

KLINIKA

CZASOPISMO FUNDACJI UNIWERSYTECKICH PORADNI PRAWNYCH

Nr 14 (18)/2013

KATARZYNA CUKIERSKA, MAŁGORZATA KASPRZAK

*Sekcja redukcji szkód – nisza na rynku poradni prawnych?
Analiza specyfiki pracy sekcji redukcji szkód*

ANNA WRÓBLEWSKA, MICHAŁ BOGUSZEWSKI

*Konkurs na najlepszą opinię prawną jako dodatkowa forma aktywizacji
członków kliniki, a także forma promocji kliniki wśród pozostałych studentów
prawa niebędących członkami kliniki. Prezentacja zwycięskiej opinii*

IVO KUCHARCZUK, JACEK ZĘBALA

*Problematyka odpowiedzialności cywilnej banku za transakcje
dokonane przy użyciu karty płatniczej utraconej przez posiadacza*

KATARZYNA OBRYCKA

Dziecko w postępowaniu cywilnym

ŁUKASZ MALINOWSKI

Prawa dziecka w postępowaniu karnym

KATARZYNA SYROKA-MARCZEWSKA

Prawa dziecka jako pacjenta

*Działalność międzynarodowa Rzecznika Praw Dziecka dotycząca spraw
związanych z uprowadzeniami i porwaniami dzieci opisana w Sprawozdaniu
z działalności RPD w 2011 r.*

GRZEGORZ KOSTKA

Zjawisko porwań rodzicielskich



Fundacja Uniwersyteckich
Poradni Prawnych

3 Sekcja redukcji szkód – nisza na rynku poradni prawnych? Analiza specyfiki pracy sekcji redukcji szkód

[Katarzyna Cukierska, Małgorzata Kasprzak]

7 Konkurs na najlepszą opinię prawną jako dodatkowa forma aktywizacji członków kliniki, a także forma promocji kliniki wśród pozostałych studentów prawa niebędących członkami kliniki. Prezentacja zwycięskiej opinii

[Anna Wróblewska, Michał Boguszewski]

10 Problematyka odpowiedzialności cywilnej banku za transakcje dokonane przy użyciu karty płatniczej utraconej przez posiadacza

[Ivo Kucharczuk, Jacek Zębala]

15 Dziecko w postępowaniu cywilnym

[Katarzyna Obrycka]

17 Prawa dziecka w postępowaniu karnym

[Łukasz Malinowski]

23 Prawa dziecka jako pacjenta

[Katarzyna Syroka-Marczewska]

29 Działalność międzynarodowa Rzecznika Praw Dziecka dotycząca spraw związanych z uprowadzeniami i porwaniami dzieci opisana w Sprawozdaniu z działalności RPD w 2011 r.

31 Zjawisko porwań rodzicielskich

[Grzegorz Kostka LL.M.]



SZANOWNI CZYTELNICY!

Pragnę Państwu przekazać nowy, wiosenny numer czasopisma „Klinika”. Tym razem, ze względu na czerwcową porę wydania oraz Dzień Dziecka obchodzony w Polsce 1 czerwca, tematyka „Kliniki” koncentruje się przede wszystkim na zagadnieniu praw dziecka. W związku z tym w bieżącym numerze publikowane teksty zostały przypisane do dwóch z trzech podstawowych działów czasopisma.

W drugim dziale, poświęconym dorobkowi poradni, przedstawiamy trzy artykuły. Pierwszy, współautorstwa *Katarzyny Cukierskiej* i *Małgorzaty Kasprzak*, analizuje specyfikę pracy sekcji redukcji szkód utworzonej w klinice prawa funkcjonującej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Drugi, współautorstwa *Anny Wróblewskiej* i *Michała Boguszewskiego*, prezentuje możliwą formę aktywizacji studentów członków kliniki prawa w postaci konkursu na najlepszą opinię prawną, zorganizowanego przez Studencką Poradnię Prawną przy Akademii Leona Koźmińskiego. Trzeci prezentowany artykuł, pt. „Problematyka odpowiedzialności cywilnej banku za transakcje dokonane przy użyciu karty płatniczej utraconej przez posiadacza”, współautorstwa *Jacka Zębali* i *Ivona Kucharczuka*, odnosi się do sprawy, którą opiniowano w ramach kliniki prawa funkcjonującej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

W dziale trzecim, w ramach debaty środowiskowej, prezentujemy serię artykułów poświęconych problematyce praw dziecka widzianych z perspektywy różnych dziedzin prawa. Są to teksty autorstwa: *Katarzyny Obryckiej* pt. „Dziecko w postępowaniu cywilnym”, *Łukasza Malinowskiego* pt. „Prawa dziecka w postępowaniu karnym”, *Katarzyny Syroki-Marczewskiej*, pt. „Prawa dziecka jako pacjenta”, fragment sprawozdania z działalności Rzecznika Praw Dziecka z 2011 r. odnoszący się do spraw związanych z uprowadzeniami i porwaniami dzieci oraz artykuł autorstwa *Grzegorza Kostki* pt. „Zjawisko porwań rodzicielskich”. Celem wszystkich artykułów jest zachęcenie Państwa do dyskusji na poruszone w nich tematy.

W tym miejscu pragnę serdecznie podziękować Fundacji Uniwersyteckich Poradni Prawnych, autorom oraz Redakcji za zaangażowanie i twórczy wkład w powstanie bieżącego numeru „Kliniki”.

Życząc Państwu przyjemnej lektury, zachęcam do pisania i przesyłania tekstów dotyczących Państwa doświadczeń z klinicznym nauczaniem prawa.

dr Marta Janina Skrodzka



Fundacja Uniwersyteckich
Poradni Prawnych



Fundacja Uniwersyteckich
Poradni Prawnych

Adres redakcji:

ul. Szpitalna 5 lok. 5, 00-031 Warszawa
tel.: 22 829 91 29 w. 143
e-mail: biuro@fupp.org.pl



Wydawca:

Wydawnictwo C.H. Beck
00-203 Warszawa, ul. Bonifraterska 17
Nakład: 2700 egz.

Kolegium redakcyjne:

dr Celina Nowak (Akademia Leona Koźmińskiego),
dr Wojciech Górowski (Uniwersytet Jagielloński),
Rafał Gołąb (Uniwersytet Wrocławski), dr Marta Janina
Skrodzka (Uniwersytet w Białymstoku) – redaktor
naczelna

Redakcja:

Agnieszka Fiutak

Korekta: Małgorzata Stempowska

Skład i łamanie: Robert Janusz

Reklama: Monika Kosmólska tel.: 22 33 77 441

Klinika jest dystrybuowana bezpłatnie, jako dodatek do EP.

Rada Naukowa Czasopisma „Klinika”

Lukasz Bojarski – Helsińska Fundacja Praw Człowieka

prof. dr hab. Eugeniusz Bojanowski – Uniwersytet Gdański

Jakub Boratyński – Fundacja im. Stefana Batorego

dr hab. Jerzy Ciapała – Uniwersytet Szczeciński

prof. dr hab. Maria Dragun-Gertner – Uniwersytet im. Mikołaja
Kopernika w Toruniu

dr Wojciech Dziedziak – Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej
w Lublinie

Katarzyna Guzenda – Uniwersytet Europejski Viadrina we Frank-
furcie/Słubicach (nad Odrą)

Katarzyna Hebda – ELSA Lawyers Society

prof. dr hab. Małgorzata Król – Uniwersytet Łódzki

prof. dr hab. Leszek Kubicki – Akademia Leona Koźmińskiego

dr hab. Piotr Machnikowski – Uniwersytet Wrocławski

dr Magdalena Olczyk – Akademia Leona Koźmińskiego

prof. dr hab. Maksymilian Pazdan – Uniwersytet Śląski

dr Justyn Piskorski – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza
w Poznaniu

dr hab. Andrzej Sakowicz – Uniwersytet w Białymstoku

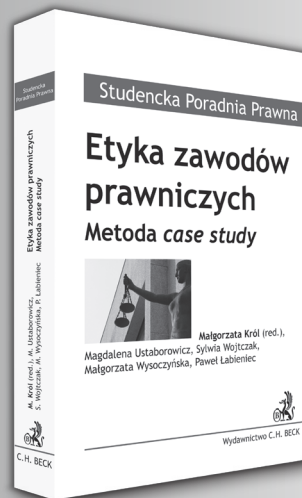
Marcin Szyguła – Fundacja Academia Iuris

prof. dr hab. Maria Szewczyk – Uniwersytet Jagielloński

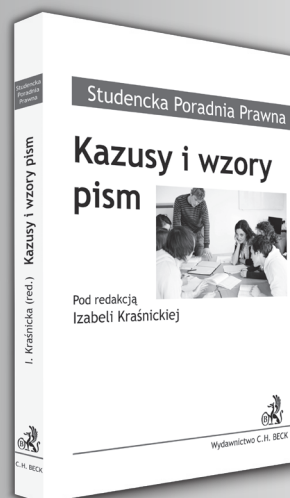
prof. dr hab. Eleonora Zielińska – Uniwersytet Warszawski

ISSN 1508-1583

Studencka Poradnia Prawa



2011 r.
488 str.
cena: 99 zł



2011 r.
277 str.
cena: 99 zł



Wydawnictwo C.H. Beck, e-mail: dz.handlowy@beck.pl
ul. Matuszewska 14 bud. B1, 03-876 Warszawa
tel. 22 31 12 222, fax 22 33 77 601

www.ksiegarnia.beck.pl

Sekcja redukcji szkód – nisza na rynku poradni prawnych? Analiza specyfiki pracy sekcji redukcji szkód

Katarzyna Cukierska, Małgorzata Kasprzak*

Streszczenie:

Artykuł dotyczy funkcjonującej od sześciu lat sekcji redukcji szkód w Klinice Prawa na Uniwersytecie Warszawskim, stworzonej z myślą o osobach używających szkodliwych substancji psychoaktywnych. Tekst ma zaprezentować czytelnikowi charakter i działalność sekcji, zakreślić sylwetkę jej klienta oraz przedstawić główne problemy, z jakimi mogą się spotkać studenci w trakcie udzielania pomocy prawnej. Artykuł został sporządzony w oparciu o dane klientów oraz ich spraw prowadzonych przez studentów sekcji redukcji szkód Kliniki Prawa na UW w roku akademickim 2011/2012, zebrane i opracowane przez autorki¹.

Summary:

The following article is to present and discuss the main characteristics of the Harm Reduction Section. Based on the International Harm Reduction Association's definition of this

term, "harm reduction refers to policies, programmes and practices that aim primarily to reduce the adverse health, social and economic consequences of the use of legal and illegal psychoactive drugs without necessarily reducing drug consumption. Harm reduction benefits people who use drugs, their families and the community".

The Harm Reduction Section functions in the Legal Clinic at the Warsaw University and co-operates with the Office of Spokesman for the Rights of Drug Abusers. The said section was established in 2007 and thus became the first section in the legal clinics in Poland dedicated to drug users. This article aims to underline the significant role and essential benefits of free and voluntary legal assistance related to drug law provided by the students. This publication presents the nature and activities of the Harm Reduction Section, clients' information and the main problems that may arise in the course of providing legal advice.

Sekcja redukcji szkód (SRS) działająca w Klinice Prawa na UW to jedyna w Polsce sekcja przeznaczona dla klientów, których problem prawny dotyczy naruszenia przepisów ustawy z 29.7.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii². Pierwsza edycja klinicznego programu redukcji szkód na UW ruszyła już sześć lat temu, jednak wciąż nie doczekała się naśladowców wśród innych uniwersyteckich poradni prawnych.

Początki programu klinicznego redukcji szkód na UW

SRS powstała w 2007 r. jako kolejna sekcja funkcjonująca w akademickiej poradni prawnej przy Uniwersytecie Warszawskim³ (obecnie w Klinice Prawa UW działa 9 sekcji – sekcja prawa medycznego, dwie sekcje prawa cywilnego, sekcja prawa pracy, sekcja prawa karnego, sekcja sądownictwa międzynarodowego, sekcja ds. osób osadzonych, sekcja ds. uchodźców oraz sekcja ds. redukcji szkód). Od momentu powołania sekcji redukcji szkód studenci w ramach programu udzielili pomocy prawnej kilkuset klientom. SRS powstała przede wszystkim z myślą o osobach używających nielegalnych substancji psychoaktywnych, zarówno uzależnionych, jak i okazjonalnych konsumentów. Główną kwestią determinującą skierowanie sprawy do prezentowanej sekcji jest kryterium podmiotowe, czyli charakterystyka klienta. Wpływa to zarazem na rodzaj rozstrzyganych problemów prawnych. Sprawy, z którymi mają do czynienia studenci, to przede wszystkim sprawy **karne**, głównie naruszenie przepisów NarkU (np. posiadanie nielegalnych środków psychoaktywnych czy handel narkotykami), ale także inne, jak jazda na rowerze pod wpływem alkoholu czy kradzieże. Klienci SRS zgłaszają także problemy natury **cywilnej** (np. problemy dotyczące spłaty zadłużenia, problemy mieszkaniowe) czy **administracyjnej** (przykładowo problemy związane z wyrobieniem dowodu osobistego – osoby uzależnione często nie posiadają stałego miejsca zameldowania). Studenci mają zatem szansę pracować nad sprawami z zakresu różnych gałęzi prawa.

Czym jest redukcja szkód?

Przedmiotowa sekcja zaczerpnęła swą nazwę od filozofii *Harm Reduction*, czyli Redukcji Szkód, związanej z próbą ograniczenia negatywnych skutków uzależnienia od narkotyków⁴.

U podstaw redukcji szkód leży idea, zgodnie z którą zjawiska używania narkotyków nie da się w pełni wyeliminować, dlatego należy skupić się na minimalizacji jego negatywnych konsekwencji, zarówno dla jednostki, jak i całego społeczeństwa.

