy braku komunikacji miejskiej, zwłaszcza że istnieje nieformalny zakaz jeżdżenia prywatnym samochodem stron; zmuszanie do jazdy samochodem z obcymi ludźmi często o wątpliwej umiejętności prowadzenia pojazdu; transport małoletnich w asyście kuratora, tj. czy kurator powinien jechać z małoletnimi w ich samochodzie czy za stronami własnym samochodem?”. W ocenie Departamentu Wykonywania Orzeczeń i Probacji MS taka praktyka nie powinna mieć miejsca³².

Jakie jeszcze pojawiają się problemy, które nie zostały w żaden sposób ujęte w ramy obowiązującego prawa? Na pewno takie, które w kilku pytaniach zostały ujęte przez RPO, a mianowicie: przywoływane już wyjście do toalety, które stwarza stan „nieobecności” w czasie trwania kontaktu, czy kurator musi iść z dzieckiem do toalety, czy może jeść w trakcie spotkania, czy jeżeli rodzi chce iść z dzieckiem na basen, to kurator ma wejść z nimi do szatni, kto ma płacić za posiłki kuratora, bilety np. na basen czy koszty dojazdu³³. Zauważyć należy, że RPO jest jednym z organów, który wielokrotnie zwracał uwagę na to, że jeśli kontakt ma być wykonywany w obecności kuratora, to warunki do jego wykonania muszą zostać w taki sposób określone, aby kurator mógł faktycznie orzeczenie sądu wykonać³⁴.

31 Pismo Departamentu Wykonywania Orzeczeń i Probacji Ministerstwa Sprawiedliwości do Prezesa Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z dnia 23 lipca 2021 r. w sprawie DWOiP.VI.024.23.2020.

32 *Ibidem*.

33 Ł. Starzewski, Udział kuratorów sądowych w spotkaniach rodzica z dzieckiem. RPO chce zmiany przepisów, IV.7021.28.2019, <http://bityl.pl/xIN48> (12.01.2022).

34 Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości, IV.7021.28.2019.MO, Warszawa, 29.11.19, <http://bityl.pl/tQomK> (13.01.2022).

5. Rola kuratora

Oczekiwania co do roli kuratora są bardzo duże, zarówno ze strony samego sądu, jak i rodziców biorących udział w kontaktach, i z pewnością wykraczające poza obowiązujące przepisy prawa. Zauważyli to także badani kuratorzy, por. na przykład: „Niedookreślona rola kuratora – oczekiwali ode mnie roli psychologa, mediatora, organizatora przebiegu kontaktów itp. Tłumaczyli, że taką wiedzę uzyskali na sali rozpraw i za to właśnie kuratorowi będą płacić”. Faktycznie, różne stwierdzenia padają na sali rozpraw, które mogą wprowadzać w błąd, ale wybrzmiewają one nie tylko na sali. W czasie jednego ze szkoleń przeprowadzonych dla sędziów i adwokatów³⁵ stwierdzono, że kurator ma być wsparciem dla rodziców, pomagać w zorganizowaniu przebiegu kontaktów. W praktyce jest tak, że kurator często faktycznie podejmuje rolę moderatora kontaktu, rozmowy, zabawy, doradcy rodzica względem zachowania wobec dziecka³⁶, co jest sprzeczne z obowiązującymi przepisami, bowiem kurator sądowy nie może zastępować stron kontaktu w zakresie ich obowiązków³⁷.

Badani kuratorzy sygnalizowali także, że rola kuratora w czasie kontaktu sprowadza się też często do „nieustannego pilnowania spokoju”, bowiem istnieje przekonanie, że kurator w czasie trwania kontaktu ma zapobiegać negatywnym wydarzeniom, a w sytuacji jakiegokolwiek zagrożenia dobra dziecka ma prawo niezwłocznie wezwać policję, przerwać kontakt i zawiadomić sąd rodzinny. Mając na uwadze sytuację kuratorów, RPO zauważył, że ciężar decyzji, które podejmują kuratorzy w czasie trwania kontaktu, może być bardzo duży. Kurator musi bowiem zadbać nie tylko o swoje bezpieczeństwo, ale i o bezpieczeństwo stron³⁸. NIK w raporcie z 2018 r. zauważyła, że w świetle obecnie obowiązujących przepisów kurator nie jest uprawniony do interwencji w przypadku, gdy na przykład zauważy niepokojące go zachowania, które mogą zagrażać dziecku, jak również nie posiada narzędzi umożliwiających mu przerwanie takiego kontaktu³⁹. Z drugiej strony MS w odpowiedzi na pismo RPDz nie wyraziło aprobaty na możliwość przerwania kontaktu rodzica z dzieckiem jako zbyt głęboko wkraczającą w sferę praw i wolności obywateli⁴⁰.

35 Spotkanie edukacyjne..., *op. cit.*

36 T. Jedynak, K. Stasiak, *Zarys metodyki pracy kuratora sądowego*, Warszawa 2014, s. 671–674.

37 Bywa, że sam sąd musi zwrócić uwagę stronie na to, czego przykładem jest fragment uzasadnienia jednego z postanowień sądu rodzinnego: „obecność kuratora przy kontaktach nie ma charakteru nadzoru nad prawidłowością i moralnością wychowania dziecka, a tylko nad przebiegiem kontaktu ojca z synem”, Postanowienie Sądu Rejonowego w Łowiczu z dnia 28 czerwca 2018 r., III Nsm 143/18.

38 Ł. Starzewski, *Udział...*, *op. cit.*

39 NIK, Informacja o wynikach kontroli, Wykonywanie obowiązków przez kuratorów sądowych, LWR.430.002.2018, Nr ewid. 20/2018/P/17/106/LWR, s. 46, <http://bityl.pl/B6EHm> (13.01.2022).

40 Pismo Ministerstwa Sprawiedliwości do Rzecznika Praw Dziecka, Warszawa, 30.03.2016 r., DL-1-072-3/16/5, <http://bityl.pl/3sDmT> (16.01.2022).

W głosach kuratorów pojawiają się także inne wątpliwości, które rodzi brak szczegółowych regulacji związanych z obecnością kuratora w trakcie kontaktu rodzica z dzieckiem, w tym kwestia określenia zasad realizacji kontaktu w innym terminie niż określony w postanowieniu; brak podstawy prawnej oraz wypracowania praktyki umożliwiającej informowanie przez kuratora stron o formie kontaktów oraz przedstawienie konsekwencji niewłaściwego zachowania się podczas spotkań z małoletnim; określenie granicy decyzyjności kuratora w istotnych kwestiach związanych z kontaktem rodzica z dzieckiem, które jednocześnie nie zostały doprecyzowane w postanowieniu sądu⁴¹.

6. Analiza proponowanych rozwiązań przez resort sprawiedliwości

Odpowiedzią na nurtujące kuratorów pytania mogą być zmiany w obowiązującym prawie, a zwłaszcza wprowadzenie regulacji bezpośrednio odnoszących się do omawianej materii. Takiej próby podjęło się Ministerstwo Sprawiedliwości w ramach „Projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw”⁴², w którym zostały zaprojektowane przepisy wykonawcze w sprawach opiekuńczych na poziomie ustawy. W dokumencie tym do najważniejszych do rozwiązania problemów zaliczono kontakty z dzieckiem. Z uzasadnienia dowiadujemy się, że w związku z realizacją kontaktów pojawiają się problemy dotyczące ich technicznego przebiegu, o których już była mowa powyżej. Zauważono, że instytucja ta stosowana jest z dużą dowolnością. Z uwagi na to, iż sprawy dotyczące ustalenia kontaktów rodziców z dziećmi wskazują na ogromne nasilenie konfliktu rodzinnego, należy jak najprecyzyjniej dopracować zasady udziału kuratora w kontaktach, tak aby nie wprowadzić do porządku prawnego kazuistycznych rozwiązań.

MS w projektowanych przepisach odpowiada na część postulatów składanych przez samych kuratorów, jak i RPO oraz RPDz w odniesieniu chociażby do ograniczenia długości trwania kontaktu do czterech godzin czy możliwości przerwania kontaktu i wezwania Policji w sytuacji tego wymagającej. Istotną proponowaną zmianą jest uznanie kuratora rodzinnego za organ postępowania wykonawczego w sprawach opiekuńczych⁴³, a co za tym idzie, nadanie kuratorom uprawnień do występowania z odpowiednimi wnioskami w sytuacjach tego wymagających. Projekt wprowadza także zmiany w dotychczas obowiązującym § 10 rozporządzenia z 2003 r.

41 A. Samek, *Kontakty...*, *op. cit.*, s. 149.

42 Biuletyn Informacji Publicznej, Rządowe Centrum Legislacji, Rządowy Proces Legislacyjny, Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, sporządzony 26.08.2021 r., UD261.

43 O to, żeby kurator był organem wykonawczym w postępowaniu opiekuńczym, postulował RPDz; Pismo Rzecznika Praw Dziecka do Ministra Sprawiedliwości, Warszawa, 18.02.2016 r., <http://bietyl.pl/B81i4> (23.01.2022).

poprzez poszerzenie katalogu zadań ciężących na kuratorze, co stanowi rozwinięcie przepisów projektowanego postępowania wykonawczego w sprawach opiekuńczych.

MS, projektując treść nowelizacji k.r.o. oraz przepisów wykonawczych w zakresie obecności kuratora przy kontaktach rodziców z dziećmi, niewątpliwie zajął się częścią aspektów związanych z praktyką podejmowanych przez kuratora czynności w omawianym zakresie. Wprowadzenie zasygnalizowanych powyżej zmian przyczyniłoby się do ujednoczenia praktyki związanej z tą formą ograniczenia przez sąd rodzicom kontaktów z dzieckiem, a tym samym mogłoby wpłynąć na rozwiązanie sygnalizowanych wyżej problemów technicznych pojawiających się w trakcie wykonywania przez kuratorów postanowień o obecności kuratora w kontaktach rodzica z dzieckiem⁴⁴. W dalszym ciągu pozostaje jednak bez odpowiedzi pytanie o to, w jaki sposób kurator powinien przemieszczać się w celu obecności przy kontakcie, czy pytanie dotyczące zasadności uczestniczenia organu sądu w każdej czynności realizowanej przez dziecko w trakcie kontaktów, np. wizycie w przebieralni czy toalecie. Należy nadto odnotować, że projektowane zmiany legislacyjne nie uwzględniają znacznej części innych problemów sygnalizowanych przez podmioty wykonujące postanowienia sądu, takich jak praktyka orzekania kontaktów w obecności kuratora w dni ustawowo wolne od pracy, co bezsprzecznie godzi w pragmatykę określoną w kodeksie pracy. Te i inne jeszcze kwestie sygnalizował również OZZKS przy okazji przeprowadzonego badania⁴⁵ oraz w odpowiedzi na projekt MS⁴⁶.

OZZKS jednoznacznie pozytywnie ocenia projektowane przepisy art. 1131 § 3 k.r.o. dotyczące rozstrzygania o terminie, czasie trwania kontaktów oraz możliwości orzekania o miejscu utrzymywania kontaktu oraz art. 1132 § 2 pkt 3 k.r.o. dotyczące ograniczenia możliwości orzekania spotkań z dzieckiem w obecności kuratora sądowego tylko do miejsca stałego pobytu dziecka. Negatywnie ocenia proponowaną treść art. 1134 k.r.o. dotyczącą kontrolowania wykonywania kontaktów przez kuratorów sądowych. W pozostałym zakresie postuluje, aby sąd, orzekając o kontaktach, uwzględniał: rozsądne życzenia dziecka; możliwość spotkania się z dzieckiem w obecności kuratora także w instytucjach, organizacjach czy fundacjach, które takie spotkania umożliwiają; żeby kontakty w obecności kuratora nie były orzekane w dni ustawowo wolne od pracy; ograniczenie zbędnego stawiania się kuratorów sądowych w miejscu wskazanym do kontaktu w sytuacji, gdy wykonanie kontaktu w danym dniu jest niemożliwe; zobowiązanie rodziców do współpracy z kuratorem sądowym wykonującym orzeczenie; pouczenie uczestników postępowania o obowiązkach

44 Należy podkreślić, że w dużym stopniu aktualny projekt zmian w k.r.o. stanowi odzwierciedlenie propozycji Rzecznika Praw Dziecka zawartej w projekcie z 18 lipca 2018 r.

45 Opracowanie OZZKS..., *op. cit.*, s. 1–67.

46 Odpowiedź OZZKS z dnia 6.12.21 r. na pismo z dnia 17 listopada 2021 r. o sygn. DSRiN-V.415.3.2021 w sprawie konsultacji społecznych odnośnie do projektu ustawy, <http://bi-tyl.pl/sUKHS> (30.01.22).

i uprawnieniach związanych z orzeczeniem; dodanie przepisu wskazania do skierowania rodziców, w przypadku ich zgody, do mediacji. W sytuacji ograniczenia bądź braku możliwości realizacji kontaktu, w szczególności gdy dobro dziecka jest zagrożone, OZZKS postuluje również zobowiązanie sądu do wydania zarządzenia w trybie art. 109 k.r.o.⁴⁷

MS w swoim projekcie nie odniosło się do postulatu kuratorów o godziwe wynagrodzenie tej formy czynności i uzależnienie wysokości wypłacanego ryczału za udział kuratora w kontakcie rodzica z dzieckiem od rzeczywistej liczby godzin i nakładu zindywidualizowanej pracy związanej z daną sytuacją rodziny i jakości relacji na linii rodzic–dziecko.

Na ten moment w dalszym ciągu jest to jednak tylko projekt (pozostający w fazie konsultacji) przewidujący zmiany w obowiązującym prawie oraz wprowadzający grupę przepisów wykonawczych na poziomie ustawy, dotychczas nieobecnych w prawie rodzinnym. Potrzebę ich wprowadzenia do obowiązującego prawa sygnalizowały już od dawna podmioty żywo zainteresowane prawnymi aspektami zabezpieczenia dobra dziecka oraz jego prawa do kontaktu z rodzicem bezpośrednio niesprawującym opieki nad nim.

Wnioski

Wydaje się, że rola, jaką ma odegrać kurator w trakcie kontaktów, jest zdecydowanie przeceniana⁴⁸. Jej nadinterpretacja, wynikająca z braku odpowiednich przepisów określających prawa i obowiązki kuratorów w trakcie wykonywania czynności, którą jest obecność przy kontaktach rodziców z dziećmi, może prowadzić do wielu nieporozumień kończących się często nieuzasadnionymi skargami na czynności kuratora ze strony zarówno uprawnionych, jak i zobowiązanych do wykonania orzeczonych kontaktów rodziców. Część z nich bowiem podkreśla zbyt aktywną postawę kuratorów, inni natomiast skarżą się na ich bierność⁴⁹.

Pamiętać należy, że kurator jest urzędnikiem państwowym, związanym literą prawa. Wobec braku odpowiednich przepisów kurator, podejmując czynności w trakcie wykonywania orzeczenia o kontaktach rodziców z dziećmi, polega często na własnej intuicji oraz wieloletnim doświadczeniu. Aby wyeliminować wszelkie wątpliwości co do legalności podejmowanych przez kuratorów czynności, należy wprowadzić jasne i precyzyjne przepisy, które prowadziłyby do rozwiązania dotychczasowych technicznych problemów związanych z przebiegiem kontaktów.

47 *Ibidem*, s. 2–7.

48 Por. A. Samek, *Kontakty...*, *op. cit.*, s. 148.

49 Pismo RPDz IV.7021.28.2019.MO, *op. cit.*

Odmiernym problemem zasługującym na uwagę jest również brak jednolitej ogólnopolskiej praktyki w wykonywaniu tego typu orzeczeń przez kuratorów sądowych. Niestety, nie udało się jej jak dotychczas wypracować.

BIBLIOGRAFIA

- Andrzejewska M., Osobista styczność z dzieckiem w przypadku spraw o przysposobienie międzynarodowe jako narzędzie chroniące dobro dziecka, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, vol. 22, nr 3.
- Andrzejewski M., Application of the Clause of the Good of the Child: Reflections Inspired by the Decision of the Supreme Court on the Creation of Foster Families, „Studia Iuridica Lublinensia” 2021, vol. XXX, nr 5.
- Biuletyn Informacji Publicznej, Rządowe Centrum Legislacji, Rządowy Proces Legislacyjny, Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, sporządzony 26.08.2021 r., UD261.
- Breczko A., Tradycyjne paradygmaty prawa rodzinnego w dobie rewolucji biotechnologicznej, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, vol. 22, nr 3.
- Holewińska-Łapińska E., Orzeczenie zakazu kontaktów z dzieckiem, Warszawa 2018.
- Holewińska-Łapińska E., Rola kuratora w realizowaniu prawa do osobistych kontaktów z dzieckiem, „Jurysta” 1998, nr 12.
- Jedynak T., Stasiak K., Zarys metodyki pracy kuratora sądowego, Warszawa 2014.
- Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284).
- Krajowa Rada Kuratorów, pismo do Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 kwietnia 2016 r., KRK 30/IV/2016, <http://bityl.pl/za0pz>.
- Lewicka-Zelent A., Lasota A., Uczestnictwo kuratora sądowego w kontaktach rodziców z dzieckiem. Wybrane zagadnienia ogólne w świetle projektu kodeksu rodzinnego, „Probacja” 2018, t. 1.
- NIK, Informacja o wynikach kontroli, Wykonywanie obowiązków przez kuratorów sądowych, LWR.430.002.2018, Nr ewid. 20/2018/P/17/106/LWR, s. 46, <http://bityl.pl/B6EHm>.
- Odpowiedź OZZKS z dnia 6.12.21 r. na pismo z dnia 17 listopada 2021 r. o sygn. DSRiN-V.415.3.2021 w sprawie konsultacji społecznych odnośnie do projektu ustawy, <http://bityl.pl/sUKHS>.
- Opracowanie OZZKS dotyczące udziału kuratora sądowego w kontaktach małoletniego z osobą uprawnioną oraz zaległości w płatnościach za wywiady rozwodowe, <http://bityl.pl/0XNZX>.
- Petycja „O podjęcie inicjatywy w celu zmiany art. 91 Ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o kuratorach sądowych oraz § 10 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie szczegółowego sposobu wykonywania uprawnień i obowiązków kuratorów sądowych”, <http://bityl.pl/QRppn>.
- Pismo Departamentu Wykonywania Orzeczeń i Probacji Ministerstwa Sprawiedliwości do Prezesa Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z dnia 23 lipca 2021 r. w sprawie DWOiP.VI.024.23.2020.

- Pismo Ministerstwa Sprawiedliwości do Rzecznika Praw Dziecka, Warszawa, 30.03.2016 r., DL-I-072-3/16/5, <http://bityl.pl/3sDmT>.
- Pismo Państwowej Inspekcji Pracy Głównego Inspektoratu Pracy, UNP:GIP-21-19339, GIP-GPP.082.7.2021.5, Warszawa, 2021-04-15, <http://bityl.pl/mOVPK>.
- Pismo Rzecznika Praw Dziecka do Ministra Sprawiedliwości, Warszawa, 18.02.2016 r., ZSR.422.9.2016. MK, <http://bityl.pl/B81i4>.
- Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości, Warszawa, 29.11.19, IV.7021.28.2019.MO, <http://bityl.pl/tQomK>.
- Pismo OZZKS do Państwowej Inspekcji Pracy Głównego Inspektoratu Pracy, Serock 21.01.2021 r., OZZKS/2/I/2021, <http://bityl.pl/9mXbe>.
- Postanowienie Sądu Okręgowego w Sieradzu z dnia 28 grudnia 2016 r., I Ca 482/16.
- Postanowienie Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy w Warszawie z dnia 11 maja 2015 r., VI Nsm 56/15.
- Postanowienie Sądu Rejonowego w Inowrocławiu z dnia 28 września 2016 r., III Nsm 605/15.
- Postanowienie Sądu Rejonowego w Łowiczu z dnia 28 czerwca 2018 r., III Nsm 143/18.
- Projekt Kodeksu rodzinnego Rzecznika Praw Dziecka z lipca 2018 r., <http://bityl.pl/NL3V5>.
- Prymak T., Goworko-Składanek B., Instytucja nadzoru prewencyjnego w systemie zadań profilaktycznych kuratorów dla dorosłych, „Resocjalizacja Polska” 2020, nr 20, s. 45–58.
- Rogalska A., Realizacja kontaktów rodziców z małoletnimi dziećmi orzeczonych w wyroku rozwodowym – wybrane zagadnienia, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2019, z. 4 (36).
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie szczegółowego sposobu wykonywania uprawnień i obowiązków kuratorów sądowych, Dz.U. z 2003 r. Nr 112, poz. 1064 ze zm.
- Samek A., Kontakty osoby uprawnionej z małoletnim przy udziale kuratora sądowego – analiza zagadnienia z punktu widzenia praktyki realizującego orzeczenia, „Probacja” 2015, t. 3.
- Spotkanie edukacyjne Sekcji Praw Dziecka przy ORA w Warszawie pt. „Kontakty z dzieckiem – procedury prawne dotyczące ochrony praw dziecka z perspektywy sędziego i pełnomocnika”, 7.09.2021.
- Starzewski Ł., Udział kuratorów sądowych w spotkaniach rodzica z dzieckiem. RPO chce zmiany przepisów, IV.7021.28.2019, <http://bityl.pl/xIN48> (12.01.2022).
- Statystyka Ministerstwa Sprawiedliwości ze Sprawozdania MS-S40, <http://bityl.pl/e5Kej>.
- Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. - Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1359).
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.).
- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296 ze zm.).
- Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. o kuratorach sądowych (Dz.U. z 2001 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.).

Zajączkowska-Burtowy J., Komentarz do art. 113 (2): Ograniczenie utrzymywania kontaktów z dzieckiem, (w:) M. Fras, M. Habdas (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 2021.

Zajączkowska-Burtowy J., Kontakty z dzieckiem. Prawa i obowiązki, Warszawa 2020.

Mariusz Załucki

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Polska

mzalucki@afm.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3338-3832>

Wybrane wyzwania kodyfikacyjne polskiego prawa rodzinnego

Selected Codification Challenges in Polish Family Law

Abstract: Polish family law is undergoing change. For some time now, there have been various initiatives for its possible revision. However, social needs are ahead of legislators' actions. Today there are a number of legislative challenges facing the Polish legislator in the context of the metamorphosis of Polish family law. The author presents selected problems connected with it and answers the question concerning the desirable way of further work on the metamorphosis of the present regulation of Polish family law. The author also presents issues that cannot be ignored in the context of preparing possible draft amendments to the current legislation. He highlights the role of the Commission on European Family Law and proposes that the starting point for the further metamorphosis of Polish family law would be the establishment of such a body in Poland based on the model of the Commission for the Codification of Family and Guardianship Law, whose work should be transparent and widely available.

Keywords: codification, family law, recodification

Słowa kluczowe: kodyfikacja, prawo rodzinne, rekodyfikacja

Wprowadzenie

Prawo rodzinne, podobnie jak całe prawo cywilne, to obszar, który w ostatnich latach musi reagować na zachodzące w społeczeństwie zmiany. Zmieniająca się struktura społeczna, nowe obyczaje, inne standardy życia czy przeobrażenia technologiczne to tylko niektóre wyzwania, jakie stoją przed prawodawcą chcącym dostosować regulacje normatywne do aktualnych potrzeb społeczeństwa¹. Z tego powodu na świecie zaobserwować można tendencję do przeobrażeń regulacji rodzinno-praw-

1 Por. K. Bagan-Kurluta, B. Oszkinis, Korekcyjna funkcja słuszności w prawie rodzinnym – kilka refleksji na marginesie wyroku M.R. & Anor -v- An tArd Chlaraitheoir & Ors, „Białostockie

nych, a nowe rozwiązania często przewidują zasadniczo inne środki od tych, które uważane były jeszcze do niedawna za stabilne i niewymagające korekty². W tym zakresie na przestrzeni kilkudziesięciu lat, jakie dzielą czasy obecne od czasów przyjęcia w naszym kraju w 1964 r. Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (k.r.o.)³, także i w Polsce pojawiło się wiele dylematów legislacyjnych, które tylko w części zostały już rozstrzygnięte przez ustawodawcę i to niekoniecznie zgodnie z niektórymi oczekiwaniami społecznymi. Jak zaś pokazuje lektura obecnych przepisów k.r.o., podstawowe przepisy z zakresu polskiego prawa rodzinnego zostały wprowadzone jeszcze poprzednim Kodeksem rodzinnym z 1950 r.⁴, będącym przede wszystkim wynikiem prac Komisji Współpracy Prawniczej Polsko-Czechosłowackiej⁵, co dziś może budzić i z pewnością budzi istotne wątpliwości.

Zdaniem niektórych nasze prawo rodzinne nadaje się „do remontu”⁶, choć niekoniecznie trzeba, by nadażać ono w tym zakresie za postępującymi przemianami „za wszelką cenę”⁷. Stąd biorą się niektóre postulaty legislacyjne, w tym te związane z włączeniem przyszłego polskiego prawa rodzinnego do Kodeksu cywilnego⁸ jako jednej z jego ksiąg⁹, czy takie jak kompleksowy projekt nowego kodeksu rodzinnego, znacząco odbiegający od dotychczasowych uregulowań¹⁰. Dodać trzeba, że postulaty te rzadko były dyskutowane w doktrynie, a jak już to się działo, to zazwyczaj spotykała je krytyka¹¹. Na tym tle pojawiają się także problemy praktyczne, związane

Studia Prawnicze” 2014, nr 17, s. 13 i n.; A. Breczko, Tradycyjne paradygmaty prawa rodzinnego w dobie rewolucji biotechnologicznej, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, nr 3, s. 89 ff.

- 2 Zob. np. M. Aleksandrowicz, Rodzina w systemie prawnym Szwajcarii. Kilka uwag o historii i rozwiązaniach współczesnych, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, nr 3, s. 121 ff.
- 3 Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1359).
- 4 Ustawa z dnia 27 czerwca 1950 r. (Dz.U. Nr 34, poz. 308).
- 5 Z. Ziemiński, Prawo rodzinne Polski Ludowej po dwudziestu latach, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1964, t. 26, nr 4, s. 83 ff.
- 6 J. Mazurkiewicz, Rodzinne do remontu! Czyli o potrzebie wielkiej reformy prawa rodzinnego, (w:) P. Stec, M. Załucki (red.), 50 lat kodeksu cywilnego. Perspektywy rekodyfikacji, Warszawa 2015, s. 301 ff.
- 7 J. Gajda, Kilka słów o braku potrzeby „nadażania” za wszelką cenę przez polskie prawo rodzinne, (w:) J.M. Łukasiewicz, M. Załucki (red.), Prawo rodzinne i spadkowe wobec współczesnych zjawisk technologicznych i społecznych, Toruń 2018, s. 21 ff.
- 8 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.).
- 9 Z. Radwański (red.), Zielona księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2006, s. 149 ff.
- 10 Zob. http://brpd.gov.pl/sites/default/files/kodeks_rodzinny_projekt_z_uzasadnieniem.pdf (25.01.2022).
- 11 Zob. np. M. Andrzejewski, Wokół projektu Kodeksu rodzinnego przedłożonego w lipcu 2018 r. przez Rzecznika Praw Dziecka, „Prawo w Działaniu” 2019, nr 40; E. Holewińska-Łapińska, Wyniki badań opinii sędziów o przedstawionym w „Zielonej Księdze” usytuowaniu prawa rodzinnego w przyszłej kodyfikacji, „Zeszyty Prawnicze” 2017, t. 8, nr 1; M. Nazar, Projekt kodeksu rodzinnego i postulaty gałęziowego wyodrębnienia prawa rodzinnego, „Przegląd Sądowy” 2019, nr 7–8, s. 7 ff.

choćby z właściwym ukształtowaniem stosunków pomiędzy rodzicami a dziećmi, wykorzystaniem możliwości technologicznych do poczęcia dziecka czy niesynchronizowaniem na przykład z prawem handlowym zasad dotyczących majątku małżonków¹². Problemów budzących wątpliwości praktyki jest coraz więcej.

Co najmniej z tych powodów głos w dyskusji na temat stanu polskiej legislacji z zakresu prawa rodzinnego wydaje się uprawniony i pożądany. Wypowiedź ta ma przede wszystkim dwa cele: po pierwsze, wskazanie niektórych wybranych potrzeb regulacyjnych polskiego prawa rodzinnego, a po drugie, wskazanie pożądanego sposobu prac nad metamorfozą obecnej regulacji k.r.o. Wszystko to ma zaś być pretekstem do zintensyfikowania dyskusji naukowej¹³ w obszarze, który z pewnością takiej dyskusji wymaga¹⁴.

1. Prace nad zmianami k.r.o.

Dalsze rozważania można rozpocząć od przypomnienia, iż w Polsce w latach 1996–2015 przy Ministrze Sprawiedliwości działała Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, która miała szeroko publikowany dorobek także w zakresie prawa rodzinnego, a której zwieńczeniem prac również i w tym obszarze była „Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej”¹⁵. Komisja nie podjęła przy tym prac nad nowym kodeksem rodzinnym, opracowała natomiast kilka istotnych nowelizacji obecnego k.r.o. oraz powiązanych z nim innych aktów prawnych, pozostając przy tym przy założeniu, że dalsze prace reformatorskie prawa rodzinnego winny być integralne z prawem cywilnym, w związku z czym wnioskowano o włączenie regulacji stosunków rodzinnych do Kodeksu cywilnego¹⁶. W 2012 r. rozpoczęła zaś pracę Komisja Kodyfikacyjna Prawa Rodzinnego i Opiekuńczego przy Rzeczniku Praw Dziecka, zwieńczeniem prac której stanowił opublikowany w 2018 r. projekt nowego kodeksu rodzinnego¹⁷, opartego na założeniu odrębności tego aktu

12 Jednym z największych sporów mających za przedmiot regulacje prawa rodzinnego ostatnich lat był spór na tle przekształcenia przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą, pozostającego w związku małżeńskim z majątkowym ustrojem ustawowym, w jednoosobową spółkę kapitałową; zob. <https://forumbranzowe.com/drutex-proba-wrogiego-przejecia-firmy/> (25.01.2022).

13 Ograniczone ramy wypowiedzi nie pozwalają na pogłębione rozważania wielu poruszanych w tekście kwestii, stąd prezentowane problemy zostaną jedynie zasygnalizowane, stanowiąc przyczynek do dalszego dyskursu, który zdaniem autora jest pożądany.

14 Por. np. M. Andrzejewski, *Wokół projektu Kodeksu rodzinnego...*, *op. cit.*, s. 11.

15 Z. Radwański (red.), *Zielona księga...*, *op. cit.*

16 K. Gonera, *Założenia i ogólny kierunek zmian w prawie cywilnym (z prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego)*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 9, s. 80 ff; Z. Radwański, *Miejsce prawa rodzinnego w systemie prawa*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 1, s. 14.

17 J. Mazurkiewicz, *Rodzinne do...* *op. cit.*, s. 301 ff.

od Kodeksu cywilnego¹⁸. Prace tej ostatniej Komisji nie były jednak publiczne, a przez to szczątkowe wyniki jej prac nie docierały do szerokiego grona odbiorców i nie były na bieżąco przedstawiane środowiskom prawniczym¹⁹. Prace obu komisji nie były też zsynchronizowane.

Tak jeden, jak i drugi model prac nad prawem rodzinnym, oceniając to z perspektywy upływu kilku lat, nie wywołał szerokiej systemowej dyskusji na temat koniecznych zmian w prawie rodzinnym, co może nieco dziwić. Co prawda w ostatnich latach spotkać można szereg publikacji obejmujących swoim przedmiotem niektóre instytucje prawa rodzinnego, w związku z czym można nawet próbować bronić poglądu, że prawo rodzinne to modny przedmiot rozważań naukowych, jednak tylko nieliczni autorzy w pojedynczych publikacjach podjęli się trudu kompleksowej oceny obecnej regulacji. To może jednak jest o tyle usprawiedliwione, iż nie sposób dyskutować o potrzebie szerokich, w zasadzie nieodwracalnych zmian w sytuacji, gdy brak jest w toczonych dyskusjach zgody bądź czasem nawet brak jest jakiegokolwiek dyskusji co do optymalnego kształtu niektórych fundamentalnych dla prawa rodzinnego instytucji. To wymaga zmiany.

Przypomnieć należy także, iż główna oś rozważań doktryny prawa rodzinnego w Polsce obejmowała w ostatnich latach przede wszystkim problemy związane z instytucją małżeństwa (w tym związków jednopłciowych)²⁰, stosunkami majątkowymi zachodzącymi pomiędzy małżonkami (w tym ustrojami małżeńskimi majątkowymi), rozwiązaniem małżeństwa (w tym alternatywami dla sądowego postępowania o rozwód)²¹, rodzicielstwem i stosunkami między rodzicami a dziećmi (zwłaszcza sprawowaniem pieczy, w tym pieczy naprzemiennej), zagadnieniami dotyczącymi sztucznej inseminacji, alimentacji czy przysposobienia²². Poszukiwano także inspiracji w prawie obcym²³, jak i międzynarodowym prywatnym²⁴. W zasadzie w żadnym z tych obszarów nie ma powszechnej zgody doktryny, choć niewątpliwie można odnotować – przynajmniej zdaniem niektórych – zarówno sukcesy legislacyjne związane z przemianami polskiego prawa rodzinnego (np. wprowadzone w 2004 r. rozwiązania do-

18 Zauważyć należy, iż dyskusja o miejscu prawa rodzinnego w systemie prawa polskiego nie jest dyskusją nową; zob. np. P. Fiedorczyk, *Dyskusja na temat miejsca prawa rodzinnego w systemie prawa Polski Ludowej*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2009, t. 7, nr 7.

19 Co spotkało się ze słuszną krytyką na przykład M. Nazara; zob. M. Nazar, *Projekt kodeksu rodzinnego...*, *op. cit.*, s. 10 ff.

20 Zob. np. P. Kasprzyk, P. Wiśniewski (red.), *Prawo rodzinne w dobie przemian*, Lublin 2009; J.M. Łukasiewicz, A.M. Arkuszewska, A. Kościółek (red.), *Wokół problematyki małżeństwa w aspekcie materialnym i procesowym*, Toruń 2017.

21 E. Karaś, E. Ryś, *Rozwód u notariusza*, <https://www.infor.pl/prawo/rozwoody/sprawa-rozwoadowa/89421,Rozwod-u-notariusza.html> (25.01.2022).

22 Zob. J.M. Łukasiewicz, R. Łukasiewicz (red.), *Pieczą zastępczą i przysposobienie w polskim systemie prawa*, Toruń 2019.

23 Zob. np. M. Łągiewska, J.M. Łukasiewicz, *Chińskie prawo rodzinne*, Toruń 2020.

24 Zob. np. A. Sapota, *Wybór prawa w międzynarodowym prawie rodzinnym*, Warszawa 2016.

tyczące umów majątkowych małżeńskich)²⁵, jak i spektakularne porażki (np. ustawa o uzgodnieniu płci z 2015 r.)²⁶. O rozczarowaniu można zaś mówić w kontekście niezdecydowania się przez Polskę na przystąpienie do przepisów UE w dziedzinie ustrojów majątkowych par międzynarodowych, tj. do rozporządzenia Rady UE nr 2016/1103 wdrażającego wzmocnioną współpracę w dziedzinie jurysdykcji, prawa właściwego oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach dotyczących małżeńskich ustrojów majątkowych²⁷ oraz rozporządzenia Rady UE nr 2016/1104 wdrażającego wzmocnioną współpracę w dziedzinie jurysdykcji, prawa właściwego oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach dotyczących skutków majątkowych zarejestrowanych związków partnerskich²⁸. Z tych powodów obserwacja całokształtu stanu rodzimej legislacji z zakresu prawa rodzinnego prowadzić musi do wniosku o braku optymalnego kształtu polskich rozwiązań czy nawet do konkluzji, iż obecnie obowiązujące przepisy prawa nie odpowiadają potrzebom obywateli²⁹. To także wymaga zmian.

2. Niektóre wyzwania polskiego prawa rodzinnego

Podejmowane próby naprawienia tego stanu rzeczy (dostrzeganego w doktrynie) odbywają się przede wszystkim w związku z potrzebami praktyki. Nie sposób jednak kolejny raz pisać o tym, iż szereg państw europejskich wprowadziło do swoich regulacji ustawowych przepisy dotyczące związków osób tej samej płci, podczas gdy w prawie polskim brak kompleksowej regulacji tego rodzaju (co w dużej mierze jest przede wszystkim problemem wymagającym rozstrzygnięcia na gruncie prawa konstytucyjnego), gdyż polska praktyka prawno-rodzinna zaczyna się mierzyć z jeszcze bardziej kontrowersyjnymi problemami. Bardziej doniosłe wyzwania budzą dziś bowiem m.in. nierozwiązane problemy biologicznej i metrykalnej zmiany płci, surrogacji czy związane z podjęciem decyzji o rodzicielstwie koncepcje tzw. zbawczego rodzeństwa. Szereg wątpliwości pojawia się także choćby na tle pieczy naprzemiennej czy propozycji przeobrażeń niektórych kluczowych instytucji prawa rodzinnego, jak np. władzy rodzicielskiej. Na szczęście są to problemy dostrzegane w doktrynie i zagadnienia, do których sięgnęli już wybrani przedstawiciele nauki polskiego prawa rodzinnego, proponując rozwiązania problemów praktyki. Obszar dyskursu naukowego niejednokrotnie więc wykracza poza tradycyjne instytucje prawa rodzinnego,

25 Dz.U. Nr 162, poz. 1691.

26 Ustawa ta została uchwalona na posiedzeniu Sejmu w dniu 10 września 2015 r. (Druk Sejmowy nr 1469), jednak nie została podpisana przez Prezydenta RP.

27 Dokument 32016R1103.

28 Dokument 32016R1104.

29 M. Wąsik, Nieuznawanie w Polsce zawartych za granicą związków jednopłciowych – aspekty prawne z perspektywy swobody przepływu osób, „Studia Europejskie – Studies in European Affairs” 2020, nr 24.

mimo iż zachodzące we współczesnym świecie przemiany nie są dostrzegane przez ustawodawcę bądź nie ma woli politycznej, by zająć się tymi problemami na poziomie działań legislacyjnych. Choćby z tego powodu niektórym poglądom doktryny z tego obszaru warto się przyjrzeć. Mogą one bowiem stać się w przyszłości inspiracją dla ustawodawcy.

Przegląd wybranych stanowisk warto rozpocząć od propozycji legislacyjnej zawartej w projekcie Kodeksu rodzinnego z 2018 r., w którym pojawiła się koncepcja zastąpienia obecnej konstrukcji władzy rodzicielskiej wraz z jej określeniem tzw. odpowiedzialnością rodzicielską. Odpowiedzialność rodzicielska miałyby obejmować elementy treści władzy rodzicielskiej określone w obecnie obowiązujących przepisach (czyli zasadniczo pieczę nad dzieckiem, pieczę nad jego majątkiem i reprezentację dziecka), a ponadto obowiązek alimentacyjny i utrzymywanie kontaktów z dzieckiem (zob. art. 129 i art. 149 § 3 projektu). Propozycja ta pokazuje bowiem istotne tendencje reformatorskie polskiego prawa rodzinnego, dla których impulsem są rozwiązania europejskie, w tym – jak można sądzić – zainspirowane jeszcze rekomendacją Komitetu Ministrów Rady Europy z 1984 r.³⁰ Nie oznacza to jednak wcale, że jest to rozwiązanie, którego wprowadzenie uporządkowałoby dotychczasowe regulacje dotyczące władzy rodzicielskiej. Co więcej, można na jego tle twierdzić, iż odejście od dotychczasowej kilkudziesięcioletniej nomenklatury i praktyki³¹, wraz z poszerzeniem rzeczywistego zakresu desygnatu władzy rodzicielskiej, do czego w rzeczywistości zmierza projekt, byłoby rozwiązaniem nietrafnym, wprowadzającym niepotrzebną niepewność i stanowiącym asumpt do zakwestionowania dotychczasowego dorobku doktryny i orzecznictwa. I jak słusznie wskazuje M. Nazar, „w odbiorze adresatów nowych norm niebędących prawnikami ograniczenie albo pozbawienie rodzica odpowiedzialności rodzicielskiej mogłyby być rozumiane nawet jako stany korzystne wskutek zdjęcia z rodzica ciężaru niektórych lub wszystkich rodzicielskich obowiązków”³². Nie jest to – jak można sądzić – droga, którą należy podążać, choć z pewnością niektóre twierdzenia twórców tego rozwiązania normatywnego o konieczności modyfikacji władzy rodzicielskiej można uznać za trafne. Tak jak władza rodzicielska przeszła ewolucję od czasów rzymskich po współczesność, od *patria potestas* poprzez władzę ojca aż po władzę obojga rodziców³³, tak dzisiaj postulat odejścia od terminu władzy rodzicielskiej można uzasadniać rozmijaniem się jego treści, obejmującej w końcu także obowiązki rodzicielskie (i jak

30 Rekomendacja nr R(84)4 w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej z dnia 28 lutego 1984 r.; zob. także A. Wysocka-Bar, Odpowiedzialność rodzicielska w pracach Komisji Europejskiego Prawa Rodzinnego, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2018, t. 3, nr 3, s. 715 ff.

31 Por. W. Stojanowska, Prawo dziecka do wychowywania się w środowisku rodzinnym przewidziane w Konwencji o prawach dziecka (artykuł recenzyjny), „Państwo i Prawo” 2019, nr 1.

32 M. Nazar, Projekt kodeksu rodzinnego..., *op. cit.*, s. 13–14.

33 H. Dolecki, Ingerencja sądu opiekuńczego w wykonywanie władzy rodzicielskiej, Warszawa 1983, s. 23.

można sądzić – potrzebę uświadomienia tych obowiązków rodzicom)³⁴. Ewentualna zmiana legislacyjna musi jednak w tym zakresie być przemyślaną koncepcją pozwalającą na korzystanie z dotychczasowego dorobku, nieodcinającą się od niego, stanowiącą ewolucję, a nie rewolucję. Ta ostatnia nie jest bowiem w prawie rodzinnym potrzebna.

Na tym tle wspomnieć trzeba także o dyskusji dotyczącej pieczy naprzemienniej, jednego ze sposobów uregulowania wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej w zakresie pieczy nad osobą dziecka po rozstaniu rodziców, najczęściej spowodowanym przez rozwód rodziców, jak też przez rozpad ich związku nieformalnego. W polskiej literaturze na tym tle spotkać można m.in. pogląd, wedle którego w rzeczywistości piecza naprzemienna to nic innego jak życie dziecka „na walizkach”, duża częstotliwość zmian i brak stabilności sytuacji życiowej, co – gdyby rzeczywiście przyjąć za stanowisko uprawnione – musiałoby przemawiać za odrzuceniem tej koncepcji sprawowania pieczy, mimo że w wielu innych państwach na świecie jest ona z powodzeniem stosowana w praktyce³⁵. I choć pogląd taki wielu uważa za oczywiście błędny, tak jak i rozwiązanie, w którym jedno z rodziców jest tzw. rodzicem pierwszoplanowym (co jest charakterystyczne dla dzisiejszej praktyki sądowej), to jednak niewątpliwie jest to kolejny z tych obszarów, które należy szerzej zbadać i normatywnie zaprojektować, choćby z uwagi na liczne korzyści, jakie są wskazywane w kontekście wychowywania dzieci rodziców żyjących oddzielnie.

Inny istotny problem legislacyjny współczesnego prawa rodzinnego stanowi biologiczna i metrykalna zmiany płci³⁶. W tym zakresie przypomnieć trzeba, iż zagadnienie to było przedmiotem dyskursu w prawie polskim, który doprowadził do przyjęcia przez Sejm ustawy o uzgodnieniu płci³⁷. Ustawa wprowadzała m.in. definicję tożsamości płciowej jako utrwalonego, intensywnie odczuwanego doświadczenia i przeżywania własnej płciowości, odpowiadającej lub nie płci wpisanej do aktu urodzenia (art. 2 pkt 1 ustawy). Przewidywała, m.in., iż uzgodnienia płci będzie dokonywał sąd w postępowaniu nieprocesowym (art. 3 ust. 1), a prawomocne postanowienie sądu uwzględniające wniosek o uzgodnienie płci będzie stanowiło podstawę sporządzenia nowego aktu urodzenia, zmiany numeru PESEL i wydania dowodu osobistego oraz będzie mogło być podstawą zmiany nazwiska (art. 10 ust. 1). Ustawa

34 Zob. M. Michalak, P.J. Jaros, Prawo dziecka do obojga rodziców, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, Badania, Praktyka”, 2014, t. 13, nr 3, s. 26 ff.

35 Zob. zamiast wielu: K. Kamińska, Piecza naprzemienna a władza rodzicielska rodziców żyjących w rozłączeniu, Katowice 2021 (rozprawa doktorska UŚ), *passim*.

36 Por. F.J.M.M. Karisoh, C.J.J. Waha, J. Sondakh, E.V.T. Senewe, The Court Ruling Regarding Gender Change in Human Rights Law, „Journal of the Community Development in Asia” 2021, t. 4, nr 3; O.Y. Piddubnyi i in., Legal aspects of gender identity in Ukraine, „Linguistics and Culture Review” 2021, t. 5, nr 54.

37 Zob. przypis 18.

ta została zawetowana przez Prezydenta RP 2 października 2015 r.³⁸ W komunikacie prasowym wskazano m.in., iż była ona pełna luk i nieścisłości, dopuszczała wielokrotną zmianę płci na podstawie uproszczonych procedur, jak też zawarcie małżeństwa przez osoby tej samej płci biologicznej czy adopcję przez takie pary dzieci³⁹. Ustawa ostatecznie nie została uchwalona, co nie oznacza, że problem tożsamości płciowej nie istnieje. Funkcjonująca obecnie w Polsce sądowa procedura zmiany płci pozwala co prawda dokonać uzgodnienia płci w postępowaniu o ustalenie istnienia stosunku prawnego na podstawie art. 189 k.p.c., jednak zdaniem wielu postępowanie to nie odpowiada panującym na tym tle standardom europejskim, a w jego toku analizowane są najbardziej intymne szczegóły życia prywatnego, których ujawnienie w obecności wszystkich uczestników obecnego postępowania może stanowić naruszenie praw osób transpłciowych⁴⁰. I choć nie wszyscy podzielają pogląd o potrzebie legislacyjnej interwencji w tym zakresie, zauważyć należy, iż od pewnego czasu Europejski Trybunał Praw Człowieka w swoich wyrokach przypomina o ciężącym na państwach obowiązku umożliwienia osobom transpłciowym skorzystania z procedury uzgodnienia płci, co znalazło wyraz m.in. w polskim orzecznictwie⁴¹. Obecnie organizacje osób transpłciowych na tym tle wskazują, że najbardziej pożądany kształt regulacji winien być oparty na modelu samookreślenia płci metrykalnej, zakładającym, że decydujące i wystarczające dla zmiany oznaczenia płci w dokumentach jest złożenie oświadczenia woli o odczuwaniu przynależności do preferowanej płci⁴². Z pewnością jest to jeden z obszarów, który wymaga szerokiej dyskusji i podjęcia decyzji, czy aktualny brak regulacji normatywnej w tym zakresie jest optymalnym kształtem naszego ustawodawstwa⁴³.

Także problematyka surogacji od pewnego czasu budzi istotne wątpliwości, w szczególności sytuacja, gdy w drodze zawartej umowy rozdzieleniu ulega rola matki na kobietę rodzącą i tę, która ma pełnić rolę matki w stosunku do urodzonego dziecka⁴⁴. Dopuszczalność zawierania tego rodzaju umów, ich skutki prawne czy zagrożenia dla jednostki, a także ustalenia, w jakim kierunku i czy w ogóle należy w związku z tym zjawiskiem zmienić obowiązujące prawo, to także jeden z obsza-

38 M. Boratyńska, Ustawa o uzgodnieniu płci a przygody transseksualistów w próżni legislacyjnej, „Prawo i Medycyna” 2015, nr 3.

39 Zob. <https://www.prezydent.pl/prawo/zawetowane/ustawa--o-uzgodnieniu-płci---do-ponownego-rozpatrzenia,25653> (25.01.2022).

40 Zob. K. Urbanowicz, M. Bętkowska, Prawne aspekty zmiany płci – uwagi na gruncie prawa polskiego oraz wybranych krajów europejskich, „Medyczna Wokanda” 2018, nr 10.

41 Por. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 12 lutego 2021 r., I ACa 1233/20.

42 Zob. także S. Cowan, „Gender is No Substitute for Sex”: A Comparative Human Rights Analysis of the Legal Regulation of Sexual Identity, „Feminist Legal Studies” 2005, nr 13.

43 Warto zauważyć w tym zakresie najnowszą monografię J.M. Łuksiewicz (Prawne aspekty zmiany płci w wybranych państwach europejskich, Warszawa 2021), gdzie Autor prezentuje interesujące rozwiązania, które być może mogłyby posłużyć jako inspiracja dla polskiego ustawodawcy.

44 P. Witzak-Bruś, Surogacja. Aspekty prawne macierzyństwa zastępczego, Warszawa 2021, s. 15 ff.

rów, który wymaga dalszej dyskusji⁴⁵. Niewątpliwie bowiem rozwój technik prokreacji medycznie wspomaganey wywiera nieodwracalne skutki w życiu współczesnych społeczeństw, a problemy typu, czy surogację można uznać za formę leczenia niepłodności oraz czyje dobro można potencjalnie narazić, zlecając surogatce urodzenie dziecka, zdają się jeszcze nie być na gruncie prawa polskiego dylematami rozstrzygniętymi⁴⁶.

Zbliżone problemy powiązane są m.in. ze zjawiskiem tzw. zbawczego rodzeństwa, które jest kojarzone z zagadnieniami preimplantacyjnej diagnostyki genetycznej, pozwalającymi na określenie na podstawie antygenów zgodności tkankowej, czy z zarodka powstanie dziecko, które będzie mogło być na przykład dawcą komórek, tkanek lub narządów dla innej osoby⁴⁷. W literaturze coraz częściej dostrzega się wątpliwości dotyczące poszukiwania możliwości leczenia już żyjącego podmiotu w sposób polegający na zapłodnieniu *in vitro* w celu wytworzenia komórek macierzystych pochodzących od kolejnego dziecka, mogących uratować życie bądź zdrowie innemu dziecku tych rodziców⁴⁸. To krok w kierunku powoływania na świat dzieci wedle wyselekcjonowanych, ściśle określonych i pożądaných przez rodziców cech⁴⁹, co zdaje się być jednym z tych zagadnień, na które dzisiaj w społeczeństwie nie ma jeszcze powszechnej akceptacji. Brak w tym zakresie uregulowań prawnych może jednak być dla niektórych pokusą dalszej eksploracji tego obszaru, stąd – jak można sądzić – prawna regulacja zasad stosowania tego rodzaju instrumentów to jeden z kolejnych niezbędnych przedmiotów przyszłej debaty doktrynalnej, także w kontekście ewentualnej odpowiedzialności za szkody prenatalne.

Tego rodzaju dylematów regulacyjnych jest oczywiście więcej i nie sposób o nich wszystkich wspomnieć w jednym miejscu, tak jak i nie sposób – w ramach artykułu w czasopiśmie – omówić wskazane zagadnienia w sposób pogłębiony. Tak jednak powyższe przykłady, jak i te, o których nie wspomniano, świadczą o konieczności podjęcia na szeroką skalę dyskusji o przyszłym optymalnym kształcie polskiego prawa rodzinnego oraz sposobie jego metamorfozy.

45 Zob. B. Oszkiniś, *Macierzyństwo. Aspekty materialnoprawne, procesowe i kolizyjnoprawne*, Warszawa 2019, *passim*.

46 Zauważyć trzeba, iż wiele tych problemów było szeroko dyskutowanych za granicą. Niektóre z tych rozważań polskiemu czytelnikowi przybliża np. K. Bączyk-Rozwadowska w monografii *Prokreacja medycznie wspomaganą. Studium z dziedziny prawa*, Toruń 2018.

47 S.M. Wolf, J.P. Kahn, J.E. Wagner, *Using Preimplantation Genetic Diagnosis to Create a Stem Cell Donor: Issues, Guidelines and Limits*, „Journal of Law Medicine and Ethics” 2003, nr 31.

48 S. Sheldon, S. Wilkinson, *Should selecting savior siblings be banned?*, „Journal of Medical Ethics” 2004, t. 30, nr 6.

49 A. Nowak-Gruca, *Designer Babies. Selected Law and Ethical Issues*, „Journal of Gynecology and Women's Health” 2019, t. 14, nr 2.

3. Harmonizacja spontaniczna i prawo transgraniczne

Wszystkie powyższe zagadnienia, jak również i pozostały obszar możliwego zastosowania norm prawa rodzinnego, który na przestrzeni lat, choćby w związku z nowymi zjawiskami technologicznymi i możliwościami przez nie stwarzanymi znacząco poszerza pole regulacji, nie powinny być analizowane bez oderwania od dorobku innych państw. O ile bowiem nie ulega wątpliwości, że prawo rodzinne to zdecydowanie domena prawa krajowego, choćby ze względu na tradycję, zwyczaje czy uwarunkowania kulturowe, o tyle nie ulega także wątpliwości, iż od pewnego czasu coraz większe znaczenie w tym obszarze zaczynają odgrywać stosunki prawne o charakterze transgranicznym, co związane jest z niespotykaną uprzednio migracją, czemu nie przeciwstawia się nawet pandemia COVID-19. Coraz więcej jest bowiem związków osób różnych narodowości, a osoby te coraz odważniej organizują swoje centra życiowe w różnych krajach. To z kolei musi prowadzić i zasadniczo prowadzi co najmniej do tzw. spontanicznej harmonizacji prawa rodzinnego, będącej wynikiem rosnących oczekiwań społecznych. Z tego powodu nie sposób w kontekście przeobrażeń ustawodawstwa krajowego nie uwzględniać dorobku Komisji Europejskiego Prawa Rodzinnego (*Commission on European Family Law*, CEFL), której najważniejszym dotychczas osiągnięciem jest, jak można sądzić, opracowanie zasad europejskiego prawa rodzinnego (*Principles of European Family Law*), mających właśnie stanowić punkt wyjścia dla harmonizacji prawa rodzinnego państw europejskich.

Całokształt okoliczności, które należy uwzględnić przy tworzeniu nowej rodzinnej regulacji prawa rodzinnego wydaje się stosunkowo szeroki. Ten aspekt, jak również konieczność pluralistycznego spojrzenia na wyzwania i potrzeby normatywne polskiego prawa rodzinnego, zdaje się przemawiać za koniecznością stałego funkcjonowania ciała opiniodawczego, które będzie na bieżąco przygotowywać projektu ustaw i dążyć do osiągnięcia przez nasze ustawodawstwo prawnorodzinne kształtu optymalnego. Punktem wyjścia w tym zakresie powinno być rozważenie powołania ciała na wzór Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Rodzinnego i Opiekuńczego, którego prace byłyby jednak bardziej transparentne i szerzej dyskutowane, niż to miało m.in. miejsce podczas działalności Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego. Tylko bowiem szeroka dyskusja i ciało, które ma instytucjonalne możliwości, jest w stanie, w dłuższej perspektywie, kompetentnie i pluralistycznie prowadzić prace w tak szerokim zakresie, jak kompleksowe ujęcie stosunków prawnorodzinnych⁵⁰.

50 Zdaje się to potwierdzać, jak można dziś już stwierdzić, fiasko inicjatywy Akademicki Projekt Kodeksu Cywilnego, prowadzonej po rozwiązaniu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego.

Wnioski

Stosunki prawno-rodzinne należą do tej grupy stosunków prawnych, w której w ostatnim czasie pojawiły się istotne dylematy legislacyjne, jakie w związku z oczekiwaniami niektórych grup społecznych należy rozstrzygnąć. Dokonywanie ewentualnych zmian legislacyjnych winno być jednak poprzedzone szeroką dyskusją środowiska naukowego i przedstawicieli praktyki, a swego rodzaju bazą dla takiego dyskursu winno być ciało, które od strony instytucjonalnej zapewni inicjatywę współczesności regulacji k.r.o. O ile bowiem istnieje wiele cennych wypowiedzi nauki, o tyle konieczna jest pewna koordynacja dalszych prac legislacyjnych, uwzględniająca panujące w tej mierze standardy. Dopiero wówczas będzie można rozstrzygnąć, czy na przykład zasadna jest idea prac reformatorskich prawa rodzinnego w duchu integralności z prawem cywilnym, czy też przeważać winien pogląd o niezbędnej odrębności od Kodeksu cywilnego.

BIBLIOGRAFIA

- Aleksandrowicz M., Rodzina w systemie prawnym Szwajcarii. Kilka uwag o historii i rozwiązaniach współczesnych, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, nr 3.
- Andrzejewski M., Wokół projektu Kodeksu rodzinnego przedłożonego w lipcu 2018 r. przez Rzecznika Praw Dziecka, „Prawo w Działaniu” 2019, nr 40.
- Bagan-Kurluta K., Oszkinis B., Korekcyjna funkcja słuszności w prawie rodzinnym – kilka refleksji na marginesie wyroku M.R. & Anor -v- An tArd Chlraithenoir & Ors, „Białostockie Studia Prawnicze” 2014, nr 17.
- Bączyk-Rozwadowska K., Prokreacja medycznie wspomaganą. Studium z dziedziny prawa, Toruń 2018.
- Boratyńska M., Ustawa o uzgodnieniu płci a przygody transseksualistów w próżni legislacyjnej, „Prawo i Medycyna” 2015, t. 3, nr 3.
- Breczko A., Tradycyjne paradygmaty prawa rodzinnego w dobie rewolucji biotechnologicznej, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, nr 3.
- Cowan S., „Gender is No Substitute for Sex”: A Comparative Human Rights Analysis of the Legal Regulation of Sexual Identity, „Feminist Legal Studies” 2005, t. 13, nr 13.
- Dolecki H., Ingerencja sądu opiekuńczego w wykonywanie władzy rodzicielskiej, Warszawa 1983.
- Fiedorczyk P., Dyskusja na temat miejsca prawa rodzinnego w systemie prawa Polski Ludowej, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2009, t. 7, nr 7.
- Gajda J., Kilka słów o braku potrzeby „nadążania” za wszelką cenę przez polskie prawo rodzinne, (w:) J.M. Łukasiewicz, M. Załucki (red.), Prawo rodzinne i spadkowe wobec współczesnych zjawisk technologicznych i społecznych, Toruń 2018.
- Gonera K., Założenia i ogólny kierunek zmian w prawie cywilnym (z prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego), „Państwo i Prawo” 1997, t. 9, nr 9.
- Holewińska-Łapińska E., Wyniki badań opinii sędziów o przedstawionym w „Zielonej Księdze” usytuowaniu prawa rodzinnego w przyszłej kodyfikacji, „Zeszyty Prawnicze” 2017, t. 8, nr 1.

- Kariso F.J.M.M., Waha C.J.J., Sondakh J., Senewe E.V.T., The Court Ruling Regarding Gender Change in Human Rights Law, „Journal of the Community Development in Asia” 2021, t. 4, nr 3.
- Kasprzyk P., Wiśniewski P. (red.), Prawo rodzinne w dobie przemian, Lublin 2009.
- Łągiewska M., Łukasiewicz J.M., Chińskie prawo rodzinne, Toruń 2020.
- Łukasiewicz J.M., Prawne aspekty zmiany płci w wybranych państwach europejskich, Warszawa 2021.
- Łukasiewicz J.M., Arkuszewska A.M., Kościółek A. (red.), Wokół problematyki małżeństwa w aspekcie materialnym i procesowym, Toruń 2017.
- Łukasiewicz J.M., Łukasiewicz R. (red.), Piecza zastępcza i przysposobienie w polskim systemie prawa, Toruń 2019.
- Mazurkiewicz J., Rodzinne do remontu! Czyli o potrzebie wielkiej reformy prawa rodzinnego, (w:) P. Stec, M. Załucki (red.), 50 lat kodeksu cywilnego. Perspektywy rekodyfikacji, Warszawa 2015.
- Michalak M., Jaros P.J., Prawo dziecka do obojga rodziców, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, Badania, Praktyka” 2014, t. 13, nr 3.
- Nazar M., Projekt kodeksu rodzinnego i postulaty gałęziowego wyodrębnienia prawa rodzinnego, „Przegląd Sądowy” 2019, nr 7–8.
- Nowak-Gruca A., Designer Babies. Selected Law and Ethical Issues, „Journal of Gynecology and Women’s Health” 2019, t. 14, nr 2.
- Oszkinis B., Macierzyństwo. Aspekty materialnoprawne, procesowe i kolizyjnoprawne, Warszawa 2019.
- Piddubnyi O.Y. i in., Legal aspects of gender identity in Ukraine, „Linguistics and Culture Review” 2021, t. 5, nr 54.
- Radwański Z., Miejsce prawa rodzinnego w systemie prawa, „Państwo i Prawo” 2008, t. 1, nr 1.
- Radwański Z. (red.), Zielona księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2006.
- Sapota A., Wybór prawa w międzynarodowym prawie rodzinnym, Warszawa 2016.
- Sheldon S., Wilkinson S., Should selecting savior siblings be banned?, „Journal of Medical Ethics” 2004, t. 30, nr 6.
- Stojanowska W., Prawo dziecka do wychowywania się w środowisku rodzinnym przewidziane w Konwencji o prawach dziecka (artykuł recenzyjny), „Państwo i Prawo” 2019, nr 1.
- Urbanowicz K., Bętkowska M., Prawne aspekty zmiany płci – uwagi na gruncie prawa polskiego oraz wybranych krajów europejskich, „Medyczna Wokanda” 2018, t. 10, nr 10.
- Wąsik M., Nieuznawanie w Polsce zawartych za granicą związków jednopłciowych – aspekty prawne z perspektywy swobody przepływu osób, „Studia Europejskie – Studies in European Affairs” 2020, t. 1, nr 24.
- Witczak-Bruś P., Surogacja. Aspekty prawne macierzyństwa zastępczego, Warszawa 2021.
- Wolf S.M., Kahn J.P., Wagner J.E., Using Preimplantation Genetic Diagnosis to Create a Stem Cell Donor: Issues, Guidelines and Limits, „Journal of Law Medicine and Ethics” 2003, t. 31, nr 31.
- Wysocka-Bar A., Odpowiedzialność rodzicielska w pracach Komisji Europejskiego Prawa Rodzinnego, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2018, t. 3, nr 3.
- Ziembiński Z., Prawo rodzinne Polski Ludowej po dwudziestu latach, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1964, t. 26, nr 4.

Urszula Drozdowska

Uniwersytet w Białymstoku, Polska

drozdowska@uwb.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7663-1904>

Ustawowa konstrukcja obowiązku szczepień ochronnych u dzieci na tle prawa polskiego – uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*

Legal Construction of Childhood Vaccinations Against the Background of Polish Law – Remarks De Lege Lata and De Lege Ferenda

Abstract: The subject of the article is a reflection on the legal construction of preventive vaccination in children. Using the dogmatic-legal method and the analysis of case law, the author examines the issues related to the consent of the child's legal representative and the question of legal sanctions applied in the event of opposition to this medical intervention. The subject of consideration are also potential possibilities of solving the conflict between the child's legal representative and public authorities (represented by the sanitary inspection authorities). Thus, the issue is to find such a solution that would lead not only to the goal of achieving the so-called herd immunity, but also to the proper protection of the rights of persons in a potential conflict and the realization of the so-called best interests of the child.

Keywords: childhood vaccinations, child welfare, consent to vaccination, guardianship court

Słowa kluczowe: szczepienie ochronne dzieci, dobro dziecka, zgoda na szczepienie, sąd opiekuńczy

Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszej publikacji jest refleksja nad obecną ustawową konstrukcją szczepień ochronnych u dzieci, wynikającą z przepisów ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu i zwalczaniu chorób zakaźnych i zakażeń u ludzi¹ oraz

1 Tekst jedn. Dz. U z 2021 r. poz. 2069 ze zm. – dalej w skrócie ustawa antyzakaźeniowa.

innych ustaw z zakresu tzw. prawa medycznego². Nie jest moim zadaniem powielanie znanych i dobrze uzasadnionych argumentów na rzecz szczepień u dzieci, mających doprowadzić do stworzenia tzw. populacyjnej odporności zbiorowiskowej, która pozytywnie oddziałuje na całe społeczeństwo, zabezpieczając przed groźnymi chorobami zakaźnymi zaszczepionych, a także te osoby, które z powodów zdrowotnych nie mogą być poddane szczepieniu³. Podstawową kwestię wymagającą refleksji stanowi istota przyjętej ustawowej konstrukcji obowiązku szczepień i skutków prawnych odmowy zgody przedstawiciela ustawowego dziecka. Istniejący bowiem spór pomiędzy władzą publiczną reprezentowaną przez organy inspekcji sanitarnej a przedstawicielami ustawowymi dzieci jest rozstrzygany w oparciu o przepisy prawa administracyjnego i w związku z tym został poddany kognicji sądów administracyjnych (na etapie postępowania egzekucyjnego). Powstaje więc pytanie, czy tak ma pozostać, czy nie należałoby przenieść go pod kognicję sądów powszechnych. Na uwagę zasługuje zwłaszcza propozycja wyznaczenia sądu opiekuńczego jako tego, który został specjalnie powołany w celu rozstrzygnięcia spraw z zakresu opieki nad dzieckiem. Co oznacza - *prima facie* - że jest organem sądowym najlepiej przygotowanym do rozstrzygnięcia sporów dotyczących tego, co leży w tzw. najlepszym interesie dziecka.