* Absolwentki sekcji redukcji szkód w Klinice Prawa na Uniwersytecie Warszawskim, obecnie asystentki sekcji redukcji szkód w Klinice Prawa na UW, studentki V roku prawa.

¹ Z zastrzeżeniem praw wynikających z ustawy z 29.8.1997 r. o ochronie danych osobowych, tekst jedn.: Dz.U. z 2002 r. Nr 101, poz. 929 ze zm.

² Tekst jedn.: Dz.U. z 2012 r., poz. 124 ze zm., dale j jako: NarkU.

³ Więcej o początkach sekcji w artykule: T. Budnikowski, Redukcja szkód w Klinice Prawa WPiA UW, EP 2008, Nr 12 (102) – dodatek Klinika.

⁴ Zgodnie z definicją *International Harm Reduction Association* (IHRA) – Międzynarodowego Stowarzyszenia Redukcji Szkód – „redukcja szkód” odnosi się do polityki, programów i praktyki, których głównym celem jest przede wszystkim zmniejszenie niekorzystnych zdrowotnych, społecznych oraz ekonomicznych skutków używania legalnych i nielegalnych substancji psychoaktywnych, niekoniecznie całkowicie eliminując używanie narkotyków. Redukcja szkód przynosi korzyści ludziom używającym substancji psychoaktywnych, ich rodzinom oraz społeczności (tłum. autorki), www.ihra.net.

Kwestia redukcji szkód zaczęła być rozpatrywana, gdy zauważono związek rozprzestrzeniania się wirusa HIV z przyjmowaniem narkotyków drogą iniekcji. Filozofia *Harm Reduction* uzupełnia podejścia związane z eliminacją czy zmniejszeniem ogólnego poziomu konsumpcji substancji psychoaktywnych. Wiele osób, pomimo ogromnej liczby działań mających na celu likwidację problemu narkomanii, i tak przyjmuje narkotyki. Redukcja szkód abstynencją narkotykową uznaje za najlepsze rozwiązanie, jednocześnie zauważa nieefektywność działań zorientowanych tylko na eliminację omawianego zjawiska społecznego. Zgodnie z tą filozofią należy zatem skupić wysiłki na ograniczeniu ryzyka związanego z konsumpcją substancji psychoaktywnych. Działania podejmowane pod hasłem redukcji szkód mają stanowić efektywną alternatywę dla karania osób uzależnionych⁵.

Współpraca z Biurem Rzecznika Praw Osób Uzależnionych

SRS współpracuje z Biurem Rzecznika Praw Osób Uzależnionych⁶. Instytucja Rzecznika Praw Osób Uzależnionych (program Rzecznika) została powołana w czerwcu 2009 r. przez Stowarzyszenie JUMP'93⁷ oraz Polską Sieć ds. Polityki Narkotykowej⁸. Biuro jest prowadzone kolegiąlnie przez prawniczkę *Agnieszka Sieniawską*, pełniącą obecnie funkcję koordynatorki działań prawnych, oraz *Jacka Charmastę*, koordynatora i pomysłodawcę programu Rzecznika. Instytucja ta zajmuje się monitorowaniem działań państwa w zakresie polityki narkotykowej, a także pomocą prawną skierowaną do osób uzależnionych oraz używających nielegalnych substancji psychoaktywnych. Podstawowe funkcje programu Rzecznika to: **funkcja zapobiegawczo-interwencyjna** – realizowana głównie poprzez udzielanie bezpłatnej pomocy prawnej konsumentom substancji psychoaktywnych oraz nagłaśnianie spraw oraz naruszeń prawa narkotykowego za pośrednictwem mediów – **funkcja diagnostyczno-opisowa** – rozumiana jako zbieranie danych dotyczących naruszeń oraz analiza spraw zebranych przez pion prawny – oraz **funkcja kreująca** – polegająca na wdrażaniu do życia społecznego praw i zasad zabezpieczających przed naruszeniami prawa⁹.

Połączenie wysiłków sekcji redukcji szkód z programem Rzecznika determinuje w znacznym stopniu sposób organizacji pracy sekcji. Znakomita większość spraw rozpatrywanych przez studentów SRS wpływa do Kliniki Prawa na UW za pośrednictwem Biura Rzecznika (telefonicznie, e-mailowo lub osobiście przychodzących na dyżur) obsługuje koordynatorka działań prawnych (obecnie *Agnieszka Sieniawska*) bądź przekazuje ich sprawy koordynatorce sekcji redukcji szkód (od 2012 r. tę funkcję pełni *Katarzyna Furman-Łajszczak*). Koordynatorka dokonuje przeglądu skierowanych spraw pod kątem możliwości udzielenia porady przez uczestników SRS, a następnie przydziela je studentom pracującym w sekcji. Podkreślić jednak należy, że udzielają oni porad prawnych z ramienia Kliniki Prawa na UW.

Specyfika sekcji redukcji szkód

Koncentracja wokół filozofii redukcji szkód jest podejściem nowatorskim w ruchu klinicznym. Studenci w trakcie zajęć w ramach sekcji spotykają się z osobami zajmującymi się problemem narkotyków i związanymi zawodowo z polityką narkotykową. Są edukowani pod kątem prawa narkotykowego w Polsce i na świecie oraz mają możliwość uczestnictwa w konferencjach i innych wydarzeniach naukowych dot. tematu narkotyków. Wpływa to na przygotowanie ich do pracy z osobami uzależnionymi oraz używającymi substancji psychoaktywnych.

Współpraca SRS z Biurem Rzecznika nie tylko determinuje kwestie przydzielania klientów i miejsce udzielania pomocy prawnej w siedzibie Rzecznika, ale także oddziałuje na edukację społeczną i prawną przyszłych prawników, przybliżając im problematykę zjawiska narkomanii.

Kwestia używania środków odurzających, a także związane z nią prawo narkotykowe w Polsce wciąż stanowią pewnego rodzaju tabu społeczne. Wpływa to na kontakt klienta ze studentem z kliniki. Problemy komunikacyjne są szczególnie widoczne, gdy udzielenie porady odbywa się przy użyciu środków do porozumiewania się na odległość. **Najczęstszy sposób kontaktu z klientem to bowiem wymiana e-maili, a w drugiej kolejności rozmowy telefoniczne.** Wynika to przede wszystkim z faktu, że SRS jest jedyną tego typu sekcją na terenie naszego kraju, a problemy z zakresu jej kompetencji dotyczą nie tylko osób zamieszkałych na terenie Warszawy. Spotkanie ze studentami z Kliniki Prawa na UW w siedzibie Biura Rzecznika jest ze względów geograficznych czy ekonomicznych niedostępne dla większości potencjalnych klientów sekcji. Ważnym czynnikiem jest również chęć pozostania anonimowym, która towarzyszy klientom obawiającym się stygmatyzacji, co także przemawia za słusznością powołania w klinice prawa sekcji przeznaczonej dla tych konkretnych klientów.

Klienci sekcji redukcji szkód

O specyfice pracy sekcji decyduje w dużym stopniu charakterystyka klientów. Dokonując pewnej koniecznej generalizacji, **klientów sekcji podzielić można na trzy kategorie.** Do pierwszej należą osoby, które da się określić mianem **okazjonalnych konsumentów nielegalnych substancji psychoaktywnych.** Z faktu używania tego typu środków wynikają ich problemy prawne. Zdecydowana większość osób z tej grupy deklaruje brak wcześniejszej karalności, co więcej, zgłoszona sytuacja ma najczęściej charakter incydentalny i stanowi pierwszy w życiu klientów kontakt z wymiarem sprawiedliwości. Do drugiej kategorii zaliczyć można **osoby uzależnione.** Problemy, jakie zgłaszają, dotyczą głównie przestępstw określonych w NarkU, czyli przede wszystkim posiadania narkotyków, udzielania ich innej osobie, handlu oraz uprawy. Ponadto osoby te zgłaszają się również

⁵ Pojęcie redukcji szkód ma *de facto* znaczenie szersze niż to zaprezentowane w niniejszym tekście. W kwestii uzależnień odnosić się może bowiem nie tylko do nalogu narkotykowego. Ze względu jednak na przedmiot powyższego artykułu autorki zdecydowały się uwypuklić ten właśnie aspekt.

⁶ Jest to instytucja zajmująca się monitorowaniem działań państwa w zakresie polityki narkotykowej, a także pomocą prawną skierowaną do osób uzależnionych oraz używających nielegalnych substancji psychoaktywnych. Informacje na temat programu Biura Rzecznika Praw Osób Uzależnionych są dostępne za pośrednictwem strony www.politykanarkotykowa.pl.

⁷ Stowarzyszenie Pacjentów Substytucyjnych JUMP'93 działa na rzecz obrony praw osób uzależnionych, promuje zrównoważone, zintegrowane podejście w terapii, ideę łączenia metod medycznych i psychoterapeutycznych, podejścia redukcji szkód oraz strategii abstynencyjnych – www.jump93.tnb.pl.

⁸ Polska Sieć ds. Polityki Narkotykowej została powołana jako inicjatywa obywatelska w 2008 r. przez grupę specjalistów pracujących z uzależnionymi od narkotyków – terapeutów, lekarzy, prawników, pracowników służby więziennej, pracowników socjalnych, pedagogów, przedstawicieli organizacji pozarządowych, a także użytkowników środków psychoaktywnych – www.politykanarkotykowa.pl.

⁹ *A. Sieniawska, J. Charmast*, Raport Rzecznika Praw Osób Uzależnionych 2010/2011, wydany przez Stowarzyszenie JUMP'93 oraz Polską Sieć ds. Polityki Narkotykowej, s. 5–6, www.politykanarkotykowa.pl.

¹⁰ Charakterystyczny dla SRS jest fakt, że większość klientów kierowana jest do kliniki prawa za pośrednictwem Biura Rzecznika Praw Osób Uzależnionych, nie zaś przez sekretariat kliniki, jak ma to miejsce w przypadku klientów z innych sekcji działających w poradni. Kolejną różnicą w odniesieniu do pozostałych ośmiu sekcji Kliniki Prawa na UW jest także miejsce przyjmowania klientów, którym nie jest siedziba kliniki na terenie UW, a siedziba Biura Rzecznika Praw Osób Uzależnionych, znajdująca się poza uniwersytetem.

z innymi problemami z zakresu prawa karnego, a także administracyjnego czy cywilnego. W przypadku tej grupy klientów uprzednia karalność jest częstsza¹¹. Ostatnią grupę stanowią **osoby, których problem prawny nie dotyczy prawa narkotykowego**¹². Pomimo faktu, że działalność SRS jest adresowana do osób używających substancji psychoaktywnych, studenci udzielają niekiedy pomocy także klientom, których nie dotyczy zjawisko narkomanii. Sekcja ta nie jest instytucją samodzielną, działa w ramach kliniki prawa, w której rozpatrywane są sprawy osób zgłaszających się po bezpłatną poradę prawną z różnymi problemami. Niekiedy w trakcie przydzielania spraw odchodzi się od pierwotnego przeznaczenia konkretnej sekcji. Wynika to z różnych przyczyn, np. z nierównomiernego obłożenia ilością spraw poszczególnych sekcji czy też wyjątkowych sytuacji (np. upływającego terminu na złożenie pisma procesowego). Poza powyższą dywersyfikacją można wskazać grupę nielicznych klientów, których problemy prawne dotyczą innych niż posiadanie narkotyków przestępstw ujętych w NarkU, przykładowo: penalizowanych przez art. 58 – udzielanie substancji psychoaktywnych innej osobie – oraz art. 59 – handel narkotykami. Osoby te nie wpisują się w charakterystykę ww. grupy drogiej, gdyż nie są uzależnione od środków odurzających.

Analizując dane klientów przedmiotowej sekcji, można dokonać podziału także pod względem wieku i płci. Zdecydowana większość osób zgłaszających się po pomoc prawną do SRS to osoby między 21. a 30. rokiem życia. Jest to grupa stanowiąca 45% wszystkich klientów sekcji. Na drugim miejscu znajdują się klienci w wieku od 31 do 40 lat i stanowią oni 25%. Osoby do 20. roku życia to 22% klientów SRS, a zaledwie 8% to osoby powyżej 41 lat.

Zasadnicze pytanie, które nasuwa się przy analizie ww. danych, to kwestia, czy rzeczywiście osoby do 30. roku życia są najliczniejszą grupą użytkowników nielegalnych substancji psychoaktywnych, czy też jest to grupa będąca najczęstszym celem w tego typu przestępstwach dla organów ścigania. Przyczyną takich wyników badań może być także sytuacja materialna klientów. Działalność Kliniki Prawa na UW jest adresowana do osób, których status nie pozwala na skorzystanie z usług prawnika przynależącego do samorządu zawodowego, osoby młode mogą nie posiadać zatem wystarczających na to środków pieniężnych.

Znakomita większość klientów SRS to mężczyźni, kobiety zdecydowanie rzadziej zgłaszały się do sekcji (około 1/6 spraw). Rozpatrując te dane, należy zachować jednak ostrożność interpretacyjną. Takie rozłożenie proporcji nie musi stanowić rzeczywistego odbicia częstotliwości występowania problemów z zakresu prawa narkotykowego u osób danej płci, analizowane dane dotyczą **wyłącznie** osób, których sprawy rozpatrywali studenci SRS.

Weryfikacja klientów SRS

Pomoc udzielana przez studentów SRS kierowana jest do osób, których status materialny nie pozwala na skorzystanie z pomocy adwokata czy radcy prawnego. Przed udzieleniem porady prawnej klientki podpisują oświadczenie, w którym potwierdzają dwie zasadnicze kwestie. Po pierwsze oświadczają, że ich sytuacja majątkowa nie pozwala na pokrycie kosztów profesjonalnej porady prawnej, po drugie, – że nie korzystają z usług wykwalifikowanego prawnika. W przypadku udzielania pomocy prawnej przez Internet, klienci są zobowiązani nadesłać oryginał oświadczenia pocztą tradycyjną na adres Kliniki Prawa

na UW; dopiero wówczas studenci mogą udzielić im porady. Uzyskanie informacji, że klient pomimo podpisania oświadczenia nie spełnia któregoś z powyższych warunków, skutkuje przerwaniem obsługi prawnej w danej sprawie. Podpisanie oświadczenia oraz rozmowa bądź wymiana korespondencji e-mailowej z klientem stanowi jedyny sposób weryfikacji sytuacji danego klienta.

Katalog spraw rozpatrywanych przez studentów SRS

Jak już wskazano, studenci są konfrontowani z problemami prawnymi natury karnej, a także cywilnej czy administracyjnej, co ma niewątpliwie walor edukacyjny. Większość przypadków (ponad 3/4) dotyczy kwestii regulowanych przepisami NarkU, z czego 90% to sprawy o posiadanie nielegalnych substancji psychoaktywnych. Przeważająca część klientów zgłaszała się z problemami prawnymi dotyczącymi posiadania niewielkiej ilości marihuany¹³. Zdarzały się również przypadki posiadania innych nielegalnych substancji psychoaktywnych, jak amfetamina czy haszysz. Były to jednak sytuacje, z którymi studenci mieli zdecydowanie rzadszy kontakt. Inne sprawy dotyczące czynów penalizowanych przepisami NarkU to na przykład określone w art. 58 udzielanie narkotyków innej osobie, rozumiane także jako ułatwianie oraz umożliwianie ich konsumpcji, zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 3, uprawa konopi czy handel nielegalnymi środkami odurzającymi.

Praca przez Internet – nowatorski sposób udzielania pomocy w ramach programu klinicznego

W związku z faktem, że SRS to jedyna tego typu sekcja na mapie uniwersyteckich poradni prawnych, wypracowała ona własny sposób udzielania porad prawnych – przez Internet. Wynika z tego szereg korzyści, jednak środki porozumiewania się na odległość mają także liczne wady w porównaniu z kontaktem bezpośrednim, w istotny sposób wpływające na współpracę studentów z ich klientami. Kontakty e-mailowe umożliwiły dotarcie do klientów, którzy z przyczyn obiektywnych nie mogliby skorzystać z pomocy *pro bono* oferowanej przez klinikę.

Porady udzielane drogą e-mailową to nie tylko możliwość dotarcia do szerszego kręgu potencjalnych klientów, ale także udzielania porady w szybszym tempie. Osobiste spotkania z klientem czy tradycyjna korespondencja wydłużają proces udzielenia porady i niekiedy uniemożliwiają dostarczenie jej w przypadku, gdy termin ustawowy do wniesienia danego pisma procesowego jest krótki.

Praca przez Internet może jednak generować problemy. Główny dotyczy barier komunikacyjnych związanych z ograniczeniem możliwości odczytywania treści niewerbalnych¹⁴. W większości przypadków łatwiej, a zarazem klarowniej niż na piśmie przekazuje się poradę prawną w sposób bezpośredni. Klienci często zgłaszają dodatkowe pytania, które nie dotyczą *stricte* zgłoszonego problemu prawnego. Sposób i częstotliwość ich zadawania mogą w sposób płynny przekształcić korespondencję e-mailową raczej w czat niż udzielenie jednorazowej porady.

¹¹ Wniosek dotyczy tylko analizowanej grupy klientów.

¹² Na przykład kwestia zachowku w prawie spadkowym, zadłużenie z tytułu poręczenia kredytu hipotecznego. Jest to grupa klientów najczęściej kierowanych za pośrednictwem sekretariatu Kliniki Prawa UW, nie zaś przez Biuro Rzecznika.

¹³ Należy mieć jednak na uwadze, że wyrażenie „niewielka ilość” nie jest pojęciem ustawowym i nie posiada definicji legalnej.

¹⁴ Komunikaty niewerbalne to np. mimika twarzy, gesty, czynniki paralingwistyczne, tj. ton głosu, tempo mowy, intonacja i inne.

Niezmiernie ważne w takim przypadku jest skorzystanie z technik asertywnego udzielania odmowy (ćwiczone z psychologiem na warsztatach z umiejętności miękkich poprzedzających spotkania z klientami).

Klient „internetowy” mimo podania danych osobowych w pewien sposób pozostaje anonimowy, co prowadzić może do zatajeń i przeinaczeń stanu faktycznego. Brak bezpośredniego kontaktu utrudnia wytworzenie więzi zaufania między klientami a studentami, co nie ma korzystnego wpływu na adekwatność udzielonej porady. Powszechne jest omijanie elementów, które klientom mogą się wydać wstydlive czy irrelewantne. Należy zatem w sposób skrupulatny prześledzić wszystkie dokumenty dostarczone przez klienta bądź w przypadku ich braku – zaproponować skonstruowanie wniosku o wgląd do akt sprawy, gdy jest taka możliwość. Istnieją bowiem instytucje prawne, jak na przykład przewidziana przez art. 62a NarkU – tj. umorzenie postępowania przed wydaniem postanowienia o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia w przypadku posiadania nieznacznej ilości narkotyków¹⁵ – umożliwiające już na wczesnym etapie uzyskanie pozytywnego dla klienta rozwiązania. Potrzebne jest zebranie dokładnego wywiadu dotyczącego nie tylko sytuacji prawnej, ale także osoby klienta. Szczególnie pytania o życie prywatne (np. sytuacja osobista i rodzinna czy kwestie związane z edukacją i pracą) mogą powodować niechęć do współpracy. Osobiste uwarunkowania stanowią jednak istotną kwestię przy opracowywaniu pism procesowych.

Współpraca studenta z koordynatorem sekcji

Zgodnie z regulaminem Kliniki Prawa na UW projekt opinii powinien być skonsultowany i zatwierdzony przez koordynatora sekcji. Student nie udziela żadnych porad czy wskazówek bez ich uprzedniej weryfikacji przez opiekuna sekcji.

Po przeprowadzeniu wywiadu z klientem, zebraniu danych i analizie sytuacji prawnej sporządza projekt opinii, w której przedstawia możliwe rozwiązania danego problemu. Opinia ma charakter konsultacyjny, student nie sugeruje najlepszego jego zdaniem rozwiązania, lecz wskazuje opcje postępowania w sprawie wraz z ich konsekwencjami. Projekt opinii, zanim trafi w ręce klienta, jest przedstawiany koordynatorowi, który sprawdza go pod kątem merytorycznym i językowym. Studenci omawiają następnie daną opinię z koordynatorem, a gdy sprawa jest szczególnie ciekawa i istotna pod kątem edukacyjnym, odbywa się to w trakcie seminarium sekcyjnego, czyli cotygodniowego spotkania wszystkich członków SRS. Wówczas możliwa jest szeroka dyskusja nad problemem prawnym. Konsultacja odbywa się także w formie e-mailowej, szczególnie gdy podobna sprawa była już wcześniej rozpatrywana przez danych studentów. Wówczas koordynator nanosi poprawki i sugestie w edytorze tekstu. Ta forma współpracy opiekuna ze studentem jest zdecydowanie szybsza i istotna, gdy klientowi niezbędne jest udzielenie porady w trybie pilnym, tj. gdy upływają terminy ustawowe na podjęcie określonych kroków.

Potencjalne problemy studentów udzielających pomocy prawnej

Reprezentatywną grupę korzystających z usług sekcji redukcji szkód stanowią osoby posługujące się charakterystycznym, typowym dla subkultur młodzieżowych językiem. Problemem w komunikacji może być specyficzna nomenklatura związana z narkotykami. W celu uniknięcia ewentualnych nieścisłości i błędnych wniosków pożądane jest każdorazowe dokonywanie zabiegów ułatwiających komunikację, jak parafraza czy klaryfikacja. Dla zobrazowania omawianej kwestii warto przytoczyć autentyczne

przykłady. Bardzo powszechne jest użycie slangowych synonimów dla suszu marihuany, jak: **zielone, ziele, trawa, palenie, jaranie, temat**, które są z reguły zrozumiałe. Problematyczne może być natomiast użycie wyrażenia **moro** – ze względu na jego niejednoznaczność. Najczęściej jest ono rozumiane jako połączenie suszu marihuany i haszyszu, jednak nie zawsze musi oznaczać właśnie tę mieszaninę. Inne przykłady dotyczą nie tylko nazw samych substancji psychoaktywnych, ale także konkretnych sprzętów służących do ich przyjmowania, przygotowywania czy wytwarzania.

Kolejnym elementem wpływającym na pracę w ramach sekcji jest kwestia niewłaściwej identyfikacji instytucji prawnych przez klientów. Przykładowo, częste jest mylenie przez nich postanowienia o przedstawieniu zarzutów z wniesieniem aktu oskarżenia. Klienci utożsamiają niejednokrotnie także samo zatrzymanie przez policję z obiema powyższymi instytucjami. Mylny odbiór sytuacji potęguje u klientów niepokój, zwłaszcza że problem prawny dotyczy w takich przypadkach prawa karnego. Problem ten jest jednak zauważalny nie tylko w przedmiotowej sekcji i nie dotyczy jedynie jej klientów.

Dlaczego klienci rezygnują z pomocy studentów sekcji?

Zjawiskiem związanym z pracą studentów SRS jest nagłe przerwanie kontaktu ze strony klientów¹⁶. Przyczyn takiej sytuacji może być wiele. Jedną z głównych stanowi skorzystanie przez klientów z rozwiązań prawnych, które mogą wydawać się „szybkim” zakończeniem problemu, jak instytucja dobrowolnego poddania się karze, często proponowana przez organy ścigania w przypadku naruszenia art. 62 ust. 1 NarkU, czyli posiadania substancji psychoaktywnych w ilościach, które nie są znaczne. Wybór przez klienta w ww. przypadku takiego rozwiązania prawnego jest atrakcyjny pod względem długości trwania całego procesu związanego ze zdarzeniem, jednak w szerszej perspektywie nie zawsze jest dla niego rozwiązaniem korzystnym, na co wskazują dane zaprezentowane w raporcie Biura Rzecznika Praw Osób Uzależnionych¹⁷. Inną przyczyną zawieszenia kontaktu może być skorzystanie z pomocy prawnika przynależącego do samorządu zawodowego (często sami studenci na prośbę klientów sporządzają wnioski o wyznaczenie adwokata z urzędu), a zgodnie z regulaminem kliniki prawa student nie może udzielać pomocy w takim przypadku. Kolejnym powodem przerwania kontaktu ze studentami prowadzącymi sprawę może być zjawisko ignorowania problemu prawnego. Dla klienta będącego w ciągu narkotykowym problemem związany z wymiarem sprawiedliwości jest subiektywnie podrzędny w stosunku do problemu uzależnienia, a zatem nie jest aktywnie przez niego rozwiązywany.

¹⁵ Art. 62a NarkU. Jeżeli przedmiotem czynu, o którym mowa w art. 62 ust. 1 lub 3, są środki odurzające lub substancje psychotropowe w ilości nieznacznej, przeznaczone na własny użytek sprawcy, postępowanie można umorzyć również przed wydaniem postanowienia o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia, jeżeli orzeczenie wobec sprawcy kary byłoby niecelowe ze względu na okoliczności popełnienia czynu, a także stopień jego społecznej szkodliwości.

¹⁶ Dotyczy roku akademickiego 2011/2012.

¹⁷ A. Sieniawska, J. Charnast, *op. cit.*, s. 18. W raporcie tym autorzy stwierdzają, że: „(...) we wszystkich przypadkach posiadania narkotyków [przyj. autorki: niewielka ilość] doszło do skorzystania przez klientów z instytucji dobrowolnego poddania się karze. Standardową propozycją ugodową prokuratora była kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. W zależności od ilości posiadanego narkotyku, kary pozbawienia wolności obejmowały okres od 3 do 6 miesięcy, w zawieszeniu do 3 lat. (...) Sporządzaliśmy dla klientów wnioski o całkowite lub warunkowe umorzenie postępowania, które najczęściej były pozytywnie rozpatrywane. W prawie wszystkich przypadkach posiadania niewielkich ilości narkotyków doszło do całkowitego lub warunkowego umorzenia postępowania karnego (...)”.

Podsumowanie

SRS działająca przy Klinice Prawa na UW, zajmująca się udzielaniem porad prawnych, stanowi nie tylko element edukacji młodych prawników od strony praktycznej i merytorycznej, ale także platformę dyskursu społecznego i urzeczywistnienia ducha działalności *pro bono*. Należy zaznaczyć, że ta specyficzna sekcja uczy w sposób konkretny udzielania porad prawnych

zarówno w formie tradycyjnej, jak i pośredniej – przez Internet. Ogromne zapotrzebowanie ze strony społeczeństwa na możliwość skorzystania z darmowych porad prawnych i wsparcia merytorycznego w kwestii prawa narkotykowego powinno dać asumpt do uruchomienia na innych wydziałach prawa w akademickich poradniach prawnych sekcji redukcji szkód. ■



Konkurs na najlepszą opinię prawną jako dodatkowa forma aktywizacji członków kliniki, a także forma promocji kliniki wśród pozostałych studentów prawa niebędących członkami kliniki. Prezentacja zwycięskiej opinii

Anna Wróblewska*, Michał Boguszewski**

Streszczenie:

Konkurs na najlepszą opinię prawną zorganizowany przez Studencką Poradnię Prawną przy Akademii Leona Koźmińskiego miał na celu aktywizację członków kliniki, a także promocję działalności kliniki wśród studentów prawa Akademii Leona Koźmińskiego niebędących członkami poradni. Zespoły składające się ze studentów każdej z sekcji działających w klinice przygotowały kazus, do którego następnie studenci biorący udział w konkursie przygotowali opinie prawne oraz, jeżeli uznali to za stosowne, pisma procesowe. Członkowie kliniki wraz z opiekunami dokonywali selekcji nadesłanych prac konkursowych oraz wyłonili zwycięzców.