Publikacja ta stanowi głos w dyskusji nad problemem znalezienia odpowiednich instrumentów prawnych, które z jednej strony mogą prowadzić do wyważenia interesu publicznego (osiągnięcia wysokiego stopnia „wyszczepialności”), z drugiej zaś zmierzają do ochrony interesu jednostkowego (poszanowania autonomii decyzyjnej). Kwestia praktycznej skuteczności istniejących i proponowanych instrumentów pozostaje poza zakresem rozważań, wymagałaby bowiem prowadzenia odrębnych badań, w szczególności badań empirycznych oraz socjologicznych.

1. Definicja, podział i aksjologia szczepień ochronnych

W art. 2 pkt 26 ustawy antyzakaźniowej zdefiniowano szczepienie ochronne jako czynność polegającą na podaniu szczepionki przeciw chorobie zakaźnej w celu sztucznego uodpornienia przeciwko tej chorobie. Szczepionka to produkt leczniczy, immunologiczny, stosowany w celu uzyskania tzw. czynnej odporności, rozwijającej się po kontakcie organizmu z antygenem (por. art. 1 ust. 4a dyrektywy 2001/83/WE).

2 Prawo medyczne to stosunkowo młoda dyscyplina prawnicza, definiowana zwykle od strony przedmiotowej jako zbiór przepisów prawa odnoszących się do relacji pomiędzy pacjentem a szeroko pojmowaną opieką zdrowotną. W związku z powyższym obejmuje zarówno przepisy prawa publicznego, jak i prawa prywatnego; zob. szerzej K. Michalak, Status prawa medycznego na tle szczegółowych nauk prawnych, Białystok 2020, s. 15–16.

3 Zob. szerzej w literaturze epidemiologicznej: R.M. Merrill, Introduction to Epidemiology, Burlington 2013, s. 68–71.

Przed wybuchem pandemii COVID-19 szczepienia dzielono na obowiązkowe i zalecane. Obecnie podział ten należałoby uzupełnić o tzw. szczepienia interwencyjne⁴.

Pierwszy rodzaj szczepień – obowiązkowe szczepienia ochronne – został uregulowany w kilku przepisach ustawy antyzakaźniowej. Na pierwszym miejscu należy wymienić art. 5 ust. 1 lit. b ustawy, który zobowiązuje osoby przebywające na terytorium RP do poddawania się obowiązkowym szczepieniom ochronnym na zasadach określonych w tej ustawie, przy czym zgodnie z art. 5 ust. 2 w odniesieniu do osoby nieposiadającej pełnej zdolności do czynności prawnych odpowiedzialność za wypełnienie tego obowiązku ponosi osoba sprawująca nad tą osobą prawną pieczę⁵ albo jej opiekun faktyczny⁶. Obowiązek określony w niniejszych przepisach powstaje z mocy samego prawa, co oznacza, że nie ma potrzeby wydania decyzji administracyjnej przez organy inspekcji sanitarnej na podstawie art. 33 ust. 1 ustawy antyzakaźniowej⁷. Szczegółowo kwestie związane z obowiązkowymi szczepieniami ochronnymi reguluje następnie art. 17 ustawy.

W ustępie pierwszym ustawodawca zobowiązał określone osoby lub grupy osób (bez ich wyszczególnienia) do poddawania się szczepieniom przeciw chorobom zakaźnym, przy czym to Minister Zdrowia określa w drodze rozporządzenia zarówno wykaz tych osób, jak i choroby objęte obowiązkiem (art. 17 ust. 10 pkt 1 i 2 ustawy antyzakaźniowej)⁸. Szczegółowy kalendarz szczepień wraz ze wskazaniami do nich następnie ustala Główny Inspektor Sanitarny (GIS) w dokumencie zatytułowanym

4 Podział ten wynika z treści rozdz. 4 ustawy antyzakaźniowej; zob. art. 17 (szczepienia ochronne obowiązkowe), art. 19 (szczepienia ochronne zalecane) oraz art. 21c (szczepienia interwencyjne), zob. też art. 17a ust. 1 ustawy, zgodnie z którym tworzy się fundusz kompensacyjny dla wynagradzania szkód poszczepiennych wynikających ze szczepień nie tylko obowiązkowych, ale i interwencyjnych.

5 Prawną pieczę sprawuje rodzic lub opiekun prawny; por. art. 96 i n., art. 145 i n. ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. - Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1359 ze zm.) – dalej w skrócie k.r.o.

6 Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 849 ze zm.) – dalej w skrócie ustawa o prawach pacjenta, opiekunem faktycznym jest osoba sprawująca stałą faktyczną pieczę nad pacjentem, który ze względu na wiek lub stan zdrowia pieczy takiej wymaga.

7 Pogląd o braku potrzeby wydawania decyzji administracyjnej przez organy inspekcji sanitarnej jest ugruntowany w orzecznictwie administracyjnym. NSA w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 kwietnia 2011 r., II OSK 32/11, Legalis, stwierdził, że obowiązek poddania się szczepieniom ochronnym wynika z mocy prawa, w związku z czym nie ma podstaw do wydania decyzji administracyjnej konkretyzującej ten obowiązek.

8 Rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie obowiązkowych szczepień ochronnych z dnia 18 sierpnia 2011 r. (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 753).

„Program szczepień ochronnych”, wydanym w formie komunikatu publikowanego corocznie w dzienniku urzędowym MZ (na podstawie art. 17 ust. 11 ustawy)⁹.

Drugi rodzaj szczepień – zalecane szczepienia ochronne – został przewidziany w art. 19 ustawy. Zgodnie z nim istnieje możliwość (nie zaś powinność) poddania się tego rodzaju czynności leczniczej¹⁰, przy czym katalog zalecanych szczepień także, każdorazowo, znajduje się w komunikacie GIS w sprawie programu szczepień ochronnych przewidzianym na dany rok¹¹. Co więcej, zgodnie z art. 19 ust. 6 ustawy antyzakaźniowej do przeprowadzania zalecanych szczepień ochronnych stosuje się odpowiednio przepisy art. 17 ust. 2–6 ustawy. To zaś oznacza, że procedura poprzedzająca oba rodzaje szczepień jest identyczna.

Wykonanie zarówno obowiązkowego, jak i zalecanego szczepienia ochronnego jest poprzedzone lekarskim badaniem kwalifikacyjnym (w tym wywiadem przedmiotowym) w celu wykluczenia przeciwwskazań do szczepienia (art. 17 ust. 2 ustawy)¹². Osoby, u których występuje zwiększone ryzyko powstania niepożądanych skutków w postaci powikłań poszczepiennych, są zwolnione z obowiązku poddawania się szczepieniom ochronnym. Wykonanie szczepienia może więc zostać odroczone przez lekarza do czasu ustania przeciwwskazań zdrowotnych. W przypadku, gdy lekarskie badanie kwalifikacyjne daje podstawy do długotrwałego odroczenia szczepienia ochronnego, lekarz kieruje osobę objętą obowiązkiem szczepienia ochronnego do konsultacji specjalistycznej (art. 17 ust. 5 ustawy). Następnie, nie można przeprowadzić szczepienia, jeżeli między lekarskim badaniem kwalifikacyjnym a tym szczepieniem upłynęły 24 godziny, przy czym lekarz ma obowiązek wydać zaświadczenie ze wskazaniem daty i godziny badania (art. 17 ust. 3 i ust. 4 ustawy). Osoby przeprowadzające szczepienia mają obowiązek prowadzenia w tym zakresie dokumentacji medycznej¹³. W związku z tym przechowują karty uodpornienia, dokonują wpisów potwierdzających wykonanie szczepienia, sporządzają sprawozdania z przeprowadzonych obowiązkowych szczepień ochronnych oraz sprawozdania ze

9 Obecnie obowiązuje komunikat GIS w sprawie Programu Szczepień Ochronnych na rok 2022 z dnia 28 października 2021 r. (Dz.Urz. MZ za 2021 r. poz. 85).

10 Przez czynność leczniczą rozumie się działanie medyczne mające spełniać cel leczniczy, a zatem służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia; zob. szerzej M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Zasady prawa medycznego*, (w:) M. Boratyńska, P. Konieczniak (red.), *System Prawa Medycznego*, t. 2, cz. 1: Regulacja prawna czynności medycznych, Warszawa 2019, s. 93–97.

11 Zob. też załącznik nr 1 rozporządzenia MZ z dnia 16 września 2010 r. w sprawie wykazu zalecanych szczepień ochronnych oraz sposobu finansowania i dokumentowania zalecanych szczepień ochronnych wymaganych międzynarodowymi przepisami zdrowotnymi (Dz.U. Nr 180, poz. 1215 ze zm.).

12 Zaświadczenie o istnieniu przeciwwskazań jest dowodem na skuteczność wyrażonego sprzeciwu. Tak m.in. w uzasadnieniu wyroku WSA w Krakowie z dnia 26 kwietnia 2012 r., III SA/Kr 901/11.

13 Wyjątki dotyczące wykonania szczepień przez inne profesje medyczne niż lekarska określa art. 19 ust. 5a i 5b, art. 21c ust. 2 ustawy antyzakaźniowej.

stanu zaszczepienia osób objętych profilaktyczną opieką zdrowotną, które przekazują państwowemu powiatowemu inspektorowi sanitarnemu (art. 17 ust. 8 ustawy). W przypadku szczepień zalecanych dodatkowo wydają osobie poddawanej szczepieniu zaświadczenie o wykonaniu zalecanego szczepienia ochronnego oraz informują o możliwości wydania na jej koszt Międzynarodowej Książeczki Szczepień (art. 19 ust. 8 ustawy).

Jak się wydaje, zbliżenie obu rodzajów konstrukcji szczepień nie tylko jest wynikiem charakterystyki tego rodzaju czynności leczniczej, ale podyktowane jest także okolicznością, że w stosunku do niektórych grup osób szczepienia zalecane stają się *de facto* powinnością, skoro bez ich wykonania niemożliwe staje się wykonywanie określonych czynności zawodowych¹⁴.

Analiza przepisów ustawy antyzakaźniowej wskazuje, że wyróżnik szczepień dobrowolnych stanowi sposób ich finansowania. Szczepienia obowiązkowe są w całości finansowane ze środków publicznych, podczas gdy w przypadku szczepień zalecanych koszt zakupu szczepionki finansuje sam zainteresowany¹⁵. Ale i tu mamy liczne wyjątki. Na przykład szczepienia ochronne pracowników (definiowane jako zalecane) są finansowane przez pracodawcę¹⁶, niektóre zalecane szczepienia są objęte programami prowadzonymi i finansowanymi przez samorządy terytorialne, czy – jak w przypadku szczepień przeciwko COVID-19 – z uwagi na sytuację epidemiologiczną państwo za pomocą swoich struktur przejmuje ich finansowanie¹⁷.

Trzecia grupa szczepień: ochronne szczepienia interwencyjne ma mieszany charakter. Przykładem tego typu szczepienia stało się szczepienie przeciwko COVID-19. Zgodnie z art. 21 c ustawy antyzakaźniowej do tego typu szczepienia nie stosuje się przepisów art. 19 dotyczącego szczepień zalecanych. Zestawienie tej regulacji z przepisem art. 46 ustawy, dotyczącym wprowadzenia możliwych prawnych obowiązków w razie ogłoszenia stanów: zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii, prowadzi jednak do wniosku, że Minister Zdrowia dysponuje w przypadku szczepień interwencyjnych następującymi możliwościami. Po pierwsze, może wprowadzić obowiązek

14 Por. art. 20 ust. 1 ustawy antyzakaźniowej, zgodnie z którym w celu zapobiegania szerzeniu się zakażeń i chorób zakaźnych wśród pracowników narażonych na działanie biologicznych czynników chorobotwórczych przeprowadza się zalecane szczepienia ochronne wymagane przy wykonywaniu czynności zawodowych, określonych na podstawie ministerialnych rozporządzeń, o których mowa w art. 20 ust. 4; zob. też komentarz do tego przepisu: J. Haberko, (w:) L. Bosek (red.), *Ustawa o zapobieganiu i zwalczaniu chorób zakaźnych i zakażeń u ludzi. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 297–299.

15 Por. art. 19 ust. 7 ustawy antyzakaźniowej. Koszty przeprowadzenia szczepienia i lekarskich badań kwalifikacyjnych oraz konsultacji specjalistycznych ubezpieczonych są finansowane na zasadach określonych w przepisach o świadczeniach opieki zdrowotnej, finansowanych ze środków publicznych u świadczeniodawcy, z którym NFZ podpisał umowę; por. art. 19 ust. 3, 4 i 5 ustawy antyzakaźniowej.

16 Por. art. 20 ust. 3 ustawy antyzakaźniowej.

17 Chodzi np. o finansowanie w ramach środków przeznaczonych do dyspozycji NFZ.

szczepień, co wynika z delegacji ustawowej dla wydania odpowiedniego rozporządzenia na podstawie art. 46 ust. 2 ustawy antyzakaźniowej. Po drugie, ma możliwość ogłoszenia, że dane szczepienie jest zalecane jako określona metoda zapobiegania zakażeniu lub chorobie zakaźnej. Ta z kolei opcja wynika z delegacji ustawowej do wydania rozporządzenia w oparciu o art. 3 ust. 4 pkt 2 ustawy antyzakaźniowej. Ten ostatni *modus operandi* stał się podstawą do wydania obecnie obowiązującego rozporządzenia z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie metody zapobiegania COVID-19¹⁸. Tym samym szczepienia przeciwko COVID-19 znalazły się, co do zasady¹⁹, w grupie ochronnych szczepień dobrowolnych, wbrew dosłownemu brzmieniu art. 21 c ustawy.

Zgodnie z regulacjami cytowanego powyżej rozporządzenia MZ z dnia 31 grudnia 2020 r. szczepieniem ochronnym o charakterze interwencyjnym mogą zostać objęte osoby już po ukończeniu piątego roku życia. Tym samym podmiotem szczepień ochronnych we wszystkich ich rodzajach (obowiązkowych, zalecanych i interwencyjnych) mogą stać się osoby małoletnie, poniżej 18 roku życia.

Jeśli chodzi o wybór rodzaju szczepienia (zalecane czy obowiązkowe), decyzja ustawodawcy jest wynikiem splotu wielu okoliczności, wśród nich – jak się wydaje – podstawową rolę powinna odgrywać analiza danych epidemiologicznych, przede wszystkim tych związanych z możliwością doprowadzenia za pomocą szczepień do osiągnięcia wspomnianej już na wstępie odporności zbiorowiskowej²⁰. Jeśli wysoka „wyszczepialność” (którą zasadniczo lepiej się osiąga poprzez obowiązkowość) może prowadzić do osiągnięcia owej odporności przez wyeliminowanie krążenia danego wirusa w środowisku, a tym samym zabezpieczenia zdrowia populacyjnego, ten właśnie wariant należy brać pod uwagę. Jeśli zaś, na przykład z przyczyn biologicznych, nie jest możliwe osiągnięcie tego rodzaju efektu, przyjmuje się raczej wprowadzenie

18 Dz.U. z 2021 r. poz. 10.

19 Co do zasady, gdyż szczepienia interwencyjne mogą być obowiązkowe dla określonych grup osób. Zgodnie z § 12a rozporządzenia MZ z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze RP stanu epidemii (Dz.U. z 2022 r. poz. 340) obowiązkowi szczepień przeciwko COVID-19 podlegają osoby wykonujące zawód medyczny w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej w podmiotach wykonujących działalność leczniczą oraz osoby wykonujące czynności zawodowe w tych podmiotach inne niż wykonywanie zawodu medycznego, ponadto osoby zatrudnione oraz osoby realizujące usługi farmaceutyczne, zadania zawodowe lub czynności fachowe w aptece ogólnodostępnej lub punkcie aptecznym, a także studenci kierunków medycznych.

20 Przyjmuje się, że ochrona zdrowia w postaci osiągnięcia odporności zbiorowiskowej stanowi przesłankę usprawiedliwiającą wprowadzenie ograniczenia praw i wolności; zob. szerzej K. Miaszkowska-Daszekiewicz, *Compulsory vaccinations against COVID-19 versus the right to respect for private life, Medicine, „Law and Society”* 2021, vol. 14, nr 2, s. 419–438; K. Kowalik, *Dopuszczalność szczepień obowiązkowych w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Białystok 2021, s. 118 i n.

szczepienia zalecanego, przy którym za pierwszoplanowe uznaje się zapatrywanie podmiotu uprawnionego na kwestię poddania się (lub nie) tej czynności leczniczej²¹.

W tym kontekście należy też podnieść, że w przypadku szczepień ochronnych dzieci w większym stopniu niż w przypadku szczepień osób pełnoletnich rozważany być musi indywidualny, zdrowotny interes dziecka, który jest chroniony także przy pomocy tzw. autonomii rodzicielskiej. Zakłada się bowiem, że rodzic działa w najlepszym interesie dziecka. Ustawodawca wysoko ceni nie tylko autonomię jednostkową, ale i rodzicielską, przejawem tego jest zagwarantowanie możliwości podejmowania suwerennej decyzji przez rodziców w ważnych sprawach dziecka. Niewątpliwie do tych spraw należy poddanie szczepieniom ochronnym. Władza publiczna wkracza zatem w zakres tej autonomii tylko wtedy, gdy interes dziecka jest zagrożony.

2. Problematyka wyrażenia zgody na szczepienie ochronne u dzieci

Jakkolwiek na pierwszy rzut oka przyjęty powyżej podział na szczepienia obowiązkowe, zalecane oraz interwencyjne zdaje się z góry zakładać, że pierwsze nie podlegają zgodzie przedstawiciela ustawowego dziecka, podczas gdy drugie jej wymagają, trzecie zaś w zależności od decyzji ustawodawcy – mogą przynależeć do grupy pierwszej lub drugiej, to jednak bliższa analiza przepisów wskazuje, że jest to zbyt uproszczony sposób rozumowania.

Wyróżnić można w tej materii trzy grupy stanowisk przedstawicieli doktryny prawa. Pierwsza wskazuje, że – z uwagi na obowiązkowość szczepień – zgoda przedstawiciela ustawowego pacjenta w ogóle nie jest wymagana²²; druga, że szczepienie, jak każda interwencja medyczna, wymaga zgody uprawnionego podmiotu²³; trze-

21 Inne czynniki brane pod uwagę to: łatwość przenoszenia danego wirusa także przez osoby zaszczepione i w związku z tym utrudnione osiągnięcie odporności zbiorowskiej, występowanie poważnych szkód poszczepiennych czy inne zastrzeżenia co do skuteczności danej szczepionki jako produktu leczniczego.

22 Zob. M. Boratyńska, Szczepienia ochronne małoletnich a wykonywanie władzy rodzicielskiej. Uwagi na tle wyroku NSA, „Prawo i Medycyna” 2013, nr 3–4, s. 73 i n.; R. Tymiński, (w:) R. Kubiak, J. Bartosik, R. Tymiński, Czy podpisywanie zgody na szczepienie jest konieczne podczas każdej wizyty, „Medycyna Praktyczna – Szczepienia” 2013, nr 4, <https://www.mp.pl/szczepienia/prawo/zapytajprawnika/92458, czy-podpisywanie-zgody-na-obowiazkowe-i-zalecane-szczepienie-jest-konieczne-podczas-kazdej-wizyty> (1.02.2022); A. Jacek, Problem dotyczący zgody na kwalifikacyjną wizytę szczepienną oraz obowiązkowe szczepienia ochronne, „Zeszyty Prawnicze KUL” 2021, vol. 85, nr 1, s. 90.

23 R. Kubiak, Odpowiedzialność prawna lekarza za szczepienie bez zgody lub za ciężkie, niepożądane odczyny poszczepienne, „Medycyna Praktyczna” 2012, nr 2, s. 88–92; *idem*, Odpowiedzialność prawna lekarza za szczepienie bez zgody lub za ciężkie niepożądane odczyny poszczepienne – Zapytaj prawnika – pytania i odpowiedzi – Prawo – Szczepienia – Medycyna Praktyczna dla lekarzy (mp.pl) (1.02.2022); A. Augustynowicz, I. Wrześniewska-Wal, Aspekty prawne obowiązkowych szczepień ochronnych u dzieci, „Pediatria Polska” 2013, vol. 88, nr 1, s. 120–126; U. Drozdowska, Odpowiedzialność odszkodowawcza za niezawinione skutki szczepień ochronnych,

cia zaś, pośrednia, zakłada, że zgoda jest wymagana na badanie kwalifikacyjne, ale zakres autonomii pacjenta w przypadku obowiązkowości szczepień jest poważnie ograniczony²⁴. Zanim przejdziemy do prezentacji tych stanowisk, warto zaznaczyć, że w praktyce medycznej zgoda przedstawiciela ustawowego dziecka na szczepienie (w tym obowiązkowe) jest powszechnie odbierana przez personel medyczny, przede wszystkim z uwagi na obawę poniesienia konsekwencji prawnych²⁵.

Należy rozpocząć od generalnej uwagi, że nie ma wątpliwości co do tego, iż zgoda na udzielanie świadczeń zdrowotnych stanowi podstawową instytucję prawa medycznego²⁶. Zgodnie z większościowym poglądem doktryny prawa medycznego zgoda (i jej lustrzane odbicie – odmowa) jest oświadczeniem podobnym do oświadczenia woli i wywołuje określone skutki prawne²⁷. Na podstawie art. 15 ustawy o prawach pacjenta przyjmuje się, że przepisy tej ustawy znajdują zastosowanie do wyrażenia zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych albo odmowy takiej zgody, o ile przepisy odrębnych ustaw nie stanowią inaczej. Za regulację stanowiącą inaczej uznaje się art. 17 ust. 1 ustawy antyzakaźniowej, który jednak nie wyjaśnia kwestii związanych ze zgodą podmiotu uprawnionego. Nie czyni tego też art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. b tej ustawy. Z tego ostatniego przepisu wynika jedynie, że osoby przebywające na terytorium RP są zobowiązane, na zasadach określonych w ustawie, do poddania się obowiązkowi szczepień. Powinność ta nie oznacza jeszcze, że nie należy odebrać od osoby uprawnionej określonego oświadczenia woli (czy to pod postacią zgody, czy to jej odmowy).

Opisany stan normatywny stał się materia poddaną eksploracji orzecznictwa administracyjnego, w którym przyjęto, że uprawnienie do wyrażenia zgody na udzie-

„Białostockie Studia Prawnicze” 2014, nr 17, s. 100; K. Pałka, Świadczenia zdrowotne związane z chorobami zakaźnymi, w tym obowiązkowe i zalecane szczepienia, (w:) L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.), System Prawa Medycznego, t. 2: Szczególne świadczenia zdrowotne, Warszawa 2018, s. 605–607; N. Karczewska-Kamieńska, Przymus leczenia i inne interwencje medyczne bez zgody pacjenta, Warszawa 2018, s. 205–206.

24 J. Haberko, Administracyjnoprawny obowiązek szczepienia dzieci a zgoda przedstawiciela ustawowego na badania kwalifikacyjne, „Studia Prawa Publicznego” 2017, vol. 19, nr 3, s. 9–28; *eadem*, (w:) L. Bosek (red.), Ustawa o zapobieganiu..., *op. cit.*, s. 259 i n.

25 Zwraca na to uwagę K. Bączyk-Rozwadowska, która rozważając problem wielopłaszczyznowo z perspektywy odpowiedzialności za szczepienie, podkreśla, że lekarz, uzyskawszy zgodę, nie działa bezprawnie (art. 192 k.k.); K. Bączyk-Rozwadowska, (w:) E. Bagińska (red.), System Prawa Medycznego 2021, t. 5: Odpowiedzialność prywatnoprawna, Warszawa 2021, s. 128 (zwłaszcza przyp. 596); *eadem*, Zasady słuszności jako instrument ochrony poszkodowanych w prawie medycznym, „Białostockie Studia Prawnicze” 2014, nr 17, s. 35–36.

26 Zob. M. Świdwerska, Zgoda pacjenta na zabieg medyczny, Toruń 2007, *passim*; M. Boratyńska, Wolny wybór, Warszawa 2012, *passim*; B. Janiszewska, Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie wewnątrzsystemowe, Warszawa 2013, *passim*; K. Michałowska, Charakter prawny i znaczenie zgody pacjenta na zabieg medyczny, Warszawa 2014, *passim*; A. Wnukiewicz-Kozłowska, Autonomia jednostki w międzynarodowym prawie biomedycznym, Wrocław 2019, *passim*.

27 Zob. zwłaszcza K. Michałowska, Charakter prawny..., *op. cit.*, s. 50–52 i powołaną tam literaturę.

lenie świadczeń zdrowotnych albo odmowa takiej zgody (art. 16 ustawy o prawach pacjenta) jest wyłączone²⁸. Co więcej, zdaniem NSA, wyrażonym w wyroku z dnia 6 czerwca 2017 r.²⁹, obowiązek poddania się szczepieniu ochronnemu obejmuje całą opisaną procedurę, nie tylko poddanie się samemu aktowi szczepienia, ale także wszystkim innym czynnościom związanym z tym aktem, w tym badaniom kwalifikacyjnym. Obie wyspecyfikowane czynności w ramach procedury szczepień, tj. badanie kwalifikacyjne i szczepienie, nie wymagają zgody, ponieważ – w przekonaniu sądów administracyjnych – przepisy ustawy są przepisami szczególnymi w stosunku do tych wszystkich przepisów, które udzielenie świadczeń zdrowotnych uzależniają od zgody pacjenta.

Jak czytamy w wyroku WSA w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2019 r.³⁰: „ustawowy obowiązek szczepień ochronnych oznacza niedopuszczalność korzystania z tzw. klauzuli sumienia, tj. uprawnienia pacjenta do odmowy poddania się świadczeniu zdrowotnemu z powołaniem się na art. 16 ustawy o prawach pacjenta. Przepis art. 16 tej ustawy znajduje zastosowanie, jeżeli przepisy odrębnych ustaw nie stanowią inaczej (art. 15). Taką zaś odrębną ustawą jest m.in. ustawa antyzakaźniowa, która przewiduje obowiązek poddawania się szczepieniom ochronnym. Ustawa ta nie przewiduje prawa pacjenta do odmowy wyrażenia zgody na szczepienie ochronne, przeciwnie – statuuje ogólny obowiązek poddania się szczepieniom ochronnym [...] Oznacza to, że ustawa antyzakaźniowa stanowi *lex specialis* w zakresie możliwości odmowy poddania się szczepieniu ochronnemu w stosunku do ww. ustawy o prawach pacjenta”³¹.

W literaturze prawa medycznego pogląd ten generalnie podziela M. Boratyńska, argumentując, że ponieważ badanie kwalifikacyjne stanowi warunek konieczny dla wykonania szczepienia, wynikający zarówno z prawideł wiedzy medycznej, jak i z ustawy, należy uznać je za obowiązkowe na równi ze szczepieniem, a skoro obowiązkowe – to niewymagające zgody pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego³². Zdaniem tej autorki swoboda wyboru dotyczy co najwyżej będących do dyspozycji

28 Zob. wyrok WSA w Białymstoku z dnia 16 kwietnia 2013 r., II SA/Bk 18/13; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 27 listopada 2013 r., IV SA/Po 515/13; wyrok NSA z dnia 17 kwietnia 2014 r., II OSK 338/13; wyrok NSA z dnia 12 czerwca 2014 r., II OSK 1312/13, Legalis; wyrok WSA w Warszawie z dnia 19 października 2016 r., VII SA/Wa 2541/15; wyrok WSA w Warszawie z dnia 10 lutego 2017 r., VII SA/Wa 819/16, Legalis; wyrok WSA w Warszawie z dnia 5 czerwca 2019 r., VII SA/Wa 3100/18.

29 Sygn. II GSK 2399/15, Legalis.

30 Sygn. VII SA/Wa 3088/18, Legalis.

31 *Ibidem*.

32 M. Boratyńska, *Szczepienia ochronne...*, *op. cit.*, s. 75; podobnie M. Janik, *Działania przeciwepidemiczne na przykładzie szczepień ochronnych*, (w:) L. Zacharko, A. Matan, D. Grzegorzczak (red.), *Administracja publiczna – aktualne wyzwania*, Katowice 2015, s. 213–214; S. Dziwisz, *Obowiązek szczepień ochronnych – prawne aspekty przeprowadzania i egzekwowania szczepień*, „Kontrola Państwowa” 2015, nr 2, s. 147.

różnych specyfików, włączając w to decyzję co do podania szczepionki skojarzonej³³. Jednocześnie autorka przyznaje, że według dobrych wzorców należy przynajmniej podjąć próbę uzyskania zgody pacjenta, ażeby w ten sposób uszanować jego godność i zapewnić z jego strony niezbędną współpracę. *Mutatis mutandis* obejmuje to również przedstawiciela ustawowego³⁴.

Odnosząc się do powyższych argumentów, należy wskazać, że teza dotycząca tego, iż ustawa antyzakaźeniowa stanowi *lex specialis* w stosunku do ustawy o prawach pacjenta (jako *lex generali*) nie ma uzasadnienia w świetle ogólnych reguł kolizyjnych przyjętych w teorii prawa, obie bowiem ustawy są wobec siebie równorzędne.

W literaturze prawa medycznym wydziela się część ogólną (zwaną też ustrojową), która obejmuje m.in. ustawę o prawach pacjenta³⁵, zawierającą katalog praw pacjenta i będące ich lustrzanym odbiciem obowiązki lekarza, oraz część szczegółową, która dotyczy wykonywania szczególnego rodzaju świadczeń zdrowotnych wyróżnianych ze względu na ich rodzaj lub charakter. Nie oznacza to jednak, że obie grupy ustaw pozostają do siebie w relacji: ustawy ogólne *versus* ustawy szczególne³⁶.

Ta część prawa medycznego, która reguluje udzielanie specyficznych świadczeń zdrowotnych (np. w zakresie transplantologii, psychiatrii czy krwiolecznictwa), obejmuje istotnie materię szczegółową, ale nie w tym sensie, aby stać się materią „szczególną” w stosunku do części „ogólnej” w znaczeniu prezentowanej reguły kolizyjnej.

Jak słusznie podkreśla się w teorii prawa administracyjnego, obowiązywanie zasady *lex specialis derogat legi generali* jest możliwe tylko w zakresie samych norm części ogólnych danej gałęzi lub dyscypliny prawa albo samych norm części szczegółowych³⁷.

Jednocześnie, jeśli przyjmując, że przepisy ustawy antyzakaźeniowej są w rozumieniu cytowanego art. 15 ustawy o prawach pacjenta przepisami odrębnymi, to kwestia związana z uregulowaniem zgody podmiotu uprawnionego pozostaje i tak otwarta. Przepis art. 5 ustawy antyzakaźeniowej, który nakłada określone obowiązki na osoby przebywające na terenie RP, materializuje się bowiem, gdy inne przepisy tej ustawy tak stanowią³⁸. W rezultacie przepis art. 17 tej ustawy powinien wyraźnie wskazywać, że zgoda na szczepienie obowiązkowe nie jest wymagana, czego nie czyni.

33 M. Boratyńska, *Szczepienia ochronne...*, *op. cit.*, s. 68.

34 Zob. M. Boratyńska, (w:) *eadem*, P. Konieczniak (red.), *System Prawa Medycznego*, t. II, cz. 1: Regulacja prawna czynności medycznych, Warszawa 2019, s. 745–746.

35 Wymienia się też jako tzw. ustawę ustrojową z zakresu prawa medycznego ustawę o działalności leczniczej ze względu na określenie w niej zasad prowadzenia działalności leczniczej.

36 Pomimo tytułu t. 2 Systemu Prawa Medycznego: *Szczególne świadczenia zdrowotne* (red. A. Wnukiewicz-Kozłowskiej i L. Boska).

37 Zob. Z. Duniewska, (w:) R. Hausner, A. Wróbel, Z. Niewiadomski (red.), *System Prawa Administracyjnego*, t. 1: Instytucje prawa administracyjnego, Warszawa 2015, s. 122; J. Filipek, *Prawo administracyjne*, Kraków 2003, s. 38.

38 Zob. L. Bosek, (w:) *idem* (red.), *Ustawa o zapobieganiu...*, *op. cit.*, s. 106–107.

Stanowisko o konieczności odebrania zgody prezentuje na przykład R. Kubiak, który zauważa, że szczepienie ochronne, tak jak każde świadczenie zdrowotne, wymaga świadomej aprobaty osoby uprawnionej. Pomimo że ustawa antyzakaźeniowa przewiduje obowiązek szczepień oraz możliwość zastosowania środków przymusu wobec osoby uchylającej się od takich szczepień, jest to wyłącznie przymus pośredni, który ma zmotywować osobę, by „dobrowolnie” wykonała obowiązek³⁹. Podobnie wskazuje się, że istnienie obowiązku poddania się określonym szczepieniom ochronnym nie uprawnia lekarza do dokonania takiego zabiegu bez wiedzy lub zgody osoby uprawnionej albo wbrew jej woli⁴⁰. Poglądy tej grupy przedstawicieli doktryny prawa generalnie opierają się na założeniu, że szczepienia ochronne są świadczeniami zdrowotnymi i w świetle ustawy o prawach pacjenta ich przeprowadzenie wymaga uprzedniej akceptacji osoby uprawnionej do wyrażenia zgody⁴¹.

Ponadto, nawet jeśli przyjmując, że ustawowa konstrukcja obowiązkowych szczepień ochronnych milcząco przyzwala na nieodbieranie zgody, to wątpliwości w tej kwestii rozwiewa § 7 rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie szczepień obowiązkowych⁴², zgodnie z którym lekarskie badania kwalifikacyjne oraz obowiązkowe szczepienia ochronne u osoby, która nie ukończyła szóstego roku życia, przeprowadza się w obecności osoby sprawującej prawną pieczę nad tą osobą albo w obecności jej opiekuna faktycznego. Z kolei wobec osoby, która ukończyła szósty roku życia, a nie osiągnęła pełnoletności, można przeprowadzić badanie kwalifikacyjne oraz szczepienie obowiązkowe nawet bez obecności wskazanych wcześniej osób, ale po uzyskaniu ich pisemnej zgody i informacji na temat uwarunkowań zdrowotnych mogących stanowić przeciwwskazanie do szczepień. Rozporządzenie, precyzując sposób dokonania szczepienia, zakłada więc, że zgoda na szczepienie obowiązkowe osób uprawnionych w stosunku do małoletnich pomiędzy szóstym a osiemnastym rokiem życia powinna – w razie ich nieobecności – zostać pozyskana⁴³. *A contrario* więc,

39 R. Kubiak, Czy podpisywanie zgody na szczepienie obowiązkowe i zalecane jest konieczne podczas każdej wizyty?, <https://www.mp.pl/szczepienia/prawo/zapytajprawnika/92458,czy-podpisywanie-zgody-na-obowiazkowe-i-zalecane-szczepienie-jest-konieczne-podczas-kazdej-wizyty> (1.02.2022).

40 A. Augustynowicz, I. Wrześniewska-Wal, Aspekty prawne..., *op. cit.*, s. 123; podobnie J. Pacian, Obowiązek szczepień ochronnych dzieci, (w:) K. Mełgiesz, K. Miaskowska-Daszkiwicz, J. Pacian (red.), Administracyjnoprawna ochrona dziecka. Ochrona dobrostanu psycho-somatycznego, Toruń 2018, s. 192.

41 M. Szeroczyńska, Czy obowiązkowe szczepienia ochronne dzieci są naprawdę obowiązkowe? „Szkola Specjalna” 2014, nr 3, s. 2016.

42 Rozporządzenie cytowane w przyp. 8.

43 Wyrażony w literaturze pogląd, że przepisy rozporządzenia dotyczą tylko przypadku nieobecności przy danej czynności jej opiekuna prawnego lub faktycznego, nie podważa tej tezy. Nie jest to wyłącznie zgoda na szczepienie w określonych warunkach (bez obecności przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego), skoro *verba legis* czytamy, że można je przeprowadzić „po uzyskaniu pisemnej zgody i informacji na temat uwarunkowań zdrowotnych mogących stanowić

w razie braku zgody zarówno badanie, jak i szczepienie nie powinno zostać przeprowadzone⁴⁴.

Interesujący pogląd przedstawia J. Haberko. Próbuje ona pogodzić obie racje (z jednej strony wynikające z obowiązkowości szczepień, z drugiej zaś z reguł poszanowania autonomii pacjenta) i przyjmuje, że zgoda jest wymagana na badanie kwalifikacyjne, podczas gdy na szczepienie obowiązkowe – nie. Zdaniem tej autorki analiza całokształtu regulacji prawnomedycznych skłania do przyjęcia trafności stanowiska, że ustawodawca, co do zasady, ceni wyżej wolę pacjenta od profesjonalnej decyzji lekarza czy od innych czynników, takich jak na przykład działanie w stanie wyższej konieczności. Lekarz nie ma generalnego uprawnienia do podejmowania czynności składających się na udzielanie świadczeń zdrowotnych, nawet jeżeli w świetle aktualnej wiedzy medycznej mogłyby one znaleźć uzasadnienie, o ile pacjent nie wyrazi na to zgody bądź nie zachodzą wyraźnie określone w ustawie lekarskiej sytuacje, w których działanie jest dopuszczalne bez zgody⁴⁵. W związku z tym, mimo że całość procedury wykonania obowiązkowego szczepienia ochronnego pozostaje udzieleniem świadczenia zdrowotnego, to jednak zakresem autonomii podmiotu objęta została wyłącznie część tej procedury. Wniosek taki płynie z faktu, że przepisy ustawy antyzakaźeniowej nie konstruują odmiennych zasad ani w zakresie realizacji obowiązku informacyjnego, ani w zakresie odbierania zgody na przeprowadzenie badań kwalifikacyjnych poprzedzających wykonanie szczepienia⁴⁶. W efekcie autorka przyjmuje, że zgoda, a zatem i jej odmowa, w odniesieniu do samego szczepienia pozostają poza zakresem rozpoznania przez system prawny. Stan ten wymaga więc interwencji ustawodawcy⁴⁷.

Reasumując, za zasadniczy argument za odbieraniem zgody we wszystkich przypadkach szczepień ochronnych należy uznać zasadę, że wyjątki nie mogą być interpretowane rozszerzająco, a występujące wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść reguły poszanowania autonomii. Szczepienia obowiązkowe nie tyle pozbawiają możliwości wyrażenia na nie zgody, ile stawiają pod znakiem zapytania skuteczność wyrażonej odmowy wobec udzielenia tego rodzaju świadczenia zdrowotnego.

Za tą wykładnią przemawiają względy pragmatyczne. Obowiązkowy charakter szczepień nie oznacza bowiem, że pacjent (przedstawiciel ustawowy) staje się osobą bezwonną, a lekarz zwolniony jest z obowiązku przekonywania do tej najlep-

przeciwskazanie do szczepień”. Kwestia jednak ewentualnej zgody opiekuna faktycznego może budzić wątpliwości z perspektywy ogólnych reguł prawa medycznego, zgodnie z którymi opiekun faktyczny jest władny wyrazić zgodę wyłącznie na badanie (por. art. 17 ust. 2 zd. 2 ustawy o prawach pacjenta).

44 Por. R. Kubiak, *Odpowiedzialność prawna...*, *op. cit.*, *passim*.

45 J. Haberko, (w:) L. Bosek (red.), *Ustawa o zapobieganiu...*, *op. cit.*, s. 259.

46 *Ibidem*, s. 267.

47 *Ibidem*, s. 269.

szej z możliwych metody profilaktyki⁴⁸. Po pierwsze, brak zgody na szczepienie nie służy stworzeniu prawidłowych relacji w opiece zdrowotnej (zwłaszcza w stosunkach lekarz rodzinny – przedstawiciel ustawowy pacjenta małoletniego). W przypadku przyjęcia koncepcji braku zgody zamiast rzetelnej informacji mającej na celu przekonanie do szczepienia jako doskonałej metody profilaktyki przedstawiciel ustawowy otrzymuje sygnał, że jego ewentualna aprobata (lub jej brak) są prawnie irrewalentne, co prowadziłyby do uprzedmiotowienia tych relacji⁴⁹. Po drugie, należy podkreślić, że koncepcja prawnej irrewalentności zgody jest przejawem tzw. twardego paternalizmu. W bioetyce podkreśla się, że w pierwszej kolejności należy stosować model *informed consent*, który ma na celu przekonanie osoby uprawnionej i odebranie od niej zgody. Ten model sprawdza się na tle stosowania przymusu w ustawie z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego⁵⁰ wtedy, gdy pozyskanie zgody pacjenta ma pierwszeństwo przede wszystkim po to, żeby pozyskać konieczną z nim współpracę. Dopiero w razie braku zgody (i w razie zaistnienia dodatkowych przesłanek⁵¹) możliwe staje się zastosowanie przymusu, a zatem dopiero wówczas dochodzi do ograniczenia autonomii pacjenta.

Innymi słowy, to, co najbardziej różnicuje szczepienie obowiązkowe i szczepienie zalecane, to nie kwestia braku obowiązku pozyskania odpowiedniego oświadczenia woli, ale kwestia skutków prawnych wyrażenia odmowy zgody.

3. Konsekwencje wyrażenia odmowy zgody przez przedstawiciela ustawowego dziecka

Zaprezentowany powyżej pogląd przenosi ciężar w debacie o zgodę na obowiązkowe szczepienia ochronne z uprzedniej zgody na konsekwencje jej braku⁵².

Należy zauważyć, że w prawie medycznym powszechnie przyjmowany jest podział na przymus leczenia *sensu largo* oraz przymus leczenia *sensu stricto*: pośredni i bezpośredni oparty na ustawie⁵³. Pierwszy rodzaj przymusu, wynikający z zasady

48 U. Drozdowska, Odpowiedzialność odszkodowawcza..., *op. cit.*, s. 105; podobnie I. Jaworska, Odmowa zaszczepienia dziecka i jej konsekwencje prawne, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, nr 3, s. 64–65; K. Pałka, Świadczenia zdrowotne..., *op. cit.*, s. 606.

49 Jak słusznie wskazują nawet przeciwnicy odbierania zgody, konieczność udzielenia odpowiedniej, stosownej do świadczenia zdrowotnego (w postaci szczepienia) informacji ma miejsce przed, a nie po zaszczepieniu; zob. M. Boratyńska, Wolny wybór..., *op. cit.*, s. 527.

50 Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 685.

51 Por. art. 18, 21, 22, 23 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego.

52 Tak też w stanowisku Sejmu RP w sprawie zawisłej przed TK (nierozstrzygniętej na dzień zdania publikacji do druku), sygn. SK 81/19, BAS-WAKU-52/19.

53 N. Karczevska-Kamińska, Przymus leczenia..., *op. cit.*, s. 197 i n.; M. Świdorska, Zgoda pacjenta..., *op. cit.*, s. 216; M. Nesterowicz, Prawo medyczne, Toruń 2019, s. 218 i n.

salus aegroti suprema lex esto, uzasadniany był obiektywnym dobrem pacjenta⁵⁴ i z uwagi na brak ogólnego obowiązku pacjenta do poddania się leczeniu i odpowiadającego temu prawu lekarza do leczenia został skutecznie zakwestionowany w literaturze przedmiotu⁵⁵. Obecnie uznaje się, że istotą przymusu leczniczego jest kwestia dopuszczalności określonego działania nie tyle bez zgody (np. wtedy gdy pacjent zgody z różnych powodów wyrazić nie może), ile wbrew wyraźnej woli pacjenta⁵⁶, a zatem w sytuacji, gdy pacjent złożył określone oświadczenie woli⁵⁷.

Przymus występuje zatem tylko wówczas, gdy przepis prawa medycznego tak stanowi, zastrzegając w razie niewypełnienia powinności sankcje karne lub administracyjne. Co do pierwszej sankcji penalnej – zaniechanie poddania się obowiązkowemu szczepieniu mimo zastosowania środków egzekucji administracyjnej rodzi tzw. odpowiedzialność karno-administracyjną przewidzianą w art. 115 § 1 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń⁵⁸. Na podstawie art. 115 § 2 kw. tej samej odpowiedzialności podlega też ten, kto sprawując pieczę nad osobą małoletnią lub bezradną, pomimo zastosowania środków egzekucji administracyjnej nie poddaje jej określonemu szczepieniu ochronnemu. Warunkiem zastosowania jest więc uprzednie w stosunku do postępowania wykroczeniowego wszczęcie postępowania administracyjnego.

Co do sankcji administracyjnej, należy podkreślić, iż przedstawionego podziału na przymus pośredni i bezpośredni nie zna ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji⁵⁹. W ramach środków egzekucyjnych należności niepieniężnych na tle przepisów tej ustawy wyróżnia się zarówno przymus w celu przymuszenia, jak i przymus bezpośredni⁶⁰. Sankcja administracyjna sto-

54 J. Sawicki, *Przymus leczenia, eksperyment, udzielanie pomocy i przeszczep w świetle prawa*, wyd. 2, Warszawa 1966, s. 7, 92.

55 M. Nesterowicz, *Prawo medyczne...*, *op. cit.*, s. 217 i n.; M. Świdarska, *Zgoda pacjenta...*, *op. cit.*, s. 216–226.

56 M. Świdarska, *Zgoda pacjenta...*, *op. cit.*, s. 216; N. Karczewska-Kamińska, *Przymus leczenia...*, *op. cit.*, s. 61 i n.; M. Paszkowska, *Przymus medyczny stosowany w zapobieganiu i zwalczaniu chorób zakaźnych*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2009, nr 7–8, s. 10–119.

57 Nie ma zatem potrzeby dokonywania całościwej negacji oświadczenia woli przedstawiciela ustawowego, jak to czynią niektóre sądy administracyjne. Trafniej problem ujął WSA w Warszawie, wskazując, że w przypadku obowiązkowych szczepień, których obowiązek wykonania wynika wprost z ustawy, brak zgody szczepionego lub jego przedstawiciela ustawowego nie zmienia faktu istnienia tego obowiązku; por. uzasadnienie wyroku WSA w Warszawie z dnia 11 kwietnia 2019 r., VII SA/Wa 2247/18, *Legalis* oraz uzasadnienie wyroku SN z dnia 8 stycznia 2016 r., V KK 306/15, *KZS* 2016, nr 11, poz. 45, *KZS* 2017, nr 2, poz. 63.

58 Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 281 ze zm.

59 Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1427; zob. szerzej Z. Kmieciak, *Postępowanie administracyjne, postępowanie egzekucyjne w administracji i postępowanie sądownoadministracyjne*, Warszawa 2017, s. 251–263.

60 Zob. szerzej W. Piątek, A. Skoczylas, (w:) R. Hauser, A. Skoczylas (red.), *Postępowanie egzekucyjne w administracji. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 142.

sowana w oparciu o postanowienia ustawy byłyby zatem możliwa do zastosowania zarówno w formie pośredniej (nałożenia kary pieniężnej celem przymuszenia), jak i w formie bezpośredniej (przymusu bezpośredniego). Istniałaby zatem teoretycznie możliwość przymusowego doprowadzenia osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, jak i podopiecznego do miejsca wykonania świadczenia medycznego⁶¹. Problem polega na tym, że dla samej czynności zaszczepienia nie jest to możliwe. Ten bowiem sposób postępowania: w postaci przytrzymania, unieruchomienia lub przymusowego podania leku, jako silnie ingerujący w prawo nietykalności cielesnej, wymaga dodatkowej wyraźnej podstawy prawnej w przepisie rangi ustawowej⁶².

Przymus bezpośredni jest więc przewidziany w sytuacjach wyjątkowych. Przykładem na tle ustawy antyzakaźeniowej jest art. 36, zgodnie z którym wobec osoby, u której podejrzewa się lub rozpoznano chorobę szczególnie niebezpieczną i wysoce zakaźną, stanowiącą bezpośrednie zagrożenie dla zdrowia lub życia innych osób, może być zastosowany środek przymusu bezpośredniego polegający na przytrzymaniu, unieruchomieniu lub przymusowemu podaniu leków (w tym szczepionki). Ponieważ w analizowanym tu obszarze (wyłącznie profilaktycznego stosowania szczepień) nie zostaje spełniona przesłanka w postaci podejrzenia lub rozpoznania choroby zakaźnej, zastosowanie tej normy prawnej w rozważanym przypadku jest wyłączone.

W rezultacie w przypadku szczepień ochronnych u dzieci zastosowanie znajduje sankcja administracyjna w postaci zagrożenia karą finansową. Organem egzekucyjnym staje się wojewoda, który na wniosek wierzyciela w stosunku administracyjnoprawnym, tj. właściwego państwowego inspektora sanitarnego, ma prawo żądać od dłużnika (opiekuna prawnego lub faktycznego) określonego zachowania (por. art. 5 § 1 pkt 2 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji)⁶³. Jeśli więc osoba odpowiedzialna za sprawowanie pieczy nad małoletnim nie podda go czynności zaszczepienia pomimo wezwania jej do stawienia się na szczepienie pod groźbą kary, może ponieść konsekwencje finansowe.

Jak się wskazuje, ten sposób egzekwowania szczepień okazuje się mało skuteczny. Po pierwsze, postępowania administracyjne trwają tak długo, że sens szczepienia dziecka z punktu widzenia odporności populacyjnej traci na znaczeniu⁶⁴, po

61 Zob. szerzej K. Michalak, J.G. Firlus, Administracyjnoprawne ograniczenia autonomii pacjenta – uwagi wokół przymusu leczenia, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, nr 2, s. 148.

62 Por. M. Nesterowicz, Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy, Warszawa–Poznań 1972, s. 38; N. Karczevska-Kamińska, Przymus leczenia..., *op. cit.*, s. 200–205.

63 Zob. szczegółowy opis postępowania: P. Lipowski, Realizacja szczepień ochronnych – implikacje prawne, „Studia Prawnicze KUL” 2017, nr 3, s. 23–26; P. Daniel, Egzekucja obowiązku podania małoletniego dziecka szczepieniu ochronnemu w orzecznictwie sądów administracyjnych, „Przegląd Prawa Publicznego” 2014, nr 4, s. 48 i n.

64 Tak M. Boratyńska, Szczepienia ochronne..., *op. cit.*, s. 87.

drugie – prowadzi tylko do zaostrzenia konfliktu. Przeciwnicy szczepień generalnie nie ulegają presji związanej z zagrożeniem karą finansową, podchodzą bowiem do sprawy ideologicznie.

Powstaje więc pytanie, czy tego rodzaju spór nie powinien zostać przeniesiony na płaszczyznę postępowania sądowego, w ramach którego strona kwestionująca obowiązek szczepień miałaby możliwość wyrażenia swych racji, do czego postępowanie administracyjne o charakterze egzekucyjnym ze swej natury nie jest przystosowane. Nie twierdzą przy tym, że przeniesienie sporu na inną płaszczyznę rozwiąże problem związany z egzekucją obowiązku szczepień, ale przynajmniej pozwoli na ocenę stanowiska rodziców przez niezawisły sąd i być może w części przypadków skłoni ich do podjęcia decyzji zgodnej z obiektywnym interesem dziecka.

Zauważmy, że cechą charakterystyczną sankcji administracyjnej na tle ustawy antyzakaźniowej jest różnicowanie form ochrony prawnej w zależności od treści i rodzaju obowiązku nakładanego na jednostkę⁶⁵. Z jednej strony (jak np. w art. 33 ustawy antyzakaźniowej) ustawodawca zamieszcza normę kompetencyjną obligującą organ do wydania decyzji administracyjnej, z drugiej zaś czyni niektóre normy bezpośrednio wykonalnymi. W przypadku szczepień obowiązkowych zastosowano ten drugi sposób postępowania, rezygnując z postępowania spornego. Uznano, że obowiązek wynika wprost z przepisów ustawy, co oznacza, że prawodawca z góry i w sposób jednoznaczny rozstrzygnął konflikt pomiędzy wartościami, jakimi są potencjalne zagrożenie dla zdrowia publicznego oraz prawo jednostki do samostanowienia⁶⁶. Ramy zaś, w których może poruszać się jednostka, zostały określone w przepisie art. 17 ustawy antyzakaźniowej bardzo wąsko oraz *de facto* uznaniowo, skoro to wyłącznie od stanowiska lekarza zależy rozstrzygnięcie, czy istnieją przeciwwskazania do szczepienia⁶⁷.

W związku z powyższym postuluje się w ramach postępowania administracyjnego, aby organom Państwowej Inspekcji Sanitarnej przydać kompetencje do nakładania w drodze decyzji administracyjnej wszelkich obowiązków ingerujących w sferę autonomii pacjenta, o jakich mowa w ustawie antyzakaźniowej, rezygnując z obowiązków wynikających z mocy prawa. Tym samym w ramach postępowania administracyjnego i kontroli sądownoadministracyjnej szersze byłyby możliwości weryfikacji stanowisk stron⁶⁸.

Propozycja zawarta w niniejszym artykule idzie dalej, odnosi się do stworzenia drogi postępowania „przedszczepiennego”, do czego, jak się wydaje, uprawnia cha-

65 K. Michalak, J.G. Firlus, *Administracyjnoprawne ograniczenia...*, *op. cit.*, s. 145–150.

66 *Ibidem*.

67 Co prawda istnieje możliwość odwołania się od tej opinii w trybie art. 31 i n. ustawy o prawach pacjenta do Komisji Lekarskiej działającej przy Rzeczniku Praw Pacjenta, ale nie jest to procedura zbyt często wykorzystywana z uwagi na przekonanie, że Komisja Lekarska nie jest ciałem całkowicie niezależnym i najprawdopodobniej nie podzieli zapatrywań pacjenta.

68 K. Michalak, J.G. Firlus, *Administracyjnoprawne ograniczenia...*, *op. cit.*, s. 150.

rakter prawny zgody przedstawiciela ustawowego oraz dobro małoletniego pacjenta. Wszak na gruncie art. 34 ust. 6 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry⁶⁹, jeśli przedstawiciel ustawowy nie wyraża zgody na leczenie dziecka, a w przekonaniu lekarza dane świadczenie powinno zostać wykonane, zasadność odmowy przedstawiciela ustawowego podlega ocenie sądu opiekuńczego, który może wydać tzw. zgodę zastępczą⁷⁰. Jedyne w sytuacji nagłości, zagrożenia życia i zdrowia danej osoby interwencja medyczna może być dokonana wbrew odmowie przedstawiciela ustawowego (por. art. 34 ust. 7 tej ustawy).

Ten sposób postępowania nie został recypowany do ustawy antyzakaźniowej. W efekcie w trakcie postępowania egzekucyjnego mającego na celu „przymuszenie” przedstawiciela ustawowego do wyrażenia zgody nie ma możliwości weryfikacji przyczyn odmowy, co nie wydaje się trafnym rozwiązaniem z punktu widzenia złożoności sytuacji zdrowotnej, rodzinnej i społecznej związanej z zaszczepieniem dziecka.

Zastosowanie instrumentów prawnych z zakresu prawa opiekuńczego w odniesieniu do problematyki szczepień było już przedmiotem wypowiedzi przedstawicieli doktryny prawa⁷¹, jak i orzecznictwa, jednakże wyłącznie w obrębie szczególnej normy prawnej wypływającej z art. 109 § 1 k.r.o. W przepisie tym czytamy, że w razie zagrożenia dobra dziecka sąd może wydać odpowiednie zarządzenie, w szczególności może zobowiązać rodziców do określonego postępowania (art. 109 § 2 pkt 1 k.r.o.). W literaturze podkreśla się, że są to doraźne środki, w istocie ograniczające władzę rodzicielską. Jak się wydaje, o ile istnieją trudności w zakresie ich zastosowania, o tyle w stosunku do szczepień jako świadczeń profilaktycznych trudno twierdzić o istnieniu podstawowej przesłanki, jaką stanowi zagrożenie dobra dziecka. Wskazuje się, że w każdym wypadku zagrożenie dobra dziecka powinno być poważne; ingerencja sądu z przyczyn błahych mogłaby bowiem nieraz przynieść więcej szkody aniżeli pożytku⁷². Pokazała to silnie nagłośniona przez media tzw. sprawa białogardzka⁷³, w której rodzice odmówili szczepienia dziecka nie z przyczyn ideologicznych, ale z powodu nierzetelnie przedstawionej informacji oraz niedostatecznego ustalenia w ramach badania kwalifikacyjnego stanu zdrowia dziecka. W związku z tym sąd nie stwierdził zagrożenia dobra dziecka i podstaw do ograniczenia władzy rodzicielskiej.

W tym kontekście, stosowania „twardych” instrumentów prawnych, należy zauważyć za R. Kubiakiem, że jeśli odmowa szczepień jest poparta przekonaniem o par-

69 Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 790 ze zm., w skrócie ustawa o zawodzie lekarza.

70 Zob. szerzej B. Janiszewska, *Zgoda...*, *op. cit.*, s. 530 i n.

71 Poglądy przedstawicieli doktryny prawa w zakresie możliwości zastosowania art. 109 k.r.o. są niejednolite; zob. M. Boratyńska, *Szczepienia ochronne...*, *op. cit.*, s. 86; J. Kosonoga-Zygmunt, Glosa do wyroku SN z dnia 8 stycznia 2016 r., V KK 306/15, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 11, s. 170–181; J. Haberko, (w:) L. Bosek (red.), *Ustawa o zapobieganiu...*, *op. cit.*, s. 255.

72 Zob. wyrok SN z dnia 5 marca 1947 r., II C 1043/46, OSN 1947, Nr 2, poz. 59.

73 Zob. Białogard _ umorzenie sprawy noworodka – PEŁNA DEBATA - YouTube (15.02.2022).

tymi na intensywnej indoktrynacji ruchów antyszczepionkowych, to wprowadzanie rygorystycznych instrumentów prawnych może okazać się przeciwnie skuteczne⁷⁴.

W związku z powyższym należy rozważyć propozycję stworzenia podstawy prawnej przewidującej odrębną kognicję sądu opiekuńczego jako organu rozpoznającego sprawę w sprawach dotyczących odmowy zgody zaszczepienia małoletniego na przykład na gruncie przepisów ustawy antyzakaźniowej, w kolejnej jednostce redakcyjnej art. 17.

Wszczęcie postępowania przez sąd opiekuńczy mogłoby odbywać się na analogicznych zasadach jak obecnie na tle art. 34 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza. Sąd wszczynałby więc postępowanie na skutek zawiadomienia lekarza o wyrażeniu odmowy zgody przez przedstawiciela ustawowego wobec czynności zaszczepienia dziecka. Lekarz nie byłby stroną w tym postępowaniu, podobnie zresztą jak organy inspekcji sanitarnej, które mogłyby jednak uczestniczyć w tym postępowaniu na prawach przyznanych prokuratorowi. Postępowanie przed sądem dotyczyłoby wszechstronnego zbadania okoliczności związanych ze sprawą. Rozstrzygnięcie polegałoby na wydaniu orzeczenia o zezwoleniu na szczepienie bez zgody przedstawiciela ustawowego. W razie zaś poparcia stanowiska rodzica w zakresie odmowy udzielenia zgody należałoby rozważyć postanowienie o umorzeniu postępowania⁷⁵. Orzeczenie tego typu byłoby zaskarżalne i wykonalne na zasadach przewidzianych w przepisach k.p.c.

Wnioski

M. Świdarska, pionierka na polu polskiej refleksji prawnej nad zgodą pacjenta, swego czasu pisała, że w niektórych stanach zestawienie ze sobą instrumentów z obu gałęzi prawa (cywilnego i administracyjnego) może tworzyć osobliwe, ale pożądane z punktu widzenia spójności aksjologicznej systemu prawa (medycznego) połączenie środków oddziaływania, i prowadzić do rzadkiej, ale akceptowalnej jurydycznie antynomii⁷⁶. Autorka miała na myśli rozwiązanie nieobowiązującej już ustawy z dnia 6 września 2001 r. o chorobach zakaźnych i zakażeniach, które nie wywazały w dostateczny sposób wskazanych na wstępie interesów: publicznego i jednostkowego w odniesieniu do stosowanych na tle tej ustawy środków przymusu.

74 R. Kubiak, Konsekwencje administracyjne i karne stosowane wobec rodziców sprzeciwiających się obowiązkowym szczepieniom ochronnym, (w:) A. Górski, E. Sarnecka (red.), Zagadnienia prawa medycznego, Warszawa 2018, s. 107.

75 Wydanie orzeczenia odmownego uwzględniającego racje rodziców, podobnie jak w przypadku poddania w międzyczasie szczepieniu dziecka, prowadziłyby do spełnienia przesłanek z art. 355 k.p.c., dotyczących przyczyn, dla których wydanie orzeczenia stało się zbędne.

76 M. Świdarska, Zgoda pacjenta..., *op. cit.*, s. 284.

Jak się wydaje, pogląd ten można odnieść do opisanej ustawowej konstrukcji obowiązku szczepień, w ramach której zauważalny jest brak procedury weryfikującej zasadność wyrażonej odmowy, co nie sprzyja wyważeniu obu wskazanych interesów.

Rozważania nad konstrukcją prawną szczepień ochronnych u dzieci prowadzą do wniosku, że regulacja prawna zawarta w art. 17 ustawy antyzakaźniowej nie jest zupełna. Przede wszystkim należałoby oczekiwać wyraźnego wskazania w dalszych jednostkach redakcyjnych art. 17 ustawy, co należy czynić w razie wyrażenia odmowy przez przedstawiciela ustawowego dziecka. Jak się wydaje, należy dążyć do zagwarantowania w określony sposób rozstrzygnięcia konfliktu pomiędzy przedstawicielem ustawowym dziecka a władzą publiczną (wprowadzającą obowiązek szczepień), przenosząc go na inną płaszczyznę – prawnoopiekunczą.

Egzekucyjna procedura administracyjna z racji swego charakteru (w istocie wykonawczego) nie może wyważać wchodzących w grę wartości (interes jednostki *versus* interes publiczny). Należy zauważyć, że w związku z wnoszeniem środków odwoławczych w toku postępowania egzekucyjnego sądy administracyjne rozpatrują odwołania przedstawicieli ustawowych małoletnich pacjentów w określonym, wąskim zakresie, determinowanym postępowaniem egzekucyjnym w administracji. Opisany więc sposób regulacji, nieprzewidujący drogi pozwalającej na wszechstronną analizę woli podmiotu uprawnionego, nie wydaje się właściwy. Tymczasem z uwagi także na ryzyko, jakie niesie za sobą szczepienie (jak każde świadczenia zdrowotne), wprowadzenie sądowych mechanizmów weryfikowania woli osoby poddanej określonym obowiązkom prawnym wydaje się pożądane.

BIBLIOGRAFIA

- Augustynowicz A., Wrześniewska-Wal I., Aspekty prawne obowiązkowych szczepień ochronnych u dzieci, „Pediatria Polska” 2013, vol. 88, nr 1.
- Bączyk-Rozwadowska K., (w:) E. Bagińska (red.), System Prawa Medycznego 2021, t. 5: Odpowiedzialność prywatnoprawna, Warszawa 2021.
- Bączyk-Rozwadowska K., Zasady słuszności jako instrument ochrony poszkodowanych w prawie medycznym, „Białostockie Studia Prawnicze” 2014, nr 17.
- Boratyńska M., Szczepienia ochronne małoletnich a wykonywanie władzy rodzicielskiej. Uwagi na tle wyroku NSA, „Prawo i Medycyna” 2013, nr 3–4.
- Boratyńska M., Wolny wybór, Warszawa 2012.
- Boratyńska M., Konieczniak P., Zasady prawa medycznego, (w:) M. Boratyńska, P. Konieczniak (red.), System Prawa Medycznego, t. 2, cz. 1: Regulacja prawna czynności medycznych, Warszawa 2019.
- Bosek L., (w:) L. Bosek (red.), Ustawa o zapobieganiu i zwalczaniu chorób zakaźnych i zakażeń u ludzi. Komentarz, Warszawa 2021.
- Daniel P., Egzekucja obowiązku poddania małoletniego dziecka szczepieniu ochronnemu w orzecznictwie sądów administracyjnych, „Przegląd Prawa Publicznego” 2014, nr 4.

- Drozdowska U., Odpowiedzialność odszkodowawcza za niezawinione skutki szczepień ochronnych, „Białostockie Studia Prawnicze” 2014, nr 17.
- Duniewska Z., (w:) R. Hausner, A. Wróbel, Z. Niewiadomski (red.), System Prawa Administracyjnego, t. 1: Instytucje prawa administracyjnego, Warszawa 2015.
- Dziwisz S., Obowiązek szczepień ochronnych – prawne aspekty przeprowadzania i egzekwowania szczepień, „Kontrola Państwowa” 2015, nr 2.
- Filipek J., Prawo administracyjne, Kraków 2003.
- Haberko J., Administracyjnoprawny obowiązek szczepienia dzieci a zgoda przedstawiciela ustawowego na badania kwalifikacyjne, „Studia Prawa Publicznego” 2017, vol. 19, nr 3.
- Haberko J., (w:) L. Bosek (red.), Ustawa o zapobieganiu i zwalczaniu chorób zakaźnych i zakażeń u ludzi. Komentarz, Warszawa 2021.
- Jacek A., Problem dotyczący zgody na kwalifikacyjną wizytę szczepienną oraz obowiązkowe szczepienia ochronne, „Zeszyty Prawnicze KUL” 2021, vol. 85, nr 1.
- Janik M., Działania przeciwepidemiczne na przykładzie szczepień ochronnych, (w:) L. Zacharko, A. Matan, D. Grzegorzczak (red.), Administracja publiczna – aktualne wyzwania, Katowice 2015.
- Janiszewska B., Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie wewnątrzsystemowe, Warszawa 2013.
- Jaworska I., Odmowa zaszczepienia dziecka i jej konsekwencje prawne, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, nr 3.
- Karczewska-Kamińska N., Przymus leczenia i inne interwencje medyczne bez zgody pacjenta, Warszawa 2018.
- Kmiecik Z., Postępowanie administracyjne, postępowanie egzekucyjne w administracji i postępowanie sądowoadministracyjne, Warszawa 2017.
- Kosonoga-Zygmunt J., Glosa do wyroku SN z dnia 8 stycznia 2016 r., V KK 306/15, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 11.
- Kowalik K., Dopuszczalność szczepień obowiązkowych w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Białystok 2021.
- Kubiak R., Czy podpisywanie zgody na szczepienie obowiązkowe i zalecane jest konieczne podczas każdej wizyty? <https://www.mp.pl/szczepienia/prawo/zapytajprawnika/92458, czy-podpisywanie-zgody-na-obowiazkowe-i-zalecane-szczepienie-jest-konieczne-podczas-kazdej-wizyty>.
- Kubiak R., Konsekwencje administracyjne i karne stosowane wobec rodziców sprzeciwiających się obowiązkowym szczepieniom ochronnym, (w:) A. Górski, E. Sarnecka (red.), Zagadnienia prawa medycznego, Warszawa 2018.
- Kubiak R., Odpowiedzialność prawna lekarza za szczepienie bez zgody lub za ciężkie, niepożądane odczyny poszczepienne, „Medycyna Praktyczna” 2012, nr 2.
- Kubiak R., Odpowiedzialność prawna lekarza za szczepienie bez zgody lub za ciężkie niepożądane odczyny poszczepienne – Zapytaj prawnika – pytania i odpowiedzi – Prawo – Szczepienia – Medycyna Praktyczna dla lekarzy (mp.pl).
- Lipowski P., Realizacja szczepień ochronnych – implikacje prawne, „Studia Prawnicze KUL” 2017, nr 3.
- Merrill R.M., Introduction to Epidemiology, Burlington 2013.

- Miaskowska-Daszkiewicz K., Compulsory vaccinations against COVID-19 versus the right to respect for private life, *Medicine, „Law and Society”* 2021, vol. 14, nr 2.
- Michalak K., Status prawa medycznego na tle szczegółowych nauk prawnych, Białystok 2020.
- Michalak K., Firlus J.G., Administracyjnoprawne ograniczenia autonomii pacjenta – uwagi wokół przymusu leczenia, *„Białostockie Studia Prawnicze”* 2017, nr 2.
- Michałowska K., Charakter prawny i znaczenie zgody pacjenta na zabieg medyczny, Warszawa 2014.
- Nesterowicz M., Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy, Warszawa–Poznań 1972.
- Nesterowicz M., Prawo medyczne, Toruń 2019.
- Pacian J., Obowiązek szczepień ochronnych dzieci, (w:) K. Mełgieś, K. Miaskowska-Daszkiewicz, J. Pacian (red.), Administracyjnoprawna ochrona dziecka. Ochrona dobrostanu psycho-somatycznego, Toruń 2018.
- Pałka K., Świadczenia zdrowotne związane z chorobami zakaźnymi, w tym obowiązkowe i zalecane szczepienia, (w:) L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska (red. tomu), System Prawa Medycznego, t. 2: Szczególne świadczenia zdrowotne, Warszawa 2018.
- Paszowska M., Przymus medyczny stosowany w zapobieganiu i zwalczaniu chorób zakaźnych, *„Przeгляд Prawa Publicznego”* 2009, nr 7–8.
- Piątek W., Skoczylas A., (w:) R. Hauser, A. Skoczylas (red.), Postępowanie egzekucyjne w administracji. Komentarz, Warszawa 2012.
- Sawicki J., Przymus leczenia, eksperyment, udzielanie pomocy i przeszczep w świetle prawa, wyd. 2, Warszawa 1966.
- Szeroczyńska M., Czy obowiązkowe szczepienia ochronne dzieci są naprawdę obowiązkowe? *„Szkoła Specjalna”* 2014, nr 3.
- Świdarska M., Zgoda pacjenta na zabieg medyczny, Toruń 2007.
- Tymiński R., (w:) R. Kubiak, J. Bartosik, R. Tymiński, Czy podpisywanie zgody na szczepienie jest konieczne podczas każdej wizyty, *„Medycyna Praktyczna – Szczepienia”* 2013, nr 4, <https://www.mp.pl/szczepienia/prawo/zapytajprawnika/92458,czy-podpisywanie-zgody-na-obowiazkowe-i-zalecane-szczepienie-jest-konieczne-podczas-kazdej-wizyty>.
- Wnukiewicz-Kozłowska A., Autonomia jednostki w międzynarodowym prawie biomedycznym, Wrocław 2019.

Joanna Jagoda

Uniwersytet Śląski w Katowicach, Polska

joanna.jagoda@us.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5740-1815>

Odmowa dokonania transkrypcji zagranicznego dokumentu stanu cywilnego z powodu sprzeczności z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego

Refusal to Transcribe a Foreign Civil Status Document Due to Contradiction
to the Fundamental Principles of the Polish Legal Order

Abstract: The study presents legal regulations and jurisprudence concerning the transfer of the content (transcription) of foreign civil status documents in the event that same-sex persons are indicated in the marriage certificate (as spouses) or in the birth certificate (as parents). In recent years, refusal to transcribe this type of civil status records has increasingly become the subject of decisions of administrative courts. The refusal to transcribe a foreign document due to its inconsistency with the fundamental principles of the Polish legal order remains a contentious issue. The assessment of the admissibility of the transcription of the certificate of marriage contracted between persons of the same sex is closely related to the admissibility of registration of such relationships in a given state. In Polish legislation, the only form of recognition of the relationship of two people between whom there is an emotional, physical and economic bond is marriage. The marriage certificate is the only proof of entering into a legal relationship recognized in Poland. Therefore, it is not possible to transcribe the certificate of marriage contracted abroad between persons of the same sex. With regard to birth certificates in which persons of the same sex are indicated as parents, it is first of all necessary to secure the rights of the child as a Polish citizen to obtain a Polish identity document or passport. Obtaining these documents can under no circumstances be made conditional on the transcription of a foreign birth certificate.

Keywords: birth certificate, civil status records, transcription

Słowa kluczowe: akt urodzenia, akty stanu cywilnego, transkrypcja

Wprowadzenie

Nie ulega wątpliwości, że relacje między rodzicami a dziećmi są objęte prawem do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Podobnie bezsporne jest, że państwu pozostawiono szeroki margines oceny w sprawach rodzinnych. Choć prawo rodzinne nie wchodzi w zakres kompetencji Unii Europejskiej, prawo unijne „dotyka” tej dziedziny prawa. Reguluje bowiem między innymi wykonywanie orzeczeń, dokumentów urzędowych i ugód sądowych¹. Rosnąca liczba państw UE, w których możliwe jest zarejestrowanie związku jedнопłciowego, wpływa nie tylko na prawo rodzinne, ale także na inne dziedziny prawa. Inne zagadnienia, takie jak zapewnienie poszanowania praw dzieci par tej samej płci, są zatem coraz większym wyzwaniem dla ustawodawstw państw, które nie dopuszczają możliwości rejestracji związków jedнопłciowych. Polskie prawo różnicuje obowiązek transkrypcji zagranicznego aktu stanu cywilnego (aktu małżeństwa lub aktu urodzenia) od możliwości dokonania takiej czynności. Sam fakt, że racjonalny ustawodawca wprowadził takie rozróżnienie, oznacza, że nie można odmówić dokonania transkrypcji, jeśli pozbawiłoby to polskiego obywatela prawa do uzyskania polskiego dokumentu tożsamości lub paszportu. Przepis art. 104 ust. 2 p.a.s.c.² zabrania jednak dokonywania zmian podczas transkrypcji. Organ dokonujący tej czynności może więc zostać skonfrontowany z brakiem spójności polskiego formularza aktu stanu cywilnego z jego zagranicznym odpowiednikiem.

Celem opracowania jest analiza regulacji prawnych oraz orzecznictwa dotyczących przeniesienia treści (transkrypcji) zagranicznych dokumentów stanu cywilnego w przypadku, gdy w akcie małżeństwa (jako małżonkowie) lub w akcie urodzenia (jako rodzice) wskazane zostały osoby tej samej płci. Kwestią sporną pozostaje odmowa dokonania transkrypcji takiego dokumentu ze względu na sprzeczność z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego.

1. Pojęcie i istota transkrypcji

Zgodnie z definicją legalną, którą zawiera art. 104 ust. 2 p.a.s.c., transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego polega na wiernym i literalnym przeniesieniu treści tego dokumentu do polskiego rejestru stanu cywilnego, zarówno pod względem językowym, jak i formalnie bez żadnej ingerencji w pisownię imion i nazwisk osób wskazanych w zagranicznym dokumencie. Treść zagranicznego dokumentu stanu cywilnego przenosi się do rejestru stanu cywilnego w formie czynności

1 P. Sadowski, Glosa do wyroku NSA z dnia 10 października 2018 r., II OSK 2552/16, „Ius Novum” 2020, nr 1, s. 205.

2 Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 709).

materialno-technicznej, zamieszczając w akcie stanu cywilnego adnotację o transkrypcji (art. 105 ust. 1 p.a.s.c.). W doktrynie i orzecznictwie przeważa pogląd, że transkrypcja nie ma charakteru rejestracyjnego zdarzenia, ale jest jedynie sporządzeniem w formie czynności materialno-technicznej aktu polskiego reprodukującego odpis zagranicznego aktu stanu cywilnego³. Brak rejestracyjnego charakteru transkrypcji nie oznacza jednak, że jej dokonanie nie wywołuje skutków prawnych. Charakter formalnoprawny transkrypcji przejawia się w niedopuszczalności wprowadzania zmian w treści aktu w toku wpisywania do polskiego rejestru oraz w braku konieczności przeprowadzania postępowania dowodowego co do zaistnienia zdarzenia objętego zagranicznym dokumentem stanu cywilnego. W wyniku transkrypcji powstaje polski akt stanu cywilnego, który „odrywa się” od aktu pierwotnego rejestrującego zdarzenie i jego dalsze losy w polskim porządku prawnym są niezależne od losów zagranicznego aktu⁴. Bezpośrednim skutkiem prawnym transkrypcji jest zatem utworzenie polskiego aktu stanu cywilnego, który ma moc dowodową równą aktom stanu cywilnego utworzonym w Polsce w wyniku rejestracji zdarzenia prawnego (art. 3 p.a.s.c.).

Akt przedstawiony do transkrypcji w zasadzie podlega jedynie kontroli w zakresie spełnienia warunków formalnych, a organ, dokonując wpisu, nie może podać innej treści aktu niż wynikająca z dokumentu. W toku transkrypcji zasadniczo nie dokonuje się merytorycznej kontroli aktu stanu cywilnego sporządzonego za granicą z punktu widzenia prawdziwości stwierdzonego w nim zdarzenia, zgodności tego zdarzenia z prawem oraz motywacji podmiotu przedstawiającego akt do transkrypcji. Organ ma jednak obowiązek dokonać ustaleń, czy dokument przedstawiony do transkrypcji jest odpisem aktu stanu cywilnego, czy jest to dokument oryginalny i czy został sporządzony w państwie, w którym dokonano pierwotnej rejestracji. Zagraniczny akt stanu cywilnego podlega również ocenie pod względem zgodności z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 8 maja 2015 r.⁵ wskazał, że wierne oraz literalne odtworzenie treści zagranicznego aktu stanu cywilnego w polskiej księdze stanu cywilnego musi być dokonywane z uwzględnieniem znaczenia poszczególnych elementów tej treści. Powinny one być przenoszone do polskich ksiąg stanu cywilnego zgodnie nie tylko z ich brzmieniem, ale także funkcją, którą pełnią. Wpisy zawarte w zagranicznym ak-

3 Zob. M. Rafacz-Krzyżanowska, Kilka uwag o właściwości sądu w sprawach o sprostowanie aktów stanu cywilnego, „Nowe Prawo” 1957, nr 1, s. 106; J. Litwin, Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz, Wrocław 1961, s. 520; M. Wojewoda, (w:) M. Pazdan (red.), System Prawa Prywatnego, t. 20 C: Prawo prywatne międzynarodowe, Warszawa 2015, s. 594, a także orzecznictwo: np. postanowienie SN z dnia 8 sierpnia 2003 r., V CK 6/02, OSNC 2004, nr 7–8, poz. 131, uchwała SN z dnia 20 listopada 2012 r., III CZP 58/12, OSNC 2013, nr 5, poz. 55 i wyrok NSA z dnia 17 grudnia 2014 r., II OSK 1298/13, LEX nr 1772336.

4 Uchwała SN z dnia 20 listopada 2012 r., III CZP 58/12, OSNC 2013, nr 5, poz. 55.

5 Postanowienie SN z dnia 8 maja 2015 r., III CSK 296/14, OSNC-ZD 2016, nr 3, poz. 60.

cie stanu cywilnego powinny więc być przenoszone w taki sposób, aby w polskich księgach stanu cywilnego i w powstałym w wyniku transkrypcji polskim akcie stanu cywilnego zachowywały swoją tożsamość nie tylko pod względem ich brzmienia, ale także funkcji⁶.

Konsekwencją tak rozumianego pojęcia transkrypcji zagranicznego aktu stanu cywilnego jest niedopuszczalność wprowadzania zmian w jego treści w toku wpisywania do polskiej księgi urodzeń, małżeństw i zgonów. Czynność polegająca na przeniesieniu zagranicznego odpisu aktu stanu cywilnego do rejestru stanu cywilnego w drodze transkrypcji ma charakter formalnoprawny i nie wymaga przeprowadzania postępowania dowodowego co do zaistnienia zdarzenia objętego zagranicznym dokumentem stanu cywilnego. Polega na zwykłym przeniesieniu treści zawartej w odpisie zagranicznego aktu stanu cywilnego do polskiej księgi stanu cywilnego. Dokonując wpisu zagranicznego aktu stanu cywilnego, organ nie może podać innej treści aktu niż treść wynikająca z tego dokumentu.

2. Obligatoryjność transkrypcji

Zgodnie z art. 104 ust. 5 p.a.s.c. transkrypcja jest obligatoryjna, jeżeli obywatel polski, którego dotyczy zagraniczny dokument stanu cywilnego, posiada akt stanu cywilnego potwierdzający zdarzenia wcześniejsze, sporządzony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, i żąda dokonania czynności z zakresu rejestracji stanu cywilnego lub ubiega się o polski dokument tożsamości lub nadanie numeru PESEL. Kwestię obligatoryjności transkrypcji przesądził Naczelny Sąd Administracyjny w uchwale z dnia 2 grudnia 2019 r. (dalej: uchwała II OPS 1/19)⁷, wskazując, że adresem normy określonej w art. 104 ust. 5 p.a.s.c. jest wnioskodawca, który:

- 1) posiada akt stanu cywilnego potwierdzający wcześniejsze zdarzenia sporządzony w Polsce i żąda dokonania czynności z zakresu rejestracji stanu cywilnego lub
- 2) ubiega się o wydanie dowodu osobistego lub
- 3) ubiega się o nadanie numeru PESEL.

Obligatoryjność jest równoznaczna z obowiązkiem przedstawienia transkrybowanego aktu w wymienionych postępowaniach, a kierownik urzędu stanu cywilnego w postępowaniu w przedmiocie transkrypcji dokonuje oceny wniosku także pod kątem zaistnienia przesłanki jej odmowy z art. 107 p.a.s.c. Obligatoryjność transkrypcji stwarza zatem podwyższony standard dowodowy w wymienionych w art. 104 ust. 5

6 A. Czajkowska, (w:) A. Czajkowska (red.), *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem*, Warszawa 2015, s. 225.

7 Uchwała NSA z dnia 2 grudnia 2019 r., II OPS 1/19, LEX nr 2746435.

p.a.s.c. postępowaniach. Naczelny Sąd Administracyjny w uchwale II OPS 1/19 nie zgodził się z poglądem wyrażonym w wyroku NSA z dnia 10 października 2018 r.⁸, w którym Sąd uznał, że obligatoryjność oznacza konieczność dokonania transkrypcji przez kierownika urzędu stanu cywilnego i w wymienionych w art. 104 ust. 5 p.a.s.c. przypadkach nie stosuje się przesłanek określonych w art. 107 tej ustawy.

W sprawach, w których podstawę prawną transkrypcji stanowi art. 104 ust. 5 p.a.s.c. *in principio* (wnioskodawca posiada akt stanu cywilnego potwierdzający wcześniejsze zdarzenia sporządzony w Polsce i żąda dokonania czynności z zakresu rejestracji stanu cywilnego), jej obligatoryjności nie można utożsamiać z obowiązkiem przedstawienia transkrybowanego aktu w wymienionych w tym przepisie dalszych postępowaniach. W tym przypadku intencją ustawodawcy było w szczególności zapewnienie ciągłości wiedzy o danej osobie w rejestrach państwowych, co w konsekwencji umożliwi zwolnienie obywateli polskich od przedkładania odpisów aktów stanu cywilnego w sprawach załatwianych w organach administracji publicznej. Powyższa uwaga nie przeczy tezie zaprezentowanej w uchwale, że adresatem obowiązku wynikającego z art. 104 ust. 5 p.a.s.c. jest wnioskodawca. Organ rozpoznający wniosek o transkrypcję na podstawie pierwszej przesłanki określonej w art. 104 ust. 5 p.a.s.c. ma obowiązek dokonać jego oceny pod kątem zaistnienia przesłanek określonych w art. 107 p.a.s.c.

3. Odmowa transkrypcji aktu małżeństwa

Zgodnie z art. 107 pkt 3 p.a.s.c. kierownik urzędu stanu cywilnego odmawia dokonania transkrypcji, jeżeli byłaby ona sprzeczna z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Przepis ten znajduje zastosowanie również przy transkrypcji dokonywanej na podstawie art. 104 ust. 5 p.a.s.c. Funkcją klauzuli porządku publicznego jest ochrona krajowego porządku prawnego przed jego naruszeniem w postaci uznania aktu stanu cywilnego nieodpowiadającemu fundamentalnym zasadom polskiego prawa. W ramach przesłanki porządku publicznego badaniu podlegają skutki prawne uznania danego aktu. Nie chodzi przy tym o samą sprzeczność zagranicznego aktu stanu cywilnego z podstawowymi zasadami porządku prawnego, ale o to, by skutki transkrybowania takiego aktu nie były nie do pogodzenia z tymi zasadami. Przez podstawowe zasady porządku prawnego należy rozumieć nie tylko fundamentalne zasady ustroju społeczno-politycznego, czyli za-

8 Wyrok NSA z dnia 10 października 2018 r., II OSK 2552/16, LEX nr 2586953; zob. także glosy: P. Mostowik, Glosa do wyroku NSA z dnia 10 października 2018 r., II OSK 2552/16, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2019, nr 4, s. 132–148; P. Sadowski, Glosa do wyroku NSA z dnia 10 października 2018 r., II OSK 2552/16, „Ius Novum” 2020, nr 1, s. 203–218.

sady konstytucyjne, ale także naczelną zasadę rządzącą poszczególnymi dziedzinami prawa cywilnego, rodzinnego czy procesowego (uchwała II OPS 1/19)⁹.

Chociaż transkrypcja ma charakter deklaratoryjny, to jednak jej dokonanie wiąże się z koniecznością uznania przez polskie organy administracji, że małżeństwo zawarte za granicą stoi na równi z małżeństwem zawartym zgodnie z polskim porządkiem prawnym. Transkrybowany akt małżeństwa nie różni się mocą dowodową określoną w art. 3 p.a.s.c. od aktu małżeństwa zawartego według polskiego prawa. Oznacza to, że skutki prawne, jakie wywołuje sporządzenie polskiego aktu stanu cywilnego w wyniku transkrypcji, są tożsame z tymi, jakie wywołuje akt stanu cywilnego sporządzony w momencie rejestracji zdarzenia prawnego według prawa polskiego. Akt małżeństwa sporządzony w wyniku transkrypcji w polskim obiegu prawnym niczym nie różni się więc od aktu małżeństwa sporządzonego na podstawie oświadczenia woli o zawarciu małżeństwa złożonego na terytorium Polski. Osoba wpisana w polskim akcie małżeństwa w wyniku transkrypcji może posługiwać się tym aktem przed polskimi organami administracji publicznej bez konieczności dokonywania w każdym przypadku tłumaczenia przysięgłego zagranicznego aktu, dlatego transkrypcja musi być przeprowadzona na podstawie przepisów prawa polskiego. Przedkładając transkrybowany akt małżeństwa przed organami administracji publicznej, osoba widniejąca w tym akcie ma prawo oczekiwać, biorąc pod uwagę przepisy p.a.s.c., że w zakresie zgodności z polskim porządkiem prawnym akt nie będzie podważany. Zgodnie z wykładnią art. 104 ust. 5 p.a.s.c., którą potwierdzono w uchwale II OPS 1/19, na etapie dokonywania transkrypcji przeprowadzonej na podstawie tego przepisu organ ma obowiązek zbadania jej pod kątem zgodności z polskim porządkiem prawnym, stosownie do art. 107 pkt 3 p.a.s.c.¹⁰

Należy więc uznać, że przepisy regulujące dopuszczalność zawarcia małżeństwa w Polsce stanowią naczelną zasadę zarówno prawa rodzinnego, jak i prawa o aktach stanu cywilnego dotyczącego zawierania małżeństw. Źródłem tych przepisów jest bowiem art. 18 Konstytucji RP stanowiący, że małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej. Przepis ten nie przesądza o niemożliwości prawnego uregulowania w jakiejkolwiek formie związków osób tej samej płci, ale podkreśla szczególną ochronę małżeństwa, które jest związkiem kobiety i mężczyzny¹¹. Polskie przepisy rangi ustawowej stanowią wypełnienie tej zasady konstytucyjnej. Z art. 1 § 1

9 Zob. szerzej na ten temat: M. Zachariasiewicz, *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*, Warszawa 2018.

10 Chociaż wspomniana uchwała dotyczyła transkrypcji aktu urodzenia, gdzie jako rodzice miały zostać wpisane osoby tej samej płci, to jednak *mutatis mutandis* ma ona zastosowanie do kwestii transkrypcji aktu małżeństwa osób tej samej płci.

11 Na temat uregulowań prawnych dotyczących małżeństw osób tej samej płci w państwach Unii Europejskiej zob. np. E. Kuźlewska, *Same-Sex Marriage – A Happy End Story? The Effectiveness of Referendum on Same-Sex Marriage in Europe*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2019, z. 24,

k.r.o.¹² wynika, że małżeństwo zostaje zawarte, gdy mężczyzna i kobieta jednocześnie obecni złożą przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego oświadczenia, iż wstępują ze sobą w związek małżeński. Przepis ten jest na tyle jasny, że nie pozostawia wątpliwości w zakresie wykładni pojęcia małżeństwa w polskim porządku prawnym. Dopełnieniem przepisów k.r.o. są przepisy ustawy p.a.s.c. Przepisy wykonawcze do tej ostatniej ustawy – tj. obowiązujące obecnie rozporządzenie Ministra Cyfryzacji z dnia 18 kwietnia 2020 r. w sprawie wzorów dokumentów wydawanych z zakresu rejestracji stanu cywilnego¹³ – stanowią potwierdzenie wykładni przepisów rangi konstytucyjnej i ustawowej, bowiem we wzorze aktu małżeństwa występują wyłącznie rubryki „kobieta” i „mężczyzna”. Powyższe pozostaje w zgodzie z dotychczasową linią orzeczniczą w sprawie transkrypcji aktu małżeństwa osób tej samej płci¹⁴.

Odmowa transkrypcji zagranicznego aktu małżeństwa osób tej samej płci znajduje także uzasadnienie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC). Stosownie do art. 8 Konwencji¹⁵ każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, a każda ingerencja w korzystanie z tego prawa dopuszczalna jest jedynie w przypadkach przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie (art. 8 ust. 1 i 2 Konwencji). Artykuł 12 Konwencji wyraża prawo mężczyzn i kobiet do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa. Korzystanie z powyższych praw, zgodnie z art. 14 Konwencji, powinno być pozbawione jakiegokolwiek dyskryminacji. W analizie dotychczasowego orzecznictwa ETPC w sprawie związków jedнопłciowych konieczne jest przywołanie w pierwszej kolejności sprawy *Schalk i Kopff v. Austria* z dnia 24 czerwca 2010 r. (nr skargi 30141/04), w której Trybunał potwierdził, że pary homoseksualne korzystają z ochrony swojego życia prywatnego, i równocześnie uznał, że przysługuje im także ochrona życia rodzinnego. W sprawie tej Trybunał podkreślił jednak, że państwa nadal mają swobodę, na podstawie art. 12, jak również na podstawie art. 14 w związku z art. 8 Konwencji, ograniczania dostępu do małżeństwa parom tej samej płci i w tym zakresie dysponują pewnym marginesem swobody uznania. W późniejszym wyroku *Oliari i inni v. Włochy* z dnia 21 lipca 2015 r. (nr skargi 18766/11 i 36030/11) Trybunał zawęził margines swobody uznania państwa do stanowienia w zakresie małżeństw jedнопłciowych, stwierdzając, że rząd włoski nie wywiązał się z pozytywnego

s. 13–27 oraz A. Targońska, Ewolucja prawna instytucji małżeństwa osób tej samej płci w Irlandii, „Studia Iuridica Lublinensia” 2022, nr 2 (31), s. 229–244.

12 Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1359).

13 Dz.U. z 2020 r. poz. 698.

14 Wyrok NSA z dnia 28 lutego 2018 r., II OSK 1112/16, LEX nr 2495844 i wyrok NSA z dnia 25 lutego 2020 r., II OSK 1059/18, LEX nr 3022170.

15 Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284).

obowiązku zapewnienia skarżącym dostępu do szczególnych ram prawnych przewidujących uznanie i ochronę związków osób tej samej płci. Podkreślił jednak, odnosząc się do sytuacji we Włoszech, że ustawodawca nie przywiązywał wystarczającej wagi do powszechnego społecznego uznania społeczeństwa i najwyższych władz sądowniczych dla prawnego uznania takich związków. Trybunał Konstytucyjny Włoch wielokrotnie bowiem wzywał do prawnego uregulowania praw i obowiązków osób pozostających w związkach homoseksualnych, który to środek mógłby zostać wprowadzony jedynie przez Parlament. W kolejnym wyroku ETPC w sprawie *Orlandi i inni v. Włochy* z dnia 14 grudnia 2017 r. (nr skargi 26431/12; 26742/12; 44057/12 i 60088/12) przedmiotem oceny był brak prawnego uznania związków jedнопłciowych zawartych za granicą. Trybunał w tej sprawie stwierdził, że doszło do naruszenia praw par po zawarciu przez nie związku małżeńskiego za granicą, ponieważ prawo włoskie nie zapewniało im żadnej ochrony prawnej ani uznania przed 2016 r., kiedy to weszły w życie przepisy dotyczące związków partnerskich osób tej samej płci. Jednocześnie zarówno w sprawie *Oliari*, jak i w sprawie *Orlandi* Trybunał nie odstąpił od wykładni przepisów Konwencji zaprezentowanej w sprawie *Schalk i Kopff*. W sprawie *Orlandi* Trybunał podkreślił, że państwo będące stroną Konwencji korzysta z marginesu swobody oceny („a margin of appreciation”, § 203) w zakresie prawnego uznawania związków jedнопłciowych. Zakres swobodnej oceny państw różni się natomiast w zależności od okoliczności, przedmiotu sprawy oraz kontekstu prawnego i społecznego. W tym względzie jednym z istotnych czynników może być istnienie lub nieistnienie wspólnych podstaw między ustawodawstwami umawiających się państw (*Orlandi*, § 203). Brak konsensusu w sprawie prawnego uznania związków osób tej samej płci zawartych za granicą wśród państw umawiających się, które takich związków nie rejestrują, potwierdza, że państwom należy przyznać co do zasady szeroki margines oceny w zakresie decyzji, czy uznawać takie małżeństwa zawarte za granicą (*Orlandi*, § 205).

Przedstawione orzecznictwo ETPC, a w szczególności wyrok *Orlandi i inni v. Włochy*, potwierdza, że państwa strony Konwencji wciąż korzystają z marginesu swobodnej oceny co do prawnego uznania związków jedнопłciowych zawartych za granicą. Odniesienie się w sprawie *Oliari* (dotyczącej dopuszczalności zawierania związków jedнопłciowych we Włoszech) i sprawie *Orlandi* (dotyczącej prawnego uznania takiego małżeństwa zawartego za granicą) do okoliczności społecznych i prawnych we Włoszech, w tym prawnego uregulowania związków partnerskich między osobami tej samej płci w 2016 r., w powiązaniu z afirmacją poglądu dotyczącego swobody państw do stanowienia w zakresie uznania związków jedнопłciowych potwierdza, że nie w każdej sytuacji odmowy uznania takiego związku małżeńskiego zawartego za granicą doszłoby do naruszenia przepisów Konwencji. Należy przy tym podkreślić, że ETPC zauważa bliskość przedmiotową dopuszczalności zawierania rejestrowanych związków jedнопłciowych z prawnym uznaniem (np. w drodze transkrypcji) takiego związku zawartego za granicą. ETPC w sprawie *Orlandi* nawiązywał

do orzecznictwa dotyczącego rejestracji związków osób tej samej płci i wskazywał na ciągłość dorobku orzeczniczego w tym zakresie. Stanowisko Trybunału potwierdza, że ocena dopuszczalności transkrypcji aktów małżeństwa zawartego między osobami tej samej płci jest ściśle związana z dopuszczalnością rejestracji takich związków w danym państwie. Może również zostać uznane za dopełnienie argumentacji stanowiącej o równej mocy dowodowej aktu stanu cywilnego o charakterze rejestracyjnym oraz aktu stanu cywilnego sporządzonego w wyniku transkrypcji w dalszych postępowaniach.

Z orzecznictwa ETPC nie wynika obowiązek państw prawnego uznania zawartego za granicą małżeństwa jednopłciowego za małżeństwo w rozumieniu przepisów krajowych. W sprawie o tak istotnej randze społecznej nie można dokonywać takiej wykładni przepisów prawa międzynarodowego, która stałaby w sprzeczności z polskim porządkiem prawnym w sytuacji, gdy z prawa międzynarodowego nie wynika obowiązek państwa do zapewnienia ram prawnych dla funkcjonowania związku osób jednej płci. W przedstawionych sprawach ETPC wskazywał tylko na potrzebę prawnego uznania i ochrony par jednopłciowych („legal recognition and protection of their relationship”, *Oliari*, § 165). W polskim ustawodawstwie jedyną formą uznania relacji dwojga ludzi, między którymi istnieje więź uczuciowa, fizyczna i gospodarcza, jest małżeństwo w rozumieniu art. 1 § 1 k.r.o.¹⁶ Akt małżeństwa, jako jeden z trzech możliwych do wydania w polskim systemie prawnym aktów stanu cywilnego zgodnie z art. 2 ust. 3 p.a.s.c., stanowi natomiast wyłączny dowód zawarcia prawnie uznawanego w Polsce związku. Zapewniając możliwość zawarcia związku małżeńskiego tylko osobom różnej płci, polski ustawodawca przewidział dalsze tego konsekwencje w ramach m.in. prawa rodzinnego (m.in. małżeńskie ustroje majątkowe – dział III k.r.o., opieka nad małoletnim – art. 146 k.r.o.) i spadkowego (dziedziczenie – art. 931 § 1 k.c.), rezerwując te instytucje tylko dla małżonków w rozumieniu art. 1 § 1 k.r.o. Wprowadzenie na podstawie decyzji administracyjnej do polskiego porządku prawnego transkrybowanego aktu małżeństwa osób tej samej płci mogłoby rodzić pytania o możliwość stosowania wymienionych instytucji prawa cywilnego w odniesieniu do tego związku¹⁷.

4. Odmowa transkrypcji aktu urodzenia

Do momentu podjęcia uchwały NSA z dnia 2 grudnia 2019 r. (uchwała II OPS 1/19) w orzecznictwie sądów administracyjnych istniała rozbieżność w zakresie dopuszczalności transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodzice wpisane zostały osoby tej samej płci. W orzecznictwie prezentowane są dwa stanowiska. Pierwsze stanowisko reprezentują orzeczenia, w których wyrażony został

16 Istnieją jednak przepisy respektujące fakt konkubinatu (np. art. 691 k.c.).

17 Por. wyrok NSA z dnia 22 czerwca 2021 r., II OSK 2608/19, LEX nr 3197834.

pogląd, że wpisanie do polskich ksiąg stanu cywilnego treści zagranicznego aktu urodzenia, który obok matki (ojca) dziecka jako drugiego rodzica wymienia osobę tej samej płci, stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad polskiego porządku prawnego. Składy orzekające podnosiły, że zgodnie z art. 7 p.p.m.¹⁸ prawa obcego nie stosuje się, jeżeli jego stosowanie miałoby skutki sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej¹⁹. W tej grupie orzeczeń podkreśla się, że pojęcia „rodzicielstwo” i „rodzice” zawsze odnoszą się do osób różnej płci, tj. kobiety i mężczyzny, na co wskazuje art. 18 Konstytucji, który stanowi, że małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej. Dla rozstrzygnięcia sprawy transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodzice wpisane są osoby tej samej płci, nie bez znaczenia pozostaje sprzeczność pomiędzy zewnętrzną formą zagranicznego aktu urodzenia a wzorem jego polskiego odpowiednika. Wzór aktu stanu cywilnego, który stanowi załącznik do rozporządzenia w sprawie wzorów dokumentów²⁰, przewiduje wpisanie do aktu urodzenia matki i ojca.

Zgodnie z art. 104 ust. 2 p.a.s.c. transkrypcja polega na wiernym i literalnym przeniesieniu treści zagranicznego dokumentu stanu cywilnego zarówno językowo, jak i formalnie, bez żadnej ingerencji w pisownię imion i nazwisk osób wskazanych w zagranicznym dokumencie stanu cywilnego. Wpisując do polskiej księgi urodzeń tak sporządzony za granicą akt urodzenia, kierownik USC musiałby wpisać dwie osoby tej samej płci, przy czym jedną z nich w rubryce „matka” a drugą w rubryce „ojciec”. Przeszkodą są jednak nie tylko wzory druków. Nawet gdyby druki miały rubrykę „rodzic”, to przez „rodziców” w prawie polskim rozumie się ojca i matkę. W aktualnym stanie prawnym niedopuszczalne jest w związku z tym wpisanie do aktu stanu cywilnego dwóch osób tej samej płci, jako ojca i matkę lub jako rodziców, i to niezależnie od sposobu oznaczenia poszczególnych rubryk we wzorze aktu. W orzecznictwie ETPC przyjmuje się, że państwowo wolno ograniczać dostęp do związków małżeńskich parom osób tej samej płci (tak m.in. w wyroku ETPC z dnia 24 czerwca 2010 r. w sprawie *Schalk i Kopf v. Austria*). Odnosi się to również do związków partnerskich. Sądy administracyjne uznawały, że odmowa wpisania do akt stanu cywilnego zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodzice są wpisane osoby tej samej płci, nie stanowi dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i nie narusza zasady równości obywateli wobec prawa. Odmowa dokonania transkrypcji nie

18 Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 1792).

19 Wyroki NSA: z dnia 17 grudnia 2014 r., II OSK 1298/13, LEX nr 1772336 i z dnia 20 czerwca 2018 r., II OSK 1808/16, LEX nr 2513922 oraz wyroki WSA: w Gliwicach z dnia 6 kwietnia 2016 r. II SA/Gl 1157/15, LEX nr 2035383; w Krakowie z dnia 10 maja 2016 r., III SA/Kr 1400/15, LEX nr 2056842; w Warszawie z dnia 14 kwietnia 2016 r., IV SA/Wa 182/16, LEX nr 2459345.

20 Obecnie jest to rozporządzenie Ministra Cyfryzacji z dnia 18 kwietnia 2020 r. w sprawie wzorów dokumentów wydawanych z zakresu rejestracji stanu cywilnego (Dz.U. poz. 698).

stanowi przeszkody do skutecznego wykazania przez dziecko przed polskimi organami i sądami podstawowego elementu jego tożsamości w postaci relacji z jednym ze swoich rodziców, gdyż zgodnie z art. 1138 k.p.c.²¹ zagranicznym dokumentom urzędowym przyznano moc dowodową na równi z polskimi dokumentami urzędowymi i nie wprowadzono w tym zakresie jakichkolwiek dodatkowych wymogów, w szczególności w postaci transkrypcji tych dokumentów.

Odmienne stanowisko w orzecznictwie prezentuje zwłaszcza wyrok NSA z dnia 10 października 2018 r.²², w którym stwierdzono, że odmowa transkrypcji aktu urodzenia jest naruszeniem praw dziecka wobec gwarancji zapewnianych przez Konwencję o prawach dziecka²³. W instytucji transkrypcji obligatoryjnej NSA dopatrył się podstawowego źródła obowiązku przeniesienia do polskiego rejestru stanu cywilnego zagranicznego aktu urodzenia małoletniego obywatela polskiego, w którym jako rodziców wskazano dwie kobiety. Odmowa dokonania transkrypcji ze względu na klauzulę porządku publicznego nie jest zgodna z przepisami prawa, gdyż prowadzi do naruszenia zasady transkrypcji obligatoryjnej, tj. obowiązku wynikającego z art. 104 ust. 5 p.a.s.c. Obowiązek ten został celowo wprowadzony przez ustawodawcę do obecnie obowiązującej ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego. Transkrypcja obligatoryjna gwarantuje wydanie polskiemu obywatelowi dokumentów poświadczających jego tożsamość i w żadnym razie klauzula porządku publicznego nie może stanowić przeszkody do transkrypcji. Jeżeli ustawodawca nie chciałby specjalnego trybu do sytuacji wymienionych w p.a.s.c., to nie wprowadzałby zmian do rozwiązań istniejących na gruncie poprzedniej ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego z 1986 r. ETPC w podobnych sprawach uznawał pierwszeństwo interesu dziecka (wyrok ETPC z dnia 26 czerwca 2014 r. w sprawie *Mennesson v. Francja*, nr skargi 65192/11), uznając, że dziecko, któremu odmówiono transkrypcji aktu urodzenia, znajduje się w sytuacji niepewności co do swojego statusu prawnego, a jego związek z rodzicami ustalonymi w zagranicznym akcie urodzenia jest nierozpoznany przez porządek prawny (wyrok ETPC z dnia 26 czerwca 2014 r. w sprawie *Labassee v. Francja*, nr skargi 65941/11). Również w wyroku WSA w Poznaniu z dnia 5 kwietnia 2018 r.²⁴ Sąd stwierdził, że transkrypcja zagranicznego aktu urodzenia jest obligatoryjna na mocy p.a.s.c. i ze względu na obowiązek ochrony praw dziecka należy dokonywać wykładni przepisów tak, aby jej rezultat był zgodny z Konstytucją, wiążącymi Polskę przepisami prawa międzynarodowego, a także ich aksjologicznym uzasadnieniem. Dokonując prokonstytucyjnej wykładni przepisów p.a.s.c., należało uznać, że nie stoją one na przeszkodzie dokonaniu transkrypcji aktu urodzenia w ten sposób,

21 Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1805).

22 Wyrok NSA z dnia 10 października 2018 r., II OSK 2552/16, LEX nr 2586953.

23 Konwencja o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526).

24 Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 5 kwietnia 2018 r., II SA/Po 1169/17, LEX nr 2478177.

aby w rubryce „dane rodziców” w miejscu „matka” zostały wpisane dane matki, a rubryka „ojciec” pozostałaby pusta.

Rozbieżność w orzecznictwie sądów oraz wzrastająca liczba spraw o podobnej tematyce sprawiły, że siedmioosobowy skład NSA na wniosek sądu rozpatrującego skargę kasacyjną ostatecznie stanął przed koniecznością rozstrzygnięcia tego zagadnienia prawnego. W wydanej uchwale II OPS 1/19 NSA utrzymał pierwotną linię orzecniczą, uznając, że „przepis art. 104 ust. 5 i art. 107 pkt 3 p.a.s.c. w związku z art. 7 p.p.m. nie dopuszcza transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodzice wpisane są osoby tej samej płci”. Zaznaczył, że dokonanie transkrypcji takiego aktu naruszałoby ustanowione w polskim prawie przepisy, które przypisują role rodzicielskie zależnie od płci. Co więcej, zastrzegł, że dziecko nawet w warunkach braku przeniesienia zagranicznego aktu urodzenia do polskiego rejestru stanu cywilnego może korzystać w pełni z przysługujących mu praw jako obywatelowi polskiemu. Wynika to z faktu, że na podstawie art. 1138 k.p.c. należy zagranicznym aktom urzędowym przypisać taką samą moc prawną, jak ich krajowym odpowiednikom.

Podsumowanie

Brak możliwości transkrybowania aktu małżeństwa zawartego za granicą między osobami tej samej płci stanowi obecnie utrwalony pogląd judykatury²⁵. Dokonanie transkrypcji zagranicznego aktu małżeństwa zawartego przez osoby tej samej płci prowadziłyby do zrównania skutków dowodowych zagranicznego aktu stanu cywilnego z polskim dokumentem urzędowym i zastąpienia zagranicznego aktu polskim dokumentem stanu cywilnego dla zawarcia małżeństwa, mimo że związek małżeński zawarty poza terytorium Polski byłby sprzeczny z polskim porządkiem prawnym. To zaś prowadziłyby do obejścia obowiązujących w Polsce przepisów dotyczących zawierania małżeństwa. Jednocześnie odmowa transkrypcji aktu małżeństwa nie podważa i nie ogranicza możliwości pełnego korzystania z prawa do życia rodzinnego oraz poszanowania prywatności, a brak możliwości posługiwania się polskim aktem stanu cywilnego pozostaje bez związku z faktycznym korzystaniem z tych praw.

Inaczej przedstawia się kwestia transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodzice wpisane są osoby tej samej płci. Zmienność orzecznictwa w tym zakresie wskazuje na wątpliwości związane przede wszystkim z możliwością powołania się przy odmowie dokonania transkrypcji na klauzulę porządku publicznego jako instrumentu mającego chronić podstawowe zasady porządku prawnego. Uchwała NSA z dnia 2 grudnia 2019 r. (uchwała II OPS 1/19) spotkała

25 Por. wyrok NSA z dnia 22 czerwca 2021 r., II OSK 2608/19, LEX nr 3197834; wyrok NSA z dnia 25 lutego 2020 r., II OSK 1059/18, LEX nr 3022170; wyrok NSA z dnia 28 lutego 2018 r., II OSK 1112/16, LEX nr 2495844.

się z krytyką przedstawicieli doktryny, którzy wskazują na brak podstaw do uznania, iż transkrypcja takiego aktu urodzenia jest niezgodna z art. 18 Konstytucji oraz regulacjami ustawowymi²⁶. Zwraca się uwagę, że art. 18 Konstytucji wymienia tylko te instytucje, które są pod szczególną ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej, toteż przepis ten stanowi wskazówkę dla ustrojodawcy wyłącznie w zakresie uprzywilejowanej przez niego formy związku małżeńskiego²⁷. Konstytucja nie definiuje, czym jest rodzicielstwo, toteż można uznać, że jest to „pochodzenie dziecka od rodziców oraz oparty na tym fakcie łączący te osoby stosunek prawny”²⁸. Ów stosunek prawny może pochodzić m.in. z więzi prawnej wynikającej z przysposobienia. Wydaje się, że nie ma przeszkód stojących na drodze uznania innej fikcji prawnej, tj. tego, że dane dziecko ma dwie matki, jedna z nich ustalona na podstawie art. 619 k.r.o., a druga wynikająca z więzi prawnej (która nie wywołuje skutków prawnych względem obu matek) nieznaną prawu polskiemu²⁹. Uznanie zagranicznego aktu urodzenia dziecka pary tej samej płci nie może być poczytywane za sprzeczne z Konstytucją RP, ale wręcz odwrotnie, powinno być traktowane przez władze publiczne jako wypełnienie obowiązku zapewnienia szczególnej ochrony rodzinom³⁰. W przypadku wydania decyzji o odmowie transkrypcji aktu urodzenia w rzeczywistości naruszeniu ulegają podstawowe prawa dziecka, zabezpieczone przepisami Konstytucji RP (takie jak godność, równość, prawo do prywatności i życia rodzinnego, a także szeroko pojęte dobro dziecka)³¹. Oprócz braku podstaw do zarzucenia transkrypcji naruszenia pod-

26 Zob. m.in.: J. Karakulski, Problematyka dopuszczalności transkrypcji aktu urodzenia dziecka rodziców jednopłciowych – uwagi na kanwie najnowszego orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2021, nr 2, s. 373–392; E. Michałkiewicz-Kądziela, Problem rozbieżności orzeczniczych Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego w zakresie transkrypcji zagranicznych aktów urodzenia dzieci par jednopłciowych na tle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2021, nr 2, s. 203–221; W. Pietrzak, Glosa do uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego z 2 grudnia 2019 r., II OPS 1/19, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2021, nr 3, s. 373–380; G. Krawiec, Transkrypcja zagranicznego aktu urodzenia dziecka osób tej samej płci pozostających w związku, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2019, nr 2 (25), s. 5–14.

27 W. Pietrzak, Glosa..., *op. cit.*, s. 377.

28 Zob. W. Borysiak, (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), Konstytucja RP, Komentarz do art. 1–86, t. 1, Warszawa 2016.

29 W. Pietrzak, Glosa..., *op. cit.*, s. 377.

30 Tak E. Michałkiewicz-Kądziela, Problem rozbieżności..., *op. cit.*, s. 214. Warto zauważyć, że rodzina słusznie definiowana jest szeroko w sferze polityki unijnej, czego przykładem może być fragment rezolucji Parlamentu Europejskiego, gdzie podkreślono, iż „rodziny w Unii Europejskiej są zróżnicowane i składają się z rodziców będących w związku małżeńskim, w związku partnerskim oraz niebędących w związku małżeńskim, rodziców różnej i tej samej płci, rodziców samotnie wychowujących dziecko oraz przybranych rodziców, którzy zasługują na jednolitą ochronę zarówno w ramach prawa krajowego, jak i prawa Unii Europejskiej” (Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 13 marca 2012 r. w sprawie równości kobiet i mężczyzn w Unii Europejskiej – 2011 r.; Dz.Urz. UE C 251E z 31 sierpnia 2013 r.).

31 *Ibidem*, s. 214.

stawowych zasad polskiego porządku prawnego wynikających z Konstytucji zwraca się także uwagę na brak takich podstaw wynikających z ustaw zwykłych (polskiego prawa rodzinnego). Nie można bowiem z przepisów ustawowych wyznaczających krajowy model regulacji stosunków prawnorodzinnych wyprowadzić podstawowej zasady porządku prawnego przeciwstawiającej się dokonaniu czynności materialno-technicznej, jaką jest transkrypcja aktu urodzenia dziecka rodziców jedнопłciowych. W myśl polskiego prawa rzeczywiście rodzicami dziecka *ab initio* nie mogą zostać osoby tej samej płci, ale jednocześnie prawo polskie nie zawiera normy prawnej odmawiającej wpisania do aktu stanu cywilnego dwóch osób tej samej płci³².

Generalnie trzeba więc zgodzić się z poglądem, iż brak jest w polskim systemie prawnym przepisów prawa kształtujących rzekome podstawowe zasady porządku prawnego z góry wykluczające prawny status rodzica wobec dwojga ludzi tej samej płci. Nie bez znaczenia pozostaje także obligatoryjność transkrypcji w przypadku ubiegania się o wydanie dowodu osobistego lub nadanie numeru PESEL (art. 104 ust. 5 p.a.s.c.). W gruncie rzeczy osobom wniosującym o dokonanie transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia zależy nie tyle na samym przeniesieniu treści tego aktu do polskiego rejestru stanu cywilnego, co właśnie na uzyskaniu dokumentu potwierdzającego obywatelstwo polskie dziecka (dowodu tożsamości lub paszportu). Zważywszy, że art. 104 ust. 5 p.a.s.c. wprowadza obligatoryjność transkrypcji, to należałoby wymagać przedstawienia transkrybowanego aktu w postępowaniach odrębnych dotyczących wydania dokumentów. Stąd też rodzice zainteresowani wydaniem dla ich dziecka stosownego dokumentu w pierwszej kolejności zwracają się z wnioskiem o dokonanie transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia. Odmowa dokonania transkrypcji może natomiast prowadzić (i w praktyce prowadzi) do odmowy nadania numeru PESEL (wydania dowodu tożsamości). W takiej sytuacji niewątpliwie dochodzi do naruszenia praw dziecka jako obywatela polskiego (i obywatela Unii Europejskiej).

Decydujące znaczenie dla sposobu rozstrzygnięcia kolejnych spraw dotyczących transkrypcji zagranicznych aktów urodzenia ma przywoływana już wielokrotnie uchwała NSA z dnia 2 grudnia 2019 r. (uchwała II OPS 1/19)³³. Ranga uchwały NSA skłoni urzędy stanu cywilnego do odmowy transkrypcji aktów urodzenia dzieci rodziców jedнопłciowych. Należy jednak zauważyć, że w uchwale NSA podkreślił, iż w żadnym razie nie można uzależniać nabycia obywatelstwa polskiego od transkrypcji. Zgodnie ze wskazówką zawartą w uzasadnieniu uchwały, to organy wydające dokumenty tożsamości (czyli prowadzące odrębne postępowanie administracyjne)

32 Por. J. Karakulski, *Problematyka dopuszczalności...*, *op. cit.*, s. 387.

33 Uchwała ma oczywiście zasadniczy wpływ na orzecznictwo; por. m.in. wyrok WSA w Łodzi z dnia 5 lutego 2020 r., III SA/Łd 617/19, LEX nr 2791329; wyrok NSA z dnia 11 lutego 2020 r., II OSK 1330/17, LEX nr 3053191; wyrok NSA z dnia 25 lutego 2020 r., II OSK 1059/18, LEX nr 3022170; wyrok WSA w Szczecinie z dnia 19 marca 2020 r., II SA/Sz 1075/19, LEX nr 2956995.

powinny zastosować wykładnię prowadzącą do wydania tych dokumentów z pominięciem transkrypcji aktu urodzenia. Prawidłowa wykładnia art. 104 ust. 5 p.a.s.c. nie może bowiem – zdaniem NSA – prowadzić do uzależnienia uzyskania przez obywatela polskiego dowodu tożsamości albo numeru PESEL od dokonania przez organ transkrypcji, która nie jest możliwa tylko z tego powodu, że w zagranicznym akcie urodzenia dziecka podano zamiast danych ojca dane kobiety, która pozostaje w nieznanym polskiemu prawu związku partnerskim z matką dziecka będącą obywatelką polską. Podobny pogląd wyrażony został w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 grudnia 2021 r. w sprawie C-490/20 *V.M.A. przeciwko Stolichna obshtina, rayon „Pancharevo”*³⁴, w którym Trybunał wskazał, że państwa członkowskie mają swobodę w zakresie wprowadzenia w ich prawie krajowym małżeństwa dla osób tej samej płci, a także rodzicielstwa tych ostatnich. Jednakże każde państwo członkowskie powinno wykonywać tę kompetencję zgodnie z prawem Unii, a w szczególności zgodnie z postanowieniami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE), dotyczącymi swobody przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich przyznanej każdemu obywatelowi Unii, uznając w tym celu stan cywilny ustalony w innym państwie członkowskim zgodnie z prawem tego państwa. Trybunał podkreślił, że spoczywający na państwie członkowskim obowiązek z jednej strony wydania dowodu tożsamości lub paszportu dziecku, będącemu obywatelem tego państwa członkowskiego, które to dziecko urodziło się w innym państwie członkowskim i którego akt urodzenia wydany przez organy tego innego państwa członkowskiego wskazuje jako jego rodziców dwie osoby tej samej płci, a z drugiej strony, uznania więzi pokrewieństwa między tym dzieckiem a każdą z tych dwóch osób w ramach wykonywania przez to dziecko praw przysługujących mu na podstawie art. 21 TFUE i aktów prawa wtórnego, które ich dotyczą, nie narusza tożsamości narodowej ani nie zagraża porządkowi publicznemu tego państwa członkowskiego. Tego rodzaju obowiązek nie oznacza bowiem, że państwo członkowskie, którego dane dziecko jest obywatelem, jest zobowiązane do wprowadzenia w swoim prawie krajowym rodzicielstwa osób tej samej płci lub uznania, do celów innych niż wykonywanie praw, które to dziecko wywodzi z prawa Unii, więzi pokrewieństwa między wspomnianym dzieckiem a osobami wskazanymi jako rodzice tego dziecka w akcie urodzenia sporządzonym przez organy przyjmującego państwa członkowskiego.

W powyższym wyroku Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej przesądził o obowiązku uznania przez państwo członkowskie UE stwierdzonej w akcie urodze-

34 Wyrok TSUE z dnia 14 grudnia 2021 r., C490/20, *V.M.A. przeciwko Stolichna obshtina, rayon „Pancharevo”*, EU:C:2021:1008; zob. P. Mostowik, Swoboda przemieszczania się w Unii Europejskiej przez dziecko pod pieczę osób tej samej płci a krajowe reguły obywatelstwa i prawa rodzinnego na tle wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 14.12.2021 r., C-490/20, *V.M.A. przeciwko Stolichna obshtina, rayon „Pancharevo”*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2022, nr 4, s. 28–42.

nia, wydanym w innym państwie członkowskim, więzi pokrewieństwa między dzieckiem a jego rodzicami będącymi osobami tej samej płci, wskazując jednocześnie, że obowiązek ten nie zagraża porządkowi publicznemu. Państwo członkowskie, którego to dziecko jest obywatelem, jest zobowiązane z jednej strony do wydania mu dowodu tożsamości lub paszportu bez konieczności uprzedniego sporządzenia aktu urodzenia przez jego organy krajowe, a także z drugiej strony do uznania, podobnie jak każde inne państwo członkowskie, dokumentu pochodzącego od przyjmującego państwa członkowskiego umożliwiającego wspomnianemu dziecku korzystanie, wraz z każdą z tych dwóch osób, z przysługującego mu prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich.

Pozostaje mieć nadzieję, że zgodnie ze wskazówką zawartą w uzasadnieniu uchwały II OPS 1/19, a także w myśl ww. wyroku TSUE w postępowaniach dotyczących wydania dokumentów rzeczywiście nie będzie dochodzić do uzależniania uzyskania przez obywatela polskiego dowodu tożsamości albo numeru PESEL od dokonania przez organ transkrypcji, a wydanie tych dokumentów będzie następować na podstawie zagranicznego aktu urodzenia³⁵. Trzeba bowiem podkreślić, że wartością nadrzędną jest dobro dziecka, które powinno mieć pierwszeństwo przed abstrakcyjnymi zasadami³⁶. Dobro dziecka bez wątpienia zaś wymaga, aby uszanować jego prawo do uzyskania dokumentów potwierdzających tożsamość i obywatelstwo polskie.

BIBLIOGRAFIA

- Borysiak W., (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP, Komentarz do art. 1–86*, t. 1, Warszawa 2016.
- Czajkowska A., (w:) A. Czajkowska (red.), *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem*, Warszawa 2015.
- Karakulski J., Problematyka dopuszczalności transkrypcji aktu urodzenia dziecka rodziców jednopłciowych – uwagi na kanwie najnowszego orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2021, nr 2.
- Krawiec G., Transkrypcja zagranicznego aktu urodzenia dziecka osób tej samej płci pozostających w związku, „*Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały*” 2019, nr 2 (25).
- Kuźlewska E., Same-Sex Marriage – A Happy End Story? The Effectiveness of Referendum on Same-Sex Marriage in Europe, „*Białostockie Studia Prawnicze*” 2019, z. 24.
- Litwin J., *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz*, Wrocław 1961.

35 Akt stanu cywilnego sporządzony za granicą stanowi wyłączny dowód zdarzeń w nim stwierdzonych także wtedy, gdy nie został wpisany do polskich ksiąg stanu cywilnego (uchwała SN 7 sędziów z dnia 20 listopada 2012 r., III CZP 58/12, OSNC 2013, nr 5, poz. 55).

36 Podkreślają to m.in. G. Krawiec, *Transkrypcja ...*, s. 7; M. Zachariasiewicz, *Transkrypcja...*, s. 158.

- Michałkiewicz-Kądziała E., Problem rozbieżności orzecznictwa Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego w zakresie transkrypcji zagranicznych aktów urodzenia dzieci par jednopłciowych na tle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2021, nr 2.
- Mostowik P., Glosa do wyroku NSA z dnia 10 października 2018 r., II OSK 2552/16, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2019, nr 4.
- Mostowik P., Swoboda przemieszczania się w Unii Europejskiej przez dziecko pod pieczę osób tej samej płci a krajowe reguły obywatelstwa i prawa rodzinnego na tle wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 14.12.2021 r., C-490/20, V.M.A. przeciwko Stolichna obshtina, rayon „Pancharevo”, „Europejski Przegląd Sądowy” 2022, nr 4.
- Pietrzak W., Glosa do uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego z 2 grudnia 2019 r., II OPS 1/19, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2021, nr 3.
- Rafacz-Krzyżanowska M., Kilka uwag o właściwości sądu w sprawach o sprostowanie aktów stanu cywilnego, „Nowe Prawo” 1957, nr 1.
- Sadowski P., Glosa do wyroku NSA z dnia 10 października 2018 r., II OSK 2552/16, „Ius Novum” 2020, nr 1.
- Targońska A., Ewolucja prawna instytucji małżeństwa osób tej samej płci w Irlandii, „Studia Iuridica Lublinensia” 2022, nr 2 (31).
- Wojewoda M., (w:) M. Pazdan (red.), System Prawa Prywatnego, t. 20 C: Prawo prywatne międzynarodowe, Warszawa 2015.
- Wypych P., Charakter prawny transkrypcji aktu stanu cywilnego sporządzonego za granicą, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2003, z. 1.
- Zachariasiewicz M., Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori, Warszawa 2018.
- Zachariasiewicz M., Transkrypcja aktów urodzenia dzieci par jednopłciowych, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2019, t. CXI.

Grzegorz Suliński

Uniwersytet Jagielloński, Polska

grzegorz.sulinski@uj.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1159-3951>

Zarząd udziałami dziecka w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością

Management of a Child's Shares in a Limited Liability Company

Abstract: A minor may possess property. The management of such property takes place under the regime of the Family and Guardianship Code (krio), which subjects the management activities exceeding the scope of ordinary management to the control of the guardianship court. Due to the development of the market economy, in many cases shares in the share capital of a limited liability company become the child's property. Actions within the scope of exercising the child's shareholding rights in a limited liability company require the prior consent of the guardianship court. Such a solution does not provide adequate protection of the child's property, because the guardianship court does not have instruments allowing it to actually monitor the economic legitimacy of the actions taken. It also does not meet the requirements of the modern company transactions, which, in consequence, may lead to violation of the child's financial interest. There is a need, therefore, to consider the possibility of changing the current model of managing the child's shares in a limited liability company. It seems that the change could be aimed at entrusting the management of shares to a person who has knowledge and skills in terms of functioning of commercial companies and is monitored by the guardianship court, which would periodically evaluate the economic effectiveness of the management actions taken by that person.

Keywords: activity exceeding the scope of ordinary management, child's interest, management of a child's property, minor, shares in a limited liability company

Słowa kluczowe: czynność przekraczająca zwykły zarząd, interes dziecka, zarząd majątkiem dziecka, małoletni, udziały w spółce z o.o.

Wprowadzenie

Osoba małoletnia posiada zdolność prawną¹. Uczestnicząc w obrocie prawnym, może zatem nabywać – na podstawie czynności lub zdarzeń prawnych – prawa czy też stawać się podmiotem obowiązków, tworząc w ten sposób swój majątek. Doświadczenie obrotu prawnego charakterystycznego dla gospodarki rynkowej wskazuje, że przypadki posiadania przez osoby małoletnie majątku są stosunkowo częste. Jednocześnie – z uwagi na brak zdolności do czynności prawnych bądź też posiadanie jej w ograniczonym zakresie – osoba małoletnia nie może w pełni samodzielnie podejmować czynności związanych z zarządaniem posiadanego przez nią majątku². Okoliczność ta rodzi pytanie o sposób zarządu tym majątkiem. Ustawodawca przewidział stosowne regulacje służące określeniu zasad, wedle których odbywa się zarząd majątkiem osoby małoletniej. Zarząd ten sprawowany jest – co do zasady – przez jej rodziców według reguł określonych w ustawie z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy³.

W realiach gospodarki rynkowej istotną rolę odgrywają spółki prawa handlowego⁴. Stanowią one podstawowe formy organizacyjno-prawne prowadzenia działalności gospodarczej. Osoby małoletnie zyskują zatem w wielu przypadkach – zwłaszcza w drodze dziedziczenia – status wspólników tych spółek⁵. Wstąpienie

- 1 Zob. M. Pazdan, (w:) System Prawa Prywatnego, t. 1: Prawo cywilne – część ogólna, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 949.
- 2 Na temat braku zdolności do czynności prawnych i ograniczonej zdolności do czynności prawnych zob. szerzej M. Pazdan, (w:) System..., *op. cit.*, s. 981–991.
- 3 Dz.U. z 2020 r. poz. 1359 – dalej przywoływana jako k.r.o. Jeżeli żadnemu z rodziców nie przysługuje władza rodzicielska albo jeżeli rodzice są nieznanymi, ustanawia się – zgodnie z przepisem art. 94 § 3 k.r.o. – dla dziecka opiekę. W takim przypadku – na zasadzie art. 155 § 1 k.r.o. – pieczę nad osobą i majątkiem małoletniego sprawuje opiekun. Stosownie do treści przepisu art. 156 k.r.o. powinien on uzyskiwać zezwolenie sądu opiekuńczego we wszystkich ważniejszych sprawach, które dotyczą osoby lub majątku małoletniego.
- 4 Krąg spółek prawa handlowego określony został w przepisie art. 1 § 2 ustawy z dnia 15 września 2001 r. Kodeks spółek handlowych (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1526 ze zm. – dalej przywoływana jako k.s.h.), obejmując spółkę jawną, spółkę partnerską, spółkę komandytową, spółkę komandytowo-akcyjną, spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, prostą spółkę akcyjną oraz spółkę akcyjną. Zauważyć należy, że specyfika spółki partnerskiej, która może być utworzona przez wspólników wyłącznie w celu wykonywania wolnego zawodu, wyłącza możliwość uczestnictwa w niej osoby małoletniej.
- 5 Zob. A. Herbet, (w:) System Prawa Prywatnego, t. 17 A: Prawo spółek kapitałowych, red. S. Sołtyński, wyd. 2, Warszawa 2015, s. 401. W przypadku spółki jawnej śmierć wspólnika skutkuje – na zasadzie art. 58 § 1 pkt. 4 k.s.h. – rozwiązaniem spółki, przy czym umowa spółki może stanowić, zgodnie z przepisem art. 60 k.s.h., że w miejsce zmarłego wspólnika wstępują jego spadkobiercy (zob. W. Pyziół, (w:) W. Pyziół, I. Weiss, A. Szumański, Prawo spółek, Warszawa 2014, s. 77). Rozwiązanie to odnosi się zasadniczo – na podstawie art. 89 k.s.h. – także do spółki partnerskiej oraz komandytowej przy zastrzeżeniu, że śmierć komandytariusza nie skutkuje, stosownie do art. 103 § 1 k.s.h. w zw. z art. 124 k.s.h., rozwiązaniem spółki. W przypadku śmierci jedynego komple-

osoby małoletniej do spółki prawa handlowego skutkuje koniecznością wykonywania przysługujących jej z tytułu uczestnictwa w spółce praw z uwzględnieniem regulacji k.r.o. odnoszącej się do zarządu składnikami jej majątku, jakimi w przypadku spółek osobowych staje się ogół praw i obowiązków wspólnika spółki osobowej⁶, a w przypadku spółek kapitałowych udziały w kapitale zakładowym spółki z o.o. albo też akcje prostej spółki akcyjnej lub spółki akcyjnej.

Przedmiotem niniejszego opracowania jest zagadnienie zarządu składnikiem majątku dziecka w postaci udziałów w kapitale zakładowym spółki z o.o. Uwagi obejmą jedynie ten typ spółki z uwagi na fakt, że problematyka wykonywania praw udziałowych dziecka przez rodziców w ramach zarządu majątkiem małoletniego na gruncie spółki z o.o. pozostaje w znacznej mierze tożsama z problematyką wykonywania praw udziałowych z akcji. Ograniczenie to umożliwi zatem uniknięcie zbędnych powtórzeń. Jednocześnie analiza przedmiotowego zagadnienia na gruncie spółki kapitałowej może być w znacznym stopniu odnoszona do kwestii wykonywania praw w spółkach osobowych. Dlatego też nie będą one przedmiotem dalszych uwag. Celem wywodów jest dokonanie oceny przystawalności przepisów k.r.o. regulujących zarząd majątkiem dziecka do wymogów współczesnego obrotu spółkowego w zakresie wykonywania uprawnień związanych z udziałem w spółce z o.o. Teza artykułu zasadza się na twierdzeniu, że przepisy te nie spełniają swej funkcji w postaci zapewnienia sprawnego i efektywnego zarządu majątkiem dziecka w formie udziałów w spółce z o.o.