Summary:

The contest for the best legal opinion organized by the Student's Legal Clinic at Kozminski University was aimed at activation of its students as well as promotion of the Legal Clinic among the rest of the students. Teams consisting of students of each section functioning in the Legal Clinic prepared a case, for which competing students were supposed to prepare a legal opinion and – if considered as needed – drafts of pleadings. Members of the Legal Clinic with their Tutors made the selection of the submitted entries and selected the winners.

W roku akademickim 2011/2012 Studencka Poradnia Prawna przy Akademii Leona Koźmińskiego zorganizowała konkurs na najlepszą opinię prawną wśród studentów prawa Akademii Leona Koźmińskiego niebędących członkami poradni. Celem konkursu było poszerzanie wiedzy oraz doskonalenie warsztatu pisarskiego studentów Akademii Leona Koźmińskiego, promowanie działalności kliniki, a także docenienie umiejętności i wiedzy jej członków.

Organizacja konkursu

Każda z pięciu sekcji działających w ramach struktury kliniki (prawa cywilnego, prawa karnego, prawa administracyjnego, prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, prawa rodzinnego) przygotowała kazusy, do których studenci mieli sporządzić opinie prawne.

Stworzone przez studentów stany faktyczne dotyczyły m.in. problematyki dóbr osobistych osoby zmarłej, spowodowania wypadku komunikacyjnego pod wpływem alkoholu, opieki prawnej, prawa żądania ekshumacji osoby bliskiej czy ustalenia istnienia stosunku pracy.

* Studentka V roku prawa, prezes Studenckiej Poradni Prawnej przy Akademii Leona Koźmińskiego w roku akademickim 2012/2013.

**Student V roku prawa, wiceprezes Studenckiej Poradni Prawnej przy Akademii Leona Koźmińskiego w roku akademickim 2012/2013.

Studenci mieli **możliwość zadawania pytań do opublikowanych stanów faktycznych przez 7 dni od ich publikacji**. Zespoły odpowiednich sekcji w ciągu 5 dni od zakończenia przyjmowania pytań od uczestników konkursu przygotowywały odpowiedzi na nie. Były one publikowane na stronie poradni w taki sposób, by każdy uczestnik konkursu mógł się z nimi zapoznać. Organizatorzy konkursu zdecydowali się na takie rozwiązanie z uwagi na to, że priorytetem było to, aby stan faktyczny był dla uczestników jak najbardziej zrozumiały. Studenci biorący udział w konkursie mogli sporządzić projekt pisma procesowego stanowiący załącznik do przygotowanej opinii konkursowej, jeżeli uznali, że zachodzi taka konieczność. **Objętość opinii prawnej nie mogła przekroczyć 20 stron maszynopisu znormalizowanego, zaś w przypadku pisma procesowego – 5 stron maszynopisu znormalizowanego.** Każda opinia miała zawierać przynajmniej opis stanu faktycznego ustalonego przez studenta, tezy oraz ich uzasadnienie.

Postępowanie konkursowe składało się z dwóch etapów: w ramach sekcji, kiedy to studenci kliniczni wraz z opiekunem typowali opinie, które powinny przejść do kolejnego etapu, oraz drugi, w którym opiekunowie decydowali o przyznaniu 1. i 2. miejsca oraz wyróżnień w konkursie. Dla zwycięzców przewidziano nagrody rzeczowe, a także możliwość przyjęcia do Studenckiej Poradni Prawnej w roku akademickim następnym z pominięciem procedury rekrutacyjnej oraz ewentualna publikacja zwycięskiej opinii prawnej.

Sposób oceny nadesłanych opinii i wyłonienia zwycięzcy

Oceniając nadesłane opinie konkursowe, na każdym etapie pracy uwzględniano: wartość merytoryczną, uwzględnienie przez studenta wszystkich istotnych elementów stanu faktycznego, warsztat pisarski studenta, przy czym pod uwagę była brana zrozumiałość opinii prawnej dla klienta, poprawność formalną pracy. W przypadku sporządzenia pisma procesowego do opinii oceniano: celowość jego sporządzenia, wypełnienie warunków formalnych przewidzianych dla danego rodzaju pisma, dobór argumentów i ich uzasadnienie.

Idea i założenia konkursu

Konkurs na najlepszą opinię prawną zorganizowany przez Studencką Poradnię Prawną przy Akademii Leona Koźmińskiego miał w swoim założeniu stanowić dodatkowe wyzwanie zarówno dla studentów klinicznych, jak i studentów Kolegium Prawa Akademii Leona Koźmińskiego, którzy nie działają w klinice. Okazało się, że pomimo iż studenci w swojej pracy w klinice spotykają się codziennie z problemami prawnymi, nietatwym zadaniem było sporządzenie takiego stanu faktycznego, który zaciekałby pozostałych studentów prawa na tyle, aby

zechcieli zmierzyć się z postawionym im problemem. Dlatego też większość zespołów zdecydowała się dać się ponieść wodzom fantazji i stworzyć stan faktyczny niemający miejsca w rzeczywistości, choć niebędący też od niej oderwanym. Takie podejście zaowocowało ciekawą tematyką kasusów, co miało wpływ na ilość uczestników konkursu.

Studenci będący w zespołach oceniających konkursowe opinie mieli również jedyną w swoim rodzaju sposobność doświadczenia, na czym polega weryfikacja sporządzonej przez nich opinii prawnej przez opiekuna i jak trudne, a także pracochłonne jest to zadanie. Wiedza ta z pewnością przyczyniła się do udoskonalenia ich własnego warsztatu.

Z kolei studenci prawa biorący udział w konkursie uświadomili sobie, jak nietatwym zadaniem jest sporządzenie poprawnej merytorycznie oraz formalnie opinii prawnej oraz na czym polega pomoc świadczona w klinice. Wydaje się również, że **obnażył on słabość studiów prawniczych**, na których brakuje dostatecznego doskonalenia praktycznych umiejętności. Na potwierdzenie tej tezy można dodać, że znakomita większość studentów biorących udział w konkursie zdecydowała się zasilić obecne szeregi członków kliniki, a tym samym doskonalić praktyczne umiejętności – niezbędne w zawodzie prawnika. Przedmiotowy konkurs wzbudził również większe zainteresowanie działalnością poradni, a jej obecni członkowie bardzo chwalą sobie swoją decyzję o rozpoczęciu pracy wolontariackiej.

Podsumowanie konkursu

W związku z tak pozytywnym oddźwiękiem zorganizowanego przez Studencką Poradnię Prawną przy Akademii Leona Koźmińskiego konkursu na najlepszą opinię prawną obecny zarząd poradni wraz z jej kierownikiem, patronem oraz władzami Kolegium Prawa zdecydował się zorganizować 2. edycję konkursu w niezmiennym kształcie. Jesteśmy przekonani, że będzie to cenne doświadczenie zwłaszcza dla osób, które uprzednio wzięły w nim udział w charakterze uczestników, a teraz wezmą jako współorganizatorzy.

Zwycięzcy konkursu

Zwycięzczyni 1. edycji konkursu Żaneta *Gwardzińska*, ówczesna studentka trzeciego roku prawa, przygotowała opinię prawną do stanu faktycznego opracowanego przez zespół sekcji prawa administracyjnego. Studentka została również przyjęta do kliniki prawa, do wybranej przez siebie sekcji prawa administracyjnego. Drugą nagrodę przyznano *Martynie Skrodzkiej* (obecnie należy do sekcji prawa pracy i ubezpieczeń społecznych), a wyróżnienie – *Kamilowi Góreckiemu* (obecnie należy do sekcji prawa rodzinnego). ■

Zwycięska opinia prezentowała się następująco:

STRESZCZENIE

Niniejsza opinia dotyczy zgłoszonej przez Klientkę do studenckiej poradni prawnej sprawy, tj. przedstawia analizę zarzutów Klientki wysuwanych w stosunku do Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Płocku w sprawie odmowy udzielenia zezwolenia na ekshumację męża Klientki. Opiniująca dokonuje przede wszystkim analizy załączonego przez Klientkę pisma, a także rozważa, czy istnieje możliwość wzruszenia ostatecznej decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Płocku¹.

DOKUMENTY PODDANE ANALIZIE

1. Decyzja Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Płocku (Nr PPIS-78-233/2012/EKS) z 6.2.2012 r.

¹ Dalej: PPIS w Płocku.

STAN FAKTYCZNY

1.5.2012 r. Klientka zgłosiła do studenckiej poradni prawnej sprawę. Jednym z przedstawionych do opiniowania zagadnień jest podstawność wydania przez PPIS w Płocku decyzji odmownej na ekshumację zwłok *Zygmunta Zygarkowskiego* – męża Klientki. O śmiertelnym wypadku męża na torach kolejowych 10.10.2011 r. Klientka dowiedziała się od funkcjonariuszy Policji zajmujących się sprawą zaginięcia męża Klientki. Mąż Klientki w chwili śmierci nie posiadał przy sobie żadnego dokumentu potwierdzającego jego tożsamość, co skutkowało pochowaniem jego zwłok na cmentarzu komunalnym w Płocku jako osobę *ingnoti cognominis*.

Pismem z 15.1.2012 r. Klientka zwróciła się do PPIS w Płocku o wszczęcie postępowania administracyjnego w celu wydania zezwolenia na ekshumację zwłok męża celem pochowania go w grobowcu rodzinnym. Jak wynika z przedstawionego przez Klientkę stanu faktycznego, około tygodnia od złożenia rzeczzonego pisma z Klientką skontaktowała się kobieta podająca się za matkę syna męża Klientki, urodzonego przed zawarciem związku małżeńskiego przez Klientkę z jej zmarłym mężem, dysponująca testamentem męża Klientki, którego ostatnią wolą było spocząć pod Wielkim Dębem – miejscem poczęcia swojego nieślubnego syna.

Decyzją z 6.2.2012 r. PPIS w Płocku odmówił Klientce udzielenia zezwolenia na ekshumację zwłok męża, jako podstawę odmowy podając brak zgody syna męża Klientki ze związku z tą kobietą – *Zenona Zygarkowskiego*.

PYTANIE KLIENTA

1. Czy istnieje możliwość odwołania od decyzji i doprowadzenie do ekshumacji męża?

TEZY

1. Decyzja PPIS w Płocku jest ostateczna, więc nie istnieje możliwość odwołania się od niej. Przedmiotowy stan faktyczny nie pozwala na przywrócenie terminu do wniesienia odwołania.
2. Organ (PPIS w Płocku) w przypadku sporu pomiędzy żoną a synem denata powinien był zawiesić postępowanie na podstawie art. 97 § 1 pkt 4 Kodeksu postępowania administracyjnego i wezwać strony do rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu cywilnym.
3. Brak zawieszenia postępowania w tym wypadku stanowił rażące naruszenie prawa. Klientka nie może się odwołać od decyzji PPIS w Płocku, ale może wnieść wniosek o stwierdzenie jej nieważności.

UZASADNIENIE

1. Decyzją administracyjną z 6.2.2012 r. PPIS w Płocku odmówił Klientce wydania zgody na ekshumację zwłok męża, uzasadniając swoją decyzję brakiem zgody nieślubnego syna męża Klientki, o którego istnieniu Klientka nie wiedziała, a dowiedziała się w toku postępowania prowadzonego przed PPIS w Płocku. W związku z faktem, że w terminie 14 dni od doręczenia decyzji nie wniesiono środka prawnego w postaci odwołania, decyzja PPIS w Płocku uzyskała przymiot ostateczności. Oznacza to, że – zgodnie z art. 16 KPA – decyzja ta może być weryfikowana jedynie w trybach nadzwyczajnych postępowania administracyjnego.

Należy zauważyć, że w sprawie tej nie istnieje możliwość przywrócenia terminu do wniesienia odwołania. Zgodnie z art. 58 KPA w razie uchybienia terminu należy przywrócić termin na prośbę zainteresowanego, jeżeli uprawdopodobni, że uchybienie terminu nie nastąpiło z jego winy. Tymczasem brak jest podstaw do tego, aby można było takie prawdopodobieństwo wywieść i przekonać organ właściwy do rozpoznania odwołania, że uchybienie terminu do wniesienia środka prawnego nie nastąpiło z winy Klientki.

2. Zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy z 31.1.1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych² prawo pochowania zwłok ludzkich przysługuje najbliższej pozostałej rodzinie osoby zmarłej. Enumeratywne wyliczenie podmiotów, którym przysługuje rzeczony prawo, stanowi *numerus clausus*, w który wpisuje się zarówno Klientka, jak i nieślubny syn męża Klientki pan *Zenon Zygarkowski*, niezgadający się na ekshumację zwłok ojca, a zarazem dysponujący jego testamentem. Należy zważyć na fakt, że rzeczony art. 10 ust. 1 CmentU jednocześnie określa kolejność prawa pochowania zmarłej osoby – „prawo pochowania zwłok danej osoby przysługuje osobie wymienionej w dalszej kolejności (np. krewnym w linii bocznej) dopiero wtedy, gdy brak jest osoby wymienionej w bliższej kolejności albo gdy osoba ta prawa tego nie chce lub nie może wykonać”³, z zastrzeżeniem, iż „pierwszeństwo do pochowania zwłok ma pozostały małżonek i dzieci”⁴. Dokonując analizy powyższego artykułu, należy stwierdzić, że prawo Klientki do pochowania zwłok męża jest uprzywilejowane w stosunku do tegoż prawa przysługującego synowi jej męża, gdyż ustawodawca wymienia ją w pierwszej kolejności, jako podmiot szczególnie uprzywilejowany⁵ – przyjęta *prima facie* numeracja ustawowa pozwala na zastosowanie hierarchicznej reguły kolejności. Ponadto Klientce przysługuje ochrona jej prawa, stanowiącego jej dobro osobiste, na podstawie art. 24 w zw. z art. 23 *in fine* Kodeksu cywilnego w zw. z art. 10 ust. 1 pkt 1 CmentU. Prawo to swoim zakresem nie obejmuje wyłącznie szeregu czynności pogrzebowych, lecz także ekshumację zwłok i ponowne ich pochowanie w miejscu wyznaczonym do ich spoczynku⁶.

Należy jednak podkreślić, że istnieje również utrwalony w orzecznictwie sądów administracyjnych pogląd, w myśl którego wymieniony w art. 10 ust. 1 CmentU katalog zamknięty podmiotów uprawnionych do pochowania zwłok ludzkich nie określa

² Tekst jedn.: Dz.U. z 2011 r. Nr 118, poz. 687 ze zm., dalej jako: CmentU.

³ Zob.: wyr. SN z 25.9.1972 r., II CR 353/72, OSNCPIUS 1973, Nr 6, poz. 109.

⁴ Zob.: wyr. SN z 11.11.1976 r., II CR 415/76, LexPolonica nr 318381.

⁵ Por. S. Rudnicki, Prawo do grobu. Zagadnienia cywilistyczne, Warszawa 1999, s. 28 i n.; także: wyr. SN z 23.5.1975 r., II CR 193/75, LexPolonica nr 318380.

⁶ Zob.: post. SN z 13.1.1965 r., I CR 464/64, OSNCPIUS 1965, Nr 10, poz. 171.

jednocześnie stopnia uprzywilejowania tych podmiotów względem siebie, a „ewentualny spór między osobami, którym przysługuje prawo pochowania zwłok i prawo ekshumacji, nie może być rozstrzygnięty w postępowaniu administracyjnym”⁷.

Z przytoczonego powyżej stanu faktycznego sprawy wynika jednoznacznie, że co do ekshumacji denata istniał spór pomiędzy jego synem a Klientką. W chwili ujawnienia się tego sporu PPIS w Płocku zobowiązany był do wydania postanowienia o zawieszeniu postępowania na podstawie art. 97 § 1 pkt 4 i art. 101 § 1 KPA – spór ten stanowił bowiem zagadnienie wstępne wymagające rozstrzygnięcia przez inny organ lub sąd (w tym przypadku sąd cywilny), zaś do momentu jego rozstrzygnięcia PPIS w Płocku nie mógł wydawać żadnych decyzji ekshumacyjnych. Następnie już po zawieszeniu postępowania organ zobowiązany był – w trybie art. 100 § 1 – wezwać strony do wystąpienia w oznaczonym terminie do sądu o rozstrzygnięcie zagadnienia wstępnego (sporu pomiędzy nimi co do ekshumacji *Zygmunta Zygarkowskiego*), zaś po jego rozstrzygnięciu – podjąć z urzędu zawieszony postępowanie.

3. PPIS w Płocku nie zawiesił postępowania mimo wystąpienia zagadnienia wstępnego, co oznacza, że wydał decyzję dotkniętą wadą kwalifikowaną przesądzającą o jej nieważności. Tym samym istnieje podstawa do stwierdzenia jej nieważności na podstawie art. 156 § 1 pkt 2 KPA, który stanowi, że organ administracyjny stwierdza nieważność decyzji wydanej bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa. Zgodnie z wyrokiem NSA z 11.5.1994 r.: „z rażącym naruszeniem prawa nie można utożsamiać każdego naruszenia prawa. Naruszenie prawa ma cechę rażącego, gdy decyzja nim dotknięta wywołuje skutki prawa niedające się pogodzić z wymaganiami praworządności, którą należy chronić nawet kosztem obalenia ostatecznej decyzji. Nie chodzi więc o spór o wykładnię prawa, lecz o działanie wbrew nakazowi lub zakazowi ustanowionemu w prawie”⁸. Skoro PPIS w Płocku nie zawiesił postępowania w przypadku wystąpienia przesłanki z art. 97 § 1 pkt 4 (przesłanki obligatoryjnego zawieszenia postępowania), przeto działał wbrew nakazowi wynikającemu z treści tego artykułu, rażąco naruszając prawo procesowe.

A zatem zgodnie z treścią art. 157 § 1 KPA organem właściwym do stwierdzenia przedmiotowej decyzji będzie Wojewódzki Mazowiecki Inspektor Sanitarny z siedzibą w Warszawie. Warto nadmienić, że tryb nadzwyczajny w postaci stwierdzenia nieważności decyzji znajduje zastosowanie zarówno do decyzji ostatecznych, jak i nieostatecznych⁹.

Stwierdzenie nieważności decyzji powoduje skutek *ex tunc*, co oznacza, że nieważność decyzji istniała już w dacie jej wydania¹⁰. Stąd też wyeliminowanie z obrotu prawnego decyzji PPIS w Płocku otworzy Klientce możliwość ponownego złożenia wniosku o ekshumację męża.

PODSUMOWANIE

Reasumując, należy stwierdzić, że z analizy prawnej stanu faktycznego wniesionej do poradni sprawy wynika, że Klientka nie może wnieść odwołania od decyzji PPIS w Płocku. Istnieje jednak możliwość stwierdzenia nieważności tej decyzji na podstawie art. 156 § 1 pkt 2 KPA, co umożliwi ponowne wystąpienie z wnioskiem ekshumacyjnym.

ZAŁĄCZNIKI

1. Wniosek o stwierdzenie nieważności decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Płocku z 6.2.2012 r., numer decyzji: PPIS-78-233/2012/EKS o odmowie udzielenia zezwolenia na ekshumację zwłok męża – *Zygmunta Zygarkowskiego*.

⁷ Zob.: wyr. WSA w Warszawie z 16.11.2009 r., VII SA/Wa 1201/09, OSP 2011, Nr 10, poz. 105. Taki sam pogląd został wyrażony w wyr. NSA z 29.11.2012 r., II OSK 1646/10, LexPolonica nr 3074737.

⁸ Wyr. NSA z 11.5.1994, III SA 1705/93, Wspólnota 1994, Nr 42, s. 16.

⁹ K. Glibowski, [w:] M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, Warszawa 2011, s. 878.

¹⁰ J. Borkowski, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, Warszawa 2010, s. 580.



Problematyka odpowiedzialności cywilnej banku za transakcje dokonane przy użyciu karty płatniczej utraconej przez posiadacza

Ivo Kucharczuk*, Jacek Zębala**

Summary:

The aim of the presented article is to discuss liability for transactions made using a lost check or credit card. The liability mentioned above currently causes various interpretational problems due to substantial change of regulations in this regard carried out under the provisions of recently passed Act of 19 August

2011 on Payment Services, which replaced the previously appropriate Act of 12 September 2002 on Electronic Payment

* Student V roku kierunku prawo na WPiA UW.

**Student V roku w Kolegium Międzywydziałowych Indywidualnych Studiów Humanistycznych UW (kierunki dyplomowe: prawo i psychologia).

Instruments. After brief analysis of the basic concepts such as the agreement on issue and service of a payment card, the authors try to compare the previous and current regulations applicable to the considered issue. The essential part of the article consists of a brief discussion on changes in bank's liability

for transactions made using a lost payment card, which leads to a conclusion that the provisions of the new law are much more favourable for cardholders. On the basis of conclusions from made analysis a solution to the problem of intertemporal application of both regulations has been formulated.

Do Kliniki Prawa UW zwrócił się klient z prośbą o udzielenie porady prawnej w sprawie odpowiedzialności cywilnej banku, jako wydawcy karty, za transakcje dokonane przy jej użyciu po tym, jak została utracona przez posiadacza. Większość z 12 operacji z użyciem karty, polegających na wypłatach gotówki z różnych bankomatów z rachunku oszczędnościowego klienta, miała miejsce jeszcze w trakcie obowiązywania ustawy z 12.9.2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych¹, trzy zaś już pod rządem ustawy z 19.8.2011 r. o usługach płatniczych². UsługPłatU, która weszła w życie 24.10.2011 r., zmieniła z tym dniem dotychczasową regulację kart płatniczych zawartą w ElektInstPłatU. Wskazana okoliczność wymaga porównania obu regulacji w zakresie odpowiedzialności cywilnej za transakcje dokonane przy użyciu skradzionej karty oraz odpowiedzi na pytanie o ich międzyczasowe stosowanie.

Zmiana regulacji odnoszących się do umowy o wydanie i obsługę karty płatniczej

Zgodnie z definicją karty płatniczej, która była zawarta w uchylonym następnie przez UsługPłatU art. 4 ust. 1 pkt 4 PrBank³, karta identyfikowała jej wydawcę i upoważnionego posiadacza oraz uprawniała do wypłaty gotówki lub dokonywania zapłaty⁴. Dodatkowo, jeżeli wydawcą był bank lub instytucja ustawowo upoważniona do udzielania kredytu, karta mogła uprawniać posiadacza także do dokonywania wypłaty gotówki lub zapłaty z wykorzystaniem udzielonego kredytu⁵. Na gruncie ElektInstPłatU karta płatnicza stanowiła jeden z elektronicznych instrumentów płatniczych⁶.

W związku z powyższym **umowa o kartę płatniczą stanowiła podtyp umowy o elektroniczny instrument płatniczy**. Innymi słowy, umowa o elektroniczny instrument była kategorią zbiorczą poszczególnych umów uregulowanych w ustawie o elektronicznych instrumentach płatniczych⁷. W pierwszym rzędzie należało zatem stosować ich unormowania szczególne, w wypadku karty płatniczej przepisy art. 14 do 28 ElektInstPłatU, a w drugiej kolejności postanowienia ogólne dotyczące wszystkich umów o elektroniczny instrument płatniczy. Ze względu jednak na lakoniczność regulacji szczegółowych konieczne jest rozpoczęcie analizy umowy o kartę płatniczą od unormowań ogólnych zawartych w art. 1–7 ElektInstPłatU.

Umowa o elektroniczny instrument płatniczy była zawierana pomiędzy wydawcą, którym co do zasady mógł być każdy przedsiębiorca⁸, a posiadaczem instrumentu. Tym ostatnim, zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 2 pkt 11 ElektInstPłatU, była osoba fizyczna, prawna lub inny podmiot, który na podstawie umowy o elektroniczny instrument płatniczy dokonywał w swoim imieniu i na swoją rzecz operacji określonych w umowie. Jednocześnie ElektInstPłatU w art. 2 pkt 12 wyróżniała kategorię użytkownika jako osoby fizycznej, upoważnionej przez posiadacza do dokonywania w jego imieniu i na rzecz operacji określonych w umowie, której dane identyfikacyjne są umieszczone na karcie płatniczej⁹.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 każda umowa o elektroniczny instrument płatniczy była objęta wymogiem formy pisemnej *ad probationem* i w myśl art. 3 ust. 2 winna była określać co najmniej kwestie wymienione w tym przepisie. Wedle art. 14 ElektInstPłatU przez **umowę o kartę płatniczą** jej wydawca zobowiązywał się wobec posiadacza do rozliczania operacji doko-

nanych przy jej użyciu, a posiadacz do zapłaty kwot operacji wraz z należnymi wydawcy opłatami i prowizjami lub do spłaty swoich zobowiązań na rachunek wskazany przez wydawcę¹⁰. Jednocześnie z art. 21 wynikało, że do obowiązków wydawcy należało dostarczenie posiadaczowi karty płatniczej, co winno nastąpić dopiero po zawarciu umowy¹¹. W myśl art. 17 ElektInstPłatU wydawca w dalszym ciągu pozostawał jej właścicielem, co zostało zaakcentowane w samym określeniu „posiadacz”. Zgodnie z regulacją szczególną umowy o kartę płatniczą mogła być ona zawarta wyłącznie na czas oznaczony (art. 14

¹ Tekst jednolity: Dz.U. z 2012 r., poz. 1232, dalej jako: ElekInsPłatU.

² Dz.U. Nr 199, poz. 1175 ze zm., dalej jako: UsługPłatU.

³ Ustawa z 29.8.1997 r. – Prawo bankowe, tekst jedn.: Dz.U. z 2012 r., poz. 1376 ze zm., dalej jako: PrBank. Z punktu widzenia zasad prawidłowej legislacji było to rozwiązanie wątpliwe, jako że, zgodnie z art. 5 ust. 2 pkt 3 Prawa bankowego, monopol banków nie obejmował uprawnień do wydawania kart płatniczych i rozliczania dokonywanych przy ich użyciu transakcji.

⁴ Por. krytyczną analizę definicji L. Mazur, Prawo bankowe. Komentarz, Warszawa 2008, s. 21 i n. oraz F. Zoll, Prawo bankowe. Komentarz, t. 1, Kraków 2005, s. 41. Obaj autorzy podkreślali w szczególności brak ustawowego przesądzenia o prawnym charakterze kart płatniczych.

⁵ Poza wskazanym przypadkiem pośredniego wyróżnienia kart kredytowych wytworzenie ich pozostałych rodzajów pozostawia się praktyce obrotu, por. R. Kaszubski, A. Tupaj-Cholewa, Prawo bankowe, Warszawa 2010, s. 87 i n.

⁶ Por. definicję elektronicznego instrumentu płatniczego w art. 2 pkt 4 ElektInstPłatU.

⁷ Chodziło tu zatem o umowy o kartę płatniczą, umowy o usługę bankowości elektronicznej i umowy o instrument pieniądza elektronicznego.

⁸ Por. art. 15 ElektInstPłatU. Należy odnotować wyjątek dotyczący umów o kartę płatniczą z możliwością korzystania z udzielanego w związku z jej wydaniem kredytu, które mogły wydawać jedynie podmioty ustawowo uprawnione do udzielania kredytu w rozumieniu art. 69 i n. PrBank.

⁹ Z kolei stosunki pomiędzy posiadaczem a użytkownikiem karty nie wchodziły w zakres regulacji ustawy i stanowiły przedmiot ich wzajemnych rozliczeń. ElektInstPłatU wskazywała jedynie w art. 20 ust. 2, że umowa o kartę może określać sposób używania karty przez użytkownika.