Podjmując próbę weryfikacji zasadności powyższej tezy, w pierwszej kolejności należy przedstawić zasady zarządu majątkiem małoletniego. Następnie omówiony zostanie zakres czynności podejmowanych w związku z wykonywaniem praw udziałowych w spółce z o.o. Przedmiotem kolejnych uwag będzie charakter prawny tych czynności w kontekście dopuszczalności uznania ich za czynności zarządu majątkiem małoletniego. Zestawienie regulacji dotyczących wykonywania praw udziałowych z regulacjami dotyczącymi zarządu majątkiem dziecka pozwoli na przeprowadzenie analizy zmierzającej do ustalenia, czy aktualna regulacja k.r.o. z zakresu zarządu majątkiem dziecka stanowi instrument prawny zapewniający należyłą ochronę majątku małoletniego w kontekście jego uczestnictwa w spółce z o.o. Analiza ta pozwoli na wyprowadzenie wniosków, które staną się udziałem końcowej części opracowania.

Podjęta problematyka ma istotne znaczenie zarówno teoretyczne jak i praktyczne. Wskazać należy, że rozważane zagadnienie powstaje na styku dwóch gałęzi

mentariusza spółki komandytowo-akcyjnej spółka – na zasadzie art. 148 § 1 pkt. 4 k.s.h. – ulega rozwiązaniu (zob. A. Szumański, (w:) W. Pyziół, I. Weiss, A. Szumański, *Prawo spółek*, Warszawa 2014, s. 237.) Śmierć wspólnika spółki kapitałowej co do zasady skutkuje wstąpieniem w jego miejsce spadkobierców.

6 Na temat pojęcia ogółu praw i obowiązków wspólnika spółki osobowej zob. szerzej S. Sołtysiński, (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych, t. I: Przepisy ogólne. Spółki osobowe. Komentarz do artykułów 1–150*, Warszawa 2012, s. 203–204.

prawa, tj. prawa spółek oraz prawa rodzinnego. Styk ten już sam w sobie rodzi wiele wątpliwości interpretacyjnych, które wymagają rozstrzygnięcia. W ujęciu praktycznym problem jest doniosły, albowiem – wraz z rozwojem w naszym kraju gospodarki rynkowej – dotyczy coraz większej grupy osób, wpływając na sytuację prawną nie tylko dzieci oraz ich rodziców, ale także spółek kapitałowych oraz niejednokrotnie ich kontrahentów. Mimo tej doniosłości problematyka zarządu udziałami w kapitale spółki z o.o. nie stała się dotychczas przedmiotem szerszego zainteresowania zarówno doktryny, jak i orzecznictwa. Istnieje zatem niewątpliwa potrzeba szerszego na nią spojrzenia. Uwagi opracowania skupią się na prawie polskim z wykorzystaniem metody dogmatycznej oraz elementów metody prawnoporównawczej. Nastąpią w nim bowiem odniesienia do prawa obcego w zakresie niezbędnym dla oceny rozwiązań polskich oraz sformułowania propozycji ewentualnych ich zmian.

1. Pojęcie zarządu majątkiem dziecka oraz zasady jego sprawowania

1.1. Zarząd majątkiem dziecka według prawa polskiego

Sprawowanie pieczy nad majątkiem dziecka stanowi – na zasadzie art. 95 § 1 k.r.o. – zarówno obowiązek, jak i prawo rodziców posiadających władzę rodzicielską⁷. Rozwinięcie tej regulacji następuje w przepisie art. 101 k.r.o. Ustawodawca wskazuje w nim, że rodzice są obowiązani sprawować zarząd majątkiem dziecka pozostającego pod ich władzą rodzicielską z należytą starannością. Ustawa nie definiuje przy tym pojęcia zarządu. W doktrynie wskazuje się, że obejmuje ono zarówno czynności faktyczne, prawne, jak i procesowe dotyczące majątku dziecka⁸. Zauważyć jednak należy, że rozumienie pojęcia zarządu majątkiem dziecka nie jest jednolite. Szymon Romanow podnosi bowiem, że czynność zarządu majątkiem dziecka obejmuje działanie w obszarze administrowania oraz kierowania całokształtem sfery prawnej dziecka według kryterium jego interesu ekonomicznego. Działanie to może przybierać postać jedynie czynności prawnej, podczas gdy czynności faktyczne powinny być kwalifikowane jako sprawowanie pieczy nad majątkiem dziecka⁹.

7 Zob. K. Gromek, Granice władzy rodzicielskiej, „Monitor Prawniczy” 2021, nr 8, s. 425 i n.; A. Fiutak, Odpowiedzialność rodziców za brak opieki nad dziećmi, „Studia Prawnicze KUL” 2018, nr 4 (76), s. 19–20.

8 Tak G. Jędrejek, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz aktualizowany. Komentarz do art. 101, LEX/el 2019; P. Wicherek, (w:) M. Frasz, M. Habdas (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz. Komentarz do art. 101, System Informacji Prawnej Lex; K. Gromek, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz 2020, wyd. 7, Komentarz do art. 101 KRO, Legalis; J. Gajda, (w:) K. Pietrzykowski (red.) Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz 2021, wyd. 7, Komentarz do art. 101 KRO, Legalis; J. Słyk, (w:) K. Osajda (red.) Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz 2020, wyd. 8, Komentarz do art. 101 KRO, Legalis.

9 Tak S. Romanow, Zarząd majątkiem dziecka sprawowany przez rodziców, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2021, nr 1, s. 143–144.

Nakładając na rodziców prawo i obowiązek sprawowania zarządu majątkiem dziecka, ustawodawca – dążąc do zapewnienia ochrony interesów dziecka¹⁰ – nie pozostawia tej sfery ich wyłącznemu uznaniu. Wyrazem ograniczenia swobody rodziców w sprawowaniu zarządu jest regulacja przepisu art. 101 § 3 k.r.o. Wynika z niej, że istnieje kategoria czynności zarządu, których dokonanie – bezpośrednio przez rodziców jako przedstawicieli ustawowych oraz przez dziecko za zgodą rodziców¹¹ – możliwe jest jedynie po uzyskaniu zgody sądu opiekuńczego. Są to czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu, przy czym ocena, czy dana czynność należy do takiego zakresu, wymaga oceny dokonanej z uwzględnieniem okoliczności faktycznych konkretnego przypadku¹². W orzecznictwie wskazano jedynie ogólne przesłanki służące ocenie charakteru czynności zarządczej, wskazując, że należy do nich ciężar gatunkowy i wartość przedmiotu dokonanej czynności, jej skutki dla majątku dziecka¹³. Należy także mieć na uwadze dobro dziecka i ochronę jego interesów życiowych¹⁴. Zgłoszono także pogląd, w myśl którego do katalogu czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu należą te wszystkie czynności, które stanowią – nawet tylko hipotetycznie – zagrożenie dla interesów majątkowych dziecka¹⁵. Paulina Czemieli i Katarzyna Siemion podniosły, że na gruncie zarządu udziałami dziecka w spółce z o.o. czynnościami przekraczającymi zwykły zarząd jest na przykład zbycie udziałów, podjęcie uchwał o podziale zysku spółki, a także wszystkie czynności wpływające na sytuację majątkową małoletniego¹⁶. Dokonanie czynności prawnej przekraczającej zakres zwykłego zarządu bez zgody sądu opiekuńczego skutkuje jej nieważnością jako sprzecznej z prawem¹⁷.

10 Tak G. Jędrejek, *Kodeks...*, *op. cit.*

11 *Ibidem.*

12 Zob. P. Wicherek, (w:) M. Frasz, M. Habdas (red.), *Kodeks...*, *op. cit.*; R. Zegadło, *Zarząd majątkiem dziecka*, „Monitor Prawniczy” 2005, nr 18, s. 15 i n.

13 Katalog przesłanek warunkujących kwalifikację czynności zarządu majątkiem dziecka jako czynność zwykłego zarządu lub przekraczającą zwykły zarząd sformułował Szymon Romanow; zob. S. Romanow, *Zarząd...*, *op. cit.*, s. 145 i n.; zob. także K. Gołębiewski, (w:) J. Jeziory, K. Zagrobelny (red.), *Uwagi dotyczące zarządu majątkiem dziecka pozostającego pod władzą rodzicielską. Wybrane zagadnienia polskiego prawa prywatnego: księga pamiątkowa ku czci doktora Józefa Kremisa i doktora Jerzego Strzebińczyka*, Wrocław 2019, s. 67

14 Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 października 2000 r., I CKN 319/00, LEX nr 536776; R. Zegadło, *Zarząd...*, *op. cit.*, s. 15 i n.

15 Tak P. Wicherek, (w:) M. Frasz, M. Habdas (red.), *Kodeks...*, *op. cit.*, J. Słyk, (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks...*, *op. cit.*

16 P. Czemieli, K. Siemion, *Zasady dziedziczenia udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością przez małoletniego spadkobiercę*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, vol. 22, nr 3, s. 82–83.

17 Tak P. Wicherek, (w:) M. Frasz, M. Habdas (red.), *Kodeks...*, *op. cit.*; G. Jędrejek, *Kodeks...*, *op. cit.*; J. Gajda, (w:) K. Pietrzykowski (red.) *Kodeks...*, *op. cit.*; J. Słyk, (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks...*, *op. cit.*

Tryb postępowania w przedmiocie udzielenia zgody na dokonanie czynności zarządu majątkiem dziecka przekraczającej zakres zwykłego zarządu regulowane jest przepisem art. 583 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego¹⁸. Wnioskodawcą może być jeden z rodziców, przy czym ustawa nakazuje wysłuchanie drugiego. Postanowienie rozstrzygające sprawę staje się skuteczne z chwilą jego uprawomocnienia. Jeśli na podstawie udzielonego zezwolenia powstały skutki prawne względem osób trzecich, to postanowienie zawierające zgodę nie może zostać zmienione ani uchylone. Zauważyć należy, że regulacja k.p.c. dotycząca postępowania w przedmiocie udzielenia zgody jest stosunkowo ogólna. Stanowi bowiem jedynie o udzieleniu zgody, nie precyzując bliżej jej zakresu. W konsekwencji powstaje wątpliwość odnośnie do dopuszczalnego zakresu udzielanej zgody. W doktrynie wskazuje się, że może ona mieć charakter ogólny, jeśli jest potrzebna do prowadzenia gospodarstwa lub przedsiębiorstwa. Nie oznacza to jednak dopuszczalności braku oznaczenia czynności, których dotyczy. Czynności te muszą podlegać konkretyzacji poprzez wskazanie ich kategorii lub warunków dokonywania¹⁹. Zgłoszono jednakże pogląd odmienny, w myśl którego udzielenie generalnego zezwolenia na dokonywanie skonkretyzowanych czynności nie jest dopuszczalne²⁰.

1.2 Zarząd majątkiem dziecka według ustawodawstw obcych

Przegląd ustawodawstw obcych dotyczących zarządu majątkiem dziecka pozwala na wyodrębnienie dwóch modeli regulacji tego zagadnienia. Według pierwszego z nich kwestia zarządu majątkiem dziecka pozostaje wyłączną domeną rodziców jako przejaw ich władzy rodzicielskiej. Podejmowanie czynności zarządu nie podlega kontroli sądowej. Rozwiązania takie obowiązują w Anglii oraz Walii²¹. W Danii ograniczenia doznają tylko czynności dotyczące nieruchomości²². Wymagają one zgody udzielanej w postępowaniu administracyjnym. Z kolei w systemie szwajcarskim na władzę rodzicielską składają się prawa i obowiązki, które nie podlegają ograniczeniom i których nie można się zrzec²³. Na rodziców nałożono obowią-

18 Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm. – dalej przywoływana jako k.p.c.

19 Tak P. Wicherek, (w:) M. Frasz, M. Habdas (red.), *Kodeks...*, *op. cit.*; K. Gołębiowski, (w:) *Uwagi...*, *op. cit.*, s. 65; J. Słyk, (w:) K. Osajda (red.) *Kodeks...*, *op. cit.*; J. Gajda, (w:) K. Pietrzykowski (red.) *Kodeks...*, *op. cit.*; R. Zegadło, *Zarząd...*, *op. cit.*, s. 15 i n.

20 Tak G. Jędrejek, *Kodeks...*, *op. cit.*

21 N. Lowe, (w:) K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Summer (red.), *European Family Law in Action*, vol. III: Parental Responsibilities, Antwerp–Oxford 2005, s. 208.

22 I. Lund-Andersen, Ch. Jeppesen-de Boer, (w:) K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Summer (red.), *European...* *op. cit.*, s. 1.

23 H. Hausheer, C. Achermann-Weber, S. Wolf, (w:) K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Summer (red.), *European...* *op. cit.*, s. 17.

zek działania, mając na uwadze najlepszy interes dziecka w szczególności w zakresie zarządzania jego majątkiem²⁴.

Drugi model zasada się na ingerencji sądu rodzinnego oraz instytucji administracji państwowej w proces zarządu majątkiem dziecka. Ingerencja ta przyjmuje różne postaci, począwszy od generalnego wymogu uzyskania zgody na czynności przekraczające zwykły zarząd, przy czym poszczególne ustawodawstwa bądź nie określają kryteriów uznania czynności za wymagającą uzyskania zgody, bądź też je formułują po wyraźne wskazanie czynności, których dokonanie wymaga zgody. Regulacja włoska mówi o konieczności uzyskania zgody na czynność przekraczającą zakres zwykłego zarządu, co nie dotyczy jednak sytuacji nagłych oraz czynności w oczywisty sposób korzystnych dla dziecka²⁵. W Austrii sąd nadzoruje zarząd majątkiem dziecka o znacznej wartości, której ustalenie pozostaje elementem dyskrecjonalnej władzy sędziego. Zauważyć należy, że termin „majątek znacznej wartości” nie ma ustawowej definicji i jego interpretacja podlega wyłącznie swobodzie sędziowskiej²⁶. Dokonanie czynności przekraczającej zwykły zarząd wymaga zgody sądu, przy czym ustawa do kręgu takich czynności zalicza w szczególności nabycie, sprzedaż lub likwidację przedsiębiorstwa lub spółki, a także jej przekształcenie²⁷. Co więcej, sąd jest zobowiązany monitorować administrację majątku małoletniego, w ramach czego uprawniony jest do uzyskiwania informacji od firm kredytowych, zlecenia sporządzania szacunków i bilansów majątku, jak również do blokowania kont bankowych. Może również wydawać nakazy przechowywania dokumentów i rzeczy ruchomych²⁸.

W Belgii enumeratywnie wskazane czynności dotyczące majątku dziecka wymagają zgody sędziego pokoju²⁹, podobnie jak i we Francji, w której co do zasady dla zarządu majątkiem wystarcza zgoda obydwójga rodziców, z wyjątkiem sprzedaży przedsiębiorstwa lub nieruchomości, na co musi wyrazić zgodę sąd rodzinny³⁰. Niemiecki kodeks cywilny (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) enumeratywnie wylicza czynności, w których wymagana jest uprzednia zgoda sądu rodzinnego. Zostały one podzielone na dwie kategorie. Pierwsza traktuje o czynnościach dotyczących nieruchomości oraz statków, druga odnosi się do pozostałych czynności, tj. przyjęcia lub

24 Zob. art. 301 § 1 i § 2 oraz art. 318 ust. 1 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB), www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de (29.11.2021).

25 Zob. art. 320 i n. Codice civile, www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.regio:1942-03-16;262!vig= (29.11.2021).

26 M. Roth, (w:) K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Summer, *European...*, *op. cit.*, s. 219.

27 Zob. S. Romanow, *Zarząd...*, *op. cit.*, s. 130–131.

28 Tak § 133 Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitigkeiten (Außerstreitgesetz – AußStrG), www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20003047 (28.11.2021).

29 Zob. W. Pintens, D. Pignolet, (w:) K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Summer, *European...*, *op. cit.*, s. 220–232.

30 Zob. S. Romanow, *Zarząd...*, *op. cit.* 126–127.

odrzućcenia spadku lub darowizny, nabycia, sprzedaży, dzierżawy, likwidacji przedsiębiorstwa oraz gospodarstwa rolnego³¹.

Odnutować także należy regulację fińską. Co do zasady zarząd majątkiem dziecka sprawują rodzice, ale w przypadku decyzji z zakresu prowadzenia działalności gospodarczej muszą uzyskać zgodę urzędu kuratorskiego³². Podobne rozwiązanie przewiduje ustawodawstwo węgierskie – zgodnie z nim w szczególności zgody urzędu kuratorskiego wymagają czynności dotyczące udziałów lub akcji dziecka w spółkach kapitałowych³³.

Na szczególną uwagę zasługują rozwiązania dotyczące zarządu majątkiem dziecka obowiązujące w stanie Kalifornia. Jeżeli majątek dziecka nie przekracza kwoty 20 000 USD, zasadniczo pozostaje on w bezpośrednim zarządzie rodziców. W wypadku majątku o wartości przekraczającej przedmiotową kwotę sąd jest uprawniony do przekazania zarządu majątkiem wykwalifikowanemu doradcy – kuratorowi³⁴. Z kolei pieniądze mogą zostać zdeponowane u Skarbnika Hrabstwa lub na specjalnym koncie bankowym, skąd wypłat można dokonywać jedynie za zgodą sądu³⁵. Kuratorem majątku może być dowolna osoba pełnoletnia lub firma powiernicza. Jego obowiązkiem jest przejście kontroli nad majątkiem, w razie potrzeby zarejestrowanie tytułów własności oraz zarządzanie nim i inwestowanie. Opiekun ma obowiązek wypłacenia małoletniemu korzyści płynących z zainwestowanego majątku według własnego rozeznania³⁶.

2. Czynności zarządu udziałami w kapitale zakładowym spółki z o.o.

2.1. Prawa udziałowe wspólnika spółki z o.o.

Pojęcie udziału w kapitale zakładowym spółki z o.o. ma kilka znaczeń. Z punktu widzenia zarządu udziałem jako składnikiem majątku dziecka istotne jest rozumienie udziału jako wyznacznika – poprzez określenie ogółu praw i obowiązków wspólnika

31 Zob. § 1643, § 1821, § 1822 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html (28.11.2021).

32 Zob. K. Kurki-Suonio, (w:) K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Summer, *European... op. cit.*, s. 226.

33 Zob. E. Weiss, O. Szeibert, (w:) K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Summer, *European... op. cit.*, s. 230–231.

34 CALIFORNIA UNIFORM TRANSFERS TO MINORS ACT [3900–3925], www.leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=PROB&division=4.&title=&part=9 (29.11.2021)

35 PROBATE CODE. ARTICLE 2. [3410–3413], www.leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=PROB&division=4.&title=&part=8.&chapter=2.&article=2 (29.11.2021)

36 Uniform Transfers to Minors Act (CUTMA) and Trusts Comparison Chart (CA) by Practical Law Trusts & Estates, [content.next.westlaw.com/Document/I231c0e687f0611e498db8b09b4f043e0/View/FullText.html?contextData=\(sc.Default\)&transitionType=Default](http://content.next.westlaw.com/Document/I231c0e687f0611e498db8b09b4f043e0/View/FullText.html?contextData=(sc.Default)&transitionType=Default) (29.11.2021)

wobec spółki – statusu prawnego wspólnika³⁷. Szczegółowa analiza zakresu oraz charakteru tych praw i obowiązków wykracza poza ramy niniejszego opracowania. Dal-
sze uwagi skupiać się będą na uprawnieniach o charakterze korporacyjnym, a zatem
takich, których realizacja prowadzi w konsekwencji do osiągnięcia przez wspólnika
korzyści majątkowych, służąc tym samym do realizacji uprawnień o charakterze ma-
jątkowym³⁸. Należą do nich w szczególności takie uprawnienia, jak prawo do uczest-
nictwa w zgromadzeniu wspólników oraz prawo głosu³⁹, prawo do zaskarżania uchwał
wspólników⁴⁰, prawo do indywidualnej kontroli spółki przez wspólnika⁴¹, prawo żąda-
nia rozwiązania spółki⁴², prawo do wytoczenia powództwa na rzecz spółki⁴³.

Zauważyć przy tym należy, że kategoria czynności podejmowanych w związku
z wykonywaniem praw udziałowych nie jest jednolita. W sytuacji głosowania na
zgromadzeniu wspólników przybiera postać złożenia oświadczenia woli składającego
się na uchwałę spółki⁴⁴, a w przypadku na przykład żądania rozwiązania spółki jest
to czynność procesowa w postaci wniesienia i popierania powództwa w tym przed-
miocie. Wykonywanie prawa indywidualnej kontroli działalności spółki przyjmuje
z kolei postać czynności faktycznych polegających na analizie jej dokumentacji lub
pozyskiwania informacji od członków zarządu spółki. Wydaje się, że z punktu widze-
nia przedmiotu niniejszego opracowania najistotniejsze znaczenie mają akty głoso-
wania wspólnika, albowiem to one decydują o biegu spraw spółki istotnych z punktu
widzenia sfery interesów dziecka będącego wspólnikiem.

Realizacja uprawnień o charakterze korporacyjnym stanowi zatem instrument
wpływu na bieg spraw spółki, a tym samym na los jej majątku. W szczególności los
ten kształtowany jest przez uchwały wspólników, którzy podejmują kluczowe decy-
zje dotyczące spółki. Innymi słowy, wpływ na bieg spraw spółki uzyskuje się poprzez
wykonywanie tego rodzaju uprawnień. Wykonywanie przez wspólnika uprawnień
właścielskich o charakterze korporacyjnym nie wyczerpuje katalogu czynności
związanych z udziałem. Mogą to być także uprawnienia o charakterze majątkowym,
np. polegające na prawie do rozporządzenia udziałem⁴⁵ czy też prawie do żądania

37 Tak I. Weiss, A. Szumański, (w:) W. Pyziół, I. Weiss, A. Szumański, *Prawo spółek*, Warszawa 2014, s. 344.

38 Zob. I. Weiss, A. Szumański, (w:) W. Pyziół, I. Weiss, A. Szumański, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 370; A. Herbet, (w:) *System...*, *op. cit.*, s. 409.

39 Zob. art. 242 k.s.h., art. 243 § 1 k.s.h., art. 227 § 2 k.s.h.

40 Zob. art. 249 k.s.h., art. 252 k.s.h.

41 Zob. art. 212 k.s.h.

42 Zob. art. 271 k.s.h.

43 Zob. art. 295 k.s.h.

44 Zob. Z. Radwański, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t 2: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2002, s. 181.

45 W doktrynie zgłoszono pogląd, że czynności prawne mające za przedmiot udziały w spółce z o.o. a dotyczące dziecka wymagają – jeśli z okoliczności sprawy wynika, że przekraczają zakres zwykłego zarządu – zgody sądu opiekuńczego; tak A. Herbet, (w:) *System...*, *op. cit.*, s. 401–402.

zwrotu wniesionych do spółki – w trybie art. 177 k.s.h. – dopłat do jej kapitału zapasowego. Całości obrazu sytuacji prawnej właściciela udziału dopełniają obowiązki o charakterze majątkowym, spośród których na pierwszy plan wysuwa się obowiązek pokrycia objętych udziałów.

Wskazać należy, że decyzje podejmowane w wykonaniu praw udziałowych dotyczą w pierwszej kolejności spółki. Jako osoba prawna jest ona bowiem samodzielnym podmiotem prawa odrębnym w stosunku do jej wspólników⁴⁶. W konsekwencji posiada swój własny majątek, który nie jest majątkiem wspólników. Nie oznacza to jednakże, że decyzje te nie wpływają na sferę prawną wspólników zarówno w wymiarze majątkowym, jak i prawno-organizacyjnym. Stan majątkowy spółki kształtowany decyzjami wspólników wpływa bowiem na wartość udziałów wspólnika w jej kapitale zakładowym, a zatem na wartość składnika majątku wspólnika, jaki stanowią. Nadto konsekwencje niektórych uchwał materializują się bezpośrednio w sferze majątkowej wspólnika poprzez powstanie konkretnych roszczeń czy to po jego stronie, czy to po stronie spółki. Tytułem przykładu wskazać należy roszczenie o wypłatę dywidendy czy też roszczenie o pokrycie nowo utworzonych udziałów w podwyższonym kapitale zakładowym spółki, będące następstwem podjęcia przez wspólników stosownych uchwał.

Reasumując, podkreślić należy, że wykonywanie praw udziałowych – jakkolwiek odbywa się w ramach formy organizacyjno-prawnej, jaką stanowi spółka z o.o. – dotyczy w swej istocie sfery prawnej wspólnika. Czynności podejmowane w ramach spółki wywierają bowiem skutki także dla wspólnika zarówno na płaszczyźnie majątkowej, jak i organizacyjno-prawnej.

2.2. Wykonywanie praw udziałowych a zarząd majątkiem dziecka

Wspólnik realizuje swoje uprawnienia właścicielskie w spółce poprzez wykonywanie praw związanych z udziałem. Powstaje zatem pytanie, czy realizacja tych uprawnień przybierająca postać na przykład udziału w zgromadzeniu wspólników i głosowaniu nad podjęciem konkretnych uchwał czy też zaskarżeniu uchwał powziętych z naruszeniem ustawy lub przy zaistnieniu przesłanek wzruszenia uchwały określonych w przepisie art. 249 § 1 k.s.h. stanowi zarząd majątkiem w rozumieniu przepisu art. 101 § 1 k.r.o. Negatywnej odpowiedzi na to pytanie udzielił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 lutego 2019 r.⁴⁷, wskazując, że „udział rodzica w charakterze przedstawiciela ustawowego dziecka w podejmowaniu uchwały przez zgromadzenie wspólników nie jest, niezależnie od treści uchwały, czynnością zarządu w rozumieniu art. 101 § 1 KRO”. W konsekwencji – według Sądu – podjęcie uchwały nie podlega kwalifikacji jako czynność przekraczająca lub nieprzekraczająca zwykły zarząd w ro-

46 Zgodnie z przepisem art. 12 k.s.h. spółka z o.o. powstaje z chwilą jej wpisu do rejestru przedsiębiorców, uzyskując osobowość prawną.

47 Zob. wyrok SN z dnia 14 lutego 2019 r., IV CSK 100/18, opub. Legalis nr 1874801.

zumieniu przepisu art. 101 § 1 k.r.o. Uzasadniając swe stanowisko, Sąd wskazał, że uchwała zgromadzenia wspólników stanowi czynność spółki, a nie jej wspólników. Oświadczenie woli, jakim jest akt głosowania na zgromadzeniu wspólników, stanowi jedynie składnik czynności spółki przybierającej postać uchwały⁴⁸.

Na kanwie przedstawionego poglądu rodzą się następujące spostrzeżenia. Podzielić należy pogląd Sądu Najwyższego na charakter prawny aktu głosowania wspólnika na zgromadzeniu wspólników spółki z o.o. W istocie rzeczy oświadczenie woli wspólnika wyrażone w trakcie głosowania stanowi element składowy uchwały wspólników i sam w sobie nie stanowi czynności prawnej wspólnika. Wydaje się jednak, że wyprowadzony przez Sąd wniosek z tego stanu rzeczy, że akt głosowania nie stanowi czynności w rozumieniu art. 101 § 1 k.r.o., nie jest zasadny. Zauważyć bowiem należy, że *ratio legis* analizowanej normy sprowadza się do ochrony majątku dziecka. W tym stanie rzeczy zakres przedmiotowy oświadczeń woli wpływających na ten stan winien być z natury rzeczy wykładany rozszerzająco i obejmować wszelkie oświadczenia woli niezależnie od postaci, jaką przyjmują. Zasadnicze kryterium kwalifikacji danej czynności jako stanowiącej zarząd majątkiem dziecka stanowi jej związek z przedmiotem wchodzącym w skład majątku dziecka⁴⁹. W konsekwencji nie można ograniczać czynności podlegających reżimowi art. 101 k.r.o. do czynności faktycznych, prawnych lub procesowych, albowiem podejście takie prowadzi do zawężenia zakresu ochrony wbrew intencji ustawodawcy⁵⁰. Podkreślić bowiem należy, że akty podejmowane w ramach wykonywania praw udziałowych wspólnika spółki z o.o. wywierają wpływ – zarówno pośredni jak i bezpośredni – na sferę prawną wspólnika. Wydaje się zatem, że nie istnieje podstawa do ich wyłączenia z zakresu czynności, o których mowa w przepisie art. 101 k.r.o. Pogląd odmienny prowadziłby do wniosku, że istnieje szeroki obszar oświadczeń woli składanych przez przedstawiciela ustawowego dziecka w ramach jego uczestnictwa w spółkach prawa handlowego, które – wywierając istotny wpływ na stan majątku dziecka – nie podlegają kontroli sądu.

Pogląd o niedopuszczalności kwalifikowania czynności z zakresu wykonywania praw udziałowych jako przynależnych do katalogu określonego w przepisie art. 101 zgłosił także Andrzej Kidyba. Podkreśla on, że w przypadku zbiegu relacji prawnorodzinnych i prawnohandlowych należy przyznać prymat tym drugim. Wynika

48 Na temat charakteru prawnego uchwał zgromadzenia wspólników zob. szerzej Z. Radwański, (w:) System..., *op. cit.*, s. 180–181.

49 Zob. P. Wicherek, (w:) M. Fras, M. Habdas (red.), Kodeks..., *op. cit.*

50 Problem ten zdaje się zauważać także Sąd Najwyższy, który w uzasadnieniu analizowanego orzeczenia podaje, że „[...] jeżeliby nawet opowiedzieć się za rozszerzającą wykładnią art. 101 § 3 KRO i dopuścić zastosowanie tego przepisu także w odniesieniu do wykonywania przez rodziców jako przedstawicieli ustawowych dziecka – wspólnika spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, prawa głosu na zgromadzeniu wspólników, to trudno znaleźć racje przemawiające za tym, aby mogło to dotyczyć przypadków głosowania nad uchwałą o powołaniu w skład zarządu spółki”.

to z potrzeby ochrony interesów pozostałych wspólników, uczestników obrotu gospodarczego oraz samej spółki, jakiegokolwiek ograniczenia swobody działania spółki wymagają wyraźnej podstawy prawnej. Tymczasem prawo spółkowe nie konstruuje obowiązków wspólników w zakresie konieczności uzyskania zgody na głosowanie, co oznacza, że nie istnieją żadne podstawy dla wprowadzenia obowiązku uzyskania zgody sądu opiekuńczego na oddanie głosu przez przedstawiciela ustawowego małoletniego wspólnika w sprawie podjęcia uchwały dotyczącej zbycia nieruchomości przez spółkę⁵¹. W ocenie Autora powstaje wątpliwość, czy wymóg uzyskania zgody sądu opiekuńczego na podejmowanie czynności z zakresu wykonywania praw udziałowych małoletniego wspólnika może prowadzić do naruszenia interesów osób trzecich, których ochrona ma stanowić o prymacie norm prawa spółkowego nad normami prawa rodzinnego. Wydaje się, że zakres kognicji sądu opiekuńczego w sprawie o udzielenie zgody na czynność zarządu majątkiem dziecka obejmuje nie tyle rozstrzygnięcie o interesach osób trzecich, co ocenę skutków projektowanego oświadczenia woli dla sfery prawnej i ekonomicznej małoletniego. Innymi słowy, sąd nie wypowiada się o dopuszczalności bądź niedopuszczalności dokonania czynności przez spółkę oraz jej wpływu na sferę prawną osób trzecich, ale o treści stanowiska małoletniego wspólnika wobec projektowanej uchwały zgromadzenia wspólników. W tym kontekście wydaje się, że wymóg uzyskania zgody sądu na dokonanie czynności z zakresu praw udziałowych wydawanej według kryterium interesu małoletniego wspólnika nie stanowi ingerencji w zasady rządzące funkcjonowaniem spółki z o.o.

Reasumując powyższe, wskazać zatem należy, że akty wykonywania uprawnień udziałowych w spółce z o.o. przynależą do katalogu czynności zarządu majątkiem dziecka, o których mowa w przepisie art. 101 k.r.o. Konstatacja ta otwiera pytanie, czy regulacja k.r.o. dotycząca sposobu zarządu majątkiem dziecka stanowi należyty instrument ochrony majątku i osoby dziecka uczestniczącego w spółce z o.o. w sytuacji podejmowania decyzji przypisanych właścicielowi udziałów.

3. Wykonywanie praw udziałowych w świetle reguł zarządu majątkiem dziecka

Zgodnie z regulacją art. 101 § 3 k.r.o. czynność przekraczająca zakres zwykłego zarządu majątkiem dziecka wymaga uzyskania zgody sądu opiekuńczego na jej dokonanie. Oznacza to, że przedstawiciel ustawy dziecka zamierzający złożyć oświadczenie woli w realizacji prawa udziałowego – lub podjąć inną czynność z tego zakresu – musi w pierwszej kolejności ocenić, czy ciężar gatunkowy takiego oświadczenia lub czynności jest taki, że mogą one skutkować naruszeniem interesów majątkowych

51 Tak A. Kidyba, (w:) M. Dumkiewicz, A. Kidyba, Komentarz aktualizowany do art. 1–300 Kodeksu spółek handlowych, Komentarz do art. 243, LEX/el. 2022.

dziecka. Dokonanie takiej oceny może napotykać na istotne trudności. Spółka z o.o. jako forma organizacyjno-prawna prowadzenia działalności gospodarczej stanowi bowiem element życia gospodarczego charakteryzującego się wysokim stopniem skomplikowania i jednocześnie nieprzewidywalności. Innymi słowy, precyzyjne ustalenie skutków określonego sposobu głosowania lub też dokonania innych czynności związanych z wykonywaniem praw udziałowych może być trudne do przewidzenia w chwili ich podejmowania. Trudności tej nie redukuje poddanie sprawy pod rozstrzygnięcie sądu opiekuńczego. Podkreślić bowiem należy, że także sąd w wielu przypadkach nie dysponuje instrumentarium umożliwiającym rozeznanie interesu dziecka w kontekście planowanego wyrażenia woli w postaci głosowania lub dokonania czynności prawnej. Jej wpływ na majątek dziecka ujawni się bowiem dopiero w przyszłości i determinowany będzie wieloma zmiennymi nieznanymi w chwili podejmowania rozstrzygnięcia. W tej sytuacji stawiany przez doktrynę wymóg oceny przez sąd opiekuńczy ustalenia celowości czynności z gospodarczego punktu widzenia może nie być możliwy do realizacji. Tytułem przykładu wskazać należy głosowanie w przedmiocie podwyższenia kapitału zakładowego spółki z o.o. Konsekwencją podwyższenia kapitału jest powstanie po stronie współnika obowiązku pokrycia nowo utworzonych udziałów⁵². Z jednej zatem strony dziecko będące współnikiem musi spełnić świadczenie – pieniężne lub niepieniężne – tytułem pokrycia udziałów, z drugiej natomiast zwiększa się jego udział w majątku spółki. Nadto spółka zyskuje środki, które służyć mogą rozwojowi jej działalności i powiększeniu w przyszłości jej majątku, a tym samym wzrostowi majątku współnika. Ocena przez sąd zasadności ekonomicznej takiej decyzji – jeśli w ogóle możliwa w chwili podejmowania rozstrzygnięcia – wymaga wiedzy specjalnej, a w konsekwencji zasięgnięcia opinii biegłego sądowego. Istota spraw spółkowych powoduje jednak, że w wielu przypadkach dokonanie oceny – nawet po zasięgnięciu opinii biegłego – zasadności ekonomicznej aktów z zakresu wykonywania praw udziałowych nie będzie możliwe.

Trudności z merytoryczną oceną ekonomicznej zasadności czynności związanych z wykonywaniem praw udziałowych nie wyczerpują problemów powstających na tle poddania sprawowania zarządu nad udziałami dziecka w spółce z o.o. kontroli sądu opiekuńczego. Drugim obszarem tych trudności jest konieczność skorelowania okresu trwania postępowania w przedmiocie udzielenia zgody na dokonanie czynności z terminami odnoszącymi się do podejmowania decyzji wewnątrzspółkowych. Dotyczy to w szczególności zasad zwoływania i odbywania zgromadzenia współników. Zgodnie z przepisem art. 238 § 1 k.s.h. zgromadzenie współników zwołuje się poprzez zawiadomienie o jego miejscu i terminie wysłane co najmniej dwa tygodnie przed jego terminem. Uzyskanie zezwolenia na głosowanie w sprawie objętej porządkiem obrad w tak krótkim czasie – także z uwagi na niejednokrotną złożoność mate-

52 Do podwyższenia kapitału zakładowego spółki z o.o. stosuje się – na zasadzie art. 261 k.s.h. – przepis art. 154 § 3 k.s.h. zakazujący obejmowania udziałów poniżej ich wartości nominalnej.

rii objętej głosowaniem skutkującą koniecznością prowadzenia przez sąd opiekuńczy szczegółowego postępowania dowodowego celem ustalenia potencjalnego wpływu uchwały na majątek dziecka – może napotkać na istotne trudności.

Nie może także umykać naszej uwadze, że konieczność uzyskiwania zezwolenia sądu opiekuńczego na złożenie oświadczenia woli w wykonaniu praw udziałowych może negatywnie wpływać na działalność spółki, a tym samym na sferę prawną dziecka będącego jej udziałowcem. Dynamika działalności gospodarczej prowadzonej przez spółkę w wielu przypadkach wymaga podejmowania decyzji bezzwłocznie. W tym kontekście wydłużenie tego terminu wynikające z konieczności przeprowadzenia postępowania może prowadzić do negatywnych konsekwencji z punktu widzenia efektywności podejmowanych przez spółkę decyzji gospodarczych.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że regulacje k.r.o. dotyczące zarządu majątkiem dziecka są nieprzydatne na gruncie wykonywania niektórych uprawnień udziałowych dziecka w spółce z o.o. W wielu przypadkach sąd opiekuńczy nie dysponuje instrumentami umożliwiającymi dokonanie kontroli tych czynności pod kątem ich zgodności z interesem dziecka. Podkreślić należy, że w dużej mierze wynika to ze specyfiki spraw spółkowych powodującej, że konsekwencje konkretnych decyzji warunkowane są wieloma zmiennymi, często nieznanymi w chwili podejmowania rozstrzygnięcia. Nadto procedura postępowania w przedmiocie udzielenia zgody na dokonanie czynności przekraczającej zwykły zarząd nie przystaje do terminów podejmowania uchwał w spółce z o.o. Życie spółkowe – determinowane w praktyce obrotu dynamiką zdarzeń gospodarczych – wyprzedza zazwyczaj porządek czynności postępowania sądowego.

Podsumowanie i wnioski

Obowiązujący system zarządu majątkiem dziecka nie przystaje do wymogów prawa spółek. Reguły udzielania zgody na dokonanie czynności przekraczającej zwykły zarząd są całkowicie nieefektywne, co może wywoływać tendencję do ich nieprzestrzegania. Zauważyć przy tym należy, że problem nie dotyczy tylko ustawodawstwa polskiego. Jak bowiem wynika z przeglądu regulacji obcych dokonanego w niniejszym opracowaniu, większość z nich przyjmuje tożsame z polskimi rozwiązania w zakresie zarządu majątkiem dziecka lub znacznie do nich zbliżone, co czyni przedstawione powyżej problemy aktualnymi także na ich gruncie. W szczególności zatem pojawia się wątpliwość odnośnie do dopuszczalności kwalifikacji czynności związanych z wykonywaniem praw udziałowych w spółce jako czynności zarządu majątkiem dziecka wymagających zgody sądu opiekuńczego. Nadto kryteria wyodrębnienia czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu także pozostają w wielu krajach nieostre, czego przykładem są regulacje austriacka lub włoska. Zauważyć przy tym należy, że rozwiązania niemieckie, węgierskie czy fińskie wprost

wymagają zgody – odpowiednio sądu i kuratora – na czynności dotyczące posiadanych przez dziecko udziałów lub akcji czy też na decyzje o charakterze biznesowym. Stanowią zatem rozwiązania o wyższym stopniu restryktywności niż polskie.

Problemy te nie dotyczą natomiast państw takich jak Anglia, Walia, Szwajcaria, w których ustawodawca nie przewiduje szczególnego trybu zarządu majątkiem dziecka, pozostawiając tę kwestię wyłącznie w gestii władzy rodzicielskiej. Sposób sprawowania tej władzy podlega bowiem generalnej ocenie bez konieczności poddawania konkretnych czynności dotyczących zarządu majątkiem dziecka ocenie sądu opiekuńczego. Podobny wniosek można wyprowadzić w stosunku do regulacji francuskiej oraz belgijskiej, nie zawierają one bowiem w katalogu czynności zarządu wymagających zgody sądu czynności związanych z wykonywaniem praw udziałowych w ramach zarządu majątkiem dziecka.

Przeprowadzone rozważania prowadzą do wniosku, że rozwiązaniem problemu zarządu prawami udziałowymi dziecka w spółce z o.o. mogłoby być wyraźne wskazanie w ustawie, że zarząd ten nie podlega regulacji art. 101 § 3 k.r.o. Wyłączenie takie rozwiązałoby wątpliwości interpretacyjne powstające na tle kwalifikacji czynności z zakresu wykonywania praw udziałowych jako czynności zarządu majątkiem dziecka. Jednocześnie usuwałoby barierę prawidłowego funkcjonowania spółki, jaką stanowi dla niej konieczność pozyskiwania zgody sądu opiekuńczego na podejmowanie czynności spółkowych⁵³. Wreszcie niwelowałoby negatywne skutki nałożenia na sąd opiekuńczy obowiązku podejmowania rozstrzygnięć w warunkach braku po jego stronie instrumentów umożliwiających należyte rozeznanie skutków majątkowych podejmowanych w imieniu i na rzecz dziecka decyzji właścicielskich w spółce.

Nie sposób jednakże nie zauważyć, że wyłączenie szeroko rozumianych spraw spółkowych z zakresu czynności zarządu majątkiem dziecka może odbyć się z uszczerbkiem dla jego sfery majątkowej. Dlatego warto rozważyć wprowadzenie do polskiego systemu prawa instytucji zarządcy majątku dziecka na wzór prawa stanu Kalifornia. Powierzenie zarządu udziałami w spółce z o.o. należącymi do dziecka wysoce wykwalifikowanemu podmiotowi wydaje się rozwiązaniem służącym zabezpieczeniu interesów dziecka. W takim ujęciu zarząd mógłby być z jednej strony sprawowany w sposób adekwatny do potrzeb spółki, a jednocześnie poddanie jego rezultatów kontroli sądu służyłoby ochronie interesów dziecka. Kontrola taka miałaby charakter następczy i dotyczyła określonych przedziałów czasowych jego sprawowania. Stwarzałoby to możliwość rzetelnej oceny zasadności podejmowanych przez zarządcę decyzji z jednoczesnym uwzględnieniem okoliczności ich podejmowania. Istotną zaletą takiego rozwiązania jawi się usprawnienie procesu wykonywania uprawnień udziałowych dziecka poprzez brak konieczności uzyskiwania zgody

53 Na potrzebę zwiększenia autonomii zarządcy majątkiem dziecka powodowaną koniecznością uzyskiwania zgody sądu zwraca uwagę Krzysztof Gołębiowski; tak K. Gołębiowski, (w:) *Uwagi...*, *op. cit.*, s. 75

sądu na każdą czynność z zakresu zarządu udziałami oraz zapewnienie koordynacji podejmowanych decyzji, wynikające ze skupienia decyzyjności w rękach jednego podmiotu. Oczywiście powstaje pytanie o koszty sprawowania takiego zarządu, które w perspektywie musiałyby obciążać majątek dziecka. Nie zmienia to postaci rzeczy, że taki model zarządu prawami dziecka zdaje się zabezpieczać jego interesy w stopniu wyższym niż rozwiązania aktualnie obowiązujące.

Wydaje się, że istnieje potrzeba przeprowadzenia dyskusji w przedmiocie ewentualnej zmiany modelu sprawowania zarządu majątkiem dziecka w zakresie praw udziałowych związanych z jego uczestnictwem w spółkach prawa handlowego. Uwagi niniejszego opracowania dowiodły bowiem, że aktualna regulacja nie spełnia w należyтым stopniu wymagań współczesnego obrotu gospodarczego. Nie tylko nie realizuje swojego podstawowego celu, jakim jest ochrona majątku dziecka, ale także utrudnia prowadzenie działalności przez spółki.

BIBLIOGRAFIA

- Czemiel P., Siemion K., Zasady dziedziczenia udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością przez małoletniego spadkobiorcę, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, vol. 22, nr 3.
- Fiutak A., Odpowiedzialność rodziców za brak opieki nad dziećmi, „Studia Prawnicze KUL” 2018, nr 4 (76).
- Gajda J., (w:) K. Pietrzykowski (red.) Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz 2021, wyd. 7, Komentarz do art. 101 KRO, Legalis.
- Gołębiewski K., (w:) J. Jezior, K. Zagrobleny (red.), Uwagi dotyczące zarządu majątkiem dziecka pozostającego pod władzą rodzicielską. Wybrane zagadnienia polskiego prawa prywatnego: księga pamiątkowa ku czci doktora Józefa Kremisa i doktora Jerzego Strzebińczyka, Wrocław 2019.
- Gromek K., Granice władzy rodzicielskiej, „Monitor Prawniczy” 2021, nr 8.
- Gromek K., Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz 2020, wyd. 7, Komentarz do art. 101 KRO, Legalis.
- Herbet A., (w:) System Prawa Prywatnego, t. 17 A: Prawo spółek kapitałowych, red. S. Sołtyński, wyd. 2, Warszawa 2015.
- Hausheer H., Achermann-Weber C., Wolf S., Questionnaire: Switzerland, (w:) K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Summer (red.), European Family Law in Action, vol.: III Parental Responsibilities, Antwerp–Oxford 2005.
- Jędrejek G., Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz aktualizowany, Komentarz do art. 101, LEX/el 2019.
- Kidyba A., (w:) M. Dumkiewicz, A. Kidyba, Komentarz aktualizowany do art. 1–300 Kodeksu spółek handlowych, Komentarz do art. 243, LEX/el. 2022.
- Kurki-Suonio K., Questionnaire: Finland, (w:) K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Summer, European Family Law in Action, vol.: III Parental Responsibilities, Antwerp–Oxford 2005.
- Lowe N., Questionnaire: England and Wales, (w:) K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Summer (red.), European Family Law in Action, vol.: III Parental Responsibilities, Antwerp–Oxford 2005.

- Lund-Andersen I., Jeppesen-de Boer Ch., Questionnaire: Denmark, (w:) K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Summer (red.), *European Family Law in Action*, vol.: III Parental Responsibilities, Antwerp–Oxford 2005.
- Pazdan M., (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 1: Prawo cywilne – część ogólna, red. M. Safjan, Warszawa 2007.
- Pintens W., Pignolet D., Questionnaire: Belgium, (w:) K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Summer, *European Family Law in Action*, vol.: III Parental Responsibilities, Antwerp–Oxford 2005.
- Pyziół W., (w:) W. Pyziół, I. Weiss, A. Szumański, *Prawo spółek*, Warszawa 2014.
- Radwański Z., (w:) *System Prawa Prywatnego*, t 2: Prawo cywilne – część ogólna, red. Z. Radwański, Warszawa 2002.
- Romanow S., Zarząd majątkiem dziecka sprawowany przez rodziców, „*Transformacje Prawa Prywatnego*” 2021, nr 1.
- Roth M., Questionnaire: Austria, (w:) K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Summer, *European Family Law in Action*, vol.: III Parental Responsibilities, Antwerp–Oxford 2005.
- Slyk J., (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz 2020*, wyd. 8, Komentarz do art. 01 KRO, Legalis.
- Sołtysiński S., (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych*, t. I: Przepisy ogólne. Spółki osobowe, Komentarz do artykułów 1–150, Warszawa 2012.
- Weiss E., Szeibert O., Questionnaire: Hungary, (w:) K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Summer, *European Family Law in Action*, vol.: III Parental Responsibilities, Antwerp–Oxford 2005.
- Wicherek P., (w:) M. Frasz, M. Habdas (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Komentarz do art. 101, *System Informacji Prawnej Lex*.
- Zegadło R., Zarząd majątkiem dziecka, „*Monitor Prawniczy*” 2005, nr 18.

Justyna Maliszewska-Nienartowicz

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Polska

mal-nie@umk.pl

ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0001-8266-3104>

Prawo dziecka do kontaktów z osobami bliskimi w sytuacjach transgranicznych – uwagi na tle unijnych regulacji prawnych oraz orzecznictwa TSUE

The Right of a Child to Contact Relatives in Cross-Border Situations – Comments Based on EU Legal Regulations and the Case Law of the CJEU

Abstract: The article presents EU legal regulations and decisions of the Court of Justice of the European Union (CJEU) relating to one of the most important rights of children, which is their right to direct contact with their parents and other people close to them. Difficulties may be encountered in cross-border situations when the child moves to another Member State or to a third country. In the first case, EU regulations apply, in particular Art. 24 of the EU Charter of Fundamental Rights and the Council Regulation 2019/1111. They are complemented by the case law of the CJEU, which interprets the terms they contain, e.g. the right to personal contact with the child. Its decisions recognise the best interests of the child as an overriding principle. At the same time, the Court tries to adapt existing EU legal provisions to social realities related not only to increased mobility, but also to changes in the structure of the family itself (patchwork families, single-parent families, etc.).

Key words: art. 24 of the Charter, contact between the child and the parents, Council Regulation No. 2019/1111, judgment in case C-335/17, the best interests of the child, the right of access

Słowa kluczowe: art. 24 KPP, kontakty dziecka z rodzicami, rozporządzenie Rady nr 2019/1111, wyrok w sprawie C-335/17, najlepszy interes dziecka, prawo do osobistej styczności

Wprowadzenie

Współczesne prawo rodzinne staje przed wieloma wyzwaniami, a prawa dziecka podlegają nieustannej ewolucji ze względu na zmiany zachodzące w społeczeństwie. Jedną z nich pozostaje zwiększona mobilność ludzi, która niejedno-

krotnie wiąże się z opuszczeniem własnego miejsca zamieszkania i udaniem się do innego kraju. Jeśli rodzic/rodzice przeprowadzają się do innego państwa, a dziecko pozostaje w dotychczasowym miejscu zamieszkania, pojawia się zagadnienie jego osobistej więzi oraz stałych i bezpośrednich kontaktów z rodzicami/rodzicem w tej nowej sytuacji transgranicznej. Podobnie gdy rodzina przeniesie się do innego kraju, ale w dotychczasowym pozostaną na przykład dziadkowie czy rodzeństwo. W doktrynie podkreśla się, że prawo do osobistej styczności z dzieckiem może przysługiwać także dalszym krewnym czy osobom bliskim – po uwzględnieniu dobra dziecka i o ile nie narusza to uprawnień rodzicielskich¹. Nie ma wątpliwości, że jest ona bardzo istotna dla emocjonalnego i psychologicznego rozwoju dziecka². Pojawia się zatem pytanie, jak w takim przypadku należy kształtować jego relacje z bliskimi osobami?

Tego rodzaju sytuacje transgraniczne starają się regulować przepisy prawne przyjmowane w Unii Europejskiej (dalej: UE lub Unia), zwłaszcza odnoszące się do jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń sądowych wydawanych w różnych państwach członkowskich³. Ich głównym celem jest skrócenie czasu trwania transgranicznych sporów sądowych dotyczących dzieci i ograniczenie ich kosztów. Jednocześnie jednak główną zasadą, jaką mają kierować się sądy, w tym Trybunał Sprawiedliwości UE (dalej: TS lub Trybunał), jest dobro dziecka, które co do zasady należy wysłuchać. Pojawia się pytanie, jak ten aspekt jest realizowany w kontekście zapewnienia prawa do osobistej więzi i kontaktów z dzieckiem? Czy jego dobro rzeczywiście przeważa nad innymi względami, np. o proceduralnym charakterze? Jak Trybunał odnosi się do kwestii „osobistej styczności” z dzieckiem? Czy jego orzecznictwo uwzględni nowe uwarunkowania, jakie pojawiają się w związku z ewolucją społeczeństwa, w tym jego zwiększoną mobilnością?

1 Por. P. Mostowik, *Władza rodzicielska i opieka nad dzieckiem w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2014, s. 65.

2 Słusznie zwraca na to uwagę W. Lis, *Enforcement of the Obligation to Maintain Contact with a Child*, „Białystok Legal Studies” 2021, tom 26, nr 5 (Special Issue), s. 197.

3 Rozporządzenie Rady nr 2019/1111 z 25 czerwca 2019 r. w sprawie jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej oraz w sprawie uprowadzenia dziecka za granicę (wersja przekształcona) (Dz.Urz. UE L 178, 2.7.2019, s. 1–115). Znajduje ono zastosowanie w państwach członkowskich (z wyjątkiem Danii) od 1 sierpnia 2022 r. Jedynie art. 92, 93 i 103, które odnoszą się do zmienionych załączników oraz informacji, jakie państwa członkowskie miały przekazać Komisji Europejskiej, były stosowane od 22 lipca 2019 r. Ogólnie na temat tego rozporządzenia zob. O. Bobrzyńska, *Nowa unijna regulacja spraw małżeńskich i rodzinnych – rozporządzenie Rady (UE) 2019/1111*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2020, nr 3, s. 511–544 oraz J. Gołaczyński (red.), *Jurysdykcja, uznawanie i wykonywanie orzeczeń w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej oraz w sprawie uprowadzenia dziecka za granicę. Komentarz do Rozporządzenia Rady UE 2019/1111*, Warszawa 2022.

Starając się odpowiedzieć na te pytania badawcze, można sformułować pewne hipotezy. Po pierwsze, zarówno w aktach prawnych, jak i w orzecznictwie TS dobro dziecka i zapewnienie jego najlepszego interesu są uznawane za zasady nadrzędne i nie ma w tym zakresie wyjątków. Po drugie, mimo że nie wszystkie przepisy unijne dotyczące odpowiedzialności rodzicielskiej oraz prawa dziecka do utrzymania bezpośrednich kontaktów dzieci z rodzicami czy innymi osobami bliskimi (np. dziadkami) są dostosowane do zmian zachodzących w społeczeństwie, to jednak te luki w regulacjach prawnych stara się wypełniać Trybunał w swoim orzecznictwie.

Z tego powodu w niniejszym artykule po przedstawieniu postanowień unijnych aktów prawnych (zarówno prawa pierwotnego, jak i wtórnego) dotyczących osobistej więzi oraz stałych i bezpośrednich kontaktów dziecka z rodzicami omówiono najważniejsze rozstrzygnięcia TS w tym zakresie. Analiza została uzupełniona odwołaniem się do poglądów doktryny prawa europejskiego, a w zakończeniu podjęto próbę odpowiedzi na wyżej postawione pytania badawcze oraz weryfikacji dwóch hipotez głównych. Sformułowano także najważniejsze postulaty *de lege ferenda*.

1. Regulacje unijnego prawa pierwotnego

Traktaty założycielskie Unii odnoszą się do praw dziecka głównie w kontekście jej zasad ogólnych oraz celów. Art. 3 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej (dalej: TUE) wskazuje ogólnie, że organizacja ta wspiera ochronę praw dziecka, a w ust. 5 art. 3 przewidziano podobne zobowiązanie Unii w stosunkach zewnętrznych. Natomiast bardziej szczegółowe regulacje prawne zawiera Karta Praw Podstawowych UE (dalej: KPP lub Karta)⁴. Art. 24 Karty znajdujący się w tytule III: Równość jest wzorowany na Konwencji ONZ o prawach dziecka z 20 listopada 1989 r.⁵ (dalej: Konwencja), która została ratyfikowana przez wszystkie państwa członkowskie. W rezultacie art. 24 ust. 1 przewiduje, że: „Dzieci mają prawo do takiej ochrony i opieki, jaka jest konieczna dla ich dobra. Mogą one swobodnie wyrażać swoje poglądy. Poglądy te są brane pod uwagę w sprawach, które ich dotyczą, stosownie do ich wieku i stopnia dojrzałości”. W przepisie tym wzięto zatem pod uwagę dwa odrębne prawa: do ochrony i opieki koniecznej dla ich dobra oraz do swobodnego wyrażania swoich poglądów (uregulowane odpowiednio w art. 3 ust. 2 i art. 12 ust. 1 Konwencji).

W kolejnym ustępie art. 24 Karty przewidziano natomiast, że władze publiczne i instytucje prywatne powinny uwzględniać „najlepszy interes dziecka” we wszystkich działaniach, które go dotyczą. Regulacja ta opiera się na art. 3 ust. 1 Konwencji i podobnie jak ona wymienia szeroki krąg podmiotów zobowiązanych do traktowania dobra dziecka w sposób priorytetowy. Wprawdzie przepis wskazuje ogólnie na władze publiczne i podmioty prywatne, ale nie ma wątpliwości, że te pierwsze obej-

4 Dz.Urz. UE C 326, 26.10.2012, s. 391–407.

5 Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526.

mują sądy, organy administracyjne oraz tworzące prawo. Ich zadaniem jest uwzględnianie najlepszego interesu dziecka we wszystkich działaniach, które mają z nim związek, aby zapewnić jego pełny rozwój i zaspokoić wszystkie jego potrzeby: materialne, emocjonalne, edukacyjne itp. Ochrona dobra dziecka i jego najlepszego interesu stanowi zatem zasadę nadrzędną prawa unijnego, którą należy brać pod uwagę w sprawach odnoszących się do odpowiedzialności rodzicielskiej. Mamy przy tym do czynienia z typową klauzulą generalną⁶, co pozostawia organom stosującym KPP, a zwłaszcza TS, bardzo szerokie pole do wyznaczania jej treści materialnej⁷. Niewątpliwie jednak najlepszy interes dziecka należy traktować jako główny determinant jego sytuacji prawnej, a zatem każde prawo podmiotowe musi być respektowane lub chronione przez władze publiczne i instytucje prywatne przy uwzględnieniu tego kryterium⁸. Potwierdza to orzecznictwo TS, który wielokrotnie odwoływał się do art. 24 Karty, wskazując na potrzebę ochrony dobra dziecka⁹.

Zasada ta odgrywa ważną rolę także w kontekście prawa dziecka do utrzymywania stałego, osobistego związku i bezpośredniego kontaktu z obojgiem rodziców. W art. 24 ust. 3 Karty zastrzega się bowiem, że nie będzie ono realizowane, jeśli pozostaje to w sprzeczności z interesami dziecka. Omawiana regulacja prawna jest kluczowa dla rozważań zawartych w niniejszym artykule. Ujmuje ona prawo dziecka do utrzymywania stałego, osobistego związku i bezpośredniego kontaktu z obojgiem rodziców w kategoriach prawa podmiotowego, które wzorowane jest na postanowieniu art. 9 ust. 3 Konwencji. Można je zatem uznać za międzynarodowy oraz europejski standard, który musi być respektowany we wszystkich państwach członkowskich UE. W wyjaśnieniach dotyczących Karty¹⁰ wskazuje się, że regulacja ta uwzględnia sprawy cywilne mające transgraniczne skutki. Przyjmowane na podstawie art. 81 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE), a związane z tworzeniem przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości prawodawstwo Unii przewiduje niezbędne uprawnienia w tym zakresie, w szczególności prawo do odwiedzin, umożliwiające dzieciom regularne i bezpośrednie kontakty z obojgiem

6 Takie stanowisko jest wyrażane także w polskiej doktrynie w kontekście pojęcia „dobre dziecka”; por. W. Stojanowska, *Dobre dziecka w aspekcie sprawowanej nad nim władzy rodzicielskiej*, „Studia nad Rodziną” 2000, nr 1 (6), s. 55; zob. również M. Andrzejewski, *Application of the Clause of the Good of the Child: Reflections Inspired by the Decision of the Supreme Court on the Creation of Foster Families*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2021, tom 30, nr 5, s. 29–51.

7 Tak słusznie S. Majkowska-Szulc, M. Tomaszewska, Art. 24, (w:) A. Wróbel (red.) *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 778.

8 *Ibidem*, s. 781.

9 Por. M. Klaasen, P. Rodrigues, *The Best Interests of the Child in EU Family Reunification Law: A Plea for More Guidance on the Role of Article 24 (2) Charter*, „European Journal of Migration and Law” 2017, tom 19, s. 195. Należy je także brać pod uwagę w kontekście przyznawania świadczeń alimentacyjnych, na co wskazał niedawno TS w wyroku z dnia 12 maja 2022 r., C-644/20, *W.J przeciwko L.J. i J.J.*, ECLI:EU:C:2022:371.

10 Dz.Urz. UE C 303, 14.12.2007, s. 17–35.

rodziców. W doktrynie podkreśla się, że jest to prawo o charakterze osobistym, wykonywane samodzielnie przez dziecko¹¹.

2. Rozporządzenie Rady nr 2019/1111

Kwestia ochrony praw dziecka, w tym jego osobistych związków i bezpośrednich kontaktów z obojgiem rodziców, uregulowana jest obecnie w rozporządzeniu Rady nr 2019/1111 z dnia 25 czerwca 2019 r. w sprawie jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich i dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej oraz w sprawie uprowadzenia dziecka za granicę (dalej: rozporządzenie Rady nr 2019/1111)¹². Z dniem 1 sierpnia 2022 r. zastąpiło ono obowiązujące dotąd rozporządzenie Rady nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej (dalej: rozporządzenie Rady nr 2201/2003)¹³. Przyczyną przeprowadzenia przeglądu i dokonania zmian dotychczas obowiązujących przepisów prawnych była m.in. rosnąca liczba spraw, w których jeden rodzic wyjeżdża z dzieckiem z kraju stałego pobytu bez zgody drugiego¹⁴.

W rozporządzeniu Rady nr 2019/1111 wskazuje się, że pojęcie odpowiedzialności rodzicielskiej obejmuje także prawo do osobistej styczności z dzieckiem (ang. *right of access*, niem. *Umgangsrecht*, fr. *droit de visite*), a zatem jego regulacje odnoszą się także do tego istotnego w praktyce aspektu. Art. 2 ust. 2 pkt 10 określa je jako „prawo do osobistej styczności z dzieckiem, w tym prawo do zabrania dziecka na czas ograniczony do innego miejsca niż miejsce zwykłego pobytu”¹⁵. Definicja ta jest bardzo ogólna, nie wskazuje osób, które mogą być jego podmiotami, i nie określa w sposób wyczerpujący jego treści. Na przykład, nie jest do końca jasne, czy pojęcie to obejmuje sytuację, w której dziecko spędza równą ilość czasu w dwóch państwach

11 A. Martins, B. Alcarva, D. Marques, *Children in Post-Modern Families: the Right of Children to Have Contact with Attachment Figures*, Lisbon 2017, s. 15, <https://www.ejtn.eu/Documents/Team%20Portugal%201%20Semi-Final%20B.pdf> (31.10.2021)

12 Dz.Urz. UE L 178, 2.7.2019, s. 1–115.

13 Dz.Urz. L 338, 23.12.2003, s. 1–29.

14 Por. szerzej K. Bagan-Kurluta, *Dobro dziecka w sprawach o uprowadzenie dziecka za granicę. Zmiany w prawie i ich spodziewane skutki*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2019, t. 25, s. 6.

15 Warto zauważyć, że nastąpiła tu różnica w tłumaczeniu na język polski w stosunku do wcześniej obowiązującego rozporządzenia Rady nr 2201/2003, w którym występowało pojęcie: „prawa do kontaktów z dzieckiem”. Zmiana ta nie jest zbyt trafna i nie ma dostatecznego uzasadnienia, zważywszy, że w pozostałych wersjach językowych nie nastąpiły w tym zakresie modyfikacje. Poza tym termin „kontakt z dzieckiem” jest używany także w języku potocznym i choćby z tego względu lepiej rozumiany niż „osobista styczność z dzieckiem”.

członkowskich (z dwójką rodziców mieszkających blisko granicy)¹⁶. Tymczasem można było wskazać, że jest to prawo istotne do podtrzymania więzi z dzieckiem albo chociaż pokusić się o dalsze przykładowe wyliczenie elementów zapewniających osobistą styczność, jak spotkania, kontakt przez Internet, e-mail, telefon, korespondencja listowa itd. Ponadto w literaturze wskazuje się na potrzebę rozszerzenia zakresu podmiotowego tego prawa i uwzględnienie w jego ramach osób innych niż rodzice, takich jak dziadkowie czy rodzeństwo¹⁷. Trybunał w jednym ze swoich rozstrzygnięć (patrz niżej) uznał, że prawo do osobistej styczności z dzieckiem przysługuje także babciom i dziadkom. Nic nie stało zatem na przeszkodzie, aby w treści rozporządzenia Rady nr 2019/1111 uwzględnić także inne bliskie dla dziecka osoby. Niestety, nie zdecydowano się na taką zmianę. W rezultacie przy tak ogólnej definicji prawa do osobistej styczności z dzieckiem należy się spodziewać, że to nadal orzecznictwo TS będzie odgrywało główną rolę przy doprecyzowaniu zarówno jego zakresu, jak i praktycznych sposobów jego realizacji.

Warto również zwrócić uwagę na pozostałe przepisy rozporządzenia Rady nr 2019/1111 odnoszące się do osobistej styczności z dzieckiem. Mają one głównie proceduralny charakter, gdyż do tych zagadnień odnosi się omawiany akt prawny. Przede wszystkim zatem należy przywołać art. 8, który przewiduje utrzymanie jurysdykcji sądów tego państwa członkowskiego, w którym dziecko poprzednio miało zwyczajny pobyt¹⁸, w odniesieniu do prawa do osobistej z nim styczności. Dotyczy to jednak tylko takiej sytuacji, w której mamy do czynienia ze zgodnym z prawem przeprowadzeniem się dziecka z jednego państwa członkowskiego do innego i uzyskaniem przez nie w tym państwie nowego zwykłego pobytu. Omawiana podstawa jurysdykcji znajduje zastosowanie jedynie w okresie trzech miesięcy po przeprowadzce i służy do zmiany orzeczenia dotyczącego prawa do osobistej styczności z dzieckiem wydanego przed przeprowadzeniem się dziecka i pod warunkiem, że osoba, której na podstawie tego orzeczenia przyznano prawo do osobistej styczności z dzieckiem, nadal ma zwykły pobyt w państwie członkowskim poprzedniego zwykłego pobytu dziecka. Wreszcie ten wyjątek nie znajdzie zastosowania w przypadku, gdy osoba uprawniona do osobistej styczności z dzieckiem uznała właściwość sądów państwa członkow-

16 T. Krugera, L. Samyn, Brussels II bis: successes and suggested improvements, „Journal of Private International Law” 2016, nr 1, s. 29.

17 Zob. J. Gray, W. Schrama, V. Lazić, Scope and Definitions, (w:) Regulation Brussels II bis. Guide for Application, 2018, s. 13, <https://www.asser.nl/media/5260/cross-border-proceedings-guide-for-application.pdf> (3.11.2021).

18 Odnośnie do interpretacji tego pojęcia przez TS por. m.in. O. Bobrzyńska, Miejsce zwykłego pobytu dziecka — uwagi na tle wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 czerwca 2018 r. (C-512/17) oraz z dnia 17 października 2018 r. (C-393/18 PPU), „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2020, t. 27 oraz powoływane tam dalsze źródła; zob. też M. Pilich, Łącznik zwykłego pobytu dziecka w unijnym międzynarodowym prawie rodzinnym – wprowadzenie i wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 28.06.2018 r., C-512/17, Postępowanie zainicjowane przez HR, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 9.

skiego nowego zwykłego pobytu dziecka poprzez udział w postępowaniu przed tymi sądami, nie kwestionując ich jurysdykcji¹⁹.

Omawiany akt prawny przewiduje również uproszczony tryb uznawania i wykonywania orzeczeń dotyczących przyznania prawa do osobistej styczności z dzieckiem (chodzi zatem o orzeczenia pozytywne, a nie te, które odmawiają takiego prawa). W tym zakresie art. 42 przewiduje, że takie orzeczenia mają uprzywilejowany charakter w tym znaczeniu, że orzeczenie wydane przez sąd innego państwa członkowskiego należy traktować tak, jakby zostało ono wydane w państwie członkowskim wykonania. Niezbędne jest jednak wydanie w odniesieniu do nich stosownego zaświadczenia (jego elementy określa załącznik V do rozporządzenia Rady nr 2019/1111). Zniesienie procedury *exequatur* ma służyć zwiększeniu skuteczności w zakresie transgranicznego wykonywania orzeczeń poprzez usunięcie konieczności uzyskania stwierdzenia wykonalności w państwie wykonania²⁰. Omawiając zagadnienie uznawania i wykonywania orzeczeń przyznających prawo do osobistej styczności z dzieckiem, należy przywołać także art. 34 ust. 2, który przewiduje możliwość nadawania im klauzuli tymczasowej wykonalności przez sąd państwa członkowskiego pochodzenia. Może to mieć miejsce niezależnie od wniesienia jakiegokolwiek środka zaskarżenia. Jak wyjaśnia się w ustępie 66 preambuły rozporządzenia Rady nr 2019/1111, regulacja ta została dodana „z myślą o sytuacjach mających pilny charakter”.

Z kolei w przepisie art. 54 zostały określone warunki wykonywania prawa do osobistej styczności z dzieckiem. Przewiduje się, że w sytuacji, gdy niezbędne wymogi w tym względzie nie zostały wcale lub w dostateczny sposób określone w orzeczeniu wydanym przez sądy państwa członkowskiego mającego jurysdykcję w sprawie

19 Utrzymanie jurysdykcji sądów poprzedniego miejsca zwykłego pobytu dziecka zależy zatem od spełnienia kilku warunków. Po pierwsze, przepis art. 8 znajdzie zastosowanie tylko, jeśli osoba posiadająca prawo do osobistej styczności z dzieckiem chce doprowadzić do zmiany orzeczenia dotyczącego tej kwestii (musi zatem istnieć wcześniej wydane orzeczenie). Po drugie, wyjątek ten odnosi się tylko do przypadków zmiany miejsca pobytu dziecka zgodnego z prawem. Po trzecie, znajduje on zastosowanie jedynie przez okres 3 miesięcy od momentu fizycznego przemieszczenia się dziecka. Po czwarte, dziecko musi rzeczywiście uzyskać miejsce zwykłego pobytu w nowym państwie członkowskim w tym okresie. Po piąte, osoba posiadająca prawo do osobistej styczności z dzieckiem musi nadal przebywać w państwie poprzedniego zwykłego pobytu dziecka. Po szóste, osoba ta nie może zaakceptować właściwości sądów państwa członkowskiego, w którym dziecko uzyskało nowy zwykły pobyt. Jeśli to uczyni, także w sposób dorozumiany, uczestnicząc w toczącym się postępowaniu, wówczas przepis art. 8 nie znajdzie zastosowania, a sądy nowego państwa członkowskiego uzyskają właściwość w sprawie; por. J. Maliszewska-Nienartowicz, Europejskie prawo procesowe cywilne, (w:) A. Wróbel (red.), Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy, Warszawa 2010, s. 477–478.

20 V. Lazić, W. Schrama, Enforcement of the Decisions on the Rights of Access and Return Orders issued by the Courts of Child's Habitual Residence Immediately before a Wrongful Removal or Retention – Articles 40–45 and 47 and Other Provisions Applicable to the Enforcement – Articles 48–52, (w:) Regulation Brussels II bis..., *op. cit.*, s. 255.

i pod warunkiem, że nie zostaną naruszone istotne elementy tego orzeczenia, organy właściwe w zakresie wykonania lub sądy państwa członkowskiego wykonania mogą same je określać (zarówno jeśli chodzi o praktyczne okoliczności, np. kiedy i skąd odbierać dziecko na spotkanie, jak i warunki prawne – por. ustęp 61 preambuły rozporządzenia Rady nr 2019/1111). Ma to ułatwiać wykonywanie orzeczeń dotyczących prawa do osobistej styczności z dzieckiem wydanych w innym państwie członkowskim. W związku z tak ujętym celem w doktrynie przyjmuje się, że sądy państwa wykonania są uprawnione do dokonywania na bieżąco praktycznych ustaleń, jeśli okażą się one konieczne²¹. Nie dotyczy to jednak wysokości kary pieniężnej mającej zabezpieczać wykonywanie orzeczenia dotyczącego prawa do osobistej styczności z dzieckiem, którą zgodnie ze stanowiskiem Trybunału powinien określić sąd państwa członkowskiego pochodzenia (patrz kolejny punkt rozważań).

Podobnemu celowi służy art. 81 regulujący zagadnienie pomocy w wykonaniu orzeczeń w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej. Sąd państwa członkowskiego, który wydał takie orzeczenie, może wystąpić do sądów lub właściwych organów państwa członkowskiego wykonania z wnioskiem o udzielenie takiej pomocy, „w szczególności w zapewnieniu skutecznego wykonywania prawa do osobistej styczności z dzieckiem”. Taka pomoc może polegać na przykład na nadzorowaniu sposobu korzystania z tego prawa albo na kontroli zastosowania się do środków dodatkowych przewidzianych w orzeczeniu, które ma zostać wykonane.

Z powyższych uwag wynika jasno, że orzeczenia dotyczące prawa do osobistej styczności z dzieckiem traktowane są w sposób szczególny przez prawodawcę unijnego. Nie tylko bowiem stosuje się do nich zasadę utrzymania jurysdykcji poprzedniego zwykłego miejsca pobytu dziecka (następuje to jednak przy spełnieniu wszystkich warunków przewidzianych w przepisie art. 8 rozporządzenia Rady nr 2019/1111), ale również podlegają one uproszczonym procedurom uznawania i wykonywania. Z punktu widzenia osób bliskich, które starają się o prawo do kontaktów z dzieckiem w sytuacjach transgranicznych, a zatem związanych z jego przeprowadzką do innego państwa członkowskiego, są to duże ułatwienia. Przede wszystkim jednak, co zostało wyraźnie podkreślone w przepisach rozporządzenia Rady nr 2019/1111, trzeba mieć na uwadze dobro dziecka.

Wśród celów przyjęcia tego aktu prawnego znalazło się m.in. przyspieszenie procedur z uwagi na konieczność niezwłocznego zapewnienia ochrony tego dobra w wielu zaistniałych okolicznościach²². Ponadto wskazano na potrzebę zapewnienia w toku postępowań dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej rzeczywistej i skutecznej możliwości wyrażenia przez dziecko swoich poglądów, jeśli jest ono w stanie je formułować. Co więcej, po wysłuchaniu tych opinii należy przyznać im

21 *Ibidem*, s. 275.

22 Por. informacje na stronie <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:4407187> (8.11.2021).

należyłą wagę, traktując jednak dobro dziecka jako priorytet (ustęp 39 preambuły rozporządzenia Rady nr 2019/1111). Podstawy jurysdykcji w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej ukształtowane są zgodnie z zasadą dobra dziecka. Natomiast nieuwzględnienie tego dobra przez sąd państwa członkowskiego, który wydał orzeczenie dotyczące odpowiedzialności rodzicielskiej, może stanowić podstawę odmowy uznania lub wykonania tego rozstrzygnięcia w innym państwie członkowskim. Ochrona dobra dziecka przeważa zatem nad innymi względami istotnymi w kontekście postępowań dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej.

3. Orzecznictwo Trybunału

3.1. Zakres prawa do osobistej styczności z dzieckiem

Trybunał w swoim orzecznictwie odniósł się przede wszystkim do zakresu podmiotowego tego prawa. Zagadnienie to stało się przedmiotem rozstrzygnięcia TS z dnia 31 maja 2018 r. w sprawie *Neli Valcheva przeciwko Georgiosowi Babanarakisowi*²³, która dotyczyła sporu o prawo do kontaktów z małoletnim wnukiem między mieszkającą w Bułgarii babcią a jej zięciem zamieszkałym w Grecji. Powódka po bezskutecznym zwróceniu się do organów greckich ostatecznie wszczęła postępowanie przed sądem bułgarskim, wnosząc o umożliwienie jej regularnych spotkań z wnukiem. W toku postępowania pojawiła się jednak kwestia doprecyzowania zakresu prawa do osobistej styczności z dzieckiem, a zwłaszcza odpowiedzi na pytanie, czy przysługuje ono tylko rodzicom, czy także innym krewnym.

Jak słusznie zauważył rzecznik generalny Maciej Szpunar w swojej opinii wydanej w tej sprawie²⁴, „nie może być ona analizowana w sposób oderwany od kwestii zasadniczej, którą jest kwestia wagi, jaką dla dziecka ma utrzymywanie osobistej więzi z babcią i dziadkiem, o ile kontakty te nie są sprzeczne z dobrem dziecka. Zatem rozporządzenie Rady nr 2201/2003 w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej należy interpretować właśnie w świetle zasady pierwszeństwa nadrzędnego interesu dziecka”. Rzecznik wskazał następnie na ewolucję stosunków społecznych i zróżnicowanie struktur rodzinnych, które wymuszają na prawodawcy unijnym przyjmowanie nowych regulacji prawnych. Często jednak nie nadążają one za szybkim tempem zmian zachodzących w społeczeństwie i w rodzinie. Stąd też pozostają pewne „szare strefy”, w których prawodawstwo unijne nie udziela wyraźnych odpowiedzi. Przykładem takiej sytuacji jest komentowana sprawa, w szczególności w odniesieniu do osobistych związków dziecka z innymi osobami, z którymi łączy go prawne lub faktyczne więzi „rodzinne”, takimi jak poprzedni małżonek jednego z ro-

23 C-335/17, ECLI:EU:C:2018:359.

24 Opinia z 12.04.2018, C-335/17, *Neli Valcheva przeciwko Georgiosowi Babanarakisowi*, ECLI:EU:C:2018:242, pkt 3.

dziców, rodzeństwo dziecka, dziadkowie lub partner rodzica będącego podmiotem odpowiedzialności rodzicielskiej²⁵. Jak widać, rzecznik zwrócił uwagę także na inne potencjalne osoby, które mogłyby wystąpić do sądu z wnioskiem o ustalenie prawa do bezpośrednich kontaktów z dzieckiem. Nie miał przy tym wątpliwości, że „z zastrzeżeniem nadrzędnego interesu dziecka osobista więź pomiędzy babcią i dziadkiem a wnukami jest dla dzieci, zwłaszcza w społeczeństwie podlegającym ciągłym zmianom, istotnym źródłem stabilizacji i ważnym czynnikiem więzi międzypokoleniowej, które niewątpliwie przyczyniają się do budowania ich własnej tożsamości”²⁶. Zdaniem rzecznika z brzmienia i systematyki przepisów rozporządzenia Rady nr 2201/2003 wynika, że zamiarem prawodawcy Unii było objęcie jak największej liczby sposobów, w jaki dziecko może utrzymywać osobistą więź nie tylko z rodzicami, ale także z innymi członkami rodziny lub osobami bliskimi. Jako przykłady przyszłych spraw, z którymi Trybunał może się zetknąć przy wykładni tego aktu prawnego, podał następujące przypadki: byłego partnera rodzica będącego podmiotem odpowiedzialności rodzicielskiej, jego rodziców uważanych przez dziecko za dziadków, ciotki lub wujka odpowiedzialnych podczas tymczasowej nieobecności jednego lub obojga rodziców za opiekowanie się dzieckiem²⁷.

Trybunał nie odniósł się do tych aspektów tak szeroko, jak rzecznik generalny, niemniej jednak również uznał za niezbędne doprecyzowanie zakresu pojęcia „prawa do osobistej styczności”. Podkreślił potrzebę jego autonomicznej wykładni przy uwzględnieniu brzmienia, systematyki i celów rozporządzenia nr 2201/2003, a także w świetle prac przygotowawczych z nim związanych oraz pozostałych aktów prawa Unii i prawa międzynarodowego²⁸. Wskazał również, że definicja legalna prawa do osobistej styczności z dzieckiem nie określa żadnego ograniczenia w odniesieniu do osób mogących z niego skorzystać. Podobnie w całym rozporządzeniu Rady nr 2201/2003 nie wyłączone wyraźnie możliwości objęcia zakresem stosowania tego rozporządzenia prawa babć i dziadków do osobistej styczności z ich wnukami. W rezultacie ich pozwy o ustalenie kontaktów z wnukami są objęte zakresem tego aktu prawnego, a powinien je rozpatrywać sąd miejsca zwykłego pobytu dziecka²⁹. Trybunał podkreślił także, że „pojęcie prawa do osobistej styczności z dzieckiem należy rozumieć jako dotyczące nie tylko prawa rodziców do osobistej styczności z dzieckiem, lecz także prawa pozostałych osób, z którymi dziecko powinno utrzymywać stosunki osobiste, w szczególności prawa babć i dziadków – bez względu na to, czy chodzi o osoby uprawnione z tytułu odpowiedzialności rodzicielskiej”³⁰. W ten sposób

25 *Ibidem*, pkt 31.

26 *Ibidem*, pkt 32.

27 *Ibidem*, pkt 78.

28 Wyrok C-335/17, pkt 19.

29 Wyrok C-335/17, pkt 34 i 36.

30 Wyrok C-335/17, pkt 35.

uznał za podmioty uprawnione do utrzymania kontaktów także inne osoby bliskie, takie choćby jak podane przez rzecznika generalnego w jego opinii. Takie podejście do zakresu podmiotowego prawa do osobistej styczności z dzieckiem należy przyjąć z uznaniem jako uwzględniające zmiany w sferze rodziny i jej struktury.

Z kolei w kontekście zakresu przedmiotowego omawianego prawa warto zauważyć, że na podstawie regulacji art. 2 ust. 2 pkt 10 rozporządzenia Rady nr 2019/1111 obejmuje ono zwłaszcza prawo do zabrania dziecka na czas ograniczony do innego miejsca niż miejsce zwykłego pobytu. Natomiast nie wiąże się ono z bezpośrednią opieką nad dzieckiem, a w szczególności z określaniem miejsca jego pobytu. Prawo do podejmowania takich decyzji przysługuje bowiem osobie, której przyznano prawo do pieczy nad dzieckiem³¹. Trybunał podkreśla również, że „przysługujące dziecku prawo do utrzymywania osobistego związku i bezpośredniego kontaktu z obojgiem rodziców, o którym mowa w art. 24 ust. 3 Karty, nie wymaga wyjazdu dziecka do państwa członkowskiego, w którym znajdowało się miejsce pobytu jego rodziców przed jego narodzinami. To podstawowe prawo będzie bowiem mogło być dochodzone w ramach postępowania dotyczącego istoty prawa do pieczy, o którym mowa w punkcie poprzednim, w toku którego kwestia pieczy będzie mogła być ponownie zbadana i w razie potrzeby zostanie ewentualnie ustanowione prawo do osobistej styczności z dzieckiem”³².

W praktyce dość często wygląda to tak, że jednemu z rodziców przyznaje się prawo do pieczy, a w stosunku do drugiego określa zakres i sposób wykonywania prawa do kontaktów z dzieckiem. W kontekście tego ostatniego często zwraca się uwagę na potrzebę utrzymywania relacji z drugim rodzicem, gdyż jej brak może spowodować nieodwracalną szkodę w rozwoju emocjonalnym i psychologicznym dziecka, zwłaszcza wówczas, gdy znajduje się ono w ważnym dla jego rozwoju wieku³³. Z pewnością zatem należy kierować się jego dobrem i starać się zapewnić praktyczną realizację jego prawa do utrzymania bezpośrednich kontaktów z obojgiem rodziców oraz – jak wyżej wskazano – z innymi osobami, z którymi czuje ono bliską więź.

3.2. Egzekucja kary pieniężnej za niestosowanie się do orzeczenia o prawie do osobistej styczności z dzieckiem

Trybunał w wyroku z dnia 9 września 2015 r. w sprawie *Christophe Bohez przeciwko Ingrid Wiertz*³⁴ rozstrzygnął wątpliwości związane z tym, jakim przepisom unijnym ma podlegać egzekucja takiej kary. W toku postępowania ustalono, że zgod-

31 Por. art. 2 ust 2 pkt 9 rozporządzenia Rady nr 2019/1111 oraz wyrok TS z dnia 5 października 2010 r., C-400/10 PPU, *J. McB. przeciwko L. E.*, ECLI:EU:C:2010:582, pkt 41.

32 Wyrok TS z dnia 8 czerwca 2017 r., C-111/17, *OL przeciwko PQ*, ECLI:EU:C:2017:436, pkt 66.

33 Zob. m.in. wyrok TS z dnia 24 marca 2021 r., C-603/20, *SS przeciwko MCP*, ECLI:EU:C:2021:231, pkt 33.

34 C-4/14, ECLI:EU:C:2015:563.

nie z prawem belgijskim celem kary pieniężnej jest zapewnienie efektywnej realizacji prawa do osobistej styczności z dzieckiem przyznanego przez sąd państwa członkowskiego pochodzenia. Służy ona do wywarcia presji finansowej na osobę, pod której pieczę dziecko pozostaje, tak aby współpracowała ona przy realizacji prawa do osobistej z nim styczności³⁵. W rezultacie kara pieniężna ma charakter akcesoryjny wobec głównego zobowiązania, a to przemawia za tym, aby orzeczenia sądów zagranicznych nakazujące jej zapłatę podlegały wykonaniu zgodnie z rozporządzeniem Rady nr 2201/2003.

Jednakże może to wystąpić jedynie w przypadku, gdy wysokość tej kary została ostatecznie określona przez sąd państwa członkowskiego pochodzenia. Trybunał wyszedł w tym względzie z założenia, że „zezwolenie sądowi państwa członkowskiego wykonania na ustalenie ostatecznej kwoty, którą ma zapłacić osoba, pod której pieczę pozostaje dziecko, [...] byłoby nie do pogodzenia z systemem ustanowionym w rozporządzeniu Rady nr 2201/2003. Ostateczne ustalenie tej kwoty wymusza bowiem kontrolę naruszeń, do jakich doszło zdaniem osoby uprawnionej do osobistej styczności z dzieckiem. Kontrola taka, mająca fundamentalne znaczenie z punktu widzenia najlepszego interesu dziecka, obejmuje nie tylko określenie liczby przypadków, w których kontakty z dzieckiem nie doszły do skutku, lecz także ocenę przyczyn tych uchybień. Takich ustaleń władny jest dokonywać wyłącznie sąd państwa pochodzenia, który jako jedyny może wydać rozstrzygnięcia merytoryczne”³⁶. Warto zatem zauważyć, że Trybunał starał się w tej sprawie uwzględnić „najlepszy interes dziecka”, a ten wymaga określenia nie tylko liczby sytuacji, w której doszło do naruszeń prawa do osobistej styczności z dzieckiem, ale również ich przyczyn. Należy zatem dokładnie zbadać wszystkie okoliczności towarzyszące tym uchybieniem. Wiąże się to z fundamentalnym charakterem prawa dziecka do kontaktów z obojgiem rodziców, które nie powinno być naruszane czy ograniczane bez ważnych powodów.

Uwagi końcowe i postulaty *de lege ferenda*

Przeprowadzone badania dotyczące prawa do kontaktów (osobistej styczności) z dziećmi w sytuacjach transgranicznych pozwalają na sformułowanie kilku wniosków o ogólnym i bardziej szczegółowym charakterze. Po pierwsze, akty prawa pierwotnego UE, a zwłaszcza postanowienia art. 24 Karty, stanowią odzwierciedlenie międzynarodowych standardów dotyczących ochrony praw dzieci, a zwłaszcza Konwencji. Po drugie, mimo że regulacje aktów prawa wtórnego konkretyzujące prawo do osobistej więzi i kontaktów z dzieckiem mają zasadniczo proceduralny charakter (są to przede wszystkim postanowienia rozporządzenia Rady nr 2019/1111, a poprzednio nr 2201/2003), to jednak ich stosowanie w praktyce wymaga interpretacji

35 *Ibidem*, pkt 36.

36 *Ibidem*, pkt 59.

występujących w nich pojęć. Po trzecie, dobro dziecka i zapewnienie jego najlepszego interesu są uznawane za zasady nadrzędne i nie ma w tym zakresie wyjątków. Potwierdzają to zarówno akty prawa UE, jak i orzecznictwo TS, w którym dość często pojawiają się odwołania do tych dwóch klauzul. Po czwarte, mimo że do tej pory Trybunał nie wydał zbyt wielu rozstrzygnięć odnoszących się wprost do prawa do osobistej styczności z dzieckiem, to jednak na podstawie tych, które przedstawiono w artykule, można stwierdzić, że stara się on uwzględniać nowe wyzwania, jakie pojawiają się w związku z ewolucją społeczeństwa, w tym jego zwiększoną mobilnością.

Analiza unijnych regulacji prawnych UE oraz orzecznictwa TS pozwala zatem pozytywnie zweryfikować postawioną we wstępie hipotezę dotyczącą znaczenia dobra dziecka i ochrony jego najlepszego interesu jako zasad nadrzędnych. Dotyczy to także spraw, w których określa się sposób wykonywania prawa do kontaktów (osobistej styczności) z dzieckiem. Zawsze należy kierować się jego najlepszym interesem, który generalnie wiąże się z potrzebą utrzymywania relacji z obojgiem rodziców, a także z innymi osobami, z którymi dziecko czuje szczególną więź. Może się jednak zdarzyć i tak, że to właśnie ze względu na dobro dziecka trzeba będzie ograniczyć, a nawet wyłączyć prawo do osobistej styczności. Jest to zatem najważniejsza zasada, jaką muszą kierować się sądy, orzekając o tym prawie.

Podobnie pozytywnie można zweryfikować drugą z hipotez postawionych we wstępie, wskazującą na to, że nie wszystkie przepisy unijne dotyczące prawa do kontaktów (osobistej styczności) z dzieckiem są dostosowane do zmian zachodzących w społeczeństwie, ale te luki w regulacjach prawnych stara się wypełniać Trybunał w swoim orzecznictwie. Najdobitniej świadczy o tym opinia rzecznika generalnego M. Szpunara oraz wyrok TS w sprawie *Neli Valcheva przeciwko Georgiosowi Babanarakisowi* (C-335/17), w której uznano, że prawo do kontaktów przysługuje babciom i dziadkom, a także pozostałym osobom, z którymi dziecko powinno utrzymywać stosunki osobiste. Mając na uwadze stały, a zarazem niezwykle dynamiczny charakter zmian zachodzących w społeczeństwie nie tylko w kontekście jego rosnącej mobilności, ale również w samej strukturze rodziny, co jest obecnie dużym wyzwaniem dla prawa rodzinnego, rola Trybunału w tym obszarze będzie rosła. Zwykle bowiem przepisy prawne nie nadążają za rzeczywistością, a zadaniem sądów jest ich odpowiednie dostosowanie do realiów społecznych.

Jednak również prawodawca unijny nie powinien pozostawać bierny wobec tej ewolucji w zakresie stosunków rodzinnych. W związku z tym można sformułować kilka postulatów *de lege ferenda* pod jego adresem. Przede wszystkim przy okazji kolejnej zmiany regulacji dotyczących prawa do osobistej styczności z dzieckiem w sytuacjach transgranicznych należałoby rozważyć rozszerzenie jego definicji. Mogłoby to nastąpić przez wskazanie, że jest ono istotne do podtrzymania więzi z dzieckiem oraz przez przykładowe wyliczenie działań istotnych dla zapewnienia tej bliskości. W tym względzie poza prawem do zabrania dziecka na czas ograniczony do innego miejsca niż miejsce zwykłego pobytu, na co wskazuje obecnie obowiązująca regulacja

prawna, warto by odwołać się również do spotkań, kontaktu przez Internet, e-mail, telefon, korespondencji listowej itd. Należałoby także rozszerzyć zakres podmiotowy prawa do osobistej styczności z dzieckiem i wyraźnie uwzględnić w jego ramach nie tylko rodziców, ale także dalszych krewnych i osoby bliskie, o ile tylko kontakty z nimi uwzględniają dobro dziecka. Wprawdzie taki sposób interpretacji zakresu podmiotowego omawianego prawa wynika z rozstrzygnięć TS, ale przyjęcie stosownych przepisów stanowiących odzwierciedlenie jego orzecznictwa sprzyjałoby przejrzystości i pewności prawa UE.

BIBLIOGRAFIA

- Andrzejewski M., Application of the Clause of the Good of the Child: Reflections Inspired by the Decision of the Supreme Court on the Creation of Foster Families, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2021, t. 30, nr 5.
- Bagan-Kurluta K., Dobro dziecka w sprawach o uprowadzenie dziecka za granicę. Zmiany w prawie i ich spodziewane skutki, „*Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego*” 2019, t. 25.
- Bobrzyńska O., Miejsce zwykłego pobytu dziecka – uwagi na tle wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 czerwca 2018 r. (C-512/17) oraz z dnia 17 października 2018 r. (C-393/18 PPU), „*Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego*” 2020, t. 27.
- Bobrzyńska O., Nowa unijna regulacja spraw małżeńskich i rodzinnych – rozporządzenie Rady (UE) 2019/1111, „*Kwartalnik Prawa Prywatnego*” 2020, nr 3.
- Gołaczyński J. (red.), Jurysdykcja, uznawanie i wykonywanie orzeczeń w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej oraz w sprawie uprowadzenia dziecka za granicę. Komentarz do Rozporządzenia Rady UE 2019/1111, Warszawa 2022.
- Gray J., Schrama W., Lazić V., Scope and Definitions, (w:) Regulation Brussels II bis. Guide for Application, 2018.
- Karta Praw Podstawowych UE (Dz.Urz. UE C 326, 26.10.2012, s. 391–407).
- Klaasen M., Rodrigues P., The Best Interests of the Child in EU Family Reunification Law: A Plea for More Guidance on the Role of Article 24 (2) Charter, „*European Journal of Migration and Law*” 2017, t. 19.
- Konwencja ONZ o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526).
- Kruger T., Samyn L., Brussels II bis: successes and suggested improvements, „*Journal of Private International Law*” 2016, nr 1.
- Lazić V., Schrama W., Enforcement of the Decisions on the Rights of Access and Return Orders issued by the Courts of Child’s Habitual Residence Immediately before a Wrongful Removal or Retention – Articles 40–45 and 47 and Other Provisions Applicable to the Enforcement – Articles 48–52, (w:) Regulation Brussels II bis. Guide for Application, 2018.
- Lis W., Enforcement of the Obligation to Maintain Contact with a Child, „*Białystok Legal Studies*” 2021, t. 26, nr 5 (Special Issue).
- Majkowska-Szulc S., Tomaszewska M., Art. 24, (w:) A. Wróbel (red.), Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz, Warszawa 2020.

- Maliszewska-Nienartowicz J., Europejskie prawo procesowe cywilne, (w:) A. Wróbel (red.), Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy, Warszawa 2010.
- Martins A., Alcarva B., Marques D., Children in Post-Modern Families: the Right of Children to Have Contact with Attachment Figures, Lisbon 2017.
- Mostowik P., Władza rodzicielska i opieka nad dzieckiem w prawie prywatnym międzynarodowym, Kraków 2014.
- Pilich M., Łącznik zwykłego pobytu dziecka w unijnym międzynarodowym prawie rodzinnym – wprowadzenie i wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 28.06.2018 r., C-512/17, Postępowanie zainicjowane przez HR, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 9.
- Rozporządzenie Rady nr 2019/1111 z dnia 25 czerwca 2019 r. w sprawie jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej oraz w sprawie uprowadzenia dziecka za granicę (wersja przekształcona) (Dz. Urz. UE L 178, 2.7.2019, s. 1–115).
- Rozporządzenie Rady nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie (WE) nr 1347/2000 (Bruksela II bis) (Dz. Urz. L 338, 23.12.2003, s. 1–29).
- Stojanowska W., Dobro dziecka w aspekcie sprawowanej nad nim władzy rodzicielskiej, „Studia nad Rodziną” 2000, nr 1 (6).
- Traktat o Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326, 26.10.2012, s. 1–390).
- Wyrok TS z dnia 5 października 2010 r., C-400/10 PPU, *J. McB. przeciwko L. E.*, ECLI:EU:C:2010:582.
- Wyrok TS z dnia 9 września 2015 r., C-4/14, *Christophe Bohez przeciwko Ingrid Wiertz*, ECLI:EU:C:2015:563.
- Wyrok TS z dnia 8 czerwca 2017 r., C-111/17, *OL przeciwko PQ*, ECLI:EU:C:2017:436.
- Wyrok TS z dnia 31 maja 2018 r., C-335/17, *Neli Valcheva przeciwko Georgiosowi Babanarakisowi*, ECLI:EU:C:2018:359.
- Wyrok TS z dnia 24 marca 2021 r., C-603/20, *SS przeciwko MCP*, ECLI:EU:C:2021:231.
- Wyrok TS z dnia 12 maja 2022 r., C-644/20, *WJ przeciwko L.J. i J.J.*, ECLI:EU:C:2022:371.

Katarzyna Bagan-Kurluta

Uniwersytet w Białymstoku, Polska

bagan-kurluta@uwb.edu.pl

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

Anna Klimach

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, Polska

anna.klimach@uwm.edu.pl

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7930-3888>

Powszechność stosowania rozporządzeń unijnych i ich skuteczność w kontekście wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie SS przeciwko MCP, C-603/20 PPU

Common Application of EU Regulations and Their Effectiveness in the Context of the CJEU
Judgment in the Case of SS v. MCP, C-603/20 PPU

Abstract: International child abduction is a problem, seen as growing, and increasingly as an activity that should be ruthlessly stigmatized and, if possible, eliminated from practice. The objectives of reducing, stigmatizing and ultimately eliminating international child abduction are served by a variety of measures within the framework of the Hague Conference on Private International Law and the European Union, including the creation of some sort of rapid response system. In the context of the operation of this combined system, in November 2020, the Court of Justice of the European Union received a preliminary question from the UK High Court of Justice (England & Wales), Family Division, in relation to doubts arising in the course of newly instituted court proceedings concerning jurisdiction in parental matters in situations of child abduction to a third, non-EU country. The issue is important as it relates to the possibility of initiating proceedings in the country from which the child has been abducted when the country to which the child has travelled is not in the EU.

Keywords: best interest of a child, child abduction, habitual residence, jurisdiction

Słowa kluczowe: najlepszy interes dziecka, uprowadzenie dziecka, miejsce zwykłego pobytu, jurysdykcja

Wprowadzenie

Uprowadzenia dzieci za granicę stanowią problem postrzegany jako rosnący oraz coraz częściej jako czyn, który należy bezwzględnie napiętnować i – o ile to możliwe – wyeliminować z praktyki. W świetle raportu pt. „Cross border parental child abduction in the European Union” z 2015 r. w latach 2003–2008 liczba wniosków o powrót dziecka, skierowanych do państw członkowskich UE, wzrosła ogółem o 56%: w tym w Niemczech o 44%, we Francji o 81%, w Polsce o 372 %. W Bułgarii liczba wniosków wzrosła z 0 w 2003 r. do 21 w 2008 r., a w Rumunii w 2008 r. była ponad siedmiokrotnie wyższa niż w 2003 r.¹ Największe liczby wniosków, tak wychodzących od organu centralnego, jak i skierowanych do niego, dotyczyły Wielkiej Brytanii (2003: 124 i 142, 2008: 158 i 200 – w odniesieniu jedynie do Anglii i Walii) i Niemiec (2003: 109 i 80, 2008: 146 i 115)². W kolejnych latach organ centralny Wielkiej Brytanii (Anglia i Walia) otrzymał 193 (2009), 226 (2010), 244 (2011), 229 (2012) wniosków, Niemiec: 147 (2011), 152 (2012), 169 (2013) wniosków, a Polski: 71 (2009), 53 (2010), 79 (2011), 76 (2012), 72 (2013) wnioski³. W raporcie w opisie zjawiska uprowadzenia przedstawiono pięć możliwych scenariuszy, opracowanych na podstawie faktycznych sytuacji. Pierwszym z nich jest uprowadzenie lub bezprawne zatrzymanie przez krewnego, gdy dziecko zostaje uprowadzone przez członka rodziny dziecka, który nie sprawuje pieczy nad dzieckiem i któremu nie przysługują prawa rodzicielskie względem niego (dziadek, wujek/ciotka). Drugi dotyczy uprowadzenia przez rodzica (w świetle statystyk, częściej przez ojca) w sytuacji rozpadu rodziny, gdy dziecko nadal mieszka z jednym z rodziców, a drugi rodzic utrzymuje z nim kontakty: podczas wizyty u rodzica nieposiadającego prawa do opieki nad dzieckiem dziecko zostaje zabrane lub zatrzymane za granicą. Na trzeci scenariusz składa się przeniesienie miejsca pobytu za granicę przed wydaniem orzeczenia sądowego w sprawie pieczy nad dzieckiem, gdy dziecko zostaje wywiezione za granicę przez jednego z rodziców z zamiarem osiedlenia się tam bez drugiego rodzica; z reguły wówczas rozpad rodziny zbiega się w czasie z uprowadzeniem dziecka. Czwarty scenariusz polega na przeniesieniu miejsca pobytu dziecka przez rodzica sprawującego nad nim pieczę w sytuacji, gdy po rozpadzie rodziny dziecko nadal mieszka z jednym z rodziców, a drugi rodzic utrzymuje z nim kontakty. Rodzic mieszkający z dzieckiem (ze statystyk wynika, że częściej jest to matka) przenosi miejsce swojego pobytu za granicę wraz z dzieckiem, kierując się związkiem z nowym partnerem, pracą lub lepszym otoczeniem społecznym, tj. członkami rodziny tego rodzica, którzy są w stanie zapewnić lepszą równowagę między życiem zawodowym i prywatnym, co jest w najlepszym interesie

1 European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (LIBE) study, Cross-border parental child abduction in the European Union, European Union, Bruksela 2015, s. 45.

2 *Ibidem*, s. 46.

3 *Ibidem*, s. 49.

dziecka. W końcu ostatni scenariusz polega na ucieczce przed przemocą domową, gdy rodzic stosujący przemoc zagraża zdrowiu fizycznemu lub psychicznemu, a nawet życiu dziecka, a drugi rodzic ucieka z dzieckiem za granicę (według statystyk częściej uciekinierami są kobiety). Jako możliwy w przyszłości wskazuje się szósty scenariusz stanowiący wariację drugiego i czwartego w sytuacji pieczy wspólnej lub naprzemiennej rodziców nad dzieckiem⁴.

1. Międzynarodowe środki zapobiegawcze uprowadzeniom

Celom ograniczenia, napiętnowania, w końcu wyeliminowania uprowadzeń dzieci za granicę służyć ma szereg różnego rodzaju działań podejmowanych w ramach Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego i Unii Europejskiej. Między innymi są to działania informacyjne skutkujące publikacją danych dotyczących liczby uprowadzeń, a także informacji pomocnych w sytuacji uprowadzenia. Funkcję centralnego punktu informacyjnego dla obywateli UE w przypadku uprowadzenia dziecka za granicę przez jednego z rodziców lub innych transgranicznych sporów rodzinnych pełni Koordynator Parlamentu Europejskiego ds. Praw Dziecka. Funkcję informacyjną spełnia również „Child Abduction Section” towarzysząca publikacji tekstu konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z 1980 r. i jej statusu na stronie Haskiej Konferencji⁵. W ramach unijnych projektów utworzono sieci profesjonalistów działających w sprawach transgranicznych: Cross-Border Family Mediators⁶, Międzynarodowe Centrum Mediacji w Sprawach Rodzinnych i Uprowadzeń Dzieci (MiKK)⁷, Lawyers in Europe focusing on International Parental Child Abduction (LEPCA)⁸. Oczywistym jest jednak, że podstawowe znaczenie mają działania Haskiej Konferencji i UE w sferze legislacyjnej. W ich efekcie powstał system, który można by na użytek państw członkowskich UE nazwać systemem szybkiego reagowania w sytuacji uprowadzenia dziecka, zakładający połączenie mechanizmów konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z 1980 r.⁹ oraz rozporządzenia Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczącego jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1347/2000 (Dz.U. z 2003 r., L 338, s. 1), zmienionego rozporządzeniem Rady (WE) nr 2116/2004

4 *Ibidem*, s. 56–58.

5 <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction> (16.02.2022).

6 <https://crossbordermediator.eu/home/userid/1930> (16.02.2022).

7 <https://www.mikk-ev.de/en/informations/find-experts/> (16.02.2022).

8 <https://www.lepca.eu> (16.02.2022).

9 Dz.U. z 1995 r. Nr 108, poz. 528.

z dnia 2 grudnia 2004 r.¹⁰ Celowe było wzmocnienie współpracy państw w ramach Unii Europejskiej z racji tego, że działania podejmowane tylko na podstawie konwencji haskiej z 1980 r. oraz mechanizmów krajowych nie były wystarczająco skuteczne. Twierdzenie to znajduje uzasadnienie nawet w czasach współczesnych. W Rezolucji Parlamentu Europejskiego z dnia 8 lipca 2020 r. w sprawie międzynarodowych i wewnątrz krajowych uprowadzeń rodzicielskich dzieci z UE do Japonii wskazano, że Japonia, będąca partnerem strategicznym UE, nie wydaje się przestrzegać przepisów międzynarodowych w przypadkach uprowadzeń dzieci. Parlament przypomniał o konieczności udoskonalenia japońskich ram prawnych, tak aby skutecznie egzekwować w Japonii orzeczenia wydane przez sądy japońskie i inne sądy właściwych państw w ramach procedur na mocy konwencji haskiej z 1980 r. dotyczących powrotu uprowadzonych dzieci¹¹.

2. Sprawa SS przeciwko MCP

Właśnie w kontekście funkcjonowania tego systemu połączonych dwóch aktów prawnych w listopadzie 2020 r. do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) wpłynęło pytanie prejudycjalne wystosowane przez brytyjski High Court of Justice (England & Wales), Family Division w związku z wątpliwościami powstałymi w trakcie świeżo wszczętego postępowania sądowego, dotyczącymi jurysdykcji w sprawach rodzicielskich w sytuacji uprowadzenia dziecka do państwa trzeciego, nieunijnego. Kwestia ta jest o tyle istotna, że dotyczy możliwości zainicjowania postępowania w państwie, z którego dziecko zostało uprowadzone, gdy państwo, do którego wyjechało dziecko, nie należy do UE.

Sprawa *SS przeciwko MCP* trafiła przed brytyjski sąd z inicjatywy ojca dziecka, który wniósł o zarządzenie powrotu dziecka do Zjednoczonego Królestwa oraz o orzeczenie jego prawa do osobistej styczności ze swoim dzieckiem. W odpowiedzi na pozew matka dziecka zakwestionowała jurysdykcję sądów brytyjskich z racji tego, że dziecko nie miało miejsca zwykłego pobytu w Wielkiej Brytanii. Stronami sporu byli SS (ojciec dziecka) i MCP (matka dziecka), niezwiązani węzłem małżeńskim obywatele Indii, mieszkający w Wielkiej Brytanii i korzystający z uprawnień rezydentów, którym w 2017 r. urodziło się dziecko. Dziecko z racji urodzenia jest obywatelem brytyjskim, a z racji jego rejestracji jako potomstwo SS odpowiedzialność rodzicielska¹² w stosunku do niego spoczywa w takiej samej mierze na obojgu jego rodzicach.

10 Dz.U. UE z 2004 r., L 367, s. 1, zwane dalej rozporządzeniem Bruksela II bis.

11 2020/2621(RSP), Dz.U. UE, C 371, s. 2.

12 Użycie tego terminu wynika z powszechnego stosowania go w aktach o charakterze międzynarodowym, a także z faktu, że brytyjskie postrzeganie relacji między rodzicem a dzieckiem w większej mierze odnosi się do realizacji praw dziecka, a nie władzy rodzicielskiej rodzica.

Zarzewiem sporu między stronami stał się fakt, że MCP w październiku 2018 r. zabrała dziecko do Indii i po kilkumiesięcznym tam wspólnym pobycie powróciła sama do Wielkiej Brytanii, dziecko pozostawiając ze swoją matką w Indiach. Od tamtego czasu dziecko mieszka w Indiach, w Wielkiej Brytanii odbyło krótką wizytę w kwietniu 2019 r.

Badając istnienie jurysdykcji w sprawie, sąd brytyjski ustalił, że bez wątplenia w chwili złożenia wniosku dziecko miało miejsce zwykłego pobytu w Indiach. Ponadto było całkowicie zintegrowane z tamtejszym środowiskiem społecznym i rodzinnym. Co więcej, jego rzeczywiste powiązania ze Zjednoczonym Królestwem, inne niż jego obywatelstwo, nie istniały. Ponadto MCP nigdy jednoznacznie nie przyznała, że sądy brytyjskie mają jurysdykcję w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej względem jej dziecka.

3. Znaczenie terminu „zwykły pobyt”

Interpretacja terminu „zwykły pobyt” w Wielkiej Brytanii na ogół prowadzi do przyjęcia, że jest to miejsce, w którym osoba ma swoje centrum życiowe. Stąd konieczność ustalenia *in casu* miejsca, w którym koncentruje się aktywność zawodowa i prywatna osoby, co w przypadku małoletniego może odnosić się nie do niego samego, a do jego faktycznego opiekuna¹³. Jednak analiza okoliczności, która powinna poprzedzić wyrokowanie co do pobytu zwykłego dziecka, powinna obejmować przede wszystkim te, które odnoszą się do dziecka. Wśród nich są długość jego pobytu w określonym miejscu, regularność jego pobytu, przyczyny jego obecności w tym miejscu (w tym intencje rodzica dziecka odnoszące się do tych przyczyn), warunki związane z obecnością dziecka w tym miejscu (w tym zamiar rodzica dziecka dotyczący stabilności lokalizacji), obywatelstwo dziecka, a także: uczęszczanie dziecka do szkoły, wiedza językowa dziecka, relacje rodzinne dziecka oraz relacje społeczne dziecka. Jeśli dziecko jest wystarczająco dojrzałe, analiza obejmować powinna stan jego umysłu dotyczący obecności w tym miejscu, a więc, jak można mniemać, jego intencje, w tym w zakresie stabilności pobytu. Natomiast w przypadku, gdy dziecko jest bardzo małe, obejmować ona powinna intencję rodzica dziecka dotyczącą trwałości osiedlenia się oraz pochodzenie geograficzne i rodzinne rodzica dziecka, w końcu – powiązania rodzinne i społeczne rodzica dziecka¹⁴. Na przedbrexitową interpretację terminu zwykłego pobytu miały wpływ, poza doktryną, przede wszystkim trzy orzeczenia precedensowe sądów brytyjskich (w sprawach: *In*

13 E. Gallagher, A House Is Not (Necessarily) a Home: A Discussion of the Common Law Approach to Habitual Residence, „New York University Journal of International Law and Politics” 47, nr 2, Winter 2015, s. 499.

14 E. Gallagher, A House..., *op. cit.*, s. 496.

*the Matter of A*¹⁵, *In the matter of KL (A Child)*¹⁶ i *In the matter of LC (Children)*¹⁷ oraz dwa orzeczenia TSUE (w sprawie A, C-523/07¹⁸ i w sprawie *Barbara Mercredi przeciwko Richardowi Chaffe'owi*, C-497/10¹⁹). Rola tych ostatnich jest mocno podkreślana w brytyjskim orzecznictwie, wraz z cytowaniem ich fragmentów. Dotyczy to oczywiście także wskazanych tu brytyjskich precedensów.

W świetle pierwszego z nich, wydanego w sprawie *In the Matter of A*, w przeciwieństwie do domicylu, zwyczajny pobyt jest kwestią faktów, a nie pojęciem prawnym, zatem brak jest regulacji prawnej dla automatycznego rozciągnięcia na dziecko miejsca zwyczajnego pobytu jego rodziców. Celem brytyjskiego *Family Law Act* z 1986 r. było ujednoczenie koncepcji miejsca zwyczajnego pobytu, tj. wprowadzenie jednolitej jego koncepcji z przyjętą na użytek konwencji haskich i aktów prawa unijnego. Konceptem pojęcia przyjętym przez TSUE jest miejsce odzwierciedlające pewien stopień integracji dziecka ze środowiskiem społecznym i rodzinnym w danym państwie, ale jego pojmowanie zależy od wielu okoliczności, między innymi od przyczyn pobytu tam rodziny. Jest odmienny niż przyjęty wcześniej przez sądy brytyjskie, skoncentrowany na ocenie istnienia ustalonego celu pobytu test *Shaha*²⁰. Jest konceptem lepszym, ponieważ koncentrującym się na sytuacji dziecka. Cele i intencje rodziców są w nim tylko jednym z istotnych czynników, które sąd bierze pod uwagę. Środowisko społeczne i rodzinne niemowlęcia lub małego dziecka jest wspólne ze środowiskiem społecznym i rodzinnym rodziców lub innych osób, od których dziecko jest zależne, dlatego też konieczna jest ocena integracji tej dorosłej osoby lub osób w środowisku społecznym i rodzinnym danego kraju.

Z kolei wyrokując w sprawie *In the matter of KL (A Child)*, sąd przyjął, że termin ten odpowiada miejscu, które odzwierciedla pewien stopień integracji dziecka w środowisku społecznym i rodzinnym. W jego interpretacji nie należy posługiwać się pojęciami prawnymi, które prowadziłyby do innego wyniku niż ten, który wynikałby

15 [2013] UKSC 60 („Re A”).

16 [2013] UKSC 75.

17 [2014] UKSC 1. Wyrok dotyczył dzieci starszych: stan umysłu takiego dziecka może mieć znaczenie dla oceny jego zwyczajnego pobytu w takim znaczeniu, że sąd może uwzględnić dowody w postaci zdjęć, e-maili i wpisów na portalach społecznościowych ilustrujące integrację dziecka w nowym otoczeniu społecznym i rodzinnym.

18 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73639&pageIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=803017> ECLI:EU:C:2009:225 (25.03.2020).

19 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83470&pageIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=803017> ECLI:EU:C:2010:829 (25.03.2020).

20 Termin pochodzi od nazwiska jednej ze stron połączonych spraw dotyczących grantów edukacyjnych: *Regina v. Barnet London Borough Council, ex parte Nilish Shah, Regina v. Barnet London Borough Council, ex parte Jitendra Shah, Regina v. Brent London Borough Council, ex parte Akbarali, Regina v. Shropshire County Council, ex parte Abdullah, Regina v. Inner London Education Authority ex parte Ablack, Regina v. Barnet London Borough Council, ex parte Shabpar*[1982] Q.B. 688; por. <http://uniset.ca/microstates/barnet.html> (25.03.2020).

z badania stanu faktycznego. W opinii sądu oczywiste jest, że zamiar rodzicielski odgrywa rolę w ustanowieniu lub zmianie miejsca zwykłego pobytu dziecka: nie w odniesieniu do miejsca zwykłego pobytu jako pojęcia prawnego, ale w odniesieniu do powodów, dla których dziecko opuszcza jeden kraj i udaje się do drugiego, aby tam pozostać. Jest to jedna z istotnych okoliczności, którą należy wziąć pod uwagę przy podejmowaniu decyzji, czy przeprowadzka z jednego kraju do drugiego ma wystarczający stopień stabilności, by stanowić zmianę zwykłego pobytu.

Co ciekawe i odnoszące się do sytuacji analogicznej jak w sprawie, z którą brytyjski sąd zwrócił się z pytaniem prejudycjalnym do TSUE, to w 2015 r. w sprawie *Re R (Children)*²¹ sąd uznał, że uzasadnione jest uwzględnienie intencji jednego z rodziców do jednostronnej zmiany miejsca zwykłego pobytu dziecka, o ile jej skutkiem jest powstanie stabilnej sytuacji gwarantującej integrację dziecka ze środowiskiem społecznym i rodzinnym w nowym miejscu²².

Z przyczyny braku legalnej definicji zwykłego pobytu, zawartej w rozporządzeniu Bruksela II bis, orzecznictwo powstałe na gruncie art. 8 tego rozporządzenia oraz przepisów o charakterze szczególnym względem niego może cechować pewnego rodzaju dowolność, mieszcząca się w ramach sformułowanych w tym samym akcie prawnym celów rozporządzenia. Według motywu 12 ustanowione w nim podstawy jurysdykcji są ukształtowane zgodnie z zasadą dobra dziecka, w szczególności według kryterium bliskości²³. W wyroku z dnia 2 kwietnia 2009 r. w sprawie *C-523/07*, w postępowaniu wszczętym przez A, TSUE wskazał okoliczności, które należy uwzględnić, analizując pojęcie pobytu zwykłego zastosowane w art. 8 ust. 1 rozporządzenia Bruksela II bis. Przyjął, że odpowiada ono sytuacji pobytu dziecka w miejscu, w którym wykazuje pewną integrację ze środowiskiem społecznym i rodzinnym, a istotnymi w tym kontekście okolicznościami są trwałość pobytu dziecka, jego zgodność z prawem, warunki oraz motywy pobytu i przenosin rodziny do danego państwa członkowskiego, obywatelstwo dziecka, miejsce i warunki uczęszczania do szkoły, znajomość języków, a także więzi rodzinne i społeczne dziecka w tym państwie członkowskim. Do sądu krajowego należy ustalenie miejsca zwykłego pobytu dziecka w oparciu o wszystkie istotne okoliczności faktyczne danego przypadku. Zamiar osiedlenia się rodziców wraz z dzieckiem w innym państwie członkowskim, manifestujący się w pewnych oznakach zewnętrznych, jak zakup lub najem mieszkania w państwie przyjmującym, może stanowić wskazówkę co do zmiany miejsca zwy-

21 [2015] UKSC 35.

22 C. Holley, *Habitual Residence: Perspectives from the United Kingdom*, „Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers” 2017, vol. 30, nr 1, s. 235. Inaczej w R, *Petitioner* [2015] UKSC 35, 2015 SLT 392; por. D. Hill, *The Continuing Refinement of Habitual Residence: R, Petitioner*, „Edinburgh Law Review” 20, nr 1 (2016), s. 82–86.

23 Por. B. Campuzano Diaz, *A New ECJ Judgment about the Concept of Habitual Residence in the Framework of Regulation 2201/2003: Judgment 17 October 2018, UD V. XB, C. 393/18*, „Cuadernos de Derecho Transnacional” 11, nr 2 (2019), s. 466–467.

kłego pobytu. Podobną wskazówkę może stanowić złożenie wniosku do właściwych organów tego państwa w celu otrzymania mieszkania socjalnego. Według wyroku z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-497/10 PPU w postępowaniu *Barbara Mercredi przeciwko Richardowi Chaffe'owi*, w którym rozpatrywana była sytuacja niemowlęcia przebywającego ze swoją matką zaledwie od kilku dni w innym niż państwo jego zwykłego pobytu państwie członkowskim, do którego zostało przemieszczone, okolicznościami, które w szczególności powinny zostać wzięte pod uwagę były: długość, regularność, warunki oraz przyczyny pobytu w tym państwie członkowskim i przeniesienia się matki do tego państwa oraz, w szczególności z racji wieku dziecka, pochodzenie geograficzne i rodzinne matki oraz stosunki rodzinne i społeczne związane przez nią i przez dziecko w tym państwie członkowskim. Zdaniem TSUE do sądu krajowego należy ustalenie zwykłego pobytu dziecka przy uwzględnieniu wszystkich istotnych okoliczności faktycznych danego przypadku, a w razie gdyby zastosowanie wymienionych kryteriów prowadziło w sprawie przed sądem krajowym do wniosku, że nie można ustalić zwykłego pobytu dziecka, ustalenia sądu mającego jurysdykcję należy dokonać na podstawie kryterium „obecności dziecka” w rozumieniu art. 13 rozporządzenia Bruksela II bis.

4. Kwestia jurysdykcji jako przedmiot orzeczenia w trybie prejudycjalnym

W opinii TSUE przedstawione mu we wniosku postępowanie MCP mogło być równoznaczne z bezprawnym uprowadzeniem lub zatrzymaniem dziecka w Indiach. Do kwestii jurysdykcji w takich sprawach odnosi się art. 10 rozporządzenia II bis. W jego świetle w przypadku bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dziecka jurysdykcja sądów państwa członkowskiego, w którym dziecko bezpośrednio przed bezprawnym uprowadzeniem lub zatrzymaniem miało zwykły pobyt, zostaje utrzymana do chwili uzyskania przez dziecko zwykłego pobytu w innym państwie członkowskim. Jurysdykcja zostaje przekazana sądom tego innego państwa członkowskiego gdy – oprócz uzyskania przez dziecko tam zwykłego pobytu – spełniony jest jeden z alternatywnych warunków wskazanych w przepisie, tj: a) każda z osób, instytucji lub innych jednostek sprawujących pieczę nad dzieckiem przyzwoliła na uprowadzenie lub zatrzymanie; lub b) dziecko przebywało w tym innym państwie członkowskim przez co najmniej rok od chwili, w której osoba, instytucja lub inna jednostka sprawująca pieczę nad dzieckiem dowiedziała się lub powinna była się dowiedzieć o miejscu jego pobytu, dziecko zadomowiło się w swoim nowym otoczeniu oraz spełniony jest jeden z następujących warunków: i) w ciągu roku od chwili, w której sprawujący pieczę nad dzieckiem dowiedział się lub powinien był się dowiedzieć o miejscu pobytu dziecka, nie został złożony żaden pozew lub wniosek o powrót dziecka do właściwych organów państwa członkowskiego, do którego dziecko

zostało uprowadzone lub w którym jest zatrzymane; ii) pozew lub wniosek o powrót wniesiony przez sprawującego pieczę nad dzieckiem został cofnięty, a żaden nowy wniosek nie został złożony w terminie określonym w ppkt (i); iii) postępowanie przed sądem w państwie członkowskim, w którym dziecko miało zwykły pobyt bezpośrednio przed bezprawnym uprowadzeniem lub zatrzymaniem, zostało zakończone zgodnie z art. 11 ust. 7; iv) sądy państwa członkowskiego, w którym dziecko miało zwykły pobyt bezpośrednio przed bezprawnym uprowadzeniem lub zatrzymaniem, wydały orzeczenie o prawie do pieczy nad dzieckiem, w którym nie zarządziły powrotu dziecka.

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczył wykładni wskazanego art. 10 rozporządzenia Bruksela II bis, tj. odpowiedzi na następujące pytanie: czy art. 10 utrzymuje bezterminową jurysdykcję państwa członkowskiego, jeżeli dziecko mające miejsce zwykłego pobytu w tym państwie członkowskim zostało bezprawnie uprowadzone do państwa trzeciego (lub zatrzymane w nim), w którym po uprowadzeniu (lub zatrzymaniu) uzyskało później miejsce zwykłego pobytu?

W wyroku z dnia 24 marca 2021 r. TSUE odniósł się do dwóch kwestii wynikających z tak postawionego pytania. Po pierwsze, przeanalizował zasadność utrzymania bezterminowej jurysdykcji państwa, z którego dziecko zostało wywiezione, po drugiej analizie poddał sytuację, gdy państwem uprowadzenia/zatrzymania dziecka nie jest państwo członkowskie UE. W kontekście brexitu te ostatnie rozważania zainicjowane przez brytyjski sąd wydają się z jednej strony zabawne, z drugiej strony nabierają większego znaczenia w sytuacji, gdy Wielka Brytania nie uczestniczy w unijnym ładzie prawnym, tj. po 1 stycznia 2021 r. (wyrok został wydany z zastosowaniem pilnego trybu prejudycjalnego, ale przeszło dwa miesiące po wystąpieniu Wielkiej Brytanii z UE).

Wracając do pierwszej z dwóch kwestii, należy stwierdzić, iż TSUE słusznie wskazał na sprzeczność sztucznego, bezterminowego utrzymywania jurysdykcji z celami rozporządzenia. I tak, według pkt 58 wyroku sprzeczność ta dotyczy działania zgodnego z zasadą dobra dziecka poprzez uwzględnienie w tym celu na pierwszym miejscu kryterium bliskości²⁴, dobra dziecka interpretowanego w kontekście art. 24 Karty praw podstawowych UE²⁵, a według pkt 59 – równowagi między z jednej strony koniecznością uniemożliwienia sprawy uprowadzenia czerpania korzyści

24 Zob. wyrok TSUE z dnia 15 lutego 2017 r. w sprawie *W i V*, C-499/15, EU:C:2017:118, pkt 51; wyrok TSUE z dnia 17 października 2018 r. w sprawie *UD*, C-393/18 PPU, EU:C:2018:835, pkt 48.

25 Zob. pkt 60 wyroku oraz motyw 33 rozporządzenia Bruksela II bis. Brzmienie art 24 Karty Praw Podstawowych UE jest następujący: 1. Dzieci mają prawo do takiej ochrony i opieki, jaka jest konieczna dla ich dobra. Mogą one swobodnie wyrażać swoje poglądy. Poglądy te są brane pod uwagę w sprawach, które ich dotyczą, stosownie do ich wieku i stopnia dojrzałości. 2. We wszystkich działaniach dotyczących dzieci, zarówno podejmowanych przez władze publiczne, jak i instytucje prywatne, należy przede wszystkim uwzględnić najlepszy interes dziecka. 3. Każde dziecko ma prawo do utrzymywania stałego, osobistego związku i bezpośredniego kontaktu

z jego bezprawnego czynu, a z drugiej strony celowością pozwolenia sądowni, który jest najbliższej dziecka, na rozpatrywanie powództw dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej²⁶. Ponadto TSUE odwołał się w tej materii do sprzeczności z logiką ustanowionego w konwencji haskiej z 1980 r. mechanizmu niezwłocznego powrotu dziecka lub jego zatrzymania²⁷.

W kwestii kluczowej dla stosowania przepisów rozporządzenia TSUE wyraził kategorię opinię o braku zamiaru objęcia regulacją państw niebędących członkami Unii Europejskiej²⁸. W jego opinii z genezy rozporządzenia Bruksela II bis wynika, że prawodawca Unii chciał ustanowić surowe uregulowanie w odniesieniu do uprowadzania dzieci w ramach Unii, ale nie zamierzał objąć tym uregulowaniem uprowadzania dzieci do państw trzecich, ponieważ uprowadzania takie powinny podlegać w szczególności konwencjom międzynarodowym, jak konwencja haska z 1980 r. (pkt 50 wyroku). Ponadto kryteria przyjęte w analizowanym przepisie rozporządzenia dotyczą sytuacji, która ogranicza się do terytorium państw członkowskich (pkt 39 wyroku), nie odnosząc się do możliwości uzyskania miejsca pobytu na terytorium państwa trzeciego, przepis ten reguluje jedynie jurysdykcję w przypadkach uprowadzenia dziecka pomiędzy państwami członkowskimi (pkt 40 wyroku), a jego zastosowanie zależy od potencjalnego konfliktu jurysdykcyjnego pomiędzy sądami różnych państw członkowskich²⁹ (pkt 41 wyroku). W końcu przepis stanowi szczególną regułę jurysdykcyjną w stosunku do ogólnej reguły ustanowionej w art. 8 ust. 1 rozporządzenia, odnoszącej się do państw członkowskich (pkt 43–46 wyroku), natomiast takie reguły nie mogą być poddawane interpretacji wykraczającej poza sytuacje wyraźnie przewidziane w rozporządzeniach, w których je zawarto³⁰ (pkt 47 wyroku).

W efekcie w odpowiedzi na pytanie brytyjskiego sądu TSUE odpowiedział: Artykuł 10 rozporządzenia Bruksela II bis nie ma zastosowania w przypadku, w którym stwierdzono, że w dniu złożenia pozwu lub wniosku dotyczącego odpowiedzialności rodzicielskiej dziecko uzyskało miejsce zwykłego pobytu w państwie trzecim w następstwie uprowadzenia do tego państwa. W takim przypadku jurysdykcję sądu rozpatrującego sprawę należy ustalić zgodnie z mającymi zastosowanie konwencjami

z obojgiem rodziców, chyba że jest to sprzeczne z jego interesami; zob. Dz.U. UE z 2016 r., C. 202, s. 389.

26 Por. wyrok z dnia 1 lipca 2010 r. w sprawie *Povse*, C-211/10 PPU, EU:C:2010:400, pkt 43; por. uzasadnienie wniosku w sprawie rozporządzenia COM(2002) 222 wersja ostateczna/2, s. 12.

27 Pkt 61 wyroku.

28 Por. pkt 49 wyroku.

29 Zob. także wyrok z dnia 17 października 2018 r. w sprawie *UD*, C-393/18 PPU, EU:C:2018:835, pkt 33.

30 Zob. wyrok z dnia 3 października 2013 r. w sprawie *Pinckney*, C-170/12, EU:C:2013:635, pkt 25; z dnia 16 stycznia 2014 r. w sprawie *Kainz*, C-45/13, EU:C:2014:7, pkt 22; z dnia 25 stycznia 2018 r. w sprawie *Schrems*, C-498/16, EU:C:2018:37, pkt 27.

międzynarodowymi lub, w braku takiej międzynarodowej konwencji, zgodnie z art. 14 tego rozporządzenia³¹. Brzmi on następująco: jeżeli żaden sąd państwa członkowskiego nie ma jurysdykcji zgodnie z art. 8–13, jurysdykcję określa się w każdym państwie członkowskim według prawa tego państwa.

Podsumowanie

Komentując ten wyrok, należy odnieść się do dwóch kwestii. Po pierwsze, odnosi się on do niezmiernie istotnej kwestii przedłużenia istnienia jurysdykcji poza ramy nakreślone miejscem pobytu zwykłego dziecka. Piętnująca uprowadzenia wymowa i charakter rozporządzenia, a nawet połączonych instrumentów konwencji haskiej z 1980 r. i rozporządzenia Bruksela II bis, wydaje się sugerować adresatom, że przypadki zmiany jurysdykcji sądów powinny być niezmiernie rzadkie, a nawet że dziecko w ogóle nie powinno nabyć zwyczajnego pobytu w państwie, do którego zostało uprowadzone. Dobrym przykładem ilustrującym taki właśnie przypadek, ale w amerykańskim obrocie prawnym, jest amerykańskie orzeczenie w sprawie *Isaacs v. Rice*³². W jego świetle miejsce zwykłego pobytu dziecka nie uległo zmianie po jego uprowadzeniu mimo upływu 11 lat³³.

Wynika to przede wszystkim z apriorycznego założenia, że uprowadzenie dziecka jest zawsze sprzeczne z jego dobrem, a co za tym idzie – że każde postępowanie prowadzące do powrotu dziecka do państwa, z którego zostało uprowadzone, jest zawsze zgodne z dobrem dziecka w kontekście art. 24 Karty praw podstawowych UE. Wydaje się to jednak konceptem dość pobieżnie i bardzo generalnie odnoszącym się do istoty dobra dziecka. To, co może być w ogólności dobre dla hipotetycznego dziecka, nie musi być dobre dla dziecka konkretnego. Bez odpowiedzi pozostaje jednak pytanie, czy ten etap postępowania, a więc odnoszący się do kwestii istnienia jurysdykcji krajowej, obejmuje w ogóle badanie kwestii dobra dziecka. Pojęcie dobra dziecka jest rozpatrywane również w judykaturze polskiej³⁴ w odniesieniu m.in. do rodzin zastępczych³⁵, jak również w kontekście kontaktów rodziców z dziećmi³⁶. Czy wystarczające jest przyjęcie, że zastosowanie kryterium bliskości sądu miejsca

31 Tekst wyroku zob. Legalis, nr 2562199.

32 [1998] US Dist Lexis 12602.