¹⁰ Niejasny był jednak mechanizm dokonania zapłaty przy użyciu karty, por. w tym zakresie wątpliwości wyrażane przez A. Adamek i A. Frań, Komentarz do ustawy z dnia 12 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych, Lex, dostęp: 28.12.2012 r., komentarz do art. 1 ElektInstPłatU. Jak się wydaje, w najszerszym zakresie akceptowano w doktrynie koncepcję cesji wierzytelności i przekazu. W tym zakresie por. M. Grabowski, Charakter prawny autoryzacji transakcji za pomocą karty płatniczej, Prawo Bankowe 2006, Nr 11. W zakresie procesu rozliczenia zapłaty przy użyciu karty płatniczej por. R. Kaszubski, A. Tupaj-Cholewa, *op. cit.*, s. 90 i n. Nie ulegało wówczas wątpliwości, że do zapłaty dochodzi dopiero z chwilą efektywnego przekazania środków na rachunek przyjmującego płatność przy użyciu karty płatniczej, por. F. Zoll, Prawo bankowe. Komentarz, t. 1, Kraków 2005,, s. 560 i n.

¹¹ Dodatkowo przepis nakładał na wydawcę obowiązek poinformowania kontrahenta o warunkach, terminie i miejscu wydania karty płatniczej.

ust. 2 ElektInstPłatU), a w razie braku wyraźnego określenia tej kwestii przez strony uznawało się ją za zawartą na okres 2 lat (art. 14 ust. 3 ElektInstPłatU).

Określone w art. 14 ust. 1 i 17 ElektInstPłatU zachowania stron wyznaczały *essentialia negotii* umowy o kartę płatniczą jako odrębnego typu umowy. Dlatego analizowana umowa miała charakter nazwany i art. 750 KC nie znajdował do niej zastosowania¹². Należy nadto wskazać, że umowa zakładała świadczenia obu stron, miała zatem charakter dwustronnie zobowiązujący i odpłatny. Ponieważ obowiązek ponoszenia przez posiadacza karty opłat i prowizji za usługi świadczone przez wydawcę został wyraźnie przewidziany w ElektInstPłatU¹³, występowało tu sprzężenie świadczeń charakterystyczne dla umów wzajemnych (art. 487 § 2 KC).

Między wydawcą a posiadaczem, w zależności od rodzaju wydawanej karty, w istocie zawierane były dwie odrębne umowy¹⁴. W wypadku karty debetowej oprócz umowy o samą kartę płatniczą równocześnie zawierana była umowa o rachunek bankowy. Z kolei w wypadku wydania karty kredytowej niezbędne było zawarcie dodatkowej umowy o kredyt, co wynikało z udzielenia posiadaczowi kredytu bankowego i konieczności ustalenia przyznanego nań limitu¹⁵.

Obecnie obowiązująca UsługPłatU była pierwotnie projektowana jako kompleksowa regulacja wszelkiego rodzaju usług płatniczych, zaś akty szczególne, w tym ElektInstPłatU, miały zostać uchylone¹⁶. Ponieważ jednak UsługPłatU stanowiła implementację dyrektywy w sprawie usług płatniczych¹⁷, wobec przekroczenia ostatecznego terminu na wykonanie tego obowiązku¹⁸, ostatecznie zrezygnowano ze wskazanego zamiaru na rzecz uchylecia jedynie części postanowień ElektInstPłatU i pozostawienia jej w mocy w pozostałym zakresie. W szczególności zachowano w podstawowym zrębie regulację szczególną umowy o kartę płatniczą, w tym omówionych wyżej głównych świadczeń stron¹⁹. Wskazane rozwiązania legislacyjne stwarzają konieczność współstosowania dwóch regulacji, co może wywoływać wątpliwości wymagające komentarza.

Zgodnie z art. 1 UsługPłatU ustawa ta określa warunki świadczenia usług płatniczych oraz prawa i obowiązki stron wynikające z umów o ich świadczenie. Jednocześnie w licznych przepisach Prawa bankowego dodano postanowienia, że ich dyspozycje nie znajdują zastosowania względem tak samo nazwanych instytucji unormowanych w UsługPłatU²⁰, oraz wskazania, że zostały unormowane przez odrębne ustawy²¹. Pojęcie „usługi płatniczej” skonkretyzowano w art. 3 UsługPłatU, przez enumeratywne wyliczenie świadczeń nim objętych, oraz w art. 6 UsługPłatU, który wyłącza z tego zakresu wymienione w nim typy usług²². Na mocy UsługPłatU z Prawa bankowego przeniesiono w niezmienionej formie definicję karty płatniczej do art. 2 pkt 7 ElektInstPłatU. Z kolei art. 1 ust. 1 ElektInstPłatU w nowym brzmieniu²³ stanowi, że ustawa ta znajduje zastosowanie w zakresie nieuregulowanym w UsługPłatU. Powołany przepis należy traktować jako uchylający zastosowanie zasady *lex specialis derogat legi generalis*. Dlatego w razie niezgodności przepisów obu ustaw to ogólna regulacja UsługPłatU będzie miała pierwszeństwo przed szczególnymi postanowieniami ElektInstPłatU.

W UsługPłatU dokonano fundamentalnej zmiany w regulacji kart płatniczych, polegającej na likwidacji instytucji umowy o elektroniczny instrument płatniczy²⁴, którą zastąpiono uniwersalną konstrukcją umowy ramowej²⁵ jako podstawy do wykonywania indywidualnych transakcji płatniczych rozumia-

nych jako zainicjowane przez płatnika lub odbiorcę wpłaty, transfer lub wypłata środków pieniężnych²⁶. Jednocześnie w art. 2 pkt 31 UsługPłatU wprost wskazano, że **umowa ta może zawierać postanowienia w zakresie prowadzenia rachunku płatniczego**²⁷. Należy jednak podkreślić, że rezygnacja z konstrukcji umowy o elektroniczny instrument płatniczy nie została przeprowadzona konsekwentnie, gdyż określenie to w dalszym ciągu występuje w art. 6 ElektInstPłatU.

Pewnych wyjaśnień wymaga terminologia stosowana w obu ustawach w stosunku do podmiotów występujących w ramach ramowej umowy o świadczenie usług płatniczych polegających na wydaniu karty. UsługPłatU wprowadza pojęcie dostawcy usług płatniczych, jako jednego z enumeratywnie wymienionych w art. 4 UsługPłatU podmiotów uprawnionych do ich świadczenia, oraz użytkownika tych usług, zgodnie z art. 2 pkt 34 UsługPłatU rozumianego jako osoba fizyczna, prawna albo jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, jeżeli korzysta z usług płatniczych w charakterze płatnika, gdy składa zlecenie płatnicze²⁸, lub odbiorcy, rozumianego jako osoba, która ma otrzymać środki pieniężne stanowiące przedmiot danej transakcji płatniczej. W wypadku kart płatniczych płatnikiem będzie osoba dokonująca przy jej użyciu zapłaty, zaś odbiorcą – akceptant w rozumieniu art. 2 pkt 2 ElektInstPłatU, czyli przedsiębiorca, który zawarł z umową o przyjmowanie zapłaty przy użyciu kart płatniczych z agentem rozliczeniowym²⁹.

ElektInstPłatU w odniesieniu do umowy o elektroniczny instrument płatniczy posługiwała się na określenie stron określeniami **wydawcy i posiadacza** oraz wyróżniała **osobę użytkownika karty**. W tym zakresie na mocy UsługPłatU doszło do zmiany

¹² Por. K. Kolakowski, [w:] G. Bieniek (red.), Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, t. 2, Warszawa 2008, s. 515 i n.

¹³ Por. art. 7, art. 3 ust. 2 pkt 7 ElektInstPłatU.

¹⁴ Por. R. Kaszubski, A. Tupaj-Cholewa, op. cit., s. 87.

¹⁵ *Ibidem*, s. 88. Zazwyczaj był to kredyt rewolwingowy, czyli odnawialny; udośćnianio go w ramach rachunku przypisanego do takiej karty, zazwyczaj był to kredyt rewolwingowy, czyli odnawialny.

¹⁶ W uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy o usługach płatniczych wprost wskazano, że realizacja tego zamiaru została odsunięta na przyszłość, druk sejmowy nr 4217, dostępne na: www.sejm.gov.pl 28.12.2012 r.

¹⁷ Dyrektywa 2007/64/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 13.11.2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego zmieniająca dyrektywy 97/7/WE, 2002/65/WE, 2005/60/WE i 2006/48/WE i uchylająca dyrektywę 97/5/WE, Dz. Urz. L Nr 319 z 5.12.2007 r.

¹⁸ Za wyjątkiem Polski i Islandii wszyscy pozostali członkowie wspólnoty zdążyli dokonać implementacji w terminie, który upływał 2.8.2011 r. Wskazane uchylenie stało się podstawą do złożenia przez Komisję Europejską skargi na Polskę do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, www.ec.europa.eu, dostęp: 28.12.2012 r.

¹⁹ Zachowano w szczególności art. 14 ust. 1 (określający główne świadczenia stron), 17 (własność karty), 18 (tzw. *tempus ad deliberandi* posiadacza), 20 (uprawnienia użytkownika karty), definicję karty płatniczej, którą przeniesiono w niezmienionej formie do art. 2 pkt 7 ElektInstPłatU oraz definicję użytkownika karty w art. 2 pkt 12 ElektInstPłatU.

²⁰ Por. art. 52 ust. 4, 63d ust. 9, 64 ust. 2 PrBank.

²¹ Por. 63f ust. 2 PrBank.

²² Dodatkowo art. 5 UsługPłatU uzależnia stosowanie ustawy jako takiej oraz jej poszczególnych przepisów od miejsca prowadzenia działalności przez dostawców usługi płatniczej oraz jej waluty, por. M. Grabowski, Ustawa o usługach płatniczych, MoP 2011, Nr 21, s. 1145 i n.

²³ Por. tekst jednolity: D.U. z 2012 r., poz. 1232.

²⁴ Por. uchylone art. 3–7 ElektInstPłatU.

²⁵ Por. art. 3 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 2 pkt 31 UsługPłatU.

²⁶ Por. art. 2 pkt 29 UsługPłatU.

²⁷ Por. definicję w art. 2 pkt 25 UsługPłatU. W przepisie tym chodzi o rachunek służący do wykonywania transakcji płatniczych, w tym także rachunek bankowy oraz rachunek członka spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, jeżeli służy do wykonywania takich transakcji.

²⁸ Pojęcie zlecenia płatniczego definiuje art. 2 pkt 36 UsługPłatU.

²⁹ Czyli dostawcą, który zgodnie z art. 2 pkt 1 ElektInstPłatU w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 5 UsługPłatU trudni się zawieraniem takich umów.

ustawowej definicji posiadacza, jako że w nowym brzmieniu art. 2 pkt 11 EleklInstPłatU z tego kręgu desygnatów wyłączono zawierających umowy o kartę płatniczą. Z drugiej jednak strony zachowana w EleklInstPłatU regulacja tej umowy w dalszym ciągu konsekwentnie posługuje się rozróżnieniem posiadacza od użytkownika, którego definicja legalna nie uległa zmianie³⁰. Należy jednak wskazać, że „posiadacz” został zastąpiony „użytkownikiem” z art. pkt 34 UsługPłatU oraz że definicja pierwszego jest zbieżna z regulacją drugiego w UsługPłatU. Jak się wydaje, nowego pojęcia „użytkownika” nie wprowadzono do regulacji umowy o kartę w EleklInstPłatU ze względu na konieczność zachowania terminologicznego rozróżnienia z użytkownikiem karty w dotychczasowym rozumieniu przepisów tej ustawy. Wobec powyższego należy przyjąć, że omawiana zmiana miała charakter jedynie porządkowy i konstrukcja podmiotowa dotąd stosowana w odniesieniu do kart płatniczych nie uległa zmianie.

Wobec uchylecia w całości art. 3 EleklInstPłatU **umowa o kartę płatniczą może być odtąd zawierana w dowolnej formie oraz także na czas nieoznaczony**. UsługPłatU nie zawiera nadto analogicznego do art. 3 ust. 2 EleklInstPłatU katalogu postanowień, które winny zostać zawarte w takiej umowie. Należy jednak wskazać, że część z tych kwestii doczekała się w UsługPłatU poszerzonej regulacji³¹, zaś pozostałe powinny zostać podane do wiadomości użytkownika w ramach szeroko zakreślonych w ustawie obowiązków informacyjnych wydawcy³². Jak się zatem wydaje, wskazana zmiana nie ma większego znaczenia merytorycznego, zwłaszcza jeżeli wziąć pod uwagę, że analizowane umowy mają w przeważającej mierze charakter adhezyjny i ich zasadniczą treść określają stosowane regulaminy³³. Zasygnalizowane wyżej ustawowe regulacje kwestii dotychczas pozostawionych uznaniu stron umowy wykraczają poza zakres niniejszego opracowania. Pozostaje jedynie wskazać, że zgodnie z art. 8 ust. 1 UsługPłatU zapisy umowy o usługi płatniczej, pod sankcją ich nieważności i zastąpienia regulacją ustawową, nie mogą być mniej korzystne dla użytkowników niż przepisy ustawy, chyba że ta wprost dopuszcza takie odstępstwo. Oznacza to, że postanowienia UsługPłatU mają co do zasady charakter semiimperatywny.

Odpowiedzialność za transakcje dokonane z użyciem utraconej karty płatniczej

Przyjęty w UsługPłatU model stanowi w dużej mierze transpozycję rozwiązań przyjętych w EleklInstPłatU, dlatego zasadne jest ich łączne omówienie ze wskazaniem występujących w tym zakresie różnic. Należy jednak pamiętać, że przeniesienie omawianych przepisów do UsługPłatU powoduje, że odtąd znajdują one zastosowanie nie tylko do kart, lecz również do pozostałych instrumentów płatniczych³⁴.

Podstawową kwestię stanowi analiza charakteru obowiązków nałożonych na posiadacza karty³⁵. Z zachowaniem należytej staranności powinien on przechowywać kartę płatniczą i ochraniać przypisany doń kod identyfikacyjny, a zwłaszcza trzymać oba elementy osobno oraz nie udostępniać ich osobom nieuprawnionym. Jeżeli zaś dojdzie do utraty lub zniszczenia karty płatniczej, należy niezwłocznie zgłosić tę okoliczność wydawcy. Ten ostatni obowiązek UsługPłatU rozszerza na sytuacje przysługujące oraz nieuprawnionego użycia lub dostępu do karty lub kodu³⁶.

Również obowiązki wydawcy zostały niemalże w całości przeniesione z EleklInstPłatU do nowej regulacji. Wydawca karty płatniczej winien zapewnić, by jej indywidualne zabezpieczenia nie były dostępne dla osób innych niż podmiot uprawniony

w umowie do korzystania z niej, niewysyłania niezamówionej karty, z wyjątkiem sytuacji, w których zamówiona uprzednio podlega wymianie, oraz zapewnienia całodobowej dostępności odpowiednich środków pozwalających na dokonanie przez posiadacza wskazanych wyżej zgłoszeń oraz wystawienie potwierdzenia samego faktu zgłoszenia³⁷.

Istotny element omawianego układu praw i obowiązków stron umowy stanowią obowiązki informacyjne wydawcy, które mają umożliwić wykonanie przez posiadacza zgłoszeń płatności dokonanych wbrew woli osoby uprawnionej do korzystania z karty. Na gruncie art. 24 EleklInstPłatU temu samemu celowi służyło dostarczanie posiadaczowi karty co najmniej raz w miesiącu zestawienia operacji dokonanych przy jej użyciu. W nowej regulacji obowiązek sformułowano w ten sposób, że w myśl art. 31 UsługPłatU niezwłocznie po obciążeniu rachunku płatniczego kwotą danej transakcji wydawca dostarcza uprawnionemu do korzystania z karty informacje umożliwiające zidentyfikowanie transakcji płatniczej, a w stosownych przypadkach odbiorcy. Ten sam przepis pozwala na umowne zastrzeżenie, że dane będą dostarczane okresowo co najmniej raz w miesiącu w sposób umożliwiający ich przechowywanie i odtwarzanie w niezmięnionej postaci.

W tym miejscu należy wskazać, że regulacja art. 24 EleklInstPłatU przewidywała, że omówione wyżej zgłoszenia winny nastąpić w terminie określonym w umowie, jednak nie krótszym niż 14 dni. Nowy art. 42 ust. 1 UsługPłatU jest w tym zakresie mniej precyzyjny, gdyż wprowadza wymóg dokonania zgłoszenia niezwłocznie po stwierdzeniu zajścia wyżej wymienionych sytuacji. Wskazanego obowiązku nie należy mylić z postanowieniem zawartym w art. 44 ust. 2 UsługPłatU. Ten ostatni przepis nie definiuje pojęcia „niezwłoczności” zgłoszenia, a jedynie przesądza o dodatkowym wymogu, by zostało dokonane nie później niż w terminie w nim wskazanym pod rygorem wygaśnięcia roszczeń posiadacza karty. Jeżeli zatem posiadacz wykona swój obowiązek w określonym terminie 13 miesięcy, jednak później, niż to było możliwe ze względu na chwilę, w której stwierdził wskazane wyżej okoliczności, to jego działanie będzie dotknięte zwłoką.

Przechodząc do analizy poszczególnych przypadków transakcji dokonanych przy użyciu utraconej karty płatniczej, należy wskazać, że dotychczasowa i nowa regulacja są ze sobą w tym

³⁰ Por. art. 2 pkt 12 EleklInstPłatU.

³¹ Np. terminy wykonywania zleceń płatniczych zostały szczegółowo uregulowane w art. 53–59 UsługPłatU, wypowiedzenie umowy w art. 35 UsługPłatU, zaś jej zmiana i przedłużenie w art. 29 UsługPłatU.

³² UsługPłatU kładzie główny nacisk na bezpłatne udostępnienie usługobiorcy jasnej i zrozumiałej informacji co do wskazanych kwestii przed zawarciem umowy o świadczenie zgodnie z art. 27 UsługPłatU; chodzi tu np. o prowizje i opłaty oraz procedury przewidziane na wypadek utraty lub zgubienia karty.

³³ W zakresie znaczenia wzorców umownych w działalności banków por. ogólne wywoły *W. Katnera*, [w:] *S. Włodzka* (red.), *System prawa handlowego. Prawo umów handlowych*, t. 5, Warszawa 2011, s. 818 i n.

³⁴ Por. definicję instrumentu płatniczego z art. 2 UsługPłatU. Obejmuje ona pojęcie elektronicznego instrumentu płatniczego.

³⁵ Obowiązki posiadacza karty zostały określone w art. 16 EleklInstPłatU i stanowiącym jego odpowiednik art. 42 UsługPłatU. Problematyczne jest określenie charakteru wskazanych obowiązków posiadacza. Jeżeli zostały nałożone nań w jego własnym interesie, to trudno przyjmować, by mogły stanowić podstawę roszczeń ze strony wydawcy karty. Jest to tym bardziej widoczne, gdy wziąć pod uwagę, że w razie ich naruszenia ten ostatni nie był na gruncie EleklInstPłatU obciążony ich skutkami. Należy jednak wskazać, że poprawa pozycji posiadacza w UsługPłatU sprawiła, że w omówionych niżej przypadkach to wydawca poniesie konsekwencje uchybień posiadacza karty, np. w sytuacji naruszenia jego obowiązków, które nie będzie miało rażącego charakteru.

³⁶ Por. art. 42 ust. 1 pkt 2 UsługPłatU. Z kolei w pkt 2 ustępu ustawa stanowi, że korzystanie z karty płatniczej winno się odbywać w sposób zgodny z umową o jej wydanie, co stanowi w istocie ustawowe *superfluum*.

³⁷ Zgodnie z art. 43 UsługPłatU, wzorowanym na art. 21, 22 i 25 EleklInstPłatU.

zakresie zbieżne i uzależniają finansowe obciążenie posiadacza karty kwotą danej transakcji od możliwości przypisania mu zgody na jej dokonanie. W tym zakresie UsługPłatU posługuje się konstrukcją autoryzacji transakcji, która zgodnie z art. 40 ust. 1 UsługPłatU ma taki charakter, jeżeli płatnik wyraził w sposób przewidziany w umowie o kartę zgodę na transakcję przed jej dokonaniem. Z tego względu posiadacz nie może odpowiadać za transakcje dokonane przed dostarczeniem mu karty przez wydawcę albo na skutek naruszenia przez tego ostatniego obowiązków wynikających z umowy i ustawy³⁸. Modyfikacja omawianych reżimów była w obu wypadkach dopuszczalna jedynie na korzyść posiadacza³⁹.

Zarówno na gruncie regulacji starej, jak i nowej posiadacz ponosi odpowiedzialność za transakcje dokonane przy użyciu karty do ich pełnej wysokości, jeżeli umyślnie do nich doprowadził albo naruszył opisane wyżej obowiązki staranności w przechowywaniu karty i ochrony przypisanego do niej kodu oraz dokonywania w odpowiednich terminach zgłoszeń⁴⁰. Należy wskazać, że w przeciwieństwie do ElektInstPłatU UsługPłatU wymaga, by niedbalstwo w tym wypadku miało rażący charakter. Dodatkowo w obu ustawach zawarto ograniczenie, zgodnie z którym wystawca nie ponosi odpowiedzialności za operacje dokonane przy użyciu karty do kwoty w złotych polskich będącej równoważnością 150 euro⁴¹.

Posiadacz nie ponosi odpowiedzialności za operacje przeprowadzone przy użyciu utraconej karty od momentu dokonania omówionych wyżej zgłoszeń, chyba że umyślnie doprowadził do dokonania danej transakcji. Zgodnie z art. 46 ust. 5 UsługPłatU w ten sam sposób rozkłada się ciężar odpowiedzialności w sytuacji, w której wydawca, wbrew nałożonemu na niego obowiązkowi, nie zapewnia posiadaczowi karty możliwości dokonania w każdym czasie dotyczących jej zgłoszeń. Z kolei art. 28 ust. 5 i 6 ElektInstPłatU przewidywał, że w razie braku odmiennego postanowienia umownego posiadacz nie odpowiadał za transakcje dokonane bez fizycznego przedłożenia karty i jego elektronicznej identyfikacji lub złożenia podpisu. Ze względu na wprowadzoną w art. 40–48 UsługPłatU konstrukcję autoryzacji transakcji płatniczej wskazana powyżej regulacja ElektInstPłatU stała się zbędna.

Istotna nowość została przewidziana w art. 46 UsługPłatU.

Ciężar udowodnienia, że transakcja płatnicza była autoryzowana przez posiadacza karty lub że została wykonana prawidłowo, spoczywa na wystawcy. Samo wykazanie zarejestrowanego użycia karty nie jest wystarczające do udowodnienia, że transakcja płatnicza została przez jej użytkownika autoryzowana. Konieczne jest udowodnienie innych okoliczności wskazujących na autoryzację transakcji płatniczej przez posiadacza albo na fakt, że ten umyślnie doprowadził do nieautoryzowanej transakcji albo umyślnie lub wskutek rażącego niedbalstwa dopuścił się naruszenia co najmniej jednego z wyżej omówionych obowiązków. W tym zakresie na gruncie regulacji UsługPłatU znajdował zastosowanie ogólny przepis art. 6 KC, a zatem wskazana zmiana jest dla posiadacza korzystna.

Kolejną nowość stanowi postanowienie art. 46 ust. 1 UsługPłatU, zgodnie z którym jeżeli wydawca ponosi na mocy ustawy odpowiedzialność za daną transakcję, ma obowiązek bezwzględnego zwrotu środków na rachunek posiadacza⁴². Regulacja nie miała swojego odpowiednika w ElektInstPłatU.

Kwestia stosowania nowej ustawy

Umowa o kartę płatniczą, jak wynika z przeprowadzonej wyżej analizy, zarówno na gruncie starej, jak i nowej regulacji jest podstawą nawiązania ciągłego stosunku prawnego⁴³. Jakkolwiek ElektInstPłatU przewidywała, że zawierana była na okres oznaczony, to jej istotą było dokonywanie przez wydawcę rozliczeń jednostkowych transakcji dokonywanych przy użyciu karty oraz prowadzenie przypisanego do niej rachunku w okresie związania umową, m.in. w zamian za świadczone okresowo przez posiadacza wynagrodzenie. Jak wynika z powyższego, element czasu był jednym z wyznaczników należnych świadczeń lub zachowań stron umowy, a zatem łatwo jest, w toku istnienia takiego stosunku, zastosować do niego nową regulację⁴⁴. Za takim rozwiązaniem przemawia także domniemane właściwości nowej ustawy⁴⁵. Dlatego, wobec braku przepisów międzyczasowych, do umowy o kartę płatniczą znajdują zastosowanie z chwilą wejścia w życie UsługPłatU jej postanowienia.

Należy jednak wskazać, że do utraty karty płatniczej przez klienta doszło jeszcze pod rządem ElektInstPłatU. Zdarzenie to zapoczątkowało istnienie sytuacji prawnej trwającej po wejściu UsługPłatU w życie. Jak się wydaje, w tym zakresie znajduje zastosowanie ustawa dotychczasowa, zgodnie z zasadą *tempus regit actum*⁴⁶. W przeciwnym wypadku powstałaby konieczność dokonania z chwilą wejścia w życie UsługPłatU ponownej i częściowo odmiennie kwalifikacji zachowań stron umowy o kartę płatniczą, co prowadziłoby w efekcie do nielogicznych skutków. Tytułem przykładu można wskazać, że na gruncie ElektInstPłatU utrata karty przez posiadacza spowodowana jego niedbalstwem spowodowała jednolicie jego pełną odpowiedzialność za dokonane przy jej użyciu transakcje płatnicze, podczas gdy UsługPłatU wiąże taki skutek tylko z rażącym niedbalstwem posiadacza.

Powyższe oznacza, że jakkolwiek wykonywanie umowy o kartę płatniczą od daty wejścia w życie UsługPłatU podlegało regulacji nowej ustawy, to sama utrata karty i cywilnoprawne skutki tego zdarzenia winny być oceniane na podstawie przepisów ustawy, pod rządem której do zdarzenia doszło. Dlatego w zakresie odpowiedzialności banku jako wydawcy karty za transakcje dokonane po chwili jej utraty przez posiadacza właściwe są w całości postanowienia ElektInstPłatU. Oznacza to, że klient nie będzie mógł skorzystać z przewidzianych w tym zakresie w UsługPłatU korzystnych rozwiązań, takich jak: postanowienie, że posiadacz karty nie odpowiada za transakcje w sytuacji, w której postępował niedbale, dłuższy okres na dokonanie wydawcy zgłoszeń dotyczących karty oraz odwrócenie ciężaru dowodu przewidziane go na wypadek sporu sądowego dotyczącego odpowiedzialności za transakcje dokonane przy użyciu karty z jej wydawcą. ■

³⁸ W tym zakresie por. art. 21 ust. 1 ElektInstPłatU oraz 43 ust. 2 UsługPłatU.

³⁹ W tym zakresie jedną granicę swobody stron stanowi zakaz wynikający z art. 473 § 2 KC.

⁴⁰ Por. art. 28 ust. 2 ElektInstPłatU z art. 46 ust. 3 UsługPłatU.

⁴¹ Por. art. 28 ust. 2 oraz art. 46 ust. 2 UsługPłatU. Oznacza to, że transakcje do tej kwoty obciążają posiadacza karty.

⁴² Por. art. 46 ust. 1 UsługPłatU.

⁴³ Por. T. Dybowski, A. Pyrzyńska, [w:] E. Łętowska (red.), System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna, t. 5, Warszawa 2006; s. 198; Z. Radwański, Uwagi o trwałych (ciągłych) na tle kodeksu cywilnego, Studia Cywilistyczne 1969, t. XIII–XIV, s. 251 i n.