33 Por. R. Schuz, *Habitual Residence of the Child Revisited: A Trilogy of Cases in the UK Supreme Court*, „Child and Family Law Quarterly” 26, nr 3 (2014), s. 348.

34 A. Młynarkiewicz, *Prawne aspekty uprowadzenia i porwania rodzicielskiego a naruszenie dobra dziecka – studium uwarunkowań na tle orzecznictwa*, „Prawo i Więź” nr 4 (34).

35 M. Andrzejewski *Application of the Clause of the Good of the Child: Reflections Inspired by the Decision of the Supreme Court on the Creation of Foster Families*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2021, vol. 30, nr 5, s. 29–51.

36 W. Lis, *Enforcement of the Obligation to Maintain Contact with a Child*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2021, vol. 26 nr 5.

pobytu zwykłego dziecka wyczerpuje potrzebę badania jego dobra? Wspomniana tu koncepcja utożsamiania dobra każdego dziecka z dobrem konkretnego dziecka jest o tyle niebezpieczna, że prowadzi do odejścia od analizy elementów stanu faktycznego, które mogłyby świadczyć o tym, że powrót dziecka nie stanowi najlepszego dla dziecka rozwiązania (oprócz oczywistych przypadków ucieczki przed znęcającym się, uzależnionym od alkoholu lub innych środków rodzicem). Jeśli podążać za tą koncepcją, można by przyjąć, że postępowanie dowodowe w takich sprawach nie ma racji bytu, ponieważ bez względu na jego rezultat efektem postępowania jest nakaz powrotu dziecka. Postępowanie dowodowe w tym kontekście jest nawet szkodliwe, ponieważ opóźnia wydanie orzeczenia, a co za tym idzie, może wpłynąć na większą asymilację dziecka z otoczeniem, z którego za chwilę będzie wyrwane. Stąd też koncepcja bliskości sądu, który orzeka, wydaje się dość kuriozalna, chyba że przyjmując, że sąd osobiście zna dziecko i na podstawie własnych obserwacji ocenia, czy określony rezultat postępowania jest zgodny z jego dobrem. Logicznym i racjonalnym postępowaniem byłoby zatem przeprowadzenie rzetelnej analizy wszystkich okoliczności, które mogą świadczyć o miejscu pobytu zwykłego dziecka (w tym tych, które mają związek z jego dobrem), oraz zastosowanie kryterium bliskości sądu takiego miejsca jako odpowiadającego dobru dziecka bez jego badania. Jednak w dalszym postępowaniu odnoszącym się do *meritum* każdej ze spraw, a więc kwestii powrotu dziecka, nie można uciec od analizy sytuacji dziecka w kontekście jego dobra bez apriorycznego przyjęcia, że każda sytuacja uprowadzenia dziecka jest sprzeczna z interesem dziecka.

Praktyczne znaczenie wyroku dla obrotu prawnego z innymi państwami wynika z przyjęcia, że przepisy rozporządzenia Bruksela II bis odnoszą się jedynie do państw członkowskich UE, a zatem ich stosowanie w sprawach odnoszących się do innych państw jest bezzasadne. Na tę okoliczność konieczne jest sięgnięcie do innych źródeł prawa – konwencji haskiej z 1980 r. (o ile państwo nie-unijne jest jej stroną) lub przepisów krajowych (w tym przypadku do kodeksowych reguł jurysdykcyjnych). Szczęśliwie rozporządzenie Bruksela II bis nie jest jedynym źródłem prawa regulującym kwestię jurysdykcji, bo gdyby odnieść tę konstatację do rozporządzeń Rzym I lub Rzym II, ale także do pozostałych rozporządzeń określających właściwość prawa w poszczególnych rodzajach spraw, niemożliwym okazałoby się jakiegokolwiek rozstrzygnięcie sprawy. Zatem w ujęciu rozporządzenia Bruksela II bis powszechność stosowania rozporządzeń UE ma dwa ujęcia. Nie sprowadza się do tego, że na podstawie rozporządzenia możliwe jest stosowanie prawa państwa, które nie jest członkiem UE lub że rozporządzenie stosowane jest także w sprawach dotyczących państw spoza Unii Europejskiej, natomiast stanowi swego rodzaju fikcję, ponieważ rozporządzenie nie znajduje zastosowania w sprawach dotyczących państw nieczłonkowskich.

Sytuacja, która była przedmiotem postępowania, stanowi typowy przykład wywiezienia dziecka przez jednego z rodziców do innego państwa, z jego wyłącznej inicjatywy, którą ilustruje jeden z przedstawionych scenariuszy. Swego rodzaju *novum*

było pozostawienie dziecka z innym członkiem rodziny w tym innym kraju. Jawi się ona jako uprowadzenie za granicę, gdzie dziecko najprawdopodobniej zasymilowało się już w znacznym stopniu z otoczeniem. Z jednej strony stanowi to, jak wskazano, okoliczność decydującą o zwykłym pobycie dziecka, z drugiej strony może być także okolicznością uzasadniającą odmowę nakazu zwrotu dziecka do kraju, z którego zostało uprowadzone. Sprawa, w której postawiono pytanie prejudycjalne TSUE, w istocie nie mieści się w stworzonym na potrzeby unijne powiązaniem systemie zastosowania konwencji haskiej z 1980 r. i rozporządzenia Bruksela II bis, choć fakt, że jurysdykcja przysługuje państwu pozaunijnemu oczywiście nie warunkuje rezultatu postępowania. W jej kontekście można nadto powziąć wątpliwości w sferze powszechności i skuteczności prawa UE.

BIBLIOGRAFIA

- Andrzejewski M., Application of the Clause of the Good of the Child: Reflections Inspired by the Decision of the Supreme Court on the Creation of Foster Families, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2021, vol. 30, nr 5.
- Campuzano Diaz B., A New ECJ Judgment about the Concept of Habitual Residence in the Framework of Regulation 2201/2003: Judgment 17 October 2018, UD V. XB, C. 393/18, „*Cuadernos de Derecho Transnacional*” 11, nr 2 (2019).
- European Parliament’s Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (LIBE) study, Cross-border parental child abduction in the European Union, European Union, Bruksela 2015.
- Gallagher E., A House Is Not (Necessarily) a Home: A Discussion of the Common Law Approach to Habitual Residence, „*New York University Journal of International Law and Politics*” 47, nr 2, Winter 2015.
- Hill D., The Continuing Refinement of Habitual Residence: R, Petitioner, „*Edinburgh Law Review*” 20, nr 1 (2016).
- Holley C., Habitual Residence: Perspectives from the United Kingdom, „*Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*” 2017, vol. 30, nr 1.
- In the Matter of A [2013] UKSC 60 („*Re A*”).
- In the matter of KL (A Child) [2013] UKSC 75.
- In the matter of LC (Children) [2014] UKSC 1.
- Isaacs v. Rice [1998] US Dist Lexis 12602.
- Karta Praw Podstawowych UE, Dz.U. UE z 2016 r., C. 202.
- Konwencja haska dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z 1980 r. (Dz.U. z 1995 r. Nr 108, poz. 528).
- Lis W., Enforcement of the Obligation to Maintain Contact with a Child, „*Białostockie Studia Prawnicze*” 2021, vol. 26, nr 5.
- Młynarkiewicz A., Prawne aspekty uprowadzenia i porwania rodzicielskiego a naruszenie dobra dziecka – studium uwarunkowań na tle orzecznictwa, „*Prawo i Więź*” nr 4 (34).

Regina v. Barnet London Borough Council, ex parte Nilish Shah, Regina v. Barnet London Borough Council, ex parte Jitendra Shah, Regina v. Brent London Borough Council, ex parte Akbarali, Regina v. Shropshire County Council, ex parte Abdullah, Regina v. Inner London Education Authority ex parte Ablack, Regina v. Barnet London Borough Council, ex parte Shabpar [1982] Q.B. 688.

R, Petitioner [2015] UKSC 35, 2015 SLT 392.

Re R (Children) [2015] UKSC 35.

Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 8 lipca 2020 r. w sprawie międzynarodowych i wewnątrz krajowych uprowadzeń rodzicielskich dzieci z UE do Japonii, 2020/2621(RSP) (Dz.U. UE, C 371, s. 2).

Rozporządzenie Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie (WE) nr 1347/2000 (Dz.U. z 2003 r., L 338, s. 1), zmienione rozporządzeniem Rady (WE) nr 2116/2004 z dnia 2 grudnia 2004 r. (Dz.U. UE z 2004 r., L 367, s. 1).

Schuz R., Habitual Residence of the Child Revisited: A Trilogy of Cases in the UK Supreme Court, „Child and Family Law Quarterly” 26, nr 3 (2014).

Uzasadnienie wniosku w sprawie rozporządzenia Bruksela II bis, COM(2002) 222, wersja ostateczna/2.

Wyrok TSUE z dnia 1 lipca 2010 r. w sprawie *Povse*, C-211/10 PPU, EU:C:2010:400.

Wyrok TSUE z dnia 2 kwietnia 2009 r. w sprawie *A*, C-523/07, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73639&pageIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=803017> ECLI:EU:C:2009:225.

Wyrok TSUE z dnia 3 października 2013 r. w sprawie *Pinckney*, C-170/12, EU:C:2013:635.

Wyrok TSUE z dnia 15 lutego 2017 r. w sprawie *W i V*, C-499/15, EU:C:2017:118.

Wyrok TSUE z dnia 16 stycznia 2014 r. w sprawie *Kainz*, C-45/13, EU:C:2014:7.

Wyrok TSUE z dnia 17 października 2018 r., w sprawie *UD*, C-393/18 PPU, EU:C:2018:835.

Wyrok TSUE z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie *Barbara Mercredi przeciwko Richardowi Chaffe'owi*, C-497/10, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83470&pageIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=803017> ECLI:EU:C:2010:829.

Wyrok TSUE z dnia 24 marca 2021 r. w sprawie *SS przeciwko MCP*, C-603/20 PPU Legalis, Numer 2562199.

Wyrok TSUE z dnia 25 stycznia 2018 r. w sprawie *Schrems*, C-498/16, EU:C:2018:37.

Salvatore Antonello Parente

University of Bari 'Aldo Moro', Italy

salvatore.parente@uniba.it

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

Family Income Taxation Models in the Italian Legal System: Analysis and Perspectives

Abstract: In the regime of sources of Italian law, the taxation of family income has undergone profound changes, in line with the 1975 family law reform, which marked the transition from the patriarchal family, based on the figure of the *pater familias*, to the nuclear family, composed of spouses and children. Also thanks to the intervention of the Constitutional Court, the model of legal cumulation, in which the husband, in his role as head of the family, was taxed on the income produced by the members of the household, was followed by the system of decumulation, characterized by individual (or separate) taxation of the income produced by each family member. The essay analyses the taxation regime of family income in the Italian legal system, examining its compatibility with the principle of ability to pay, foundation and limit of taxation.

Keywords: analysis and perspectives, compatibility test, family income, principle of ability to pay, taxation regimes

Introduction

The family, as a socially relevant aggregating model, assumes importance not only in civil law, but also in tax law,¹ as a place of production of wealth, as well as of

1 A.E. Granelli, *Profili civilistici e riflessi tributari nel nuovo diritto di famiglia*, 'Bollettino tributario d'informazioni' 1977, p. 207 ff.; P. Filippi, *Famiglia VII) Diritto tributario*, (in:) *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XIV, Rome 1989, p. 1 ff.; M. Leccisotti, V. Patrizii, *Il trattamento fiscale della famiglia nei paesi industrializzati*, Turin 2002; M.V. Cernigliaro Dini, *Famiglia nel diritto tributario*, (in:) *Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale, Aggiornamento*, vol. III, Turin 2007, p. 385 ff.; G. Scarlata, *Famiglia e impresa familiare*, (in:) *Il diritto. Enciclo-*

affections, and, therefore, an expression of the ability to pay.² In the less recent past, some taxes, such as the focatic³ and the testatic,⁴ affected, in a broad sense, the family aggregation.

With the advent of income tax, which has a personal nature, the taxation of income produced by family members has given rise to a series of application problems, given that, in most countries of the western world, this tax has the characteristics of globality and progressiveness, as the tax base – into which all the income possessed converges – is divided into brackets, each of which corresponds to an increasing rate.

Therefore, it is not irrelevant, for the purposes of the *quantum debeat* as a tax, to establish whether the income produced within the family unit must be taxed autonomously by the individual beneficiary or, rather, accumulated by a single subject, normally identified in the *pater familias*.

pedia giuridica del Sole 24 Ore, diretta da S. Patti, vol. 6, Milan 2007, pp. 344–345; M. Magrini (ed.), La tassazione del reddito familiare, XVI Legislatura, Dossier no. 42 a cura del Servizio Studi del Senato, September 2008, available at the link: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00736635.pdf> (accessed 24.08.2021); C. Sacchetto, La tassazione della famiglia: il modello italiano, (in:) C. Sacchetto (ed.), La tassazione della famiglia: aspetti nazionali e comparati, Soveria Mannelli 2010, p. 91 ff.; A. Turchi, La famiglia nell'ordinamento tributario. Parte seconda. Tra favore e limiti del sistema, Turin 2015, p. 9 ff.; A. Turchi, Famiglia nel diritto tributario, (in:) Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale, Aggiornamento, vol. VII, Turin 2015, p. 306 ff.; F. Farri, Punti fermi e profili di irrazionalità nel regime fiscale della famiglia, 'Rivista di diritto tributario' 2016, no. 1, I, p. 89 ff.; M. Logozzo, Il trattamento della famiglia nell'ordinamento tributario, (in:) V. Ferrante (ed.), Lavoro, cittadinanza, famiglia, Milan 2016, 93 ff.; F. Farri, Un fisco sostenibile per la famiglia in Italia, Milan 2018, p. 53 ff.; S. Gianoncelli, La famiglia inquadrata nella prospettiva dell'ordinamento tributario, 'Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze' 2018, no. 4, p. 406 ff.; A. Contrino, 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' 31 December 2020, p. 1 ff.; A. Contrino, F. Farri, La riforma dell'IRPEF con riguardo alla fiscalità della famiglia, 'L-JUS – Rivista semestrale del Centro Studi Rosario Livatino' 2021, no. 1, p. 56 ff.; A. Pace, La famiglia transnazionale: profili fiscali, Milan 2021, p. 37 ff.; S. Pansieri, Il presupposto di fatto dell'IRPEF e i soggetti passivi, (in:) G. Falsitta, Manuale di diritto tributario. Parte speciale. Il sistema delle imposte in Italia, XIII ed., Milan 2021, p. 95 ff.; G. Scuffi, La fiscalità nel diritto di famiglia, Milan 2022, p. 1 ff.; T. Yang, Tassazione della famiglia e riforma fiscale: alcune note in tema di eguaglianza e imposizioni sostitutive, 'Rivista di diritto tributario – supplemento online' 9 February 2022, p. 1 ff.; A. Turchi, Proposte legislative e spunti per un riordino della tassazione dei redditi familiari, 'Rivista di diritto tributario – supplemento online' 7 June 2022, p. 1 ff.; A. Turchi, Diritto tributario di famiglia, Turin 2022, p. 11 ff.

2 A. Giovannini, Famiglia e capacità contributiva, 'Rivista di diritto tributario' 2013, no. 3, I, p. 221 ff.; S.A. Parente, Taxation of Family Income in the Light of the Principle of Ability to Pay, (in:) A. Pawlak, B. Skwarek, J. Stadniczeńko (pod redakcją), W trosce o rozwój i bezpieczeństwo dziecka – aspekty społeczno-prawne, Warsaw 2020, p. 353 ff.

3 F. Di Renzo, Focatico, (in:) Novissimo digesto italiano, vol. VII, Turin 1961, pp. 418–419.

4 Q. Mirti Della Valle, Testatico, (in:) Digesto italiano, vol. XXIII, Turin 1925, p. 1023 ff.; F. Di Renzo, Testatico, (in:) Novissimo digesto italiano, vol. XIX, Turin 1973, pp. 273–274.

In abstract, depending on the tax policy choices made by the individual domestic system, three different models can be used: individual taxation, taxation by parts or compulsory cumulation.⁵

In a system of individual taxation, each taxpayer declares his income and the tax is calculated on all of it; the presence of a spouse, children or other dependent family members is relevant only for the purposes of tax deductions or allowances. In the case of taxation by parts, the sum of the income of the spouses (and possibly of the dependent minor children) is added together and then divided; in the case of compulsory cumulation, on the other hand, the income of the spouse is added to that of the head of the family.⁶

1. The Evolution of the Family Income Taxation System: Analysis of the Problems

In the regime of sources of Italian law, the fiscal rules underlying the taxation of family income⁷ have undergone profound changes over the years in line with the reform of family systems (Law 19 May 1975, no. 151), conditioned by the economic and social balances that have characterized the structure, marking the transition from the patriarchal family, based on the figure of the *pater familias*, to the nuclear one, made up of partners and children.⁸

Originally, family relationships took on prominence in the context of family tax,⁹ introduced in the tax system of local authorities with the Law 26 July 1868, no. 4513.¹⁰ Subsequently, under the force of the progressive supplementary income tax¹¹, the tax-

5 R. Paladini, *Famiglia (tassazione della)*, https://www.treccani.it/enciclopedia/tassazione-della-famiglia_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/ (24.08.2021).

6 C. Sacchetto, *Famiglia (dir. trib.)*, [https://www.treccani.it/enciclopedia/famiglia-dir-trib_\(Diritto-on-line\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/famiglia-dir-trib_(Diritto-on-line)/) (24.08.2021).

7 N. d'Amati, *Le basi civilistiche della fattispecie soggettiva dell'imposta di famiglia*, 'Rivista di diritto civile' 1971, II, p. 67 ff.; N. d'Amati, *Progettazione giuridica del reddito*, vol. I, *Le ipotesi della riforma tributaria*, Padua 1973, p. 229 ff.; V. Capozzi, *La famiglia nella riforma Irpef*, 'Rivista di diritto tributario' 2005, I, p. 333 ff.

8 F. Parente, *L'evoluzione dei modelli familiari: dal principio di autorità alla tutela delle libertà fondamentali*, (in:) *Aa.Vv., Annali 2013 – Anno I*, Taranto 2013, p. 495 ff.

9 F. Di Renzo, *L'imposta di famiglia nella dottrina e nella pratica tributaria*, Milan 1954; A. Bernardino, *Famiglia (imposta di)*, (in:) *Novissimo digesto italiano*, vol. VII, Turin 1961, p. 73 ff.; M. Morelli, *Famiglia (imposta di)*, (in:) *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Milan 1967, p. 808 ff.; E. De Mita, *La definizione giuridica della imposta di famiglia*, Naples 1965; C. Zoppis, *Imposta di famiglia*, Milan 1968; N. d'Amati, *Famiglia (imposta di)*, (in:) *Novissimo digesto italiano*, Appendice, vol. III, Turin 1982, p. 647 ff.

10 V. Ficari, F. Paparella, *L'imposta sul reddito delle persone fisiche (Irpef)*, (in:) A. Fantozzi, *Corso di diritto tributario*, Turin 2004, p. 385.

11 A. Boidi, *Commento alla legge sulla imposta complementare progressiva del reddito*, Turin 1956, p. 21 ff.; O. Poli, *L'imposta complementare progressiva sul reddito*, Milan 1969, p. 96 ff.

ation system chosen was that of legal cumulation (article 2, paragraph 2, r.d. 30 December 1923, no. 3062),¹² consisting of the taxation of the husband, and in addition to his own income also that of his wife, since the latter income is aimed at satisfying family needs.

This tax model was suitable for a patriarchal family, in which the family unit was represented before the tax authorities by the *pater familias*, who was responsible for all the income produced by the spouses and minor children.¹³

The principle was first reaffirmed, albeit in different declinations, by article 131, paragraph 2, d.P.R. 20 January 1958, no. 645 (consolidated text of the laws on direct taxes), and subsequently by article 4, d.P.R. 29 September 1973, no. 597, on the occasion of the seventies tax reform,¹⁴ attributing to the husband, in his role as head of the family, alongside his own income and those of others, freely available or administered without the obligation of reckoning, also the income produced by the members of the family unit (wife and non-emancipated minor children living with the taxpayer).¹⁵

This entailed the recognition of the tax liability of the head of the family also for the income produced by the other members of the family community, without autonomous tax subjectivity. From an accounting point of view, the head of the family was obliged to indicate in the tax declaration, in addition to their own income, also those of the members of the family unit, with the obligation for the latter to indicate to the former the income produced.

-
- 12 G. Marongiu, Il 'cumulo' al vaglio della Corte Costituzionale, 'Diritto e pratica tributaria' 1975, II, p. 177; E. De Mita, La illegittimità costituzionale del c.d. cumulo, 'Diritto e pratica tributaria' 1976, II, p. 337; A. Fedele, 'Possesso' di redditi, capacità contributiva ed incostituzionalità del 'cumulo', 'Giurisprudenza costituzionale' 1976, I, p. 2159; M.A. Grippa Salvetti, Cumulo dei redditi e Costituzione, 'Foro italiano' 1976, I, c. 2530; F. Gallo, Regime fiscale della famiglia e principio di capacità contributiva, 'Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze' 1977, I, p. 92 ff.; A. Fantozzi, Regime tributario, (in:) C.M. Bianca (ed.), La comunione legale, vol. II, Milan 1989, p. 1083 ff.; F. Moschetti, Capacità contributiva, (in:) Enciclopedia giuridica Treccani, vol. V, Rome 1988, pp. 11-12; S. Mencarelli, Art. 4 - Coniugi e figli minori, (in:) G. Tinelli (ed.), Commentario al testo unico delle imposte sui redditi, Padua 2009, p. 46 ff.; A. Turchi, La famiglia nell'ordinamento tributario. Parte prima. I modelli di tassazione dei redditi familiari, Turin 2012, p. 59 ff.; A. Giovannini, Famiglia..., *op. cit.*, p. 228; C. Sacchetto, Famiglia (dir. trib.)..., *op. cit.*
- 13 G. Nava, Imposta sul reddito delle persone fisiche e tassazione dei coniugi: prospettive della riforma tributaria e comparazioni nell'ambito della Comunità europea, 'Bollettino tributario d'informazioni' 1974, p. 1286; V. Capozzi, 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, a cura di A. Fantozzi, Padua 2010, p. 33; V. Capozzi, 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, Naples 2019, p. 1305.
- 14 G. Zingali, La famiglia nella Costituzione e nella riforma tributaria, 'Diritto e pratica tributaria' 1971, I, p. 701 ff.
- 15 N. d'Amati, Istituzioni di diritto tributario, Bari 2006, p. 149.

In Italy, this criterion, conforming to the patriarchal structure of the family, was declared unconstitutional,¹⁶ by contrast with articles 3, 29, 31 and 53 of the Italian Constitution, since attributing to a single subject the income produced by those who were part of the same family unit entailed an inevitable inequality of treatment, especially after the recognition of legal equality between the spouses operated by the Law 19 May 1975, no. 151 (so-called 'reform of family law'), in response to the changes that had occurred at the social level, as well as the infringement of the principle of protection of the family and of the canons of ability to pay and progressiveness of the tax system.¹⁷

Following the intervention of the Italian Constitutional Court, the matter of the taxation of family income was redesigned by the Law 13 April 1977, no. 114, which marked the transition from the principle of legal cumulation to that of decumulation, subsequently merged into article 4, d.P.R. 22 December 1986, no. 917 (so-called TUIR), characterized by individual (or separate) taxation of the income produced by each member of the family unit.¹⁸

In this way, each taxpayer sees the income produced independently taxed, regardless of any assessment inherent to his or her own family situation, except in relation to deductions for dependent family members, with consequent penalization of single-income households compared to those who benefit from the income produced from multiple members.¹⁹

16 Judgment of the Constitutional Court of 15 July 1976, no. 179, <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> (24.08.2021), with commentary notes by: A.E. Granelli, Finalmente abolita la... 'tassa di maritaggio', 'Bollettino tributario d'informazioni' 1976, no. 15–16, p. 1172 ff.; L. Perrone, Il cumulo dei redditi familiari: costituzionalmente illegittimo o soltanto iniquo?, 'Giurisprudenza costituzionale' 1976, no. 12, I, p. 2188 ff.; G. Provini, Il cumulo e la diversificazione dei redditi, 'Bollettino tributario d'informazioni' 1976, no. 19, p. 1401 ff.; G. Stefani, Imposta personale, cumulo dei redditi e capacità contributiva, 'Bollettino tributario d'informazioni' 1976, no. 22, p. 1637 ff.; A.G. Zorzi, Ma il cumulo dei redditi è davvero illegittimo?, 'Giurisprudenza costituzionale' 1976, no. 12, p. 2207 ff.

17 I. Manzoni, Cumulo dei redditi e legittimità costituzionale: non manifesta infondatezza o manifesta fondatezza della questione?, 'Giurisprudenza costituzionale' 1975, p. 2053 ff.; L. Perrone, Il cumulo dei redditi, il principio della capacità contributiva e la progressività del sistema tributario, 'Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze' 1977, no. 2, p. 113 ff.; V. Ficari, F. Paparella, L'imposta sul reddito delle persone fisiche..., *op. cit.*, pp. 385–386; F. Tesaurò, Istituzioni di diritto tributario, vol. 2, Parte speciale, Turin, 2008, p. 28; R. Schiavolin, L'imposta sul reddito delle persone fisiche, (in:) G. Falsitta, Corso istituzionale di diritto tributario, Padua 2014, p. 455; F. Paparella, Lezioni di diritto tributario. Parte generale, Milan 2021, p. 44.

18 V. Ficari, F. Paparella, L'imposta sul reddito delle persone fisiche..., *op. cit.*, p. 386; N. d'Amati, A. Uricchio, Corso di diritto tributario, Padua 2008, p. 122; V. Capozzi, Commento all'art. 4..., *op. cit.*, cit., p. 34; V. Capozzi, Commento all'art. 4, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917..., *op. cit.*, p. 1306; A.F. Uricchio, Percorsi di diritto tributario, Bari 2017, p. 206; A.F. Uricchio, Manuale di diritto tributario, Bari 2020, p. 242.

19 R. Tallarico, La tassazione delle famiglie monoreddito tra Corte Costituzionale e prospettive di riforma, 'Tributi' 1998, p. 965 ff.; F. Tesaurò, Istituzioni di diritto tributario..., *op. cit.*, p. 28.

Therefore, the Italian tax legislator, despite the attention shown towards the institution of the family, by taxing the income of which each spouse is the direct recipient, still shows difficulty in valuing the family nucleus as an economic unit of reference with a different and autonomous ability to pay compared to that of its individual members.²⁰

Nevertheless, the family, whether founded on marriage, civil union²¹ or mere *de facto* cohabitation,²² although excluded from the list of taxable persons,²³ is relevant, both in direct and indirect taxation, with reference to the institutions of the property regime.

2. The Shared Allocation of Family Income: Compatibility with the Principle of Ability to Pay

In the relationship between the spouses, the criterion of individual taxation operates regardless of the property regime adopted: in the case of separation of assets, the marital relationship is irrelevant for tax purposes, with regard to the imputation of income produced by the personal assets of each spouse; in the case of legal communion²⁴, however, article 4, paragraph 1, lett. a) of the TUIR provides for a rule for

20 C. Scalinci, *Il tributo senza soggetto. Ordinamento e fattispecie*, Padua 2011, p. 425 ff.; C. Sacchetto, *Famiglia (dir. trib.)...*, *op. cit.*; A. Contrino, *Sulla riforma della fiscalità della famiglia...*, *op. cit.*, p. 1 ff.

21 F. Parente, *I modelli familiari dopo la legge sulle unioni civili e sulle convivenze di fatto*, 'Rassegna di diritto civile' 2017, vol. 38, no. 3, p. 956 ff.; E. Kuzelewska, *Same-Sex Marriage – A Happy End Story? The Effectiveness of Referendum on Same-Sex Marriage in Europe*, 'Białystok Legal Studies' 2019, vol. 24, no. 1, p. 13 ff.; K. Palkova, L. Rozentale, *Civil Unions (Non-Registered Partnerships) and Patients' Rights: Problematics and the Future Perspective*, 'Białystok Legal Studies' 2021, vol. 26, no. 5, p. 103 ff. On tax law profiles, see S. Capolupo, *Riflessi fiscali delle unioni civili: ricostruzione interpretativa con diversi aspetti da chiarire*, 'Il fisco' 2016, no. 37, p. 3529 ff.; A. Pischetola, *Unioni civili e contratti di convivenza – Profili fiscali*, (in:) *Aa.Vv., Le novità fiscali di interesse notarile*, Milan 2017; A. Turchi, *Unione civile, convivenze di fatto e imposizione reddituale*, 'Rassegna tributaria' 2021, vol. 64, no. 3, p. 613 ff.

22 F. Parente, *La «convivenza di fatto»: un nuovo modello legale di organizzazione familiare*, 'Diritto delle successioni e della famiglia' 2018, vol. 4, no. 3, p. 797 ff.; A. Torrioni, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza: disciplina legislativa e ricorso all'autonomia privata*, 'Rivista del notariato' 2020, no. 4, p. 649 ff. For the aspects of tax law, see S. Capolupo, *Regime fiscale delle coppie di fatto: assimilazione solo parziale a quello previsto tra i coniugi*, 'Il fisco' 2016, no. 38, p. 3651 ff.

23 On the topic, see L. Tosi, *Considerazioni sul regime fiscale della famiglia: discriminazioni ai danni delle famiglie monoreddito, prospettive di riforma e problematiche di ordine costituzionale*, 'Rassegna tributaria' 1988, I, p. 344; P. Filippi, *Famiglia VII Diritto tributario...*, *op. cit.*, p. 1; M.A. Grippa Salvetti, *Famiglia nel diritto tributario*, (in:) *Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale*, vol. V, Turin 1990, p. 476 ff.; A.M. Proto, *Riflessioni in tema di tassazione dei redditi del nucleo familiare*, 'Rivista di diritto tributario' 1991, I, p. 795 ff.

24 U. Nipote, *Comunione legale e dichiarazione dei redditi*, 'Bollettino tributario d'informazioni' 1982, p. 692 ff.; V. Capozzi, *Profili fiscali della comunione legale: interventi della prassi amminis-*

the distribution between the spouses of the income relating to the assets subject to the communion in an amount equal to half of their net amount or the different share established pursuant to article 210 Civil Code (so-called 'shared allocation').²⁵

The income from the separate activity [article 177, paragraph 1, lett. c), Civil Code] and the income from the personal assets of each spouse (article 179 Civil Code) are charged to him or her for the entire amount, due to the changes made by article 26, Decree Law 2 March 1989, no. 69, converted by Law 27 April 1989, no. 154.²⁶

As a result of the so-called 'shared attribution', the tax legislator ends up by identifying a 'share', in the context of legal communion, by its nature 'communion without shares'²⁷ in which the spouses are jointly and severally entitled to all the assets included therein: adherence to a different solution, entailing a full taxation for each of the spouses, could, on the one hand, conflict with the prohibition of double taxation and, on the other, infringe the principle of ability to pay.

The criterion of 'shared attribution'²⁸ – which ceases to operate when the legal communion ceases, a circumstance resulting from the death of one of the spouses, from the dissolution of the marriage bond or from the choice of the separation of property regime or from other imperative causes (article 191 Civil Code) – is consistent with the canon governed by article 53 of the Constitution,²⁹ as the income from assets subject to legal communion is also intended for the satisfaction of family

trativa ed interpretazioni giurisprudenziali, 'Rivista di diritto tributario' 2001, no. 7–8, II, p. 632 ff.; V. Capozzi, Profili fiscali della comunione legale: interventi della prassi amministrativa ed interpretazioni giurisprudenziali (parte II), 'Rivista di diritto tributario' 2002, no. 1, II, p. 114 ff.; A. Fedele, La comunione legale nel diritto tributario, 'Diritto e pratica tributaria' 2002, vol. 73, no. 1, I, p. 33 ff.

25 V. Ficari, F. Paparella, L'imposta sul reddito delle persone fisiche..., *op. cit.*, p. 386; N. d'Amati, Istituzioni..., *op. cit.*, p. 150; N. d'Amati, A. Uricchio, Corso di diritto..., *op. cit.*, p. 122; A. Viotto, Considerazioni sui regimi di tassazione dei redditi dei coniugi alla luce del principio di capacità contributiva, 'Rivista trimestrale di diritto tributario' 2014, no. 4, pp. 927–928; A.F. Uricchio, Percorsi..., *op. cit.*, p. 206; A.F. Uricchio, Manuale..., *op. cit.*, p. 242.

26 V. Capozzi, Commento all'art. 4, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917..., *op. cit.*, p. 1312.

27 Judgment of the Constitutional Court of 17 March 1988, no. 311, 'Giustizia civile' 1988, p. 2482 ff.

28 S. Mencarelli, Art. 4..., *op. cit.*, p. 49 ff.; A. Turchi, Imputazione dei redditi e comunione dei beni fra coniugi. Considerazioni sull'art. 4 del Testo unico, 'Rassegna tributaria' 2013, no. 1, p. 150 ff.

29 M.V. Serranò, Le fonti del diritto tributario, (in:) L. Ferlazzo Natoli, Diritto tributario, Milan 2010, p. 32 ff.; P. Boria, I principi costituzionali dell'ordinamento fiscale, (in:) A. Fantozzi (ed.), Diritto tributario, IV ed., Milanofiori Assago 2012, p. 84 ff.; S.A. Parente, Lo ius impositionis tra potere autoritativo, solidarietà sociale e libertà personale, (in:) Aa.Vv, Annali 2013 – Anno I, Taranto 2013, p. 522 ff.; G. Gaffuri, Diritto tributario. Parte generale e parte speciale, IX ed., Milan 2019, p. 25 ff.; S. Fiorentino, Lezioni di diritto tributario. Parte Generale, II ed., Naples 2020, p. 37 ff.; A. Giovannini, Quale capacità contributiva?, 'Diritto e pratica tributaria' 2020, vol. 91, no. 3, p. 826 ff.; A. Carinci, T. Tassani, Manuale di diritto tributario, IV ed., Turin 2021, p. 55 ff.; M. Aulenta, Capacità contributiva ed equilibri finanziari dei soggetti attivi, Bari 2022, p. 38 ff.; A. Contrino, G. Corasaniti, E. della Valle, A. Marcheselli, E. Marellò, G. Marini, S.M. Messina, M. Trivellin,

needs, as can also be seen from article 186, paragraph 1, lett. c), Civil Code, which, among the obligations imposed on the aforementioned assets, includes the expenses for the maintenance of the family, for the education and upbringing of the children and any other obligation contracted by the spouses, even separately, for the family interest; moreover, the decision-making power underlying this destination, as well as its administration, belongs to both spouses.³⁰

On the fiscal level, if it can reasonably be assumed that each spouse, in addition to being co-owner of the source, that is to say of the goods that produce income, can dispose of half the fruits of the aforementioned goods (and therefore of the income), it can be reasonably assumed that each of them holds the ability to pay attributable to 50% of the income deriving from the assets subject to legal communion.³¹

From a systematic point of view, the current regulatory compendium confirms that the legal communion does not give rise to a separate taxable person for the purposes of direct taxation, as the taxable persons are the spouses.³²

Adhering to the orientation³³ that includes the immediate legal communion governed by article 177, paragraph 1, lett. a), Civil Code, in addition to derivative purchases, some methods of original purchase (for example, usucapion, if at the time of completion of the *tempus ad usucapionem* the legal community regime is in force), the income relating to the assets thus acquired will be subject to 'shared allocation'; on the other hand, purchases made by accession are included among personal assets³⁴ and purchases made for occupation, invention, admixture or specification are

Fondamenti di diritto tributario, II ed., Milan 2022, p. 13 ff.; G. Melis, Manuale di diritto tributario, IV ed., Turin 2022, p. 45 ff.

30 V. Capozzi, Commento all'art. 4, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917..., *op. cit.*, p. 1308.

31 A. Viotto, Considerazioni sui regimi di tassazione dei redditi dei coniugi..., *op. cit.*, pp. 930-931.

32 *Ibidem*, p. 928.

33 C.M. Bianca, Diritto civile, vol. II, La famiglia. Le successioni, Milan 1985, p. 72, nt. 43; V. De Paola, Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale, tomo II, Il regime patrimoniale della famiglia, Milan 1995, p. 381 ff. In case law, see Judgment of Civil Cassation section II of 3 November 2000, no. 14347, 'Giurisprudenza italiana' 2001, p. 1848 ff., with commentary note of R.G. Piscitelli, Usucapione, rinuncia transattiva all'acquisto ed annullabilità per mancanza del consenso di un coniuge; Judgment of Civil Cassation section II of 23 July 2008, no. 20296, 'Notariato' 2009, p. 16 ff., with commentary note of R. Scotti, L'acquisto per usucapione compiuto dal coniuge in regime di comunione legale.

34 Judgment of Civil Cassation united sections of 27 January 1996, no. 651, 'Il diritto di famiglia e delle persone' 1997, no. 1, I, p. 107 ff., with commentary note of F. Parente, Le Sezioni Unite imputano al patrimonio personale la costruzione realizzata su suolo del coniuge durante la comunione legale; Judgment of Civil Cassation section II of 8 May 1996, no. 4273, 'La nuova giurisprudenza civile commentata' 1997, p. 394 ff.; Judgment of Civil Cassation section I of 22 April 1998, no. 4076, 'Giustizia civile' 1998, p. 2831 ff., with commentary note of T. Auletta, Accessione e comunione legale: ancora una pronuncia della Suprema Corte a favore del coniuge proprietario del suolo; Judgment of Civil Cassation section I of 12 May 1999, no. 4716, 'Vita notarile' 2001, p. 727 ff.; Judgment of Civil Cassation section II of 11 August 1999, no. 8585, 'Rivista del notariato' 2000, p. 348 ff., with commentary note of A. Ruotolo, Comunione legale, acquisto per accessione e diritti

included in the *de residuo* communion, where they constitute income from the separate activity of the individual spouse.³⁵

In fact, the provision that establishes that the split allocation criterion does not operate for the income deriving from the performance of the separate activity (professional or entrepreneurial) of each of the spouses is fully congruent with the principle of ability to pay. These proceeds are attributed to the only spouse who carries out the related activity, as an entity included in the *de residuo* communion, pursuant to article 177, paragraph 1, lett. c), Civil Code, object of sharing only in the moment of dissolution of communion, provided they have not been consumed.³⁶

Medio tempore, therefore, since only one spouse holds the source of income – consisting of the exercise of a separate professional or business activity – and the related dispositive power, a manifestation of wealth must be recognized for the same, suitable for expressing the ability to pay by subject to taxation.³⁷

In order to avoid double taxation profiles, not in line with the principle of ability to pay, at the time of the dissolution of the communion the same income, included in the *de residuo* communion, cannot be subjected to taxation again, albeit with the other spouse, the eligibility for the contribution being however exhausted.³⁸

3. The Shareholdings of the Spouses and the Taxation Regime

In reality, the provision that provides for the *pro-quota* allocation of the income produced by the assets subject to legal communion collides with the practice of attributing the aforementioned income to the formal owner of the asset, that means, to the subject resulting from the public registers.³⁹ This is the case of shareholdings in the capital of companies involving limited liability for corporate obligations,⁴⁰ in-

del coniuge del dominus soli; Judgment of Civil Cassation of 16 January 2004, no. 631, 'Notariato' 2005, no. 5, p. 485 ff.; Judgment of Civil Cassation section II of 19 January 2004, no. 716, 'DeJure Giuffrè'; Judgment of Civil Cassation section I of 14 April 2004, no. 7060, 'Rivista del notariato' 2004, p. 1483 ff.

35 V. Capozzi, Commento all'art. 4, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917..., *op. cit.*, p. 1308 ff.

36 V. Ficari, Brevi riflessioni sulla responsabilità tributaria del coniuge obbligato 'dipendente' tra impresa individuale e dichiarazione congiunta, 'Bollettino tributario d'informazioni' 2013, no. 7, p. 486.

37 A. Viotto, Considerazioni sui regimi di tassazione dei redditi dei coniugi..., *op. cit.*, p. 932.

38 *Ibidem*, p. 934.

39 M.A. Grippa Salvetti, Famiglia..., *op. cit.*, p. 483; R. Lunelli, Quando l'intestazione formale non rispetta il regime di comunione legale: a quale coniuge imputare i redditi di capitale?, 'Rassegna tributaria' 1994, no. 10, p. 1492 ff.; R. Lupi, La comunione legale: i 'diritti che non si vedono' e gli 'incroci pericolosi dell'anagrafe tributaria', 'Rassegna tributaria' 1994, no. 10, p. 1503 ff.

40 V. Capozzi, Redditi da partecipazione in società e comunione legale: certezze e dubbi agli effetti civilistici e tributari, 'Giurisprudenza delle imposte' 2001, no. 3, p. 760 ff.; A. Voza, La tassazione dei redditi derivanti da partecipazioni societarie acquistate in regime di comunione legale, 'Il

cluded among the assets subject to immediate legal communion pursuant to article 177, paragraph 1, lett. a), Civil Code⁴¹, due to the predominant character of the capital investment purpose.⁴²

In relation to these company shareholdings, it was argued,⁴³ not without disputes,⁴⁴ that where the corporate securities were purchased by a single spouse, the holder of the tax obligation related to the profits divided by the company would be identified only in the spouse who is the holder.⁴⁵

This is a practice that cannot be shared, since, in addition to making the formal data (the heading of the corporate securities) prevail over the substantive one (the legal communion on the same), it contrasts with the *littera legis* [article 4, paragraph 1, lett. a), TUIR] which establishes, in a binding manner, the imputation of the income of assets subject to immediate legal communion to both spouses without exception.⁴⁶

With reference to shareholdings in the capital of companies involving unlimited liability for corporate obligations, in the face of the orientation⁴⁷ that leads the aforementioned assets to personal assets pursuant to article 179, paragraph 1, lett. d), Civil Code, including them among the ‘assets that are used for the exercise of the spouse’s profession’, there is the thesis⁴⁸ that reports these company shareholdings in the *de*

fisco’ 2003, p. 1017 ff.; G.M. Cartanese, L'imposizione dei redditi da partecipazioni societarie ricadenti nella comunione legale, ‘Bollettino tributario d'informazioni’ 2009, no. 23, p. 1752 ff.; V. Capozzi, Brevi note sulla rilevanza del regime patrimoniale coniugale nell'imputazione dei redditi da partecipazione o derivanti dall'esercizio di un'impresa, ‘Rivista trimestrale di diritto tributario’ 2014, no. 3, p. 595 ff.

41 Judgment of Civil Cassation section I of 18 August 1994, no. 7437, ‘La nuova giurisprudenza civile commentata’ 1995, p. 551 ff.; Judgment of Civil Cassation section I of 23 September 1997, no. 9355, ‘Rivista del notariato’ 1999, p. 671 ff.; Judgment of Civil Cassation section I of 27 May 1999, no. 5172, ‘Diritto e pratica tributaria’ 2000, p. 1095 ff., with commentary note of F. De Piaggi, Comunione legale sugli acquisti di azioni effettuati da uno solo dei due coniugi; Judgment of Civil Cassation section V of 24 February 2001, no. 2736, ‘Giurisprudenza italiana’ 2001, p. 2183 ff. In doctrine, see L. Sanguineti, Partecipazioni sociali e comunione legale fra coniugi, ‘Diritto e pratica tributaria’ 1988, II, p. 19 ff.

42 V. Capozzi, Commento all’art. 4..., *op. cit.*, p. 35; V. Capozzi, Commento all’art. 4, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917..., *op. cit.*, p. 1311.

43 See the opinion of the State Attorney of 29 October 1988, available at the link: <http://www.avvocaturastato.it/> (accessed 24.08.2021).

44 A. Fantozzi, Regime..., *op. cit.*, p. 1103; M.A. Grippa Salvetti, Famiglia..., *op. cit.*, p. 483; A. Turchi, La famiglia nell'ordinamento tributario..., *op. cit.*, p. 181 ff.; A. Turchi, Imputazione dei redditi e comunione dei beni fra coniugi..., *op. cit.*, p. 161 ff.

45 A. Viotto, Considerazioni sui regimi di tassazione dei redditi dei coniugi..., *op. cit.*, pp. 938–939.

46 *Ibidem*, p. 939. In case law, see Judgment of Central Tax Commission of 4 February 1999, no. 591, ‘Fisconline’; Judgment of Provincial Tax Commission of 13 January 2010, no. 2, ‘Fisconline’.

47 G. De Rubertis, Comunione legale d'azienda e società di fatto, ‘Vita notarile’ 1979, p. 80.

48 G. Oppo, Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia, ‘Rivista di diritto civile’ 1976, no. 1, p. 107 ff. In case law, see Judgment of Court of Catania of 17 July 2007, ‘Notariato’ 2008, no. 6, p. 661 ff.

residuo communion governed by article 178 Civil Code, making a parallelism with the ‘single-managed’ company.

Although a different reconstruction,⁴⁹ without prejudice to the distinction between ownership and legitimacy to exercise social rights, has included investments in partnerships, even if involving unlimited liability, in the context of immediate legal communion pursuant to article 177, paragraph 1, lett. a), Civil Code, it is not possible to adhere to the aforementioned orientation for two reasons: on the one hand, as nobody can be obliged to assume unlimited liability for social obligations, inherent in the *status* of shareholder of a partnership, without having first expressed a manifestation of will in this sense, which is why including in the immediate legal communion the company shares purchased individually would mean attributing to the non-purchasing spouse a responsibility not assumed in a conscious manner; on the other hand, due to the characteristics of these types of companies, based on the principle of *intuitus personae*, which prevents the conclusions reached in relation to joint-stock companies from being extended to the latter.⁵⁰

An exception is the hypothesis of the company share held by the limited partner of a limited partnership, whose income – subject to immediate legal communion due to the limited liability for social obligations – is subject to the same tax regime as those deriving from participation in capital companies.⁵¹

Therefore, with the exception of the latter hypothesis, the shareholdings in the capital of companies involving unlimited liability for the corporate obligations are included in the *de residuo* communion, which is why the relative income – since the criterion of shared allocation cannot operate – will be attributed only to the spouse who is the holder.

Conclusions

The analysis carried out shows, therefore, the close connection, in the context of family dynamics, between civil law and tax law. However, from a prospective point of view, tax legislation, rather than merely realizing mere revenue needs, should ensure

49 Judgment of Civil Cassation section II of 2 February 2009, no. 2569, ‘Famiglia, persone e successioni’ 2009, p. 403 ff.

50 V. Capozzi, Commento all’art. 4..., *op. cit.*, p. 36; L. Genghini, La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia, Padua 2010, p. 357; V. Capozzi, Commento all’art. 4, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917..., *op. cit.*, p. 1311. Previously, for that solution, comp. G. Oppo, Diritto di famiglia e diritto d’impresa, ‘Rivista di diritto civile’ 1977, I, p. 390; L. Giaccardi Marmo, La partecipazione in società di persone nel sistema di comunione legale fra coniugi, ‘Giurisprudenza commerciale’ 1980, I, p. 627.

51 Judgment of Central Tax Commission section VI of 12 June 1992, no. 4049, ‘Commissione tributaria centrale’ 1992, I, p. 519; Judgment of Central Tax Commission section VI of 13 June 1992, no. 4101, ‘Repertorio generale annuale del Foro italiano’ 1992, Redditi (Imposte), no. 331.

the pursuit of the purposes entrusted to the family in compliance with the constitutional principles in tax matters. These principles must necessarily guide any legislative intervention on family taxation,⁵² without neglecting the territorial, economic, cultural and ideological variables of the individual systems, so as to enhance the solidarity and affective aspects that are the basis of all family aggregations.⁵³

REFERENCES

- Aa.Vv., *La Famille et l'impôt*, 'Revue française de finances publiques' 1986.
- Alburquenque L.S., *El modelo portugués de tributación de la familia: análisis de sus aspectos más característicos*, (in:) C. Sacchetto (ed.), *La tassazione della famiglia: aspetti nazionali e comparati*, Soveria Mannelli 2010.
- Aglietta P., *Tassazione e famiglia. Aspetti fiscali, tutela giuridica e accertamento nelle vicende familiari*, Milan 2011.
- Aulenta M., *Capacità contributiva ed equilibri finanziari dei soggetti attivi*, Bari 2022.
- Auletta T., *Accessione e comunione legale: ancora una pronuncia della Suprema Corte a favore del coniuge proprietario del suolo*, 'Giustizia civile' 1998.
- Beltrame P., *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*, Soveria Mannelli 2010.
- Bernardino A., *Famiglia (imposta di)*, (in:) *Novissimo digesto italiano*, vol. VII, Turin 1961.
- Bianca C.M., *Diritto civile*, vol. II, *La famiglia. Le successioni*, Milan 1985.
- Bizioli G., *Brevi considerazioni sui profili soggettivi della tassazione della famiglia*, (in:) C. Sacchetto (ed.), *La tassazione della famiglia: aspetti nazionali e comparati*, Soveria Mannelli 2010.
- Blangiardo G.C., Vernizzi A., *Demographic trends and personal income tax in Italy in the context of raising children*, 'Silesian Statistical Review' 2013.
- Boidi A., *Commento alla legge sulla imposta complementare progressiva del reddito*, Turin 1956.
- Boria P., *I principi costituzionali dell'ordinamento fiscale*, (in:) A. Fantozzi (ed.), *Diritto tributario*, IV ed., Milanofiori Assago 2012.
- Braccini R., *Osservazioni sulla rilevanza tributaria dei doveri economici familiari*, 'Diritto e pratica tributaria' 1977, I.
- Braccini R., *I rapporti economici familiari nel diritto tributario*, Bologna 1979.
- Capolupo S., *Riflessi fiscali delle unioni civili: ricostruzione interpretativa con diversi aspetti da chiarire*, 'Il fisco' 2016, no. 37.
- Capolupo S., *Regime fiscale delle coppie di fatto: assimilazione solo parziale a quello previsto tra i coniugi*, 'Il fisco' 2016, no. 38.

52 A. Contrino, *Sulla riforma della fiscalità della famiglia...*, *op. cit.*, p. 1 ff.

53 C. Sacchetto, *Famiglia (dir. trib.)...*, *op. cit.*

- Capozzi V., Redditi da partecipazione in società e comunione legale: certezze e dubbi agli effetti civilistici e tributari, 'Giurisprudenza delle imposte' 2001, no. 3.
- Capozzi V., Profili fiscali della comunione legale: interventi della prassi amministrativa ed interpretazioni giurisprudenziali, 'Rivista di diritto tributario' 2001, no. 7–8, II.
- Capozzi V., Profili fiscali della comunione legale: interventi della prassi amministrativa ed interpretazioni giurisprudenziali (parte II), 'Rivista di diritto tributario' 2002, no. 1, II.
- Capozzi V., La famiglia nella riforma Irpef, 'Rivista di diritto tributario' 2005, I.
- Capozzi V., 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, a cura di A. Fantozzi, Padua 2010.
- Capozzi V., Brevi note sulla rilevanza del regime patrimoniale coniugale nell'imputazione dei redditi da partecipazione o derivanti dall'esercizio di un'impresa, 'Rivista trimestrale di diritto tributario' 2014, no. 3.
- Capozzi V., 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, Naples 2019.
- Carinci A., Tassani T., Manuale di diritto tributario, IV ed., Turin 2021.
- Cartanese G.M., L'imposizione dei redditi da partecipazioni societarie ricadenti nella comunione legale, 'Bollettino tributario d'informazioni' 2009, no. 23.
- Cecchella C. (ed.), I rapporti familiari nel diritto tributario. Atti della settima giornata di studi sul diritto di famiglia in memoria dell'avv. Mario Jaccheri, Pisa 2013.
- Cernigliaro Dini M.V., Famiglia nel diritto tributario, (in:) Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale, Aggiornamento, vol. III, Turin 2007.
- Collet M., Droit Fiscal, Paris 2007.
- Contrino A., 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' 31 December 2020.
- Contrino A., Farri F., La riforma dell'IRPEF con riguardo alla fiscalità della famiglia, 'L-JUS – Rivista semestrale del Centro Studi Rosario Livatino' 2021, no. 1.
- Contrino A., Corasaniti G., della Valle E., Marcheselli A., Marellò E., Marini G., Messina S.M., Trivellin M., Fondamenti di diritto tributario, II ed., Milan 2022.
- d'Amati N., Le basi civilistiche della fattispecie soggettiva dell'imposta di famiglia, 'Rivista di diritto civile' 1971, II.
- d'Amati N., Progettazione giuridica del reddito, vol. I, Le ipotesi della riforma tributaria, Padua 1973.
- d'Amati N., Famiglia (imposta di), (in:) Novissimo digesto italiano, Appendice, vol. III, Turin 1982.
- d'Amati N., Istituzioni di diritto tributario, Bari 2006.
- d'Amati N., Uricchio A., Corso di diritto tributario, Padua 2008.

- Declich C., Polin V., Individuo e famiglia: quale fisco?, 'Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze' 2007, no. 2.
- De Mita E., La definizione giuridica della imposta di famiglia, Naples 1965.
- De Mita E., La illegittimità costituzionale del c.d. cumulo, 'Diritto e pratica tributaria' 1976, II.
- De Paola V., Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale, tomo II, Il regime patrimoniale della famiglia, Milan 1995.
- De Piaggi F., Comunione legale sugli acquisti di azioni effettuati da uno solo dei due coniugi, 'Diritto e pratica tributaria' 2000.
- De Rubertis G., Comunione legale d'azienda e società di fatto, 'Vita notarile' 1979.
- Di Renzo F., L'imposta di famiglia nella dottrina e nella pratica tributaria, Milan 1954.
- Di Renzo F., Focatico, (in:) Novissimo digesto italiano, vol. VII, Turin 1961.
- Di Renzo F., Testatico, (in:) Novissimo digesto italiano, vol. XIX, Turin 1973.
- Fantozzi A., Impresa familiare (dir. trib.), (in:) Novissimo digesto italiano, Appendice, vol. IV, Turin 1983.
- Fantozzi A., Regime tributario, (in:) C.M. Bianca (ed.), La comunione legale, vol. II, Milan 1989.
- Farri F., Punti fermi e profili di irrazionalità nel regime fiscale della famiglia, 'Rivista di diritto tributario' 2016, no. 1.
- Farri F., Un fisco sostenibile per la famiglia in Italia, Milan 2018.
- Fedele A., 'Possesso' di redditi, capacità contributiva ed incostituzionalità del 'cumulo', 'Giurisprudenza costituzionale' 1976, I.
- Fedele A., La comunione legale nel diritto tributario, 'Diritto e pratica tributaria' 2002, vol. 73, no. 1, I.
- Fedele A., Appunti dalle lezioni di diritto tributario, Turin 2005.
- Ficari V., Brevi riflessioni sulla responsabilità tributaria del coniuge obbligato 'dipendente' tra impresa individuale e dichiarazione congiunta, 'Bollettino tributario d'informazioni' 2013, no. 7.
- Ficari V., Paparella F., L'imposta sul reddito delle persone fisiche (Irpef), (in:) A. Fantozzi, Corso di diritto tributario, Turin 2004.
- Filippi P., Famiglia VII) Diritto tributario, (in:) Enciclopedia giuridica Treccani, vol. XIV, Rome 1989.
- Filippi P., Impresa familiare II) Diritto tributario, (in:) Enciclopedia giuridica Treccani, vol. XVIII, Rome 1990.
- Fiorentino S., Lezioni di diritto tributario. Parte Generale, II ed., Naples 2020.
- Fregni M.C., La dimensione dell'impresa nell'ambito familiare, 'Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze' 2013.
- Gaffuri G., Diritto tributario. Parte generale e parte speciale, IX ed., Milan 2019.
- Gaffuri G., Cernigliaro Dini M.V., La tassazione della famiglia (trattamento fiscale della famiglia: favore o disfavore del legislatore?), 'Iustitia' 2005, no. 2.
- Gallo F., Regime fiscale della famiglia e principio di capacità contributiva, 'Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze' 1977, I.

- Genghini L., *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, Padua 2010.
- Giaccardi Marmo L., *La partecipazione in società di persone nel sistema di comunione legale fra coniugi*, 'Giurisprudenza commerciale' 1980, I.
- Gianoncelli S., *La famiglia inquadrata nella prospettiva dell'ordinamento tributario*, 'Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze' 2018, no. 4.
- Giovannini A., *Famiglia e capacità contributiva*, 'Rivista di diritto tributario' 2013, no. 3, I.
- Giovannini A., *Quale capacità contributiva?*, 'Diritto e pratica tributaria' 2020, vol. 91, no. 3.
- Granelli A.E., *Finalmente abolita la ... 'tassa di maritaggio'*, 'Bollettino tributario d'informazioni' 1976, no. 15-16.
- Granelli A.E., *L'impresa familiare nella riforma tributaria*, 'Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze' 1976.
- Granelli A.E., *Profili civilistici e riflessi tributari nel nuovo diritto di famiglia*, 'Bollettino tributario d'informazioni' 1977.
- Grippa Salvetti M.A., *Cumulo dei redditi e Costituzione*, 'Foro italiano' 1976, I.
- Grippa Salvetti M.A., *Famiglia nel diritto tributario*, (in:) *Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale*, vol. V, Turin 1990.
- Iacobellis L., *La tassazione dei redditi delle donne ed il principio di uguaglianza tributaria: la leva impositiva per la realizzazione e promozione dell'equità fiscale di genere*, 'Economia e società regionale' 2021, no. 2.
- Ingrao G., *Teoria e tecnica dell'imposizione tributaria*, Messina 2022.
- Kuźelewska E., *Same-Sex Marriage – A Happy End Story? The Effectiveness of Referendum on Same-Sex Marriage in Europe*, 'Białystok Legal Studies' 2019, vol. 24, no. 1.
- Leccisotti M., Patrizii V., *Il trattamento fiscale della famiglia nei paesi industrializzati*, Turin 2002.
- Leroy M., *Sociologie de la fiscalité de la famille*, (in:) C. Sacchetto (ed.), *La tassazione della famiglia: aspetti nazionali e comparati*, Soveria Mannelli 2010.
- Logozzo M., *Il trattamento della famiglia nell'ordinamento tributario*, (in:) V. Ferrante (ed.), *Lavoro, cittadinanza, famiglia*, Milan 2016.
- Lunelli R., *Quando l'intestazione formale non rispecchia il regime di comunione legale: a quale coniuge imputare i redditi di capitale?*, 'Rassegna tributaria' 1994, no. 10.
- Lupi R., *La comunione legale: i 'diritti che non si vedono' e gli 'incroci pericolosi dell'anagrafe tributaria'*, 'Rassegna tributaria' 1994, no. 10.
- Lupi R. (ed.), *Diritto delle imposte. Dai presupposti economici d'imposta alle basi imponibili nella 'parte speciale' del diritto tributario*, Milan 2020.
- Magrini M. (ed.), *La tassazione del reddito familiare*, XVI Legislatura, Dossier no. 42 a cura del Servizio Studi del Senato, September 2008, available at the link: <http://www.senato.it/service/PDF/PDF-Server/BGT/00736635.pdf>.
- Manzoni I., *Cumulo dei redditi e legittimità costituzionale: non manifesta infondatezza o manifesta fondatezza della questione?*, 'Giurisprudenza costituzionale' 1975.
- Marongiu G., *Il 'cumulo' al vaglio della Corte Costituzionale*, 'Diritto e pratica tributaria' 1975, II.

- Melis G., *Manuale di diritto tributario*, IV ed., Turin 2022.
- Mencarelli S., Art. 4 – Coniugi e figli minori, (in:) G. Tinelli (ed.), *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi*, Padua 2009.
- Mirti Della Valle Q., Testatico, (in:) *Digesto italiano*, vol. XXIII, Turin 1925.
- Morelli M., *Famiglia (imposta di)*, (in:) *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Milan 1967.
- Moschetti F., *Capacità contributiva*, (in:) *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. V, Rome 1988.
- Mudrecki A., *The Contemporary Significance of the Principle of Proportionality in Tax Law*, 'Białystok Legal Studies' 2021, vol. 26, no. 4.
- Nava G., *Imposta sul reddito delle persone fisiche e tassazione dei coniugi: prospettive della riforma tributaria e comparazioni nell'ambito della Comunità europea*, 'Bollettino tributario d'informazioni' 1974.
- Nipote U., *Comunione legale e dichiarazione dei redditi*, 'Bollettino tributario d'informazioni' 1982.
- Oppo G., *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, 'Rivista di diritto civile' 1976, no. 1.
- Oppo G., *Diritto di famiglia e diritto d'impresa*, 'Rivista di diritto civile' 1977, I.
- Pace A., *La famiglia transnazionale: profili fiscali*, Milan 2021.
- Paladini R., *Famiglia (tassazione della)*, https://www.treccani.it/enciclopedia/tassazione-della-famiglia_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/.
- Palkova K., Rozentale L., *Civil Unions (Non-Registered Partnerships) and Patients' Rights: Problematics and the Future Perspective*, 'Białystok Legal Studies' 2021, vol. 26, no. 5.
- Pansieri S., *Il presupposto di fatto dell'IRPEF e i soggetti passivi*, (in:) G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale. Il sistema delle imposte in Italia*, XIII ed., Milan 2021.
- Paparella F., *Lezioni di diritto tributario. Parte generale*, Milan 2021.
- Parente F., *Le Sezioni Unite imputano al patrimonio personale la costruzione realizzata su suolo del coniuge durante la comunione legale*, 'Il diritto di famiglia e delle persone' 1997, no. 1, I.
- Parente F., *L'evoluzione dei modelli familiari: dal principio di autorità alla tutela delle libertà fondamentali*, (in:) Aa.Vv., *Annali 2013 – Anno I*, Taranto 2013.
- Parente F., *I modelli familiari dopo la legge sulle unioni civili e sulle convivenze di fatto*, 'Rassegna di diritto civile' 2017, vol. 38, no. 3.
- Parente F., *La «convivenza di fatto»: un nuovo modello legale di organizzazione familiare*, 'Diritto delle successioni e della famiglia' 2018, vol. 4, no. 3.
- Parente S.A., *Lo ius impositionis tra potere autoritativo, solidarietà sociale e libertà personale*, (in:) Aa.Vv., *Annali 2013 – Anno I*, Taranto 2013.
- Parente S.A., *Taxation of Family Income in the Light of the Principle of Ability to Pay*, (in:) A. Pawlak, B. Skwarek, J. Stadniczeńko (eds.), *W trosce o rozwój i bezpieczeństwo dziecka – aspekty społeczno-prawne*, Warsaw 2020.
- Pepe F., *Vantaggi, criticità ed implicazioni sistematiche dell'istituendo 'Assegno Unico e Universale per Figli a carico'*, 'Rivista di diritto tributario – supplemento online' 9 October 2020.

- Perrone L., Il cumulo dei redditi familiari: costituzionalmente illegittimo o soltanto iniquo?, 'Giurisprudenza costituzionale' 1976, no. 12, I.
- Perrone L., Il cumulo dei redditi, il principio della capacità contributiva e la progressività del sistema tributario, 'Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze' 1977, no. 2.
- Pischetola A., Unioni civili e contratti di convivenza – Profili fiscali, (in:) Aa.Vv, Le novità fiscali di interesse notarile, Milan 2017.
- Piscitelli R.G., Usucapione, rinuncia transattiva all'acquisto ed annullabilità per mancanza del consenso di un coniuge, 'Giurisprudenza italiana' 2001.
- Pizzolato F., La famiglia nella Costituzione e criteri per una disciplina dei modelli diversi di convivenza, (in:) B. Pezzini (ed.), Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale, Naples 2008.
- Poli O., L'imposta complementare progressiva sul reddito, Milan 1969.
- Proto A.M., Riflessioni in tema di tassazione dei redditi del nucleo familiare, 'Rivista di diritto tributario' 1991, I.
- Provini G., Il cumulo e la diversificazione dei redditi, 'Bollettino tributario d'informazioni' 1976, no. 19.
- Ruotolo A., Comunione legale, acquisto per accessione e diritti del coniuge del dominus soli, 'Rivista del notariato' 2000.
- Sacchetto C., La tassazione della famiglia: il modello italiano, (in:) C. Sacchetto (ed.), La tassazione della famiglia: aspetti nazionali e comparati, Soveria Mannelli 2010.
- Sacchetto C., Famiglia (dir. trib.), [https://www.treccani.it/enciclopedia/famiglia-dir-trib_\(Diritto-on-line\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/famiglia-dir-trib_(Diritto-on-line)).
- Sanguineti L., Partecipazioni sociali e comunione legale fra coniugi, 'Diritto e pratica tributaria' 1988, II.
- Sartor N., Franco D., Stato e famiglia. Obiettivi e strumenti del sostegno pubblico dei carichi familiari, Milan 1990.
- Scalinci C., La famiglia 'community care' nell'imposizione sul reddito, 'Diritto e pratica tributaria' 2004, II.
- Scalinci C., Il tributo senza soggetto. Ordinamento e fattispecie, Padua 2011.
- Scarlata G., Famiglia e impresa familiare, (in:) Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore, diretta da S. Patti, vol. 6, Milan 2007.
- Schiavolin R., L'imposta sul reddito delle persone fisiche, (in:) G. Falsitta, Corso istituzionale di diritto tributario, Padua 2014.
- Scotti R., L'acquisto per usucapione compiuto dal coniuge in regime di comunione legale, 'Notariato' 2009.
- Scuffi G., La fiscalità nel diritto di famiglia, Milan 2022.
- Serranò M.V., Le fonti del diritto tributario, (in:) L. Ferlazzo Natoli, Diritto tributario, Milan 2010.
- Soler Roch M.T. (ed.), Family Taxation in Europe, The Hague – London – Boston 1999.
- Stammati S., Declinazioni del principio di sussidiarietà nella disciplina costituzionale della famiglia, 'Diritto e società' 2003.

- Stefani G., Imposta personale, cumulo dei redditi e capacità contributiva, 'Bollettino tributario d'informazioni' 1976, no. 22.
- Stevanato D., Dalla crisi dell'Irpef alla flat tax. Prospettive per una riforma dell'imposta sul reddito, Bologna 2017.
- Studio n. 227-2015/T – Consiglio Nazionale del Notariato (est. T. Tassani), Le vicende giuridiche dei rapporti nell'impresa familiare: profili nelle imposte sui redditi, <http://www.notariato.it/wp-content/uploads/227-2015-T.pdf>.
- Tallarico R., La tassazione delle famiglie monoreddito tra Corte Costituzionale e prospettive di riforma, 'Tributi' 1998.
- Tesauro F., Istituzioni di diritto tributario, vol. 2, Parte speciale, Turin 2008.
- Torrioni A., La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza: disciplina legislativa e ricorso all'autonomia privata, 'Rivista del notariato' 2020, no. 4.
- Tosi L., Considerazioni sul regime fiscale della famiglia: discriminazioni ai danni delle famiglie monoreddito, prospettive di riforma e problematiche di ordine costituzionale, 'Rassegna tributaria' 1988, I.
- Turchi A., La famiglia nell'ordinamento tributario. Parte prima. I modelli di tassazione dei redditi familiari, Turin 2012.
- Turchi A., Imputazione dei redditi e comunione dei beni fra coniugi. Considerazioni sull'art. 4 del Testo unico, 'Rassegna tributaria' 2013, no. 1.
- Turchi A., Famiglia nel diritto tributario, (in:) Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale, Aggiornamento, vol. VII, Turin 2015.
- Turchi A., La famiglia nell'ordinamento tributario. Parte seconda. Tra favore e limiti del sistema, Turin 2015.
- Turchi A., Unione civile, convivenze di fatto e imposizione reddituale, 'Rassegna tributaria' 2021, vol. 64, no. 3.
- Turchi A., Proposte legislative e spunti per un riordino della tassazione dei redditi familiari, 'Rivista di diritto tributario – supplemento online' 7 June 2022.
- Turchi A., Diritto tributario di famiglia, Turin 2022.
- Uricchio A.F., Commento all'art. 5, (in:) N. d'Amati (ed.), L'imposta sul reddito delle persone fisiche, Turin 1992.
- Uricchio A.F., Percorsi di diritto tributario, Bari 2017.
- Uricchio A.F., Manuale di diritto tributario, Bari 2020.
- Vernizzi A., Monti M., Kosny M., An overall inequality reducing and horizontally equitable tax system with application to Polish data, (in:) Aa.Vv., Towards quality of life improvement, Wroclaw 2006.
- Viotto A., Considerazioni sui regimi di tassazione dei redditi dei coniugi alla luce del principio di capacità contributiva, 'Rivista trimestrale di diritto tributario' 2014, no. 4.
- Visco V., Razionalità ed effetti dell'introduzione del quoziente familiare, 'Rivista di diritto tributario' 1991.

- Vozza A., La tassazione dei redditi derivanti da partecipazioni societarie acquistate in regime di comunione legale, 'Il fisco' 2003.
- Yang T., Tassazione della famiglia e riforma fiscale: alcune note in tema di eguaglianza e imposizioni sostitutive, 'Rivista di diritto tributario – supplemento online' 9 February 2022.
- Zingali G., La famiglia nella Costituzione e nella riforma tributaria, 'Diritto e pratica tributaria' 1971, I.
- Zoppis C., Imposta di famiglia, Milan 1968.
- Zorzi A.G., Ma il cumulo dei redditi è davvero illegittimo?, 'Giurisprudenza costituzionale' 1976, no. 12.

Giovanni Liberati Buccianti

Sapienza University of Rome, Italy

liberatibuccianti@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3881-8428>

Private Autonomy and Family Public Policy in Italy

Abstract: The article deals with the general clause of public policy in Italian family law. It analyses the recent case-law application of both international and internal public policy in the Italian legal system. Nowadays, public policy is used for protecting and developing the fundamental rights of individuals in the EU space. However, the content of this general clause is debated, and there are several theses (e.g. constitutional, discretionary, globalized public policy). Adhering to one concept rather than another has different consequences. Think, for example, of the recognition of double paternity acquired abroad through a surrogacy contract. Moreover, family public policy can be viewed both as public policy of the family (a general clause that protects the family rather than its members) and public policy in the family (a general clause that protects the fundamental rights of the individuals rather than the family). Subsequently, the article analyses prenuptial and postnuptial agreements in Italy. Italian jurisprudence considers both agreements invalid because they are in contradiction to public policy. The article suggests that families can use the contractual instrument. However, personal and patrimonial clauses in domestic family agreements need to be compatible both with the public policy of the family and public policy in the family. Ultimately, public policy becomes a tool attributed to ordinary judges for guaranteeing widespread constitutional legality.

Keywords: family, family public policy, postnuptial agreements, prenuptial agreements, private autonomy, surrogacy contracts

Introduction

This contribution explores the relationship between private autonomy and the family. Full recognition of private autonomy in family law would give its members the power to regulate legal relations in the way they prefer. In the Italian system there

are three main options.¹ The first is that of the absolute unavailability of juridical situations arising from the family. The second is that of mandatory rules. Not all family legal situations are unavailable but only those whose rules are mandatory. The third, then, is that of the availability of the interests underlying some family legal transactions. In these terms, it opens up to private autonomy and to family contracts, but this opening must be balanced by thorough checks on the content.

Private autonomy has, notoriously, some limitations.² In many legal systems (including the Italian one) public policy represents a limit both to contractual autonomy (constituting one of the criteria, together with morality and mandatory rules, of a contract's unlawfulness which render it null and void pursuant to Articles 1343 and 1418 of the Italian Civil Code) and to the application of foreign law or to the recognition of foreign judgments or provisions (previously: Article 31 Pre-laws; now Articles 16, 64 and 65, Law 218 of 1995). In this regard, a distinction is made between *internal* and *international public policy*. Public policy is a general clause, the content of which is filled by principles. In particular, in the application of the law, the interpreter is called to concretize the content of the clause through a delicate balance between interests and values to be referred to the specific case.³

1. Family Public Policy: Public Policy of the Family and Public Policy in the Family

Public policy is a concept in itself variable in time and space, but the formula is further complicated by the use of the word 'family'. Two meanings of family public policy seem to emerge: that of public policy *of* the family and that of public policy *in* the family context. In the first sense, family public policy seems to translate as *the family's public policy*. Especially in the past, the family was seen as an institution, a model for the organization of the state. The superior interest of the family was identified, recognizing the role of germ-cell of the state. Family public policy was for a long time seen as a general clause that protected the family rather than its members. Limitations on the rights of individual family members were allowed in the best interests of the family, and through the general clause the aim of identifying the most favourable solutions for the household, which mirrored state organization, would be pursued. Thus, the natural rights of each member of the family would weaken when they clashed with the interests of the family group.

1 A. Zoppini, L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo, 'Rivista di diritto civile' 2002, vol. 48, no. 2, p. 213.

2 G.B. Ferri, Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto, Milan 1970, p. 1.

3 G. Perlingieri, G. Zarra, Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale, Naples 2018, p. 82.

In Italy, family law has undergone profound changes over the past fifty years. Think, in particular, of the fragmentation and juridicization of family relationships other than those based on marriage (all constitutionally recognized and guaranteed), the transition from the centrality of marriage to filiation and, finally, to greater equality – in the family founded on marriage – between the spouses, as a result of a constant process of removal of the patriarchal aspects that characterized the family as an authoritarian, hierarchical unit.⁴

In the latter sense, family public policy might be translated as *public policy in the family*, in that today there are fundamental values of the individual (proclaimed first in the Constitution and then in supranational sources, in the integrated EU system of sources of law) as a single member of the family that find application in families. These families may or may not be founded on marriage, and may be heterosexual or homosexual through Article 2 of the Constitution, according to which they constitute social groups where human personality is expressed. In other words, the term public policy in the family is intended to highlight that superindividual interests cannot, in any case, harm the fundamental rights of the individual as such, which are protected precisely by the general public policy clause.

With regard to the family founded on marriage (the so-called legitimate family), the Italian constitutional text seems to recall both concepts of family public policy. On the one hand is *public policy in the family*, as according to the first part of Article 29, paragraph 2 of the Constitution, marriage is based on the moral and legal equality of the spouses (thus reaffirming the application of the principle pursuant to Article 3 of the Constitution of the institution of marriage). On the other hand is the *public policy of the family*, where the second part of Article 29, paragraph 2 of the Constitution allows the law (but not private autonomy) to derogate from moral and legal equality in the name of the superior interests of the family.⁵

Judgment no. 494 of 28 November 2002 is the only pronouncement of the Italian Constitutional Court in which ‘family public policy’ was expressly mentioned.⁶ The Court declared unconstitutional the provision of the Civil Code (Article 278) which prohibited incestuous children from acting for the judicial declaration of natural paternity and maternity and the related investigations for cases in which, pursuant to Article 251 of the Civil Code, the recognition of incestuous children was banned. The Constitutional Court recalled that family public policy – which we can define as the public policy of the family – represented a solid doctrinal argument that justified the discrimination between children (legitimate and natural) and incestuous children. In other words, it would have been precisely the public policy of the family that allowed

4 P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Naples 1991, p. 197.

5 M. Sesta, *Ultima lezione di diritto di famiglia*, ‘Jus Civile’ 2020, vol. 8, no. 3, p. 814.

6 The Judgment of the Italian Constitutional Court of 28 November 2002 no. 494, “Foro it.” 2004, I, c. 1053.

a sub-distinction within the category of children born out of wedlock. The family order would, in fact, have been subverted had the judicial declaration for the recognition of incestuous children been allowed. The Constitutional Court made a *shift* from the traditional interpretation, stating that the public policy of the family found an insuperable limit in the subjective positions of the individual members of the family that can be crystallized through the formula of public policy *in* the family. The ruling therefore proposes a different model of family public policy based on the balance between the protection of the family (as a social group) and the protection of individuals who express their personality within the family.

2. Globalized, Constitutional and Discretionary Public Policy

Nowadays, public policy is a general clause that protects the fundamental rights of the individual, as recognized and guaranteed by the Constitution. We have moved from the conception of public policy as a limit to that of public policy as a clause with a promotional function of fundamental rights. It is debated whether, in order to concretize the content of the public policy general clause, the interpreter should include the principles present in supranational sources and/or the principles of national legislative discretion.

On the one hand, the premise is the proliferation of Charters of Rights at a supranational level. As regards the specific sector of the family, think of the right to respect for private and family life (Article 8, European Convention on Human Rights) and the consideration of the best interests of the child (Article 3, Convention on the Rights of the Child). Thus, some judgments of the Italian Supreme Court and part of the doctrine have theorized the so-called 'globalized public policy'. Public policy would be composed exclusively of supranational principles, thus placing public policy outside the internal legal system. The metaphor has been used of an 'axiological cloud' of principles common to nations of similar civilization. The Supreme Court has stated that: 'In recent case law the reference to international public policy has to be understood as the entirety of the fundamental principles characterizing the internal legal order in a determined historical period, but based on the need for the protection of the fundamental rights of humankind common to different orders and inferable, first of all, from the systems of protection prepared at a supranational level despite ordinary legislation.'⁷ This is the thesis of supranational origin rights as a counter-limit to the limit represented by public policy. Thus, if the foreign act, *prima facie*, cannot be recognized for being contrary to the public policy of the state, principles expressed in supranational sources would, however, allow the recognition of the act. Think of the transcription of a birth certificate showing double paternity following a surrogacy

7 The Judgment of the Italian Supreme Court of 21 June 2016 no. 19599 (first section), "Foro it." 2016, I, c. 3329.

contract concluded abroad. Surrogacy is banned in Italy. However, the best interests of the child proclaimed by supranational convention would allow the recognition of the double paternity certificate in Italy with the supranational principle acting as a counter-limit to the limitation represented by the prohibition of surrogacy. This thesis is criticized by those who believe that public policy, regardless of its qualification (internal or international), is still and in both cases a concept of domestic law, and adherence to the 'globalized public policy' could lead to a significant loss of national identity, a value to be safeguarded.⁸ Thus, the reference to principles contained in conventions and in universal declarations is acceptable on the condition, however, that they are implemented by the single legal system of the state.

On the other hand, if in the public policy clause, principles should be included that are the result of legislative discretion. This is the so-called 'discretionary public policy'. In a joint-sections judgment of the Italian Supreme Court a distinction seems to emerge between constitutional public policy (values and principles inferable from the Constitution) and discretionary public policy (values and principles inferable from the entire national ordinary legislation).⁹ The judgment states that compatibility with public policy requires a broad assessment, including not only the fundamental principles of the Constitution and supranational principles but also the principles of the ordinary laws and codified rules. Thus, in the context of recognition of the effects of the foreign judgment or foreign measure, it is therefore necessary to verify its compatibility with the fundamental legal principles drawn from supranational principles, from the Constitution but also from the ordinary laws and from the norms of the internal codes which regulate the institution in Italy.

3. Double Paternity Acquired Abroad Through Surrogacy and its Recognition in Italy

The distinction between constitutional and discretionary public policy is the pivot around which the question of parenting in male and female homo-affective couples develops, and which is connected to both the biotechnological turn of the contemporary family and the change of family paradigms. In Italy, surrogacy constitutes a crime (Article 12, paragraph 6, Law no. 40 of 2004). Thus a contract concluded in Italy is void. In any case, homosexual families go abroad to states where it is permitted. Once the parental bond with the child is validly established abroad, the couple applies for the recognition of that status legitimately acquired abroad in the Italian legal order. Moving from the thesis that includes ordinary legislation for the concretization of the public policy general clause, a recent joint-sections judgment

8 G. Perlingieri, G. Zarra, *Ordine pubblico...*, *op. cit.*, p. 66.

9 The Judgment of the Italian Supreme Court of 21 June 2016 no. 12913 (joint sections), "Foro it." 2019, I, c. 1951.

of the Italian Supreme Court held that the prohibition of surrogacy provided by the ordinary legislator constitutes a principle of public policy because it aims to protect fundamental values such as the dignity of the pregnant woman and the institution of adoption.¹⁰ In those terms, the judgment excluded the transcribability of the foreign birth certificate which showed double paternity because the fathers had concluded a surrogacy contract abroad. The Supreme Court leaves the possibility for the intentional father to adopt the child in Italy, thus protecting the interests of the child who can remain with the couple that has taken care of him/her since the beginning of his/her life. It has to be noted that the intentional father can adopt the child through the so-called 'adoption in special cases' pursuant to Article 44, paragraph 1, letter d), Law no. 184 of 1983. This kind of adoption does not generate a real parenting relationship between the adopted and the adopter.¹¹

A little less than a year after this judgment, a section of the Italian Supreme Court raised the question of the constitutional legitimacy of Article 12, paragraph 6, Law no. 40 of 2004 through a preliminary referral to the Italian Constitutional Court.¹² The Constitutional Court has the task of assessing the conformity of a Law with the Italian Constitution. Interestingly, the section of the Supreme Court raises the question of legitimacy not for the law itself but for the law as interpreted by the joint sections of the Supreme Court, which constitutes the so-called living law. The preliminary referral is based on the distinction between constitutional and discretionary public policy. It is stated that discretionary public policy, including the imperative rules of the forum, must give way to constitutional public policy, which constitutes a hierarchically superior public policy. The referral affirms that international public policy constitutes the criterion of reasonableness on the basis of which is established the axiological hierarchy between norms. It postulates that the application of a foreign law, or the recognition of effectiveness of a foreign act, can go so far as to create, in the concrete case, a fracture with respect to the internal order, resulting from the application of foreign law or from the recognition of the foreign act, but not beyond the point at which the contrast concerns fundamental and inalienable principles of the Italian legal system. Those are the principles inspired by the protection of the fundamental rights of the individual and his or her dignity.¹³ According to the pre-

10 The Judgment of the Italian Supreme Court of 21 June 2016 no. 12913 (joint sections), cit.

11 The Judgment of the Italian Constitutional Court of 28 March 2022 no. 79 has subsequently intervened on this point declaring unconstitutional Article 55, Law no. 184 of 1983 (Law on the Right of the Children to a Family). The Court has stated that family relationships established by virtue of adoption must be recognized for all adopted children. Any failure to recognize the family bonds existing with the relatives of the adoptive parent would be tantamount to rejecting the child's identity as established by his or her membership of a new network of family relations.

12 The Preliminary Referral of the Italian Supreme Court of 29 April 2020 no. 8325 (first section), 'Familia' 2020, vol. 5, no. 5, p. 767.

13 V. Barba, *Lordine pubblico «internazionale»*, 'Rassegna di diritto civile' 2018, vol. 39, no. 2, p. 403.

liminary referral with regard to fundamental rights of the individual, public interest (even if assisted by a criminal sanction) must necessarily take second place, according to the hermeneutic principle of balancing between principles of public policy of constitutional rank and principles of public policy of ordinary legislation rank. The consequence is that in the case of double paternity (the case of two men that stipulate a surrogacy contract in a country where it is allowed and ask for recognition of this status in Italy) the notion of public policy must be circumscribed only to the supreme and binding values contained in the Constitution and in the Charters of Fundamental Rights. In those terms, the ordinance does not see a contradiction between the protection of the superior interest of the minor and the principle of public policy, since 'only apparently are these two opposing entities because, on the contrary, it is precisely the pre-eminent interest of the minor, as expression of the inviolability of human rights, to contribute to the formation of the individual, to contribute to the formation of the principle of public policy, and to constitute a value which is an integral and constitutive part of the Italian legal order'. It would have been an advisory opinion of the European Court of Human Rights – which is not binding for Italy, as well as for other countries – to determine the non-conformity of the Italian living law with the Constitution. For the referral order there would 'clearly' be two profiles of conflict between the ECHR advisory opinion and the current situation of the living law in Italy as configured by the joint-sections judgment. On the one hand, it would not be possible to lift the ban on surrogacy provided by Article 12, paragraph 6, Law no. 40 of 2004 as a principle of international public policy prevailing *a priori* over the interests of the child as a result of a choice made by the Italian legislator in a general way and abstract from the assessment of the individual case. On the other hand, the pre-eminence of the minor's interests would preclude the legislator from imposing a general and abstract compression of these interests and determining a legal weakening of the child's right to the recognition of the *status filiationis* legitimately acquired abroad.

The Italian Constitutional Court has recently ruled that the question of unconstitutionality raised by the preliminary referral was unfounded.¹⁴ Moreover, it has affirmed that the adaptation of the law for the better protection of minors is the responsibility of the ordinary legislator (and not of the Constitutional Court) especially in a matter of such great complexity as this, in which there is a difficult balancing between the legitimate aim of discouraging recourse to surrogacy and the inescapable need to ensure respect for the rights of the minor. The Constitutional Court invites the legislator to act as soon as possible. Law no. 40 of 2004 is thus a constitutionally necessary law but the legislator could regulate the matter differently in the future.

14 The Judgment of the Italian Constitutional Court of 9 March 2021 no. 33, "Foro it." 2021, I, c. 1923. For the Constitutional Court's ruling comments, see 'Nuova Giurisprudenza Civile Commentata' 2021, vol. 37, no. 4, p. 929ff.

Therefore, also in the light of this judgment, the position expressed by the joint sections is still true. The establishment of a legal relationship between the intentional father and the child seems to be achieved in Italy only through adoption in special cases. However, authoritative doctrine recognizes the power of the individual judge to decide for the transcribability of the foreign birth certificate or for the adoption ‘in special cases’. The choice depends on the specific case and the aim is to identify the fair and proper remedy (the so-called ‘*rimedio giusto*’).¹⁵

4. Public Policy as a Technique for Managing the Conflict between state and Community

In cases characterized by elements of extraneousness where so-called international public policy applies, this general clause constitutes a technique for managing the conflict between state and community, between authority and freedom. It is said that the content of international public policy is more limited than internal public policy, in order to allow a wider circulation of foreign legal models which, in any case, remain such with respect to the legal system in which the recognition of legal effectiveness is required.

Sometimes (international) public policy represents the means to affirm the *priority of the state over the family relationship*: consider, for example, the case of surrogacy for gay male couples (A). In other instances, however, (international) public policy makes it possible to affirm the *primacy of the interest of the family relationship over the state*: see the case of legitimizing adoption for gay male couples (B).

(A) The matter of filiation in male homosexual couples demonstrates how the general clause of international public policy protects the values of the legal system, as implemented through ordinary legislation, despite the different aspirations and claims of the members of the family community to be fathers. In an effort to fulfil their desire of parenthood, they try to sidestep the stringent Italian legislation that penalizes surrogate motherhood pursuant to Article 12, paragraph 6, Law no. 40 of 2004 by going to foreign countries where surrogacy is legal. Having entered into surrogacy contracts with surrogate mothers and acquired the status of fathers, they ask Italian civil registrars to recognize the situation legitimately formed abroad. Thus, international public policy intervenes as a manifestation of the state, to prevent cross-border family autonomy from stabilizing the desired result achieved abroad. The joint sections of the Court of Cassation held in 2019 that the ban on surrogacy provided by the ordinary legislator constitutes a principle of public policy aimed at protecting the fundamental values of the legal system, such as the dignity of the pregnant woman and the institution of adoption. However, the Supreme Court ruled that

15 G. Perlingieri, In tema di ordine pubblico, ‘Rassegna di diritto civile’ 2021, vol. 42, no. 4, p. 1382.

the relationship between intentional father and child can only be protected through the institution of 'adoption in special cases'.¹⁶

(B) Once more in respect to the male homosexual family, the general clause of international public policy allows, at times, the stabilization of the structure of interests created by the family abroad. Thus, in 2021, the jurisprudence of legitimacy considered recordable in Italy the provision by which a male couple had adopted a child abroad because, on the one hand, the consent of the biological parents to adoption was ascertained and, on the other, the absence of the use of surrogacy as a technique for the birth of the child, subsequently adopted, was certain.¹⁷ It is a sort of compensatory public policy because while the aspiration to parenthood of same-sex couples is fulfilled, the value established in the constitutional and legitimacy jurisprudence of total closure towards surrogacy is not abdicated. Thus, the private autonomy of the homosexual couple is allowed to realize a form of full parenting, not enclosed within the narrow spaces of 'adoption in particular cases', but at the same time the prohibition of surrogacy is not waived. To reach this outcome, the ruling considers that even the legislation inspired by the axiological system originating from the Constitution must be used in the concretization of the general clause of public policy, although maintaining that the conditions for legitimate adoptive parenthood barred to homosexuals cannot be included in the general clause of international public policy.

5. Families' Contractual Autonomy in Italy

There are various ways in which private autonomy is implemented in the family. Its maximum expression is in the use of the contractual instrument to achieve the structure of interests desired by the family. The emergence of private autonomy in families is observed, in Italy, both in families based on *de facto* relationships and in those based on marriage.

Concerning the former, cohabitation was regarded for a long time with extreme suspicion since the conception of the family based on marriage was prevalent and, consequently, the role of private autonomy was basically non-existent. Subsequently, so-called cohabitation contracts developed, under which cohabitants regulate the patrimonial (and personal) aspects of a relationship not based on marriage. In Italy, attention is to be called to cohabitation agreements which regulate the patrimonial aspects of unmarried couples (cohabitants *more uxorio*). Law 76 of 2016 establishes the general rule according to which *de facto* partnerships (both heterosexual and homosexual) can regulate the patrimonial relationships relating to their life together by entering into a contract. In particular, such agreement may contain the methods of

16 The Judgment of the Italian Supreme Court of 21 June 2016 no. 12913 (joint sections), cit.

17 The Judgment of the Italian Supreme Court of 31 March 2021 no. 9006 (joint sections), "Foro it." 2021, I, c. 2054.

contributing to the needs of life in common, in relation to the substances of each and to the ability to work professionally or at home as well as the property regime of community of assets provided for by the Civil Code regarding marriage. The property regime can be modified at any time. The contract – as well as its modification or termination – must be in writing under penalty of nullity under a public deed or a private deed with signature authenticated by a notary or a lawyer, ‘to certify compliance with mandatory rules and public policy.’ This introduces an *advance* verification of compliance of the contract with public policy by the notary or by the lawyer.

In regard to the latter, one should consider the assisted negotiation agreement for the consensual solution of personal separation, termination of civil effects or dissolution of marriage and modification of the conditions of separation or divorce (Article 6, Legislative Decree 132 of 2014, converted into Law 162 of 2014).

Moreover, the expansion of the spaces reserved for private autonomy emerge in the so-called *pathology* and *physiology of family relationship contracts*.¹⁸

With reference to cases of an international character (e.g. foreign citizens residing in Italy that stipulate an agreement in contemplation of divorce) and to which international public policy applies, these have been deemed fully effective in Italy.¹⁹

With reference to internal cases, in jurisprudence, a distinction is made between an ‘open’ and a more ‘closed’ approach, although for a long time the latter orientation prevailed.

Internal jurisprudence has mainly dealt with agreements that regulate patrimonial aspects in anticipation of divorce. The starting point is a 1981 Supreme Court ruling, which held that the agreement entered into by the separated spouses to determine the economic regime of divorce was invalid because the provisions concerning the patrimonial aspects of the divorce would favour the abandonment of the marital relationship.²⁰ In support of the nullity, the ‘closure’ approach is essentially based on two arguments: the unavailability of the divorce allowance and the trade-off of spouse status with breach of the right of defence.

The first observation stems from Article 160 of the Civil Code, according to which the rights and duties arising from marriage are non-negotiable. It is therefore stated that the maintenance allowance and the divorce allowance would not be negotiable. The second argument that has always been used to support the unlawfulness of patrimonial agreements in view of divorce concerns the impact of such agreements on the freedom of procedural conduct and on the commodification of the status of spouse. Reference is made to the violation of Article 24 of the Constitution on

18 G. Oberto, *I contratti della crisi coniugale. Ammissibilità e fattispecie. Contenuti e disciplina*, Milan 1999, p. 1.

19 The Judgment of the Italian Supreme Court of 3 May 1984 no. 2682, ‘*Rivista di diritto internazionale private*’ 1985, vol. 21, no. 3, p. 579.

20 The Judgment of the Italian Supreme Court of 11 June 1981 no. 3777, *Foro it.* 1982, I, c. 184.

the right of defence. In particular, the agreements on the divorce property regime would have been null and void due to the illegality of the cause, resulting in the modification of the status of spouse by identifying, in the consideration laid down in the agreement in view of the divorce, the price for consent to the dissolution of marriage.²¹ Italian jurisprudence does not seem willing to go beyond the traditional teaching that considers property agreements in contemplation of divorce null and void.²² However, from an analysis of the case law it appears clear that some judges, while formally reaffirming the principle of law on the nullity of the agreements in contemplation of divorce, regard as valid agreements reached during the separation with a clear divorce and post-divorce value. In other words, judges use different arguments to consider the agreements valid (for example, regarding the annuity established on the occasion of the family crisis as extraneous to the mandatory discipline of relations between spouses; holding settlement agreements as valid; configuring a nullity with relative legitimacy that can only be activated by the spouse entitled to the allowance and not by the other, etc.)

In the first place, reference should be made to a recent judgment of the Supreme Court.²³ The day before the wedding a couple entered into an agreement, under which the wife undertook, in the event of separation or divorce, to transfer to her husband a property she owned as compensation for the expenses incurred by the husband for the renovation of another property (still owned by his wife, which would remain her property) used as the marital home. Furthermore, the husband would transfer to his wife a government bond worth around ten thousand euros. The woman challenged the agreement, believing that it was a prenuptial agreement and as such null and void for the reasons mentioned above (unavailability of the divorce allowance, limitation to the freedom to act and resist in court). The Court of Cassation, on the other hand, held the agreement to be fully valid, excluding, however, that it could be qualified as a prenuptial agreement. According to the Court of Cassation, the agreement configured an atypical and legitimate contract, with proportional services and considerations, aimed at regulating well-defined aspects. This agreement was an expression of the spouses' negotiating autonomy, aimed at achieving interests worthy of protection pursuant to Article 1322 of the Civil Code. In particular, the divorce was not considered a genetic cause of the agreement but a suspensive condition for the effectiveness of the agreement. In particular, the ex-wife, instead of reimbursing her husband for the cost of the renovation, would discharge her obligation through the transfer of ownership of her property, thus integrating a hypothesis of *datio in solutum*.

21 The Judgment of the Italian Supreme Court of 11 August 1992 no. 9494, 'Rep. Foro it.' 1992, voce Matrimonio no. 180.

22 The Ordinance of the Italian Supreme Court of 24 April 2021 no. 11012, 'Famiglia e diritto' 2021, vol. 28, no. 8, p. 885.

23 The Judgment of the Italian Supreme Court of 26 April 2012 no. 23713, "Foro it." 2013, I, c. 864.

Concerning prenuptial and matrimonial agreements, in Italy, in addition to the timid, wavering jurisprudential openings, some bills have been presented but, to date, none has been approved. It is a sign, however, of the legislative ferment stirred up by the doctrine.²⁴ It should be noted that Article 1, paragraph 1(b) of draft no. 1151, 'Delegation to the Government for the revision of the Civil Code' presented to the Presidency of the Senate on 19 March 2019 in fact provided a delegation to the Government to act to 'allow the stipulation, between the spouses or future spouses, between the parties of a planned or established civil union, of agreements aimed at regulating between them, in compliance with the mandatory rules, the fundamental rights of the person, public policy and morality, personal and property relationships, also in anticipation of any crisis of the relationship, as well as to establish the criteria for the direction of family life and education of children.'²⁵ Therefore, the introduction into the Italian legal system of agreements concluded both before and after marriage was envisaged; there would be agreements concerning property as well as agreements concerning personal aspects. If anything, it should be noted that alongside the traditional tripartite division of illegality (mandatory rules, public policy, morality) there is also respect for the fundamental rights of the person which, according to a part of the doctrine, are guaranteed precisely through the general clause of public policy.

Conclusion

In Italy, the recognition of cross-border private family autonomy is subject to compatibility with international public policy. As regards property aspects, the recognition of family property autonomy does not seem to give rise to any concerns. Thus, premarital agreements concluded between foreign spouses residing in Italy and not contrary to public policy have been recognized as effective. With reference, then, to the biotechnological turn of the contemporary family, the prohibition of surrogate motherhood is part of international public policy. In these terms, recognition of the foreign measure stating that the child of two fathers born to a surrogate mother is contrary to international public policy is denied. This is counterbalanced by the jurisprudential openness to legitimate male adoption as long as the adoptee was not born through a surrogate mother.

The recognition of internal private autonomy is subject to compatibility with internal public policy. Despite the many proposals, to date prenuptial and matrimonial agreements are not regulated in the Italian legal system. However, negotiation and contracts are starting bases and the task of the jurist is to understand under what

24 G. Oberto, I patti prematrimoniali nel quadro del diritto europeo, 'Corriere giuridico', vol. 37, no. 6, p. 797.

25 G.F. Basini, I c.d. «patti prematrimoniali». Note de iure condendo, 'Famiglia e Diritto' 2019, vol. 26, no. 12, p. 1153.

conditions and within what limits it is possible to reconstruct a discipline of the contract affecting family interests consistent with the involvement of the personalistic and existential values of the parties. Some possible clauses that could be foreseen in prenuptial or matrimonial agreements could concern both patrimonial and personal aspects. Regarding patrimonial aspects, think of the waiver of maintenance, the waiver of the divorce allowance, the provision of criteria for the contribution in marriage, etc. Among personal aspects there could be a derogation from the obligation of fidelity in marriage, the discipline of the relations of one or the other party with third parties, the use of the marital surname by the separated or divorced wife, etc. Although the above clauses can be included in the agreement, they should not conflict with public policy. It is stated that public policy in family law constitutes a protective public policy which defends the weakest from the strongest, and affirms the freedom of persons considered individually or within social groups, such as the family, within the framework of freedoms guaranteed by the Constitution. With reference to the property aspects, the clauses do not conflict with the principles of the legal system where they are limited to regulating negotiable rights such as methods, terms and extent of maintenance. Thus the clauses concerning maintenance, transfer of ownership or use of the family home, and the regulation of other movable or immovable property tend to be valid, in order to protect the freedom and purity of will that would not be compromised. With regard, in particular, to the agreements that provide for the performance of patrimonial services following termination of marriage, it is necessary to 'avoid coercion of the will to terminate the relationship' (the famous price for consent to the dissolution of marriage) but what must remain highlighted is 'the solidarity function of the pact towards the partner in difficulty'. In these terms, the agreement that provides for a former spouse to stay in the house owned by the other for the time necessary for finding new accommodation would be valid. It has been argued that the prior agreement is subject to two insuperable limits: a) inalienability of the right to alimony; b) validity of the *rebus sic stantibus* clause so as to manage contingencies along the lines of the doctrine of unconscionability. With reference to personal aspects, the general clause of public policy protects personal freedom and the interpreter is called to make a judgment of compatibility in order to understand whether the contractual discipline (e.g. limitations to expressions of sociability and affectivity) is unreasonably threatening personal freedom. These compressions of freedom in the manifestation of one's sociability do not seem valid (for example, the clauses that provide for the commitment not to start cohabitation, to keep oneself in a state of post-marital fidelity, etc.). Valid agreements, on the other hand, contain clauses that tend to avoid unpleasant subsequent contact between the parties, a subsequent condition that establishes the termination of disbursement of an allowance or the execution of a patrimonial benefit in the case of the beginning of a cohabitation relationship by the beneficiary. Thus, consider on the one hand an agreement that provides for the renunciation by one of the future spouses of their

own religious identity and on the other hand an agreement under which one of the spouses waives his/her right to parenthood. In both cases, it is reasonable to believe that public policy in the family is violated, since both would infringe the fundamental rights of the person.

Ultimately, it is believed that the validity of the individual clause depends on the judgment of compatibility in the light of the *public policy of the specific case*, the interpreter being called upon to balance interests and values with respect to the individual case. In particular, it is believed that the clause is subject to a *double judgment of compatibility*: on the one hand it must be compatible with public policy in the family, that is, it must not harm the fundamental rights of the person; on the other hand, it must be compatible with the public policy of the family, purified of any discriminatory aspect in the sense that the clause must not distort the very essence of marriage, as outlined by the constitutional text. Greater freedom of negotiation must be recognized in the clauses included in cohabitation contracts and civil unions.

It seems that public policy (internal and international) becomes a tool attributed to ordinary judges to guarantee widespread constitutional legality.

REFERENCES

- Barba V., L'ordine pubblico «internazionale», 'Rassegna di diritto civile' 2018, vol. 39, no. 2.
- Basini G.F., I c.d. «patti prematrimoniali». Note de iure condendo, 'Famiglia e Diritto' 2019, vol. 26, no. 12.
- Ferri G.B., Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto, Milan 1970.
- Oberto G., I contratti della crisi coniugale. Ammissibilità e fattispecie. Contenuti e disciplina, Milan 1999.
- Oberto G., I patti prematrimoniali nel quadro del diritto europeo, 'Corriere giuridico' 2020, vol. 37, no. 6.
- Perlingieri G., In tema di ordine pubblico, 'Rassegna di diritto civile' 2021, vol. 42, no. 4.
- Perlingieri G., Zarra G., Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale, Naples 2018.
- Perlingieri P., Il diritto civile nella legalità costituzionale, Naples 1991.
- Sesta M., Ultima lezione di diritto di famiglia, 'Jus Civile' 2020, vol. 8, no. 3.
- Zoppini A., L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo, 'Rivista di diritto civile' 2002, vol. 48, no. 2.

COMMENTARY

Bożena Gronowska

Nicolaus Copernicus University in Toruń, Poland

bogro@lumk.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9709-7686>

Commentary to the Judgment of the European Court of Human Rights of 16 September 2021 in the Case of X v. Poland (appl. no. 20741/10)

Abstract: At first sight, the commented judgment raises serious dilemmas regarding the basic attitudes of some parts of the Polish society towards a traditional model of marriage and of family relations in confrontation with same-sex emotional bonds. The complicated factual picture of the case comprises both the adult family members and, even more importantly, the minors who are facing the break-up of their family. The European Court of Human Rights tried to properly connect and find a fair balance of all the colliding interests, with necessary exposition of the rights of the youngest child involved in this difficult situation. Dealing with the case the European Court of Human Rights obviously was under the influence of its margin of appreciation doctrine, which is traditionally very important in cases with so-called ‘moral’ content. While approving the final verdict the present commentary confronts mainly the divergent opinion to the judgment, written by the Polish judge, who – as the only one – took a different view to the other members of the Chamber.

Keywords: consistency of the case law, doctrine of margin of appreciation, fair balance of the colliding interests, homosexual union, discrimination, the best interests of the child

Introduction

Against the background of this case some crucial values, like those of the general clause of the welfare of the family¹ as well as the best interests of the child confronting

1 For more about this constitutional value see: A. Sylwestrzak, O klauzuli generalnej dobra rodziny, ‘Studia Prawnoustrojowej UWM’ 2019, no. 45, p. 314, 316.

the breakdown of his/her family relations, become relevant. In this commentary the best interests of the child will be identified with ‘*a general clause, i.e. a particular kind of indefinite phrase referring to values or judgments functioning in a social group and it provides that these judgments or values be taken into account when applying the law*’². Surely, in such a situation the rights of other family members should also be taken into account, namely those of the divorced parents, the siblings and even the grandparents. Nevertheless, the main thesis of this commentary exposes the necessity to focus primarily on the situation of the youngest child, while searching for a fair balance of all the colliding interests. This obvious reflection should be seen strictly in the context of the so-called doctrine of margin of appreciation, which – leaving aside the different critical comments – exists in the work of the Strasbourg judges, and moreover undergoes its own evolution³. It also means that in the contemporary European social realities the so-called ‘commonality’ has started to play an important role in the sphere of the adjudication of the European Court of Human Rights (hereinafter: ECtHR). As European domestic attitudes towards same-sex unions have visibly changed lately (especially during the past decade), this obviously has its own impact on the ‘limits’ of the margin of appreciation accepted by the ECtHR in the relevant cases⁴. Bearing all of this in mind, it is rather uncomfortable to state that the commented ECtHR judgment reveals a rather persistent homophobic mentality of some parts of Polish society towards the independently increasing phenomenon of ‘rainbow families’ in the current European realities⁵ (as well as in the contemporary world).

This was however just one additional factor to be taken into account by the domestic courts dealing with this particular case. Independently of such problematic and numerous circumstances the present commentary concentrates mainly on the protection of a child in the face of complicated relations appearing in the world of

2 M. Andrzejewski, Application of the Clause of the Good of the Child: Reflections Inspired by the Decision of the Supreme Court on the Creation of Foster Families, ‘*Studia Iuridica Lubliniensia*’ 2021, vol. XXX, no. 5, p. 36.

3 See e.g. S. Greer, The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights, Strasbourg, July 2000, *passim*; H. Wiczanowska, Oddziaływanie doktryny marginesu uznania na rozstrzygnięcie konfliktu pomiędzy wolnością wypowiedzi a wolnością sumienia i wyznania w praktyce orzeczniczej Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, ‘*Przegląd Europejski*’ 2020, no. 2, pp. 91–95 and the first Polish monograph on the topic: A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2008.

4 See *mutatis mutandis* E.H. Morawska, Poszukiwanie konsensusu europejskiego przez Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w sprawie adopcji dziecka przez osoby i pary homoseksualne, ‘*Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego*, A.D. MMXVII’, vol. XV, pp. 29–49.

5 It is enough to say that in 2021 among the 27 member states of the European Union in 24 of them there exists legal recognition of different forms of homosexual unions, from civil partnerships to the status of marriage with the right to adoption. For more details see: <https://www.ilga-europe.org/rainboweurope/2021> (10.01.2022).

his/her adult next of kin. Nonetheless, in the background a dilemma of equal protection for all families, regardless of sexual orientation, arises.

1. Overview of the Case

The applicant (X) – a divorced mother of four children (the youngest a boy of three at the time of divorce) – had become involved in an intimate relationship with another woman (Z) while still married. During the divorce proceedings a serious disagreement between the applicant and her parents developed as far as her personal life was concerned. Consequently, the grandparents of the children launched parallel proceedings hoping to obtain custody of their grandchildren. On 28 April 2005 the R District Court granted them such a temporary custody of all the children. However, the applicant X and her husband Y reacted immediately together and appealed against that order, which resulted in a quashing of the previous decision on 16 June 2005. According to the opinion of the S Regional Court both parents had been caring for their children adequately. This aspect of the factual case is worth remembering, as the conflict had its origin in the attitudes of the grandparents, i.e. persons of an older generation.

On 6 June 2005 the S Regional Court granted a no-fault divorce. It also pronounced full parental rights and custody for the applicant (X). Consequently the parental rights of the applicant's ex-husband were restricted. Importantly, the children's father (Y) did not appeal against this judgment, which became final on 28 June 2005. On 2 October 2006 he then unexpectedly applied to the court to change the custody arrangements established in the divorce judgment. This initiated the first set of long custody proceedings.

2. New Proceedings Concerning the Correction of Rights to the Youngest Child

Even at this stage it is proper to underline the procedural difficulties faced by the applicant's (X) whole family in a relatively short time. However, during this new set of proceedings two interesting and somehow confusing expert opinions were obtained. Firstly, on 16 May 2007 the Family Consultation Centre established that:

- a) the children were emotionally connected with both parents, however this state of emotion was not stable enough;
- b) the youngest son (D) was visibly disoriented and had serious emotional instability;
- c) the older son (C) wished to live with his siblings in custody of the father; he also claimed that his mother exhibited violent behaviour towards him;

- d) the mother (applicant X) was sometimes excessively tense, irritated and erratic, which was harmful for the children's emotional stability;
- e) the applicant (X) could continue the care of the children under the condition that she corrected her attitude and excluded her present female partner from family life; and finally
- f) in the event of no any positive corrections in the applicant's behaviour [*underlining: B.G.*], the direct care would be transferred to the father⁶.

Then, a second expert opinion of 9 October 2007 provided information that the applicant (X) expressly denied her homosexual orientation, explaining that the relation with Z was strictly of a platonic nature⁷. There was no doubt as to the rather biased statements of the applicant, who desperately wanted to have the children back.

At this stage of the case the R District Court in its judgment of 16 October 2007 granted full parental rights in respect of the four children to the father (Y). Additionally, it was mentioned that Y had started a new relationship and had had a new child with his present partner. In respect of the applicant (X) it was stated that she did not finish intimacy and excessive proximity with Z, thus she did not improve her relations with the children [*underlining: B.G.*]. Moreover, the applicant (X) was constantly unwilling to change and revise her behaviour, which had a negative influence on the emotional and psychological development of the children.

Obviously, the applicant (X) appealed and contested the court's conclusions. According to her the court omitted the fact that during the marriage and later she was the main carer for the children (aged thirteen, eleven, eight and three at the time of divorce). This resulted in a change in the father's (Y) attitude, which was confirmed in S Regional Court (10 January 2008), as far as the applicant's right to custody of the youngest son (D) was concerned. Thus once again child D returned to his mother's house. After this starting point, the applicant (X) on 15 April 2008 requested that she was granted parental rights in respect of D. Consequently, on 25 April 2008 a 'local assessment' report was prepared in which the attachment of D to his mother was mentioned as well as the child's fear of his father.

3. New Set of Proceedings

Surprisingly, on 27 May 2008 the R District Court ordered the court guardian to forcefully remove D from his mother's (X) care. D was six years old by this point, and the action took place in front of the group of some other children. All the efforts of X

6 See § 11 of the judgment.

7 See § 12 of the judgment.

concerning interim measures allowing her to keep D under her care for the duration of the further proceedings were dismissed. The judge relied here mainly on the previous opinion of the Family Consultation Centre.

During this stage of the proceedings, based on an updated expert opinion, the R District Court in March 2009 concluded that both parents had similar parenting abilities and approaches. Nonetheless, on 8 June 2009 the court decided that D would live with his siblings in the father's house, but with the securement of his mother's contact rights. Once again, according to the court the stay of D with his father would be beneficial for his development and additionally '*the father's larger role in creating [the child's] male role model*'⁸ was highlighted as an important point in favour of the court's standpoint. Likewise, the father of the boy openly criticized his ex-wife relation saying that '*I am against such an arrangement. /.../ A child should be raised by a man and a woman, not by two women or two men. It is for natural reasons; we were created that way*'⁹.

The applicant (X) immediately appealed, but her motion was dismissed by the S Regional Court on 17 September 2009. Among the arguments in the justification of this new decision some interesting wording appeared. The following is worth highlighting:

- a) The issue of raising a child in a same-sex relationship is very controversial;
- b) the applicant's older children had difficulties in accepting their mother's relationship;
- c) very young people are confronted with different family models every day [*underlining: B.G.*];
- d) the minor D ... has found himself in a situation which is emotionally very difficult; and lastly
- e) in the meantime, D has grown older, thus the role of his father has increased, especially (which was highlighted in the report) as far as 'male role model' [*underlining: B.G.*] was concerned¹⁰.

This long and extremely complicated case reached its conclusion outside of the courts. In January 2013 and October 2017 respectively, C and D (i.e. both the sons) decided quite by themselves to live with their mother and her female partner (Z). Surprisingly, the father (Y) accepted their decision. Thus, real life ended the family conflict, at least for the time being.

8 See § 32 of the judgment.

9 See § 29 of the judgment.

10 See § 34 of the judgment.

4. Legal Issues in Front of the ECtHR

In such a complex state of affairs the applicant lodged her complaint to the ECtHR on 18 March 2010. She complained that the Polish authorities violated Article 14 taken in conjunction with Articles 6 and 8 of the European Convention of Human Rights (hereinafter: ECHR or Convention). The key dilemma concerned the discrimination on the basis of the applicant's sexual orientation in the proceedings for full parental and custody rights over her youngest child (D). After a long period of 11 years (!) the ECtHR sitting as a Chamber delivered its judgment on 6 July 2021 (notified in writing on 16 September 2021) in which a breach of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 was found. The above-mentioned violation was held by a majority of the Chamber (6 votes to 1), thus in clear favour of the applicant. In its conclusion the ECtHR expressed that the domestic authorities made a distinction *'based solely or decisively on considerations regarding her sexual orientation, a distinction which is not acceptable under the Convention'*¹¹.

Similarly, the Court noted that in the most recent set of proceedings the Polish courts refused to change their standpoint as regards the custody of the youngest child by invoking two arguments: 1) the benefit of common life of the siblings and 2) the importance of a 'male role model' for the upbringing of a boy¹². The last argument *'was repeated at every stage of the final set of proceedings as an essential consideration in the assessment of the child's best interests'*¹³.

As in each claim concerning discrimination the ECtHR started by considering if *'a difference in the treatment of persons in analogous positions or relevantly similar situations'* could be identified in the case of the applicant. In this regard the ECtHR reminded that *'only differences in treatment based on an identifiable characteristic, or status, are capable of amounting to discrimination within the meaning of Article 14'*. Likewise the Court repeatedly held that *'differences based on sex, differences based on sexual orientation require particularly convincing and weighty reasons by way of justification'* and that *'where a difference of treatment is based on sex or sexual orientation, the State's margin of appreciation is narrow'*¹⁴.

The ECtHR Chamber reached its decision bearing the above-mentioned principles in mind and against the background of the established facts. Additionally, the ECtHR Chamber awarded the applicant EUR 10,000 as a just satisfaction in respect of non-pecuniary damage.

At the moment of writing this commentary the request for referral to the Grand Chamber is still pending.

11 At this point the ECtHR made a reference to its previous and significant judgment, i.e. Case of E.B. v. France, [GC], 22 January 2008, appl. no. 43546/02, § 96.

12 See § 85 of the present judgment.

13 See § 87 of the judgment.

14 See § 70 of the judgment.

5. The ECtHR's Argumentation

The complicated deliberations concerning the above conclusion were undertaken by the ECtHR with additional active participation of third parties, namely the National Chamber of Legal Advisers, ILGA Europe, Institute of Psychology of the Polish Academy of Sciences (all three in favour of the applicant) and Ordo Iuris (in favour of the domestic courts). However, most of the subjects engaged at this stage of proceedings of the case under consideration gave their material and arguments in favour of the applicant.

Lastly, some interesting elements for the further comments can be found in the differing opinion of the Polish judge. He disputed among other things the manner of presenting the factual findings. According to him this led to some relevant circumstances being omitted, and consequently making a true picture of the case 'not fully accurate'. This argument is rather surprising, as the ECtHR judge sitting in respect of a respondent state is certainly the best qualified to read all the documents in their original language. Likewise, it is up to him/her to direct the attention of other judges to important parts of evidence and – given all the circumstances of the case – it is obvious that the final choice of argumentation in favour of the Chamber's majority can be open to debate, in which the 'domestic' judge can (and should) be fully active. Some interesting phrases can be found in the documentation, like for example the document in which one can read as follows: *'The minor D ... in comparison with his older siblings ... holds a privileged position in the family and receives more attention from his mother and her girlfriend ...'*¹⁵.

The comments concerning the final conclusion of the ECtHR should start with the information that the majority of the Chamber's judges represented states in which same-sex relations have already been positively regulated in one way or another by the domestic laws. Thus, the dissenting Polish judge was in a minority also in this respect. Nonetheless, some remarks concerning the arguments given by the dissenting judge are worth commenting on. The huge amount of documentation allows any lawyer involved in this case to find a proper and convenient confirmation of a particular viewpoint during the proceedings. Sometimes this can be just one sentence taken out of context or even a whole passage exposing for example conflicting relations of the children with the female partner of their mother. However, one cannot forget that this written information was not confirmed by the mere behaviour of the younger siblings, who finally decided themselves to join their mother in her household. Thus, a thorough examination of conflict in family cases needs a proper combination of facts on paper with the facts which appear in real life.

Moreover, in the whole documentation there was no information about the professional procedural examination of the applicant's female partner (Z), against whom

15 See § 10 of the judgment.

serious doubts were invoked. This person, so important for the applicant (X), simply stayed 'behind the scenes' during the whole case. This 'evidence' appears only in the negative emotional statements of the former husband (Y). Even such prosaic and normal acts like Z buying toys for D was interpreted as Z trying to 'buy D's favour'¹⁶. On the other hand, the domestic court did not find any suggestion that D had been adversely affected by the presence of Z in his mother's life. To the contrary, he had a privileged position and received more attention from X and Z than his older siblings. Conversely, there was also no information in the official documentation that the youngest son of the applicant had developed a relationship with Z¹⁷. However, there was no evident obstacle to diminish or even logically deny the first-hand report of the court's guardian that '*D [is] well adjusted when living with his mother and considered his home to be hers*'¹⁸.

Consequently, taking all the documents into account, it seems that the parts of evidence exposed in the ECtHR judgment are sufficient to come to the conclusion that there were evident moments of homophobic attitudes of the Polish courts when dealing with the present case (which are still, unfortunately, visible, especially in small-town environments). However, at this stage of our understanding of the issue at stake it seems simply improper to expose something like a 'male role model' or even the more adequate translation – as proposed by the dissenting judge – 'a masculine personality' or 'a masculine pattern for constructing one's personality'. In general human rights concepts both possible translations can lead to the same consequences, namely to a necessity of creating such an environment for the child in which it could experience the traditional roles of traditional heterosexual patterns in family life.

Further, the dissenting judge criticized the majority view concerning a lack of proper examination of the role of the mother's female partner Z in the family life (as already mentioned above). It is true that in some parts of the judgment there were brief references to this issue. However it was only information received from the second-hand evidence. Nonetheless, some phrases quoted by the dissenting judge, taken from the documents, can be considered as selective with a tendency of confirming the particular thesis. The dissenting judge never took into account the position of D, and then of C, towards her mother's new family life when they decided to join it. Moreover, he highlighted that X's partner often stays overnight 'and the children find two persons in intimate situations'. Actually, this type of event can happen in every family with small children and limited accommodation possibilities. Thus, it would be rather difficult to defend the obscenity objection or lack of parental responsibility of the mother. On the other hand information about the father attacking Z in the

16 § 2.4 of the separate opinion.

17 See § 11 of the judgment.

18 See § 24 of the judgment.

presence of the youngest son was included in the documentation.¹⁹ This fact cannot be neglected because, as a result, some objections concerning 'aggressive' attitudes of D's parents have been of a mutual nature. Consequently, the applicant (X) could not be disqualified as a carer for her youngest child. Actually, in the early sets of proceedings concerning custody matters none of the courts denied that both parents had similar abilities and approaches in that regard (see the R District Court's opinion of March 2009).

Long and well-documented considerations of the dissenting judge led him to the opinion that the conclusions in the present case departed from the typical procedural justice, which by its nature cannot provide a comprehensive state of the facts. But, even if this remark is true, one cannot forget that in the whole Strasbourg case law this is not a precedence and in many other cases the same ECtHR's mode of examination met a common acceptance.

For sure, the dissenting judge (despite his evident erudition and professionalism) as a native-speaker judge has been in the best position as far as the orientation in original materials in all legal aspects and details which appeared during the proceeding of the case was concerned. However, he was also empowered, and even obliged, to turn the attention of other Chamber members to specially controversial points of deliberations. If it did not work it meant that his views and argumentation were not convincing enough for the majority.

However, honestly speaking, the dissenting judge was in a difficult position, especially in confrontation with the majority of judges, bearing in mind their domestic experiences and personal understanding of the dilemmas experienced and faced by same-sex unions with children and conflicts with ex-partners.

Final Remarks

Some of the conclusions and arguments have already been presented in the preceding points, wherever it was necessary. The detailed picture of the problem given in the factual background of these comments was quite intentional as it allows the complete and complex scope of individual tragedies of a broken family to be seen. As always in this and similar situations it is mainly the children who suffer in their own way and who have a very specific lack of stability and emotional sense of security. Despite this individual aspect, the problem at stake still belongs to very controversial ones against the background of social tradition as well as emotional discussions not only in Poland, but also still in other European countries²⁰.

19 See § 25 of the judgment.

20 Italy is a good example in this regard. For more see e.g. M.M. Winkler, Italy's Gentle Revolution: The New Law on Same-Sex Partnership, 'National Italian American Bar Association Jour-

This 'rainbow' climate has gradually been appearing in which family law (recognition of homosexual relationships and families) is one of the currently discussed issues. The traditional patriarchal model is undergoing unavoidable change²¹. At the moment at the domestic levels, when looking around, it cannot be denied that we are facing in the worldwide context an increasing number of same-sex marriages or different models of civil homosexual partnerships²². In other words, it is impossible to stop this trend, as it is based on numerous deep personal and intimate desires and choices. For example, one can find in literature on the topic a very clear statement that *'most countries, at different times and different paces, go through a standard sequence of legislative steps recognising homosexuality'*²³. Western European countries as well as the USA are the best examples confirming this tendency. The opinion that a re-definition of traditional paradigms of family law is necessary is convincing²⁴. At the same time, 'in an era of shaky familial relations, child custody and principles of the best interest of the child emerged with more strength and fortified protection than ever before'²⁵.

Thus, leaving aside strictly personal preferences and attitudes, one should try to find some neutral and objective arguments in favour of the conclusions accepted by the Strasbourg Chamber's majority. The main arguments – as compared to the separate opinion – can refer to the following items:

- 1) The overarching value in this category of cases, namely the best interests of a child (the good of the child), seems to be limited, not to say neglected. There is a common consensus concerning this value both in the broad literature on the topic and in numerous international documents²⁶. It is worth remember-

nal' 2016, vol. 25 (1), pp. 22–31; A. Targońska, Legal Evolution of Same-Sex Marriage in Ireland, 'Studia Iuridica Lubliensia' 2022, vol. 3 no. 2, pp. 229–241.

21 For more see: M. Adamowicz, Rodzina w systemie prawnym Szwajcarii. Kilka uwag o historii i rozwiązaniach współczesnych, 'Białostockie Studia Prawnicze' 2017, vol. 22, no. 3, pp. 128–130; E. Kuźlewska, Same-Sex Marriages – A Happy End Story? The Effectiveness of Referendum on Same-Sex Marriages in Europe, 'Białostockie Studia Prawnicze' 2019, vol. 24, no. 1, pp. 13–27.

22 For example, among the 47 European countries there are 42 which provided for different models of regulating same-sex unions, including those with children. See: <https://www.ilga-europa.org> (10.01.2022).

23 See K. Waaldijk, Taking same-sex partnership seriously: European experiences as British experiences?, Fifth Stonewall Lecture 2002, International Family Law 2003, p. 84.

24 A. Brezcko, Tradycyjne paradygmaty prawa rodzinnego w dobie rewolucji biotechnologicznej, 'Białostockie Studia Prawnicze' 2017, vol. 22, no. 3, pp. 93–97.

25 M. Cudowska, Child Custody in Minnesota and in Poland. The Best Interest Factors – A Comparative Overview, 'Białostockie Studia Prawnicze' 2017, vol. 22, no. 3, pp. 133–143.

26 It started with the Geneva Declaration of the Rights of the Child, adopted on 26 September 1924, League of Nations. In this early document there is a significant phrase that the states *'recognize that mankind owes to the child the best that it has to give'*. Then in the UN Declaration of the Rights of the Child, proclaimed by the General Assembly in Resolution 1386 (XIV) of 20 September 1959 stating that *'In the enactment of law ... the best interest of the child shall be the paramount con-*

ing that the traditional, previous concept of the ‘child’s well-being’ has developed into ‘the best interests of the child’ (Article 3 of the Convention on the Rights of the Child).²⁷ Additionally with Article 12 (principle of inclusion and participation), the status of the child has been changed. According to this new position there was ‘*a shift in the perception of a child from that of a passive object of law ... to an active participant in the process of decision-making*’²⁸.

Due to the elaborated standards a child should be treated as an autonomous subject with respect to his/her recognizing abilities. Thus, the child’s opinion and preference with whom he/she would like to stay with and live under the care of should absolutely be taken into account. Otherwise, judicial decisions will be strictly of ‘formal and technical’ value, resulting in very objective treatment, i.e. the situation which cannot be accepted in child custody cases. The same can be read at the regional level. Thus, according to Article 6, paragraphs 1 and 2 of the Convention on contacts concerning children,²⁹ ‘1. A child considered by internal law as having sufficient understanding shall have the right, unless this would be manifestly contrary to his or her best interests: to receive all relevant information; to be consulted; and to express his or her views. 2. Due weight shall be given to those views and to the ascertainable wishes and feelings of the child’.

Even if in the present case these provisions seemed to be restricted to some point, the final judgment was in favour of the youngest son, who needed his mother’s close presence and in his own way confirmed this situation.

- 2) The position of the majority of the Chamber can also be explained through the necessity of securing the coherency and consistency of the hitherto Strasbourg line of interpretation, which seems quite an appropriate attitude for any court. It is important to remember that similar (obviously, *mutatis mutandis*) cases had already been dealt with by the ECtHR. Here, it is enough to highlight two French cases, in which much more ‘delicate’ and subtle formulations concerning the applicant’s life choices appeared (as compared to those underlined at the beginning of the present commentary) and nonetheless in one of them the ECtHR found a violation of the prohibition of discrimination because of sexual orientation, as far as their private and family life should have been protected. Thus, first in the case of *Frette v. France*³⁰ a single man of ho-

sideration Today this list of documents is longer and comprises the newer international treaties on the topic, especially those dealing with general prohibition of discrimination for any reason.

27 Convention of the Rights of the Child, adopted by the General Assembly on 20 November 1989, Resolution 44/25.

28 Committee of the Rights of the Child, Fifty-first session, Geneva, 25 May – 12 June 2009, General Comment No. 12 (2009). The right of the child to be heard, CRC/C/GC/12, 20 July 2009, p. 5, and pp. 6–11.

29 Adopted on 15 May 2003, Strasbourg, ETS No. 192.

30 Judgment of 26 February 2002, appl. no. 36515/97.

mosexual orientation was denied adoption based exclusively on unfavourable prejudice about his sexual orientation. In this case the ECtHR did not find a violation of Article 14 in conjunction with Article 8 of the Convention making a reference to the right of national authorities to consider the right to adopt, without referring to personal choices of the applicant's 'way of living'. However, this was the first case of this category.

The second, and even more interesting example is connected with the case of *E.B. v. France*³¹, where a homosexual female applicant seeking the authorization of single adoption was denied this only because of her sexual orientation. This time the Grand Chamber found a violation of Article 14 in connection with Article 8 of the Convention. It should be stressed that the state authorities did not refer *expressive verbis* to 'homosexual orientation' but instead to the applicant's 'way or style of living' (whatever that means).

For sure, against the background of the two above cases a visible trend towards a broader and more positive protective approach of the ECtHR towards same-sex civil rights had appeared. While making a simple comparison of the above patterns with the Polish case, it is evident that the domestic organs quite often referred to homosexuality (or even promiscuity of the applicant). In one of the expert opinions there was an expressive requirement, that '*it would be possible for [the applicant] to continue to have care of the children, provided that she decisively corrects her attitude, excludes Z from family life, and continues psychological therapy aimed at improving her relations with the children*'³².

Without any detailed discussion of the above passage the position of the younger children (especially the youngest D) should be considered. He would be in a constant state of emotional instability and in future life possibly under the influence and conviction of his mother's true 'pathology' which ruined his and his siblings' lives. We should not speculate on his attitude towards such relationships as an adult.

Thus, the sexual orientation of the applicant certainly played a visible (if not a leading) role in all the sets of domestic proceedings. One cannot negate the dramatic setting of the children in a broken family, especially that of the youngest boy. It seems that he was treated as an object, wandering from one parent to another. It is easy to imagine all the emotional frustration which accompanied the boy during the sets of procedures and after them. Thus, a significant question should arise, namely if the predominant condition of 'the best interests' was actually met. Let us remember here that both boys finally decided quite by themselves to return to their mother and her new household, and it happened without any formal objection of their father.

31 See footnote 6.

32 § 11 of the judgment.

The confrontation of the youngest child with a homosexual pattern of living was assessed by the divergent judge as dangerous and conflicting with the dominating Polish social realities. However, in my opinion, in the contemporary world adult family members should first of all create a climate of understanding and tolerance as a prerequisite for becoming familiar with the new trends in interpersonal relations which are unavoidable due to dynamic social changes³³. Moreover, the dissenting judge left without any comment the professional documentation presented by ILGA-Europe, confirming that according to previous experiences, the children of same-sex parents ‘*were not disadvantaged*’ as compared to children of heterosexual families³⁴. And further, ‘*research has consistently shown that children raised in rainbow families have the same levels of well-being as other children*’³⁵. The dissenting judge concluded that ‘*there is ample scientific evidence indicating that the presence of a father is crucial for the construction of a son’s personality*’³⁶.

It should be noted that Polish courts have already dealt with different legal aspects of same-sex unions. Let us recall here the famous case of *Kozak v. Poland*³⁷, which is still frequently the point of reference both in case law and literature. Then, the administrative domestic cases concerning child under the foreign custody of same-sex persons which appeared in front of Polish courts³⁸. Thus, the door has already been opened, but the results are still controversial and depend on the attitudes

33 Despite all signals from different reports it is just enough to recall the position of the statute organs of the Council of Europe. See especially the Parliamentary Assembly Resolution 2239(2018) – ‘Private and family life: achieving equality regardless of sexual orientations’ or many written questions of the Parliamentary Assembly sent regularly to the Committee of Ministers, e.g. Question No. 768 by Mr. Fourat Ben Chikka: ‘Violation of the human rights of LGBTI people in Hungary’ resulting in the Decision of the Committee of Ministers of 8 September 2021, CM/Del/Dec (2021)1410/3.1a.

34 § 59 of the judgment.

35 § 44 of the judgment. Information taken from the Explanatory Memorandum (J. Gunnarsson) to the Parliamentary Assembly of the Council of Europe Resolution 2239 (2018) – see footnote 23 above.

36 Point 3.2.2. of the separate opinion.

37 *Kozak v. Poland*, judgment of 2 March 2010, appl. no. 13102/0.

38 For more details see: P. Sadowski, Gloss on the judgment of the Polish Administrative Court of 10 October 2018, II OSK 2552/16, *Ius Novum* 2020, no. 1, pp. 179–192; P. Mostowik, Resolving Administrative Cases Concerning Child Under the Foreign Custody of Same-Sex Persons Without Violating National Principles on Filiation as *Ratio Decidendi* of the Supreme Administrative Court (NSA) Resolution of 2 December 2019, ‘*Prawo w Działaniu*’. *Sprawy Cywilne* 2021, no. 46, pp. 185–203.

of strong groups of some sections of Polish society that present rather traditional preferences.³⁹ In that context, education together with respectful pressure is necessary for groups still adherent to tradition. This is certainly a difficult and complex task, however still a possible one.

There are without doubt different motivations in defence or denial of same-sex families (mainly the issues of 'nature' or 'tradition')⁴⁰. Returning to the case under consideration in this paper it should be stressed that the decision is not for now only, as it will influence the further lives of all the children involved in the case. Imagine that the son D would have stayed with his father and siblings in an atmosphere of negative reception to new social trends which are contrary to the traditional vision of family relations. In such a situation he would be under constant pressure to accept this traditional vision, which could be to the detriment of his future presence in the world of different adults in his surroundings, not counting his new homosexual family. In other words he would not be prepared for confrontations with everyday trends and problematic situations. Surely, this could not be assessed as in the best interests of the child.

As for the Polish judiciary's position towards homosexual couples it is, it seems, under a slow evolution. An interesting argument can be found in the judgment of the Polish Supreme Court in which a problem of common property of a same-sex couple appeared. Here the Supreme Court finally rejected that such a union could be considered a 'de facto marital relationship', but nonetheless it did not exclude the possibility of the application of relevant rules by analogy to the conflict of the same-sex couple's claims for division of their common property⁴¹.

Bearing these relatively hopeful trends in mind, it should be stressed that the ECtHR judgment was sent to the Grand Chamber, whose position on the issue of same-sex couples is still unclear. In the latest group case the ECtHR's Grand Chamber confirmed that the state enjoys a wide margin of appreciation and consequently a certain freedom of choice of the most favourable form of same-sex registration, taking into account a special social and cultural context⁴².

Returning to the main issue of the commented case it should be concluded that traditionally a system for the protection of human rights has been built upon the principle of fair balance between the colliding justified aims. However, this system

39 Quite unexpectedly, the last Polish Centre of Research of Social Opinions (CBOS) discovered that as compared with the same questions from two years earlier, there was a visible improvement in the attitudes of Polish society towards homosexuality as such, and similarly same-sex marriages. Acceptance levels were the highest in the history of such research – CBOS Newsletter 33/2021.

40 For more reading see: L. Trappolin, A. Gasparini, R. Wintemute, *Confronting Homophobia in Europe. Social and Legal Perspectives*, Oxford/Portland, Oregon 2012, pp. vii–viii.

41 Judgment of 6 December 2007 (no. IV CKS 301/07).

42 See case of Fedotova and others v. Russia, 3 July 2021, appl. no. 40792/10, no. 30538/10, no. 43439/10.

cannot be inert or 'blind' to the interests at stake. It should be accepted that the best interests or the general welfare of the child belongs to the specially qualified values. The environment of love and care, obviously under the condition of being professionally verified and established, is of course of predominant importance for every child. In that sense it should prevail in confrontation with the social morals as specified in Article 8 § 2 of the ECHR.

REFERENCES

- Adamowicz M., Rodzina w systemie prawnym Szwajcarii. Kilka uwag o historii i rozwiązaniach współczesnych, 'Białostockie Studia Prawnicze' 2017, vol. 22, no. 3.
- Andrzejewski M., Application of the Clause of the Good of the Child: Reflections Inspired by the Decision of the Supreme Court on the Creation of Foster Families, 'Studia Iuridica Lublinensia' 2021, vol. XXX, no. 5.
- Amato P.R., The well-being of children with gay and lesbian parents, 'Social Science Research' 2012, vol. 41.
- Bastionelli C., Farris M., Farris E., Benagiamo G., The Welfare of the Children in Same-sex Families. An Update, 'Journal of Gynecology and Women's Health' 2017, vol. 4, issue 1.
- Breczko A., Tradycyjne paradygmaty prawa rodzinnego w dobie rewolucji biotechnologicznej, 'Białostockie Studia Prawnicze' 2017, vol. 22, no. 3.
- Case of Fretté v. France, judgment of 26 February 2002, appl. no. 36515/.
- Case of E.B. v. France, [GC], judgment of 22 January 2008, appl. no. 43546/02.
- Case of Kozak v. Poland, judgment of 2 March 2010, appl. no. 13102/0.
- Case of Fedotova and others v. Russia, judgment of 3 July 2021, appl. no. 40792/10, no. 30538/10, no. 43439/10.
- Case of X v. Poland, judgment of 16 September 2021, appl. no. 20741/10.
- Convention of the Rights of the Child, adopted by the General Assembly on 20 November 1989, resolution 44/25.
- Committee of the Rights of the Child, Fifty-first session, Geneva, 25 May – 12 June 2009, General Comment No. 12 (2009). The right of the child to be heard, CRC/C/GC/12, 20 July 2009.
- Cudowska M., Child Custody in Minnesota and in Poland. The Best Interest Factors – A Comparative Overview, 'Białostockie Studia Prawnicze' 2017, vol. 22, no. 3.
- Decision of the Committee of Ministers of 8 September 2021, CM/Del/Dec (2021)1410/3.1a.
- Domenech C.B., Perez Zafrilla P.J., Esteve J.S. (eds.), Current social and legal challenges for a changing Europe, Comares 2013.
- Geneva Declaration of the Rights of the Child, adopted on 26 September, 1924, League of Nations.
- Greer S., The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights, Strasbourg, July 2000.
- Knut P. (ed.) Orzecznictwo – Prawa osób LGBT w Polsce, Kampania Przeciw Homofobii, Warsaw 2015.

- Kuźelewska E., Same-Sex Marriages – A Happy End Story? The Effectiveness of Referendum on Same-Sex Marriages in Europe, 'Białostockie Studia Prawnicze' 2019, vol. 24, no. 1.
- Morawska E.H., Poszukiwanie konsensusu europejskiego przez Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w sprawie adopcji dziecka przez osoby i pary homoseksualne, 'Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego, A.D. MMXVII', vol. XV.
- Mostowik P., Resolving Administrative Cases Concerning Child Under the Foreign Custody of Same-Sex Persons Without Violating National Principles on Filiation as Ratio Decidendi of the Supreme Administrative Court (NSA) Resolution of 2 December 2019, *Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne* 2021, no. 46.
- Parliamentary Assembly Resolution 2239(2018) – 'Private and family life: achieving equality regardless of sexual orientations', adopted on 10 October 2018.
- Pennings G., Evaluating the welfare of the child in same-sex families, 'Human Reproduction' 2011, vol. 26, no. 7.
- Sadowski P., Gloss on the judgment of the Polish Supreme Administrative Court of 10 October 2018, II OSK 2552/16, *Ius Novum* 2020, vol. 1.
- Supreme Court judgment of 6 December 2007 (no. IV CKS 301/07).
- Targońska A., Legal Evolution of Same-Sex Marriage in Ireland, 'Studia Iuridica Lubliensia' 2022, vol. 3 no. 2.
- Trappolin L., Gasparini A., Winemute R., *Confronting Homophobia in Europe. Social and Legal Perspectives*, Oxford-Portland, Oregon 2012.
- UN Declaration of the Rights of the Child, proclaimed by General Assembly in resolution 1386(XIV) of 20 September 1959.
- Waldijk K., Taking same-sex partnership seriously: European experiences as British experiences?, Fifth Stonewall Lecture 2002, *International Family Law* 2003.
- Wiczanoska H., Oddziaływanie doktryny marginesu uznania na rozstrzygnięcie konfliktu pomiędzy wolnością wypowiedzi a wolnością sumienia i wyznania w praktyce orzeczniczej Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, *Przegląd Europejski* 2020, no. 2.
- Winkler M.M., Italy's Gentle Revolution: The New Law on Same-Sex Partnership, 'National Italian American Bar Association Journal' 2016, vol. 25 (1).
- Wiśniewski A., *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2008.

Michał Wojewoda

Uniwersytet Łódzki, Polska

mwojewoda@wpia.uni.lodz.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5997-8148>

Rodzicielstwo osób tej samej płci w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej – glosa do wyroku TSUE z dnia 14 grudnia 2021 r. w sprawie C-490/20

Parentage of Same-Sex Persons in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union – Commentary to the Judgment of CJEU of 14.12.2021, C-490/20

Abstract: In its judgment of 14 December 2021, the Court of Justice of the European Union ruled that in the case of a child who is a Union citizen and whose birth certificate, issued in the host Member State, designates as that child's parents two persons of the same sex, the Member State of which that child is a national is obliged (i) to issue to that child an identity card or a passport without requiring a birth certificate to be drawn up beforehand by its national authorities, and (ii) to recognise the document from the host Member State that permits that child to exercise, with each of those two persons, the child's right to move and reside freely within the EU territory. In its commentary, the author supports the CJEU ruling, observing that it continues the line of reasoning adopted in the Coman case of 2018. The Court attempts to strike a balance between the EU freedoms and the necessity to respect the national identity of Member States that are free to shape their family law without accepting the liberal concepts such as parentage of same-sex persons or homosexual marriages. Additionally, when wondering about the consequences of the ruling for Poland, the author puts forward a thesis that the current practice of Polish organs, resulting from the resolution of the Supreme Administrative Court of 2 December 2019, is consistent with the EU law. Although children of Polish nationality, with same-sex parents, cannot expect their foreign birth records to be transcribed into the civil status register in Poland, they may nevertheless obtain a Polish identity card or passport.

Keywords: citizenship, free movement of persons, national identification documents, parentage of same-sex persons, transcription of foreign civil status records

Słowa kluczowe: obywatelstwo, swoboda przemieszczania się, krajowe dokumenty tożsamości, rodzicielstwo osób jednej płci, transkrypcja zagranicznych aktów stanu cywilnego

Teza rozstrzygnięcia TSUE:

Artykuł 4 ust. 2 TUE, art. 20 i 21 TFUE oraz art. 7, 24 i 45 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej w związku z art. 4 ust. 3 dyrektywy 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich [...] należy interpretować w ten sposób, że jeśli chodzi o małoletnie dziecko, będące obywatelem Unii, którego akt urodzenia wydany przez właściwe organy przyjmującego państwa członkowskiego wskazuje jako jego rodziców dwie osoby tej samej płci, państwo członkowskie, którego to dziecko jest obywatelem, jest zobowiązane z jednej strony do wydania mu dowodu tożsamości lub paszportu bez konieczności uprzedniego sporządzenia aktu urodzenia przez organy krajowe, a także, z drugiej strony, do uznania, podobnie jak każde inne państwo członkowskie, dokumentu pochodzącego od przyjmującego państwa członkowskiego umożliwiającego wspomnianemu dziecku korzystanie, wraz z każdą z tych dwóch osób, z przysługującego mu prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich¹.

Wprowadzenie

Jednym z ważnych wyzwań międzynarodowego prawa rodzinnego w XXI w. stają się tzw. ułomne (kulejące) stosunki prawne (*limping legal relationships, rapports juridiques boiteuses*). Chodzi o relacje rodzinne powstające pod rządami prawa określonego państwa, które w innych jurysdykcjach nie są uznawane (w całości lub w części) ze względu na przyjmowany tam odmienny model normatywny. Przykładem takiej relacji jest rodzicielstwo osób tej samej płci, którego dotyczy glosowane orzeczenie. Podobne problemy dotyczą jednak także innych konstrukcji, które w ciągu ostatnich lat zostały usankcjonowane w niektórych państwach, takich jak małżeństwa jedнопłciowe, związki partnerskie (hetero- lub homoseksualne) czy macierzyństwo zastępcze. Brak zgodności systemów krajowych odnośnie do wskazanych instytucji rodzi poważne problemy, które coraz częściej trafiają na wokandy sądów międzynarodowych, w tym Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz – jak w obecnym przypadku – Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Sądy te stają przed trudnym zadaniem ważenia interesów suwerennych państw, kształtujących prawo rodzinne zgodnie z własną tożsamością narodową, oraz interesów obywateli oczekujących poszanowania ich życia prywatnego i rodzinnego także w ujęciu transgranicznym.

1 Sprawa *V.M.A. v. Stolichna obshtina, rayon „Pancharevo”*. Pełny tekst orzeczenia w języku polskim na stronie: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pl/TXT/?uri=CELEX:62020CJ0490\(10.01.2022\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pl/TXT/?uri=CELEX:62020CJ0490(10.01.2022)).

Gdy chodzi o prawo unijne, to należy pamiętać, że problematyka rodzinno-prawna nie jest objęta kompetencjami UE i pozostaje domeną lokalnych prawodawców. Jednak rozbieżne kierunki rozwoju prawa rodzinnego w poszczególnych państwach członkowskich przekładają się na określone trudności, których obywatele Unii Europejskiej doświadczają w kontekście podstawowych swobód unijnych. Kwestia ułomnych relacji rodzinnopravnnych była już przedmiotem rozważań TSUE, w szczególności w sprawie Coman². W wyroku z 2018 r. Trybunał przyjął, że w rozumieniu prawa unijnego pojęcie małżonka obejmuje także małżonka tej samej płci. W efekcie państwa członkowskie – niezależnie od modelu związku małżeńskiego przyjmowanego w prawie wewnętrznym – mają obowiązek uznania relacji rodzinnej wynikającej z małżeństwa jedнопłciowego. Wszystko to jednak z zastrzeżeniem, że uznanie ma się dokonać wyłącznie na potrzeby realizacji swobody przemieszczania się i przebywania na terytorium UE. Obecny wyrok stanowi kontynuację linii orzeczniczej zapoczątkowanej w sprawie Coman i nakazuje uznawać – w tych samych wąskich granicach wyznaczonych przez cele prawa unijnego – rodzicielstwo osób jednej płci. Na podkreślenie zasługuje, że w obu judykatach Trybunał dokonał wyważonych ocen, starając się pogodzić ochronę fundamentów funkcjonowania Unii Europejskiej z potrzebą poszanowania kompetencji państw członkowskich w zakresie kształtowania prawa rodzinnego.

Wyrok TSUE z dnia 14 grudnia 2021 r. ma szczególne znaczenie z perspektywy polskiej. Choć orzeczenie zapadło w następstwie pytania prejudycjalnego sformułowanego przez sąd w Bułgarii, to zarówno tło normatywne, jak i okoliczności faktyczne wykazują duże podobieństwo do spraw, z którymi od pewnego czasu mamy do czynienia w Polsce. Należy pamiętać, że gdy chodzi o model prawnorodzinny, to prawo polskie, podobnie jak system bułgarski, przyjmuje tradycyjne (konserwatywne) podejście do małżeństwa i rodzicielstwa, przejawiające się w postrzeganiu rodziny przez pryzmat ściśle określonych ról przypisanych mężczyźnie i kobiecie. W ramach tego modelu w małżeństwie występuje mąż i żona, a każde dziecko ma matkę i ojca. Konfrontacja tych założeń z konstrukcjami funkcjonującymi w państwach, które zliberalizowały swe prawo rodzinne i dopuszczają instytucjonalne związki jedнопłciowe (małżeńskie lub partnerskie), a także akceptują (prawne) rodzicielstwo osób tej samej płci, musi rodzić określone napięcia.

Problem leżący u podstaw rozstrzygnięcia TSUE, a dotyczący transkrypcji aktu urodzenia na potrzeby wydania dziecku pary jedнопłciowej krajowego dokumentu tożsamości, jest w Polsce dobrze znany. Już w tym miejscu należy powiedzieć, że rozwiązania wypracowane w naszym kraju wpisują się w argumentację TSUE. Stosowana w Polsce praktyka, która zostanie przedstawiona w dalszej części glosy³, nie narusza, jak się wydaje, prawa unijnego. W ramach rozważań zostaną też zasygnali-

2 Wyrok TSUE z dnia 5 czerwca 2018 r., C673/16.

3 Zob. uwagi w punkcie 4 *infra*.

zowane pewne zagadnienia uboczne, w tym problem ustalania obywatelstwa dziecka pary jedнопłciowej w systemach, w których – jak w Bułgarii czy w Polsce – obowiązuje zasada prawa krwi (*ius sanguinis*).

1. Stan faktyczny

Wyrok TSUE z dnia 14 grudnia 2021 r. stanowi odpowiedź na pytania prejudycjalne sformułowane przez sąd administracyjny w Sofii w związku z zawisłą przed nim sprawą dotyczącą odmowy sporządzenia bułgarskiego aktu urodzenia dziecka, które przyszło na świat w Hiszpanii i którego oryginalny (hiszpański) akt urodzenia wymieniał jako rodziców dwie kobiety. Jedną z nich była obywatelka Bułgarii (V.M.A.), a drugą obywatelka Zjednoczonego Królestwa (K.D.K.). Kobiety w 2018 r. zawarły związek małżeński w Gibraltarze, a stale zamieszkiwały w Hiszpanii. Należy wiedzieć, że także prawo hiszpańskie dopuszcza zawieranie małżeństw jedнопłciowych, a ponadto uznaje rodzicielstwo osób tej samej płci. Gdy zatem w 2019 r. jedna z kobiet urodziła w Hiszpanii dziecko, obie zostały wpisane w akcie urodzenia jako jego matki.

Natomiast bułgarski system prawny przewiduje wyłącznie małżeństwo i rodzicielstwo heteroseksualne. Dokumenty stanu cywilnego sporządzane w Bułgarii zawierają osobne rubryki, w których wpisuje się dane matki oraz ojca dziecka⁴. Gdy jedna z kobiet (obywatelka Bułgarii) złożyła wniosek o sporządzenie, na podstawie hiszpańskiego oryginału, bułgarskiego aktu urodzenia dziecka (dokument taki był niezbędny do wydania w Bułgarii dokumentu tożsamości dla dziecka, którego bułgarskie obywatelstwo nie było początkowo kwestionowane), powstał problem, czy akt taki może być sporządzony. Organ administracyjny zażądał wskazania matki biologicznej, aby ujawnić ją w akcie urodzenia z pominięciem drugiego małżonka. Wnioskodawczyni nie podała jednak tej informacji. W tych okolicznościach doszło do odmowy sporządzenia bułgarskiego aktu urodzenia dziecka. Decyzja została zaskarżona do sądu administracyjnego, który rozpatrując złożoną skargę, postanowił zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z pytaniami prejudycjalnymi.

Pierwsze z pytań dotyczyło rozstrzygnięcia, czy zasada swobody przemieszczania się oraz przebywania na terytorium państw członkowskich (art. 20 i art. 21 TFUE⁵ oraz art. 45 Karty praw podstawowych UE⁶), a także prawo do życia prywatnego i ro-

4 Tło normatywne dotyczące prawa bułgarskiego zostało przedstawione w pkt 10–15 opinii rzecznik generalnej J. Kokott z 15 kwietnia 2021 r., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pl/TXT/?uri=CELEX:62020CC0490> (10.01.2022).

5 Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana (Dz.Urz. UE C 326 z 26.10.2012).

6 Dz.Urz. UE C 326 z 26.10.2012.

dzinnego, jak również prawa dziecka (art. 7 i art. 24 Karty) nie stoją na przeszkodzie odmowie wydania bułgarskiego aktu urodzenia dziecka (posiadającego bułgarskie obywatelstwo) w sytuacji, gdy akt urodzenia sporządzony w innym państwie członkowskim wskazuje, że rodzicami są dwie kobiety, a strona skarżąca odmawia wskazania rodzica biologicznego. W razie gdyby odpowiedź na to pytanie była twierdząca, sąd odsyłający dopytywał, czy przy sporządzeniu aktu urodzenia należy odstąpić od obowiązującego w Bułgarii formularza, który jest dostosowany do wpisywania rodziców różnej płci. Osobne pytanie szczegółowe dotyczyło też znaczenia okoliczności, że tylko jedna z kobiet (matek dziecka) była obywatelką Unii Europejskiej, a druga posiadała obywatelstwo Zjednoczonego Królestwa.

Sąd bułgarski zapytał ponadto o znaczenie zasady ochrony tożsamości konstytucyjnej i narodowej państw członkowskich (art. 4 ust. 2 TUE⁷) w kontekście samodzielności ustawodawców krajowych co do przyjmowania reguł ustalania relacji rodzicielskich. Pytanie sądu dotyczyło drogi osiągnięcia stosownego balansu pomiędzy poszanowaniem suwerenności legislacyjnej członków UE a najlepszym interesem dziecka, w związku z różnym podejściem poszczególnych państw do prawnego rodzicielstwa osób tej samej płci.

2. Rozstrzygnięcie Trybunału Sprawiedliwości

Co ciekawe, tezy sformułowane przez TSUE w sentencji orzeczenia nie stanowiły bezpośredniej odpowiedzi na przywołane wyżej pytania, które koncentrowały się na problemie sporządzenia krajowego aktu urodzenia dziecka. Trybunał, oceniając sprawę w kontekście prawa unijnego, przeniósł ciężar rozważań na inną płaszczyznę, na której zidentyfikował sedno problemu. Podążając za opinią rzecznik generalnej J. Kokott, TSUE uznał, że rzeczywistą przeszkodę w korzystaniu ze swobody przemieszczania się może stanowić brak odpowiedniego dokumentu podróży dziecka, a nie odmowa wydania mu w państwie ojczystym aktu urodzenia. W efekcie w ramach rozstrzygnięcia wyartykułowano dwa ważne obowiązki państw członkowskich. Pierwszy z nich obejmuje zobowiązanie do wydania dziecku przez państwo, którego jest ono obywatelem, krajowego dowodu tożsamości lub paszportu. Natomiast drugi obowiązek dotyczy jednolitego uznawania przez wszystkie państwa członkowskie, na potrzeby realizacji swobód unijnych, rodzicielstwa osób jednej płci. Każdy ze wskazanych obowiązków zasługuje na osobny komentarz.

Jeśli chodzi o dokumenty, jakie powinny być wydane dziecku, Trybunał trafnie dostrzegł, że z perspektywy prawa Unii Europejskiej kwestia sporządzenia w Bułgarii aktu urodzenia dziecka nie ma kluczowego znaczenia. Sposób prowadzenia rejestru stanu cywilnego, podobnie jak treść i kształt sporządzanych lokalnie dokumentów

7 Traktat o Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana (Dz.Urz. UE C 326, 26.10.2012).

stanu cywilnego, pozostaje w gestii ustawodawców krajowych. Trybunał przypomniał jednak, że zgodnie z treścią dyrektywy 2004/38/WE⁸ państwa członkowskie, działając na podstawie prawa wewnętrznego, wydają i odnawiają swoim obywatelom dowód tożsamości i paszport, potwierdzające ich przynależność państwową (art. 4 ust. 3). To te dokumenty (a nie akty stanu cywilnego) pozwalają na opuszczenie terytorium jednego państwa w celu odbycia podróży do innego państwa członkowskiego (art. 4 ust. 1). To one decydują zatem o możliwości korzystania ze swobody przemieszczania się. Przyjmując założenie, zgodnie z którym dziecko jest obywatelem Bułgarii, TSUE wyjaśnił, że organy bułgarskie są obowiązane wydać dziecku dowód tożsamości lub paszport umożliwiający swobodne przemieszczanie się po terytorium unijnym. Podkreślono, że dyrektywa 2004/38/WE wprowadza w tym zakresie obowiązek całkowicie niezależny od tego, czy dziecko posiada akt urodzenia sporządzony w kraju ojczystym. Państwo członkowskie nie może powoływać się na wymóg sporządzenia takiego aktu wynikający z prawa wewnętrznego i od jego realizacji uzależniać wydanie dziecku odpowiedniego dokumentu podróży.

Drugą kwestią, którą TSUE przesądził w swoim orzeczeniu, jest okoliczność, że dziecko będące obywatelem państwa członkowskiego, a przez to obywatelem Unii Europejskiej, ma prawo korzystania ze swobody przemieszczania się z obojgiem rodziców i to także wtedy, gdy są oni tej samej płci. Prawo UE gwarantuje możliwość prowadzenia życia rodzinnego na całym terytorium unijnym przy udziale najbliższych członków rodziny, do których dyrektywa 2004/38/WE zalicza m.in. bezpośrednich wstępnych i zstępnych. Już w sprawie *Coman*, w odniesieniu do małżonka tej samej płci, TSUE wyjaśnił, że zwroty, za pomocą których dyrektywa 2004/38/WE określa poszczególne kategorie członków rodziny (korzystających z unijnej swobody przemieszczania się), muszą być zasadniczo wykładane autonomicznie⁹. Tak jak pojęcie małżonka obejmuje m.in. osoby, które zawarły małżeństwo jedнопłciowe, tak stosunek rodzicielstwa – do którego odnoszą się pojęcia „bezpośrednich zstępnych” oraz „bezpośrednich wstępnych” – może również dotyczyć relacji między dzieckiem a dwiema osobami tej samej płci. TSUE przyjął, że skoro organy hiszpańskie ustaliły istnienie więzi pokrewieństwa pomiędzy dzieckiem a kobietami określonymi jako jego matki, to wszystkie państwa członkowskie powinny przyznać tym kobietom – jako bezpośrednim wstępnym – prawo do towarzyszenia dziecku przy korzystaniu ze swobody przemieszczania się. Nie ma znaczenia okoliczność, że w danym państwie (np. w Bułgarii czy w Polsce) rodzicielstwo par jedнопłciowych generalnie nie jest uznawane. W świetle przepisów dyrektywy dziecko ma prawo do niezależnego przemieszczania się po Unii Europejskiej w towarzystwie któregokolwiek ze swoich rodziców, w tym przypadku – każdej z matek. Należy odnotować, że Trybunał wzmocnił swoją argumentację odwołaniami do unijnej Karty praw podstawo-

8 Dalej: dyrektywa 2004/38/WE.

9 Zob. pkt 33–36 uzasadnienia wyroku w sprawie *Coman*, C673/16.

wych oraz do Konwencji o prawach dziecka z 1989 r.¹⁰, silnie zaznaczając potrzebę poszanowania życia prywatnego i rodzinnego oraz konieczność uwzględniania najlepszego interesu dziecka.

Obowiązkowi uznania rodzicielstwa pary jednopłciowej, na potrzeby realizacji swobód unijnych, towarzyszy zobowiązanie państw członkowskich do respektowania dokumentu, z którego taka relacja rodzicielska wynika. W rozstrzyganej sprawie – antycypując, że w bułgarskim dokumencie podróży dziecka (gdy zostanie wydany) nie znajdą się zapewne dane obu matek – TSUE zaznaczył, iż dowodem rodzicielstwa jest oryginalny, hiszpański akt urodzenia. To on wskazuje i potwierdza, w sposób wiążący dla wszystkich państw członkowskich, kto jako rodzic może podróżować z dzieckiem. W tym punkcie Trybunał nie podzielił argumentów rzecznik generalnej, która sugerowała, że skoro bułgarski dowód osobisty lub paszport nie jest oficjalnym dowodem filiacji (taką rolę pełni akt stanu cywilnego), to nie powinno być przeszkód, by ujawnić w nim dane obu matek. Praktykę taką trudno sobie jednak wyobrazić. Wskazanie rodziców tej samej płci w dokumencie urzędowym potwierdzającym obywatelstwo, wydawanym na podstawie prawa wewnętrznego, dawałoby pozór „nostryfikacji” takiej relacji rodzicielskiej przez państwo wydające dokument. Tymczasem TSUE, akcentując obowiązek uznania rodzicielstwa osób jednej płci oraz respektowania zagranicznego dokumentu, z którego ono wynika, wyraźnie zaznaczył, że chodzi o uznanie dokonywane w konkretnym celu, to jest wyłącznie na potrzeby realizacji swobód unijnych. Nie oznacza to generalnego obowiązku uznania materialnej sytuacji prawnej, w dziedzinie stanu cywilnego, powstałej w innym państwie członkowskim¹¹. Nie dochodzi bowiem do przełamania ogólnej zasady, zgodnie z którą „kwestie stanu cywilnego i wiążące się z nim normy dotyczące małżeństwa i pochodzenia dzieci są materią należąca do kompetencji państw członkowskich i prawo Unii tej kompetencji nie narusza. Państwa członkowskie mają zatem swobodę w zakresie wprowadzenia w ich prawie krajowym małżeństwa dla osób tej samej płci a także rodzicielstwa tych ostatnich”¹².

Niezwykłe istotny fragment wywodów Trybunału stanowiły uwagi na temat porządku publicznego. Przypomniano, że ewentualne odstępstwo od respektowania podstawowych swobód unijnych z powołaniem się na lokalny *ordre public*, choć możliwe, to stanowi wyjątek, który zawsze podlega kontroli ze strony organów Unii Europejskiej. W rozstrzyganej sprawie Trybunał dokonał przy tym kontroli „wyprzedzającej”. Z góry bowiem przesądził, przyjmując argumentację znaną ze sprawy *Coman*¹³, że konieczność uznania takich konstrukcji jak małżeństwo jednopłciowe czy rodzicielstwo osób jednej płci, nieprzewidzianych w prawie wewnętrznym da-

10 Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526.

11 Zob. także pkt 130 opinii rzecznik generalnej.

12 Zob. pkt 52 uzasadnienia głosowanego wyroku.

13 Zob. uzasadnienie w sprawie *Coman*, pkt 44–46.

nego państwa, nie może być traktowane jako sprzeczne z porządkiem publicznym, jeżeli dokonuje się wyłącznie na potrzeby realizacji podstawowych swobód unijnych. Wystarczającą gwarancją ochrony tożsamości narodowej oraz krajowego porządku publicznego stanowi brak konieczności uznawania konstrukcji rodzinnoprawnych nieznanych własnemu prawu w jakimkolwiek szerszym zakresie oraz wprowadzenia ich do ustawodawstwa wewnętrznego.

Stanowisko TSUE zasługuje na aprobatę. Jak już powiedziano, jest to próba pogodzenia wymagań związanych z realizacją wolności i swobód, leżących u podstaw Unii Europejskiej, z rozbieżnymi niejednokrotnie kierunkami rozwoju prawa rodzinnego wyznaczanymi niezależnie przez każde państwo członkowskie. Pora jednak rozważyć, jak głosowane orzeczenie może wpłynąć na praktykę dotyczącą aktów stanu cywilnego oraz dokumentów tożsamości dzieci par jedнопłciowych, stosowaną w Polsce.

3. Znaczenie wyroku TSUE z perspektywy polskiej

Wyrok Trybunału z dnia 14 grudnia 2021 r., mimo że wydany w sprawie bułgarskiej, ma szczególne znaczenie dla Polski. Prawo polskie zachowało tradycyjny model rodziny oparty na heteroseksualnym małżeństwie, toteż nie może zaskakiwać, iż sprawy dotyczące urodzonych za granicą dzieci par jedнопłciowych rodzą problemy także w naszym kraju. Obywatele polscy, których duża liczba stale przebywa za granicą, korzystają z konstrukcji prawnorodzinnych dostępnych w miejscu pobytu. Dotyczy to również nawiązywania relacji, które nie są znane prawu polskiemu. Ani zmiana stanu cywilnego wynikająca z zawarcia za granicą małżeństwa jedнопłciowego (czy związku partnerskiego), ani przypisanie rodzicielstwa osobom jednej płci nie są jednak, co do zasady, uznawane w Polsce. W szczególności pojawiają się problemy dotyczące odnotowania tych relacji w polskim rejestrze stanu cywilnego, który dostosowany jest do instytucji funkcjonujących w polskim prawie rodzinnym¹⁴.

Głosowane orzeczenie potwierdza wyłączną kompetencję prawodawców krajowych odnośnie do ustalania zasad rejestracji stanu cywilnego. Jednocześnie, podobnie jak wyrok w sprawie *Coman*, podkreśla wymóg przestrzegania wolności unijnych także w odniesieniu do osób, które funkcjonują w ramach relacji rodzinnoprawnych, które nie są znane w niektórych państwach członkowskich, w tym w Polsce. Wydaje się jednak, że wypełnienie obowiązków określonych przez TSUE nie powinno powodować w naszym kraju większych trudności. Praktyka sądowa i administracyjna, wykształcona w drodze pewnej ewolucji, pozwala stwierdzić, że w odniesieniu do rodzicielstwa osób tej samej płci Polska wypełnia swoje zobowiązania wynikające z prawa unijnego. Kwestia ta wymaga szerszego komentarza.

14 Więcej na ten temat, M. Wojewoda, Konstrukcje rodzinnoprawne nieznanne prawu polskiemu a krajowa rejestracja zdarzeń z zakresu stanu cywilnego, „Metryka” 2020, nr 2, s. 85 i n.

Dziecko posiadające obywatelstwo polskie, które zgodnie z prawem obcym ma rodziców jednej płci, napotyka w Polsce na bardzo podobne przeszkody do tych, jakie rozważał unijny Trybunał. Także w naszym kraju uzyskanie dokumentu tożsamości wymaga przedstawienia polskiego aktu stanu cywilnego. W przypadku osoby urodzonej za granicą niezbędna jest transkrypcja zagranicznego aktu urodzenia, czyli jego przepisanie do polskiego rejestru (tzw. umiejscowienie). Wynika to z art. 104 ust. 5 Prawa o aktach stanu cywilnego z 2014 r.¹⁵, zgodnie z którym „transkrypcja jest obligatoryjna, jeżeli obywatel polski, którego dotyczy zagraniczny dokument stanu cywilnego [...] ubiega się o polski dokument tożsamości lub nadanie numeru PESEL”. Kwestia umiejscowienia w Polsce zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodziców wskazano parę jedнопłciową, wywoływała rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych¹⁶. Ostatecznie sprawę rozstrzygnęła uchwała 7 sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2 grudnia 2019 r. (II OPS 1/2019)¹⁷, zgodnie z którą na przeszkodzie transkrypcji stoją względy porządku publicznego, w tym okoliczność, że prawo polskie nie zna rodzicielstwa osób jednej płci. Jak zaznaczył skład orzekający, ewentualne wprowadzenie do obiegu prawnego polskiego aktu urodzenia, w którym pochodzenie dziecka określono w sposób niezajdujący podstawy w przepisach polskiego prawa rodzinnego, stanowiłoby naruszenie krajowego *ordre public*.

Jednocześnie jednak NSA odniósł się do problemu obligatoryjności umiejscowienia w Polsce zagranicznego aktu urodzenia. Jak zaznaczono w uzasadnieniu uchwały, prawidłowa wykładnia art. 104 ust. 5 p.a.s.c. nie może prowadzić do uzależnienia uzyskania przez obywatela polskiego dowodu tożsamości albo numeru PESEL od dokonania transkrypcji, która nie jest możliwa tylko z tego powodu, że w zagranicznym akcie urodzenia dziecka jako rodziców wskazano osoby jednej płci. Przypomniano, że każdy polski obywatel ma prawo do otrzymania dowodu osobistego i paszportu, które są dokumentami potwierdzającymi tożsamość oraz obywatelstwo RP. Już z tego względu otrzymanie takiego dokumentu nie powinno być obwarowane dodatkowymi przesłankami formalnymi, takimi jak przedstawienie polskiego aktu stanu cywilnego¹⁸. Znamienne jest przy tym, że skład orzekający zaakcentował także,

15 Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r., tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 709, dalej p.a.s.c.

16 Szersze tło problemu przedstawia M. Zachariasiewicz, Transkrypcja aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2019, vol. 111, s. 143 i n.; zob. także M. Wojewoda, O przypadkach dokonanej transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2021, t. 28, s. 133–135 i powołana tam literatura.

17 Zob. glosy do uchwały autorstwa M. Wojewody, Zagraniczne rodzicielstwo osób jednej płci a rejestracja stanu cywilnego w Polsce, „Europejski Przegląd Sądowy” 2020, nr 8, s. 30 i n. oraz J. Pawliczaka, Odmowa transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodziców wskazano dwie kobiety, „Państwo i Prawo” 2021, nr 1, s. 146 i n.

18 Zarzuty wobec art. 104 ust. 5 p.a.s.c., który wprowadza tego typu obostrzenia, były już wcześniej formułowane w literaturze; zob. M. Wojewoda, Transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego – kilka uwag na temat ewolucji konstrukcji w prawie polskim, „Metryka” 2016, nr 2, s. 54.

iz ewentualna odmowa wydania polskiego dokumentu tożsamości (będącego jednocześnie dokumentem podróży) może podlegać krytycznej ocenie z punktu widzenia podstawowych zasad obowiązujących w Unii Europejskiej, zwłaszcza w kontekście prawa do swobodnego przemieszczania się po terytorium unijnym¹⁹. Z uzasadnienia uchwały NSA wynika wniosek, że w przypadku dziecka pary jedнопłciowej wystarczającym dokumentem dla wydania polskiego dokumentu tożsamości może być zagraniczny akt urodzenia. Co ważne, Naczelny Sąd Administracyjny pośrednio uczynił się strażnikiem zaprezentowanej koncepcji. Wskazano bowiem, że odmowa wydania dowodu osobistego następuje w drodze decyzji administracyjnej, która może podlegać kontroli sądowej. Kontrola taka rzeczywiście jest dokonywana, czego dowód stanowi wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 listopada 2020 r. (IV SA/Wa 1618/20) w sprawie dotyczącej odmowy wydania dowodu osobistego dziecku, którego rodzicami, zgodnie z brytyjskim aktem urodzenia, były dwie kobiety. Powołując się na uchwałę 7 sędziów NSA, sąd stwierdził, że mimo braku transkrypcji zagranicznego aktu dziecku należy wydać polski dokument tożsamości, w którym wpisana zostanie biologiczna matka (obywatelka Polski), a rubryka dotycząca ojca pozostanie pusta. O pierwszych przypadkach wydania takich dokumentów informowała już polska prasa²⁰. Na ustabilizowanie praktyki administracyjnej w rozważanej kwestii niewątpliwie wpłynie też fakt, że stanowisko orzecznictwa znalazło wyraźne poparcie w wytycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 22 września 2021 r.²¹

Wydaje się, że przyjęte rozwiązanie, w przedstawionym wyżej kształcie, jest zgodne z wymogami prawa Unii Europejskiej. Jak przekonuje głosowane orzeczenie, państwa członkowskie nie mają obowiązku transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych²². Istotne znaczenie ma natomiast okoliczność, że dziecko ma możliwość uzyskania w Polsce krajowego dokumentu tożsamości. TSUE akceptuje przy tym możliwość wydania dokumentu bez ujawnienia danych obojga rodziców tej samej płci. Gwarantowana przez prawo unijne swoboda przemieszczania się dziecka z każdym z jedнопłciowych rodziców może być realizowana z wykorzystaniem oryginalnego aktu urodzenia dziecka. Określenie rodzicielstwa zawarte w tym akcie musi być uznane – jak wprost wynika z wyroku TSUE – we wszystkich państwach członkowskich. Należy zauważyć, że przepisy polskie dają

19 Zob. pkt 10 *in fine* uzasadnienia uchwały NSA z dnia 2 grudnia 2019 r.

20 Zob. np. <https://samorząd.pap.pl/kategoria/aktualnosci/gdansk-dowod-osobisty-dla-corki-dwóch-matek> (10.01.2022).

21 Zob. pismo MSWiA skierowane do Wydziałów Spraw Obywatelskich w Urzędach Wojewódzkich, DSO-WEL-6190-35/2021, dalej: wytyczne MSWiA.

22 Można się więc spodziewać, że dotyczące tej kwestii pytanie prejudycjalne sformułowane przez WSA w Krakowie (sprawa C-2/21) doczeka się analogicznego rozstrzygnięcia TSUE jak to, którego dotyczy niniejsza glosa; zob. https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Postanowienie_pytanie_%20prejudycjalne_9.12.2020.pdf (10.01.2022).

wyraźną podstawę do takiego uznawania. W świetle art. 1138 k.p.c. (stosowanego przez analogię także w sprawach administracyjnych) przyjmuje się, że sporządzone za granicą akty stanu cywilnego mają, jako dokumenty urzędowe, moc dowodową zrównaną z aktami polskimi. Teza ta znajduje potwierdzenie w orzecznictwie²³, a także w licznych wypowiedziach doktryny, w których zaznacza się dodatkowo, że art. 3 p.a.s.c., zgodnie z którym akty stanu cywilnego stanowią wyłączny dowód zdarzeń w nich stwierdzonych, odnosi się również do dokumentów zagranicznych²⁴. W razie potrzeby wykazania, że osoba nieujawniona w dowodzie osobistym lub paszporcie dziecka jest jego „bezpośrednim wstępnym” w rozumieniu przepisów regulujących swobodę przemieszczania się po terytorium UE, wystarczające będzie zatem okazanie się zagranicznym aktem urodzenia. Jeżeli dokumentowi towarzyszy wielojęzyczny formularz przewidziany w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1191 w sprawie promowania swobodnego przepływu obywateli poprzez uproszczenie wymogów dotyczących przedkładania określonych dokumentów urzędowych w UE²⁵, to nie jest nawet potrzebne tłumaczenie aktu urodzenia. Można się też posłużyć wielojęzycznym odpisem aktu stanu cywilnego wydanym w państwie stosującym Konwencję nr 16 Międzynarodowej Komisji Stanu Cywilnego²⁶. W praktyce jednak, ze względu na powszechną nieufność krajowych urzędników do zagranicznych dokumentów i słabą znajomość regulacji zwalniających z obowiązku tłumaczenia, sami zainteresowani wciąż często posługują się tłumaczeniem przysięgłym.

Z koncepcją przyjętą w Polsce wiąże się jeszcze jedna trudność. Jak zostało to mocno podkreślone m.in. w wytycznych MSWiA, każdorazowo niezbędne jest ustalenie pochodzenia dziecka od rodzica będącego obywatelem polskim. Tylko wtedy nie ma wątpliwości co do polskiego obywatelstwa dziecka i tylko wtedy można w dokumencie tożsamości podać dane rodzica, którego rodzicielstwo nie jest kwestionowane z punktu widzenia prawa polskiego (z pominięciem drugiego rodzica). Wątek obywatelstwa znalazł swoje odbicie także w orzeczeniu TSUE oraz (przede wszystkim) w opinii rzecznik generalnej. Dlatego należy mu poświęcić osoby punkt rozważań.

23 Zob. uchwałę 7 sędziów SN z dnia 20 listopada 2012 r., III CZP 58/12, a także postanowienie SN z dnia 23 lipca 2015 r., I CSK 725/14.

24 Zamiast wielu, zob. M. Wojewoda, (w:) M. Pazdan (red.), System Prawa Prywatnego, t. 20 C: Prawo prywatne międzynarodowe, Warszawa 2015, s. 603–605 i powołana tam literatura.

25 Dz.U. UE z dnia 26 lipca 2016 r., L 200, s. 1.

26 Konwencja z dnia 8 września 1976 r. dotycząca wydawania wielojęzycznych odpisów skróconych aktów stanu cywilnego (Dz.U. z 2004 r. Nr 166, poz. 1735).

4. Obywatelstwo dziecka posiadającego rodziców jednej płci

Jak wcześniej zaznaczono, rozstrzygnięcie TSUE opierało się na założeniu, zgodnie z którym dziecko posiada obywatelstwo bułgarskie. Taka informacja wynikała wprost z treści pytania prejudycjalnego. W postępowaniu przed Trybunałem założenie to zostało jednak podane w wątpliwość. W Bułgarii obowiązuje konstytucyjna zasada, zgodnie z którą dziecko uzyskuje obywatelstwo bułgarskie przez urodzenie, jeżeli przynajmniej jedno z rodziców jest obywatelem tego kraju. Z kolei bułgarski kodeks cywilny przewiduje, że matką dziecka jest kobieta, której je urodziła²⁷. Biorąc pod uwagę okoliczność, że prawo bułgarskie nie uznaje rodzicielstwa osób tej samej płci, a do tego – jak wynikało ze stanu faktycznego – kobiety oficjalnie nie ujawniły, która z nich urodziła dziecko, sprawa obywatelstwa wymagała dokładniejszego rozważenia. Kwestia ta była analizowana w opinii rzecznik generalnej²⁸, która przygotowała dwie wersje odpowiedzi na pytania prejudycjalne w zależności od tego, czy dziecko posiada obywatelstwo Bułgarii, czy też nie. Także Trybunał, mimo zasadniczego związania treścią pytań prejudycjalnych, krótko odniósł się do ewentualności, że dziecko nie jest obywatelem Unii Europejskiej. W tym zakresie wskazano, że sprawa zachowuje mimo wszystko walor unijny, a to ze względu na bułgarskie obywatelstwo jednej z matek (V.M.A.). Jej dziecko oraz jej małżonek (także małżonek tej samej płci) mogą – jako członkowie rodziny w rozumieniu dyrektywy 2004/38/WE – korzystać ze swobody przemieszczania się wraz z obywatelem Unii, niezależnie od swego obywatelstwa.

Problem obywatelstwa, który ujawnił się w postępowaniu przed Trybunałem, daje asumpt do kilku uwag dotyczących prawa polskiego. Jak powiedziano, niezbędną przesłanką wydania dziecku polskiego dokumentu tożsamości jest ustalenie, że chodzi o obywatela polskiego. W Polsce, podobnie jak w Bułgarii, podstawowe znaczenie ma zasada *iuris sanguinis*. Nabycie obywatelstwa polskiego następuje *ex lege* przez urodzenie, gdy co najmniej jedno z rodziców jest obywatelem polskim (art. 14 pkt 1 ustawy o obywatelstwie polskim²⁹). Nasuwa się jednak pytanie, w jaki sposób rozstrzygnąć specyficzną kwestię wstępną, polegającą na ustaleniu, kto jest rodzicem dziecka. W grę wchodzi kilka możliwości³⁰. Po pierwsze można przyjąć, że chodzi o rodzicielstwo w rozumieniu polskich przepisów prawa rodzinnego. W tym względzie podstawowe znaczenie ma art. 61⁹ k.r.o.³¹, zgodnie z którym matką dziecka jest

27 Odnośnie do przepisów prawa bułgarskiego zob. informacje zawarte w opinii rzecznik generalnej, punkty 10–15.

28 Zob. punkty 32–34 opinii.

29 Ustawa z dnia 2 kwietnia 2009 r. (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 347), dalej: u.o.p.

30 Por. A. Wysocka-Bar, Nabycie polskiego obywatelstwa a urodzenie przez matkę zastępczą, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego Europejskiego i Porównawczego” 2018, vol. 16, s. 41 i n.

31 Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy, tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1359.

kobieta, która je urodziła. Ojcostwo jest natomiast pochodną macierzyństwa (zob. art. 62, art. 73 oraz art. 85 k.r.o.). Po drugie, ze względu na transgraniczny charakter sprawy w grę wchodzi poszukiwanie prawa właściwego dla ustalenia relacji rodzicielskiej³² z wykorzystaniem norm kolizyjnych (najczęściej przepisów ustawy Prawo prywatne międzynarodowe z 2011 r.³³, a niekiedy regulacji zawartych w obowiązujących w Polsce umowach bilateralnych³⁴). W takim przypadku, w zależności od okoliczności, statutem pochodzenia dziecka może się okazać zarówno prawo polskie, jak prawo obce³⁵. Trzecia opcja to uznanie stosunku rodzicielstwa w takim kształcie, w jakim został określony w zagranicznym akcie urodzenia dziecka lub w zagranicznym orzeczeniu (np. adopcyjnym), bez dokonywania oceny, na podstawie jakiego prawa materialnego to nastąpiło. Wreszcie czwarta opcja to przyjęcie, że ustalenie, kto jest rodzicem, wymaga zbadania pochodzenia biologicznego. Wtedy przypisanie macierzyństwa obliguje do stwierdzenia, że dana kobieta urodziła dziecko, a o ojcostwie przesądza więź genetyczna.

Brak tu miejsca na dokładne rozważenie wszystkich opcji. Kwestia zasługuje z pewnością na osobne opracowanie. W tym punkcie wystarczy zaznaczyć, że zarówno w orzecznictwie³⁶, jak i w wytycznych MSWiA zdaje się przeważać ostatnie z powołanych stanowisk. Znalazło ono też poparcie w literaturze³⁷. Kluczową tezę wyjściową jest tu stwierdzenie, że nabycie obywatelstwa podlega reżimowi publicznoprawnemu. W takim razie ustalenie rodzicielstwa powinno się dokonywać autonomicznie na potrzeby ustawy o obywatelstwie polskim, w oderwaniu od reguł prywatnoprawnych wynikających z prawa polskiego lub obcego. Skoro zaś art. 14 ust. 1 u.o.p. odwołuje się do pojęcia „urodzenia” dziecka i przez to do tradycyjnej „zasady krwi” (*ius sanguinis*), to należy przyjąć, że decydująca jest więź biologiczna³⁸. Nie przesądzając w tym miejscu o trafności tego podejścia, trzeba powiedzieć, że jego zaletą jest łatwość dowodzenia pochodzenia dziecka na potrzeby ustawy o obywatelstwie. Potwierdzeniem macierzyństwa może być zaświadczenie o urodzeniu dziecka,

32 Tak m.in. P. Mostowik, Problem obywatelstwa dziecka prawdopodobnie pochodzącego od obywatela polskiego niebędącego mężem surrogata mother, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego Europejskiego i Porównawczego” 2018, vol. 16, s. 58–59.

33 Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 1792), dalej: p.p.m.

34 Aktualne zestawienie konwencji bilateralnych zawierających normy kolizyjne przedstawia F. Nowak, Podstawy prawne wskazania statutu formy rozrządzeń na wypadek śmierci, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2020, z. 4, s. 703–706.

35 Na kłopoty z identyfikacją prawa właściwego, które zgodnie z art. 55 p.p.m. zależy od podlegającego dopiero ustaleniu obywatelstwa dziecka, zwraca uwagę M. Pilich, Uznanie dziecka a problematyka obywatelstwa, „Metryka” 2017, nr 1, s. 35–37.

36 Zob. wyrok NSA z dnia 30 października 2018 r., II OSK 1868/16.

37 J. Jagielski, Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 30 października 2018 r., II OSK 1868/16. Glosa, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2020, nr 2, s. 136 i n.

38 *Ibidem*, s. 155.

a ojcostwa – wynik testu DNA. Co szczególnie istotne, w tym ostatnim przypadku możliwe jest przesądzenie ojcostwa bez wcześniejszego ustalenia macierzyństwa.

Podsumowanie

W ramach podsumowania raz jeszcze z aprobatą należy przyjąć wyrok TSUE z dnia 14 grudnia 2021 r. Problematykę transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych sprowadza on na właściwe tory. W kontekście prawa unijnego problemem nie są zasady rejestracji stanu cywilnego, które samodzielnie określa każde państwo członkowskie, ale uprawnienie do swobodnego przemieszczania się po terytorium UE. By z tego prawa korzystać, obywatel Unii Europejskiej musi mieć możliwość uzyskania dokumentu tożsamości lub paszportu także wtedy, gdy nie legitymuje się aktem urodzenia wydanym przez państwo ojczyste. Dodatkowo, w kontekście wspólnego przemieszczania się członków rodziny akt urodzenia sporządzony w jednym państwie członkowskim, potwierdzający rodzicielstwo osób jednej płci, musi być respektowany w całej Unii Europejskiej. Dotyczy to również tych państw (jak Bułgaria czy Polska), w których koncepcja rodzicielstwa opiera się na tradycyjnym modelu rodziny i gdzie rodzice są zawsze różnej płci.

Praktyka wypracowana w Polsce w następstwie uchwały 7 sędziów NSA z dnia 2 grudnia 2019 r. zdaje się czynić zadość wymaganiom prawa unijnego. Brak możliwości transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych, który ma chronić spójność polskiego systemu rejestracji stanu cywilnego, nie narusza prawa UE. Dziecko musi mieć jednak możliwość uzyskania krajowego dokumentu tożsamości, który pozwoli na korzystanie ze swobody przemieszczania się po terytorium unijnym. Podstawą jego wydania może być również zagraniczny akt stanu cywilnego.

Trzeba jednak pamiętać, że komentowany wyrok TSUE rozstrzyga wyłącznie kwestie związane ściśle z prawem Unii Europejskiej. Tymczasem brak możliwości transkrypcji może być oceniany także w innych kontekstach. Przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka zawiśła m.in. polska sprawa, w której stawiany jest zarzut, że odmowa transkrypcji może stanowić przejaw naruszenia prawa do życia prywatnego i rodzinnego³⁹ w rozumieniu art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r.⁴⁰ Zagadnienie to wykracza jednak poza ramy niniejszej glosy. Ograniczone ramy wypowiedzi nie pozwalają zająć się także innymi kwestiami, które się tu wyłaniają. Zasygnalizowano już problem ustalania obywatelstwa dziecka pary jedнопłciowej. Osobnego opracowania warta jest też na przykład kwestia uzna-

39 Zob. <https://www.hfhr.pl/skarga-do-etpc-ws-odmowy-wpisania-do-aktu-urodzenia-dziecka-dwoch-osob-tej-samej-plci/> i <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/wyroki-ze-strasburga-dotyczy-spraw-polskich,502066.html> (10.01.2022).

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

wania w Polsce władzy rodzicielskiej par jednej płci w kontekście postanowień konwencji haskiej z 1996 r.⁴¹

Przywołane w niniejszej glosie problemy uczą nas, że w skomplikowanym świecie XXI wieku coraz większą rolę odgrywają otwartość i tolerancja. Komentowane orzeczenie TSUE jest przy tym dowodem, że warto poszukiwać rozwiązań kompromisowych. Respektując tożsamość narodową oraz wartości promowane przez lokalnych prawodawców, trzeba jednocześnie szanować różnorodność rozwiązań przyjmowanych w innych państwach. Nie wolno też zapominać, że za każdym dylematem prawnym stoi człowiek i jego rzeczywiste problemy, zasługujące na rozsądne i sprawiedliwie rozstrzygnięcie.

Notka aktualizacyjna

Już po przesłaniu glosy do publikacji miały miejsce dwa wydarzenia, które wymagają krótkiej wzmianki uzupełniającej. Po pierwsze, 24 czerwca 2022 r. zapadło kolejne orzeczenie TSUE odnoszące się do problematyki rodzicielstwa osób jednej płci, tym razem bezpośrednio dotyczące Polski (sprawa C-2/21)⁴². Odpowiadając na pytanie prejudycjalne Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie, Trybunał unijny, w analogicznym stanie faktycznym, w pełni podtrzymał stanowisko zaprezentowane w wyroku z dnia 14 grudnia 2021 r. Teza rozstrzygnięcia ma takie samo brzmienie, a w uzasadnieniu powtórzono argumentację ze sprawy C-490/20. Pełną aktualność zachowują zatem konkluzje niniejszej glosy. Prawo unijne nie wymaga, aby w Polsce następowała transkrypcja aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych. Polska ma natomiast obowiązek wydawania swym obywatelom, w tym także posiadającym, zgodnie z prawem obcym, rodziców jednej płci, dokumentów tożsamości umożliwiających swobodne przemieszczanie się po Unii Europejskiej. Dokumenty te nie muszą jednak ujawniać danych obu jedнопłciowych rodziców.

Po drugie należy odnotować, że z inicjatywy Ministra Sprawiedliwości w maju 2022 r. został zgłoszony projekt legislacyjny przewidujący m.in. zmianę ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego⁴³. Jednym z celów nowelizacji jest, jak podano, wykonanie wyroku TSUE w sprawie C-490/20, której bezpośrednio dotyczy glosa. Zakłada się, że osobie wskazanej jako rodzic małoletniego dziecka w zagranicznym akcie urodzenia, który nie podlega transkrypcji, kierownik USC wyda na jej wniosek zaświadczenie potwierdzające uprawnienie osób wskazanych w tym dokumencie jako rodzice dziecka do wykonywania wraz z nim praw określonych w art. 21 ust. 1

41 Konwencja o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci, sporządzona w Hadze 19 października 1996 r. (Dz.U. z 2010 r. Nr 172, poz. 1158).

42 Zob. postanowienie dziesiątej izby w sprawie C-2/21, <https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-2/21> (7.08.2022).

43 Treść projektu wraz z uzasadnieniem opublikowano na stronie <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12359960/katalog/12881524#12881524> (7.08.2022).

Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Proponowana regulacja (która ma się znaleźć w art. 51a p.a.s.c.), podobnie jak wspierające ją uzasadnienie⁴⁴, świadczą jednak o braku zrozumieniu istoty wyroku TSUE z dnia 14 grudnia 2021 r. (potwierdzonego postanowieniem z dnia 24 czerwca 2022 r.). Trybunał nie wymaga bowiem od państw członkowskich, które nie regulują rodzicielstwa osób jednej płci, aby wydawały jakiegokolwiek szczególne zaświadczenia dla dzieci par jedнопłciowych. Oczekuje się natomiast, że w całej Unii Europejskiej będą uznawane dokumenty (w szczególności akty urodzenia) pochodzące z innych państw, potwierdzające określoną relację rodzicielską i umożliwiające korzystanie przez dziecko, także z rodzicami tej samej płci, ze swobody przemieszczania się i pobytu na terytorium unijnym. Co do tej ostatniej kwestii, jak wyjaśniono w treści glosy, odpowiedni walor dowodowy zagranicznych dokumentów zapewniłyby dotychczas regulacje zawarte w art. 1138 k.p.c. oraz w art. 3 p.a.s.c. Tymczasem w projekcie ustawy nowelizującej można dostrzec niebezpieczny regres w tym zakresie. Zakłada się bowiem, że zagraniczne akty stanu cywilnego powinny być objęte hipotezą art. 3 p.a.s.c. tylko wtedy, gdy potwierdzają „urodzenie jako zdarzenie obejmujące pochodzenie dziecka od kobiety (matki) i mężczyzny (ojca)”. Skłania to do paradoksalnego wniosku, że efekt planowanej nowelizacji ma być odwrotny od deklarowanego. Wynikający z przepisów i doprecyzowany w orzecznictwie sądowym stan prawny, który – jak wyżej wywiedziono – jest dziś zgodny z prawem unijnym, ma zostać zastąpiony rozwiązaniami sprzecznymi z treścią rozstrzygnięć TSUE, jakie zapadły w sprawach C-490/20 oraz C-2/21.

BIBLIOGRAFIA

- Jagielski J., Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 30 października 2018 r., II OSK 1868/16. Glosa, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2020, nr 2.
- Mostowik P., Problem obywatelstwa dziecka prawdopodobnie pochodzącego od obywatela polskiego niebędącego mężem surrogate mother. Uwagi aprobujące wyroki NSA z 6 maja 2015 r. (II OSK 2372/13 oraz II OSK 2419/13), „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego Europejskiego i Porównawczego” 2018, vol. 16.
- Nowak F., Podstawy prawne wskazania statutu formy rozrządzeń na wypadek śmierci, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2020, z. 4.
- Pawliczak J., Odmowa transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodziców wskazano dwie kobiety. Glosa do uchwały NSA z dnia 2 grudnia 2019 r., II OPS 1/19, „Państwo i Prawo” 2021, nr 1.
- Pilich M., Uznanie dziecka a problematyka obywatelstwa, „Metryka” 2017, nr 1.
- System Prawa Prywatnego, t. 20 C: Prawo prywatne międzynarodowe, red. M. Pazdan, Warszawa 2015.
- Wojewoda M., Konstrukcje rodzinnoprawne nieznanne prawu polskiemu a krajowa rejestracja zdarzeń z zakresu stanu cywilnego, „Metryka” 2020, nr 2.

44 Zob. projekt ustawy wraz z uzasadnieniem, s. 18.

- Wojewoda M., O przypadkach dokonanej transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jednopłciowych, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2021, t. 28.
- Wojewoda M., Transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego – kilka uwag na temat ewolucji konstrukcji w prawie polskim, „Metryka” 2016, nr 2.
- Wojewoda M., Zagraniczne rodzicielstwo osób jednej płci a rejestracja stanu cywilnego w Polsce. Glosa do uchwały NSA z dnia 2 grudnia 2019 r., II OPS 1/19, „Europejski Przegląd Sądowy” 2020, nr 8.
- Wysocka-Bar A., Nabycia polskiego obywatelstwa a urodzenie przez matkę zastępczą. Uwagi na tle wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 maja 2015 r.: II OSK 2372/13 oraz II OSK 2419/13, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego Europejskiego i Porównawczego” 2018, vol. 16.
- Zachariasiewicz M., Transkrypcja aktów urodzenia dzieci par jednopłciowych, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2019, vol. 111.

Noty o autorach

Katarzyna Bagan-Kurluta – doktor habilitowany, profesor uczelni w Katedrze Prawa Cywilnego i Handlowego na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, Polska, adwokat.

Kinga Bączyk-Rozwadowska – doktor habilitowany, profesor uczelni w Katedrze Prawa Ubezpieczeniowego i Medycznego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, Polska.

Giovanni Liberati Buccianti – profesor w Katedrze Studiów Biznesowych i Prawnych na Uniwersytecie w Sienie, Włochy.

Urszula Drozdowska – doktor, adiunkt w Katedrze Prawa Cywilnego i Handlowego na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, Polska.

Beata Goworko-Składanek – doktor, adiunkt w Katedrze Stosunków Międzynarodowych i Historii Współczesnej na Wydziale Historii i Stosunków Międzynarodowych Uniwersytetu w Białymstoku, Polska, kurator sądowy.

Bożena Gronowska – profesor zwyczajny, kierownik Katedry Praw Człowieka na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, Polska.

Joanna Helios – doktor habilitowany, profesor Uniwersytetu Wrocławskiego w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Polska, radca prawny, konsultant naukowy NSLT w Warszawie i Ośrodka Terapeutycznego Oddech w Warszawie.

Joanna Jagoda – doktor habilitowany, profesor Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach w Instytucie Nauk Prawnych na Wydziale Prawa i Administracji, Polska, adwokat.

Wioletta Jedlecka – doktor habilitowany, profesor Uniwersytetu Wrocławskiego w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Polska, radca prawny.

Anna Klimach – doktor, adiunkt w Katedrze Gospodarki Nieruchomościami i Systemów Informacji Geograficznej w Instytucie Gospodarki Przestrzennej i Geografii na Uniwersytecie Warmińsko-Mazurskim w Olsztynie, Polska, radca prawny.

Justyna Maliszewska-Nienartowicz – profesor zwyczajny, kierownik Katedry Studiów Europejskich na Wydziale Nauk o Polityce i Bezpieczeństwie Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, Polska, członek Kolegium Redakcyjnego Europejskiego Przeglądu Sądowego.

Kinga Michałowska – doktor habilitowany, profesor uczelni w Katedrze Prawa Cywilnego, Gospodarczego i Prywatnego Międzynarodowego w Instytucie Prawa na Uniwersytecie Ekonomicznym w Krakowie, Polska, radca prawny.

Salvatore Antonello Parente – profesor w Katedrze Ekonomii, Zarządzania i Prawa Gospodarczego Uniwersytetu „Aldo Moro” w Bari, Włochy.

Tomasz Prymak – doktor, adiunkt w Katedrze Studiów Społecznych i Edukacyjnych na Wydziale Nauk o Edukacji Uniwersytetu w Białymstoku, Polska, kurator sądowy.

Olga Sitarz – doktor habilitowany, profesor uczelni w Katedrze Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego, Polska, mediator.

Grzegorz Suliński – doktor habilitowany, adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego Prywatnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, Polska.

Michał Wojewoda – doktor habilitowany, profesor UŁ, kierownik Zakładu Międzynarodowego Obrotu Cywilnego w Katedrze w Katedrze Prawa Cywilnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego, Polska.

Mariusz Załucki – profesor zwyczajny, kierownik Katedry Prawa Cywilnego na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. Frycza Modrzewskiego, Polska, sędzia Sądu Najwyższego orzekający w Izbie Cywilnej.

Contributors

Katarzyna Bagan-Kurluta – Associated Professor at the Department of Civil and Commercial Law at the Faculty of Law of the University of Białystok, Poland, Attorney-at-Law.

Kinga Bączyk-Rozwadowska – Associated Professor at the Department of Insurance and Medical Law at the Faculty of Law and Administration of the Nicolaus Copernicus University in Toruń, Poland.

Giovanni Liberati Buccianti – Professor at the Department of Business and Legal Studies at the University of Siena, Italy.

Urszula Drozdowska – PhD, Assistant Professor at the Department of Civil and Commercial Law at the Faculty of Law of the University of Białystok, Poland.

Beata Goworko-Składanek – PhD, Assistant Professor at the Department of International Relations and Contemporary History at the Faculty of History and International Relations of the University of Białystok, Poland, probation officer.

Bożena Gronowska – Professor, Head of the Department of Human Rights at the Faculty of Law and Administration of the Nicolaus Copernicus University in Toruń, Poland.

Joanna Helios – Assistant Professor at the Department of Theory and Philosophy of Law at the Faculty of Law, Administration and Economics of the University of Wrocław, Poland, Attorney-at-Law, Scientific Consultant of the NSLT in Warsaw and the Breath Therapeutic Center in Warsaw.

Joanna Jagoda – Habilitated Doctor, Professor at the University of Silesia in Katowice at the Institute of Legal Sciences at the Faculty of Law and Administration, Poland, Attorney-at-Law.

Wioletta Jedlecka – Associate Professor at the Department of Theory and Philosophy of Law at the Faculty of Law, Administration and Economics of the University of Wrocław, Poland, Attorney-at-Law.

Anna Klimach – PhD, Assistant Professor at the Department of Real Estate Management and Geographic Information Systems at the Institute of Spatial Management and Geography at the University of Warmia and Mazury in Olsztyn, Poland, Attorney at Law.

Justyna Maliszewska-Nienartowicz – Professor, Head of the Department of European Studies at the Faculty of Political and Security Sciences, Nicolaus Copernicus University in Toruń, Poland, Member of the Editorial Board of the *European Judicial Review*.

Kinga Michałowska – Associate Professor at the Department of Civil, Economic and Private International Law at the Institute of Law at the University of Economics in Krakow, Poland, Attorney-at-Law.

Salvatore Antonello Parente – Professor at the Department of Economics, Management and Economic Law of the “Aldo Moro” University in Bari, Italy.

Tomasz Prymak – PhD, Assistant Professor at the Department of Social and Educational Studies at the Faculty of Educational Sciences, University of Białystok, Poland, probation officer.

Olga Sitarz – Associated Professor at the Department of Criminal Law at the Faculty of Law and Administration of the University of Silesia, Poland, Mediator.

Grzegorz Suliński – Habilitated PhD, Assistant Professor at the Department of Private Economic Law at the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University, Poland.

Michał Wojewoda – Associated Professor at the Department of Civil Law at the Faculty of Law and Administration of the University of Lodz, Poland.

Mariusz Załucki – Professor, Head of the Department of Civil Law at the Faculty of Law, Administration and International Relations of the Krakow Frycz Modrzewski's Academy, Poland, judge of the Supreme Court adjudicating in the Civil Chamber.