⁴⁴ Por. Z. Radwański, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2009, s. 54.

⁴⁵ Por. T. Pietrzykowski, Podstawy prawa intertemporalnego. Zmiany przepisów a problemy stosowania prawa, Warszawa 2011, s. 46 i n.

⁴⁶ Por. T. Pietrzykowski, *op. cit.*, s. 39 i n.; E. Łętowska, K. Osajda; Prawo intertemporalne w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego, Warszawa 2008, s. 360 i n.

Dziecko w postępowaniu cywilnym

Katarzyna Obrycka*

Streszczenie:

Literatura prawnicza nie poświęcała wiele uwagi problematyce praw dziecka w ramach postępowania cywilnego. W praktyce coraz częściej dostrzega się złożoność zagadnienia jakim jest udział dziecka w procedurach cywilnych, w szczególności kwestia wysłuchania dziecka, a także podkreśla się konieczność stworzenie skutecznych przepisów prawnych w tym obszarze. Niniejszy artykuł ma celu przedstawienie rozwiązań prawnych obowiązujących w polskim systemie prawnym w kontekście praw dziecka w ramach postępowania cywilnego.

Summary:

The legal literature has not devoted much attention to the issue of children's rights in the context of civil proceedings. The complexity of the child's participation in the civil procedures, in particular the issue of the children hearing, is increasingly recognized in practice as well as the need to establish effective legislation in this area. The intention of this article is to provide legal solutions that exist in the Polish legal system in the context of the children's rights in the scope of the civil proceedings.

Nauka i praktyka badawcza w zakresie udziału dziecka w postępowaniach sądowych skupia się w przeważającej mierze na ochronie dziecka w kontekście ofiary lub świadka przestępstwa, to jest roli dziecka w postępowaniu karnym. Jednak należy zauważyć, że również przepisy prawa cywilnego uwzględniają regulacje w zakresie realizacji podmiotowości dziecka i przynależnych mu praw w ramach tegoż postępowania.

Prawo do wypowiedzi dziecka w ratyfikowanych konwencjach

Podstawową gwarancją procesową przyznaną stronom i uczestnikom postępowania sądowego jest **prawo do wypowiedzi**, tj. prawo do wyrażania własnych poglądów, zabierania głosu, podejmowania decyzji, prawo do poszukiwania, otrzymywania i przekazywania informacji. Prawo to, jako przynależne także dziecku, znajduje swoje podstawy w Konwencji o prawach dziecka, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 20.11.1989 r.¹

Zgodnie z art. 12 Konwencji o prawach dziecka:

1. Państwa-Strony zapewniają dziecku, które jest zdolne do kształtowania swych własnych poglądów, prawo do swobodnego wyrażania własnych poglądów we wszystkich sprawach dotyczących dziecka, przyjmując je z należytą wagą, stosownie do wieku oraz dojrzałości dziecka.
2. W tym celu dziecko będzie miało w szczególności zapewnioną możliwość wypowiadania się w każdym postępowaniu sądowym i administracyjnym, dotyczącym dziecka, bezpośrednio lub za pośrednictwem przedstawiciela bądź odpowiedniego organu, zgodnie z zasadami proceduralnymi prawa wewnętrznego.

Aktem prawnym o szczególnym znaczeniu dla omawianego zagadnienia jest Europejska konwencja o wykonywaniu praw dzieci, sporządzona w Strasburgu 25.1.1996 r.². **Konwencja ta zapewnia dzieciom:** prawo do informacji o toczącym się, a dotyczącym ich postępowaniu, możliwość wyrażenia własnej opinii, prawo do żądania wyznaczenia niezależnego przedstawiciela ich interesów, prawo do żądania obecności wybranych osób w postępowaniach przed sądem, prawo do bycia informowanym o ewentualnych skutkach jego stanowiska oraz o ewentualnych skutkach każdej decyzji. Zgodnie z powyższą konwencją w sytuacji powołania dla dziecka przedstawiciela powinien on:

- ▶ dostarczać dziecku wyjaśnień dotyczących ewentualnych skutków jego stanowiska i czynności dokonywanych przez przed-

stawiciela, jeżeli jest ono uznane według prawa wewnętrznego za mające wystarczające rozeznanie,

- ▶ określić stanowisko dziecka i przedstawić je organowi sądowemu,

- ▶ dostarczać dziecku wszystkich istotnych informacji, jeżeli jest ono uznane według prawa wewnętrznego za mające wystarczające rozeznanie.

W kontekście przyjętych przez Polskę zobowiązań w zakresie powyższych konwencji należy w tym miejscu zauważyć, że ich realizacja napotyka wciąż wiele ograniczeń, a sama regulacja udziału dziecka w postępowaniu cywilnym jest raczej szczątkowa.

Zdolność procesowa dziecka w KPC

W postępowaniu cywilnym **wysłuchanie dziecka przez sąd** jest uzależnione od udziału małoletniego w postępowaniu. Natomiast sam udział uwarunkowany jest faktem posiadania przez dziecko zdolności sądowej oraz zdolności procesowej. **Zdolność sądową posiadają wszystkie osoby fizyczne od chwili urodzenia, a więc także małoletni.** Z uwagi na zdolność procesową, która jest niezbędnym warunkiem skutecznego podejmowania czynności w postępowaniu cywilnym, wyróżnia się **trzy kategorie prawnego funkcjonowania osób fizycznych:**

- ▶ **osoby fizyczne do 13. roku życia** – nie posiadają zdolności procesowej, w postępowaniu cywilnym są reprezentowane przez przedstawicieli ustawowych (art. 66 KPC);

- ▶ **osoby fizyczne między 13. a 18. rokiem życia** – posiadają ograniczoną zdolność procesową, tj. posiadają zdolność procesową w sprawach wynikających z czynności prawnych, których mogą dokonywać samodzielnie (art. 65§2 KPC), tj. czynności wynikających z art. 20–22 KC, oraz czynności przysparzających

* Adwokat, doradca w zakresie prawa energetycznego, prawa zamówień publicznych, prawa ochrony środowiska, a także sporów sądowych i arbitrażu. Ukończyła Centrum Prawa Amerykańskiego zorganizowanego przez Uniwersytet Warszawski we współpracy z University of Florida Fredric G. Levin College of Law.

¹ Ratyfikowana przez Polskę w 1991 r., Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.

² Ratyfikowana przez Polskę w 1997 r., Dz.U. z 2000 r. Nr 107, poz. 1128.

(art. 17 KC); a *contrario* w sprawach, które wynikają z czynności prawnych wymagających zgody przedstawiciela ustawowego (zobowiązujących i rozporządzających), małoletni nie mają zdolności procesowej; zdolność procesowa przyznana małoletnim w tym zakresie może zostać ograniczona na mocy decyzji sądu podyktowanej szeroko rozumianym dobrem małoletniego; na marginesie warto zauważyć, że w postępowaniu przed sądem opiekuńczym w postępowaniu nieprocesowym zdolność procesowa została poszerzona na rzecz małoletnich, którzy ukończyli 13 lat (art. 573 KPC);

» **osoby fizyczne powyżej 18. roku życia** – posiadają pełną zdolność procesową.

Należy zauważyć, że w praktyce przeważająca większość spraw rozpoznawanych w procesie, w którym małoletni biorą udział, to sprawy, w których nie mają zdolności procesowej i są reprezentowani przez przedstawicieli ustawowych, najczęściej rodziców. Nie dotyczy to spraw, w których drugą stroną jest inne dziecko lub sami rodzice – w takich przypadkach interesy dziecka reprezentuje kurator ustanowiony przez sąd opiekuńczy, z wyjątkiem spraw o alimenty dochodzone od drugiego z rodziców (art. 98 KRO). Ponadto rodzice nie mogą reprezentować dziecka w sprawach o prawa stanu, jeżeli przeciwną stroną jest drugi z rodziców, tj. zaprzeczenie ojcostwa, macierzyństwa i unieważnienie uznania dziecka. Przedstawiciel ustawowy może wyrazić zgodę na pobranie krwi u małoletniego, który nie ukończył 13. roku życia, powyżej tego wieku zaś zgodę na pobranie krwi może udzielić tylko sam małoletni (art. 306 KPC). Zgodnie z orzeczeniem SN z 22.2.2008 r.³ (V CSK 432/07) art. 306 KPC dotyczy również badań genetycznych innego materiału organicznego niż krew⁴.

Wysłuchanie dziecka w KPC i KRO

W prawie polskim podstawową zasadę dotyczącą wysłuchania dziecka w postępowaniu sądowym wyznacza art. 72 ust. 3 Konstytucji RP, zgodnie z którym w toku ustalania praw dziecka organy władzy publicznej oraz osoby odpowiedzialne za dziecko są obowiązane do wysłuchania i w miarę możliwości uwzględnienia zdania dziecka.

Obowiązek wysłuchania dziecka w procesie cywilnym został wprowadzony ustawą z 6.11.2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw⁵, która weszła w życie 13.6.2009 r. Powyższą nowelizacją m.in. nałożono na sąd obowiązek wysłuchania dziecka w postępowaniu procesowym w sprawach cywilnych dotyczących osoby małoletniego dziecka (art. 216¹ KPC) oraz w postępowaniu nieprocesowym w sprawach dotyczących zarówno osoby, jak i majątku małoletniego (576 § 2 KPC). Zgodnie z przedmiotowymi przepisami przed podjęciem decyzji o wysłuchaniu dziecka sąd powinien dokonać oceny stanu zdrowia, stanu umysłowego i stopnia dojrzałości dziecka. Obowiązek wysłuchania dziecka nie jest jasny ze względu na nieprecyzyjne kryterium zaproponowane przez ustawodawcę, brak twardych przesłanek – jak wiek – powoduje trudności w stosowaniu tego przepisu, tym samym ograniczając prawo dziecka do bycia podmiotem postępowania cywilnego. Pomocne w tym zakresie mogą się okazać opinie psychologów z Rodzinnego Ośrodka Diagnostyczno-Konsultacyjnego. Ponadto Kodeks rodzinny i opiekuńczy, a także Kodeks postępowania cywilnego nakładają na sąd wprost **obowiązek uzyskania zgody dziecka na dokonanie konkretnej czynności**:

» art. 89 KRO: Do zmiany nazwiska dziecka, które w chwili uznania ukończyło 13 lat, potrzebna jest jego zgoda;

» art. 118 KRO: Do przysposobienia potrzebna jego zgoda przysposobianego, który ukończył lat trzynaście (...);

» art. 122 KRO: Na wniosek przysposabiającego sąd opiekuńczy może w orzeczeniu o przysposobieniu zmienić imię lub imiona przysposobionego. Jeżeli przysposobiony ukończył lat trzynaście, może to nastąpić tylko za jego zgodą (...).

Przepisy te dotyczą małoletnich, po ukończeniu przez nich 13. roku życia, którzy na podstawie art. 573 KPC posiadają już zdolność procesową dotyczącą ich osoby. Natomiast jeżeli konkretne okoliczności sprawy dają podstawy do obawy, że udział dziecka w charakterze uczestnika postępowania nie jest korzystny dla jego dobra, należy wydać postanowienie o ograniczeniu lub wyłączeniu osobistego udziału małoletniego w postępowaniu. Przesłanki wydania takiego postanowienia są dość elastyczne („jeżeli przemawiają za tym względy wychowawcze”). Po jego wydaniu należy rozważyć, czy wobec wyłączenia lub ograniczenia osobistego udziału dziecka nie zachodzi podstawa ustanowienia dla dziecka kuratora⁶. Prawo dziecka do wypowiedzi realizowane jest także w drodze reprezentacji jego interesów przez przedstawiciela ustawowego. Osoby reprezentujące dziecko mogą ułatwić mu wyrażenie stanowiska, a przede wszystkim ustalenie tegoż stanowiska i jego rzetelne przedstawienie.

Reprezentacja dziecka

Polskie sądy wciąż zbyt małą wagę przywiązują do przestrzegania praw dziecka, takich jak: prawo do uczestniczenia w postępowaniu czy prawo do wypowiedzi, ale również prawo do dostępu do informacji, prywatności, ochrony przed poniżającym traktowaniem, równości. **Nagminną praktyką jest reprezentowanie małoletniego przez jednego z rodziców w sprawach o:** uregulowanie kontaktów, zakazanie osobistej styczności z dzieckiem, pozbawienie, ograniczenie czy zawieszenie władzy rodzicielskiej nad dzieckiem. Rodzic reprezentuje w tych postępowaniach jednocześnie samego siebie, zatem zachodzi tu oczywisty konflikt interesów, na czym traci dziecko. Jego udział w takich sprawach jest realizowany poprzez badanie w Rodzinnym Ośrodku Diagnostyczno-Konsultacyjnym lub poprzez ewentualnie wysłuchanie. Tymczasem w literaturze pojawiają się głosy, że w każdej z powyższych sytuacji procesowych dziecko powinno być reprezentowane przez kuratora, jeżeli nie ma możliwości być uczestnikiem postępowania ze względu na ograniczoną zdolność procesową lub jej brak. W sytuacji reprezentacji dziecka przez rodziców kwestią nieuregulowaną pozostaje także zagadnienie zaskarżania wydawanych orzeczeń sądowych w przedmiocie władzy rodzicielskiej. W przypadku wydania orzeczenia zgodnego z oczekiwaniami rodziców uprawnionym do wniesienia zaskarżenia pozostaje w obecnym stanie prawnym jedynie prokurator (art. 9 KPC). Nie jest on jednak informowany o każdej sprawie w przedmiocie władzy rodzicielskiej. Może zaskarżyć orzeczenie tylko, gdy zna jego treść w terminie przewidzianym dla stron. Dziecko pozbawione statusu uczestnika oraz należytej reprezentacji nie ma prawnej możliwości zaskarżenia wydanego w jego sprawie orzeczenia⁷. W tym kontekście należy zauważyć, że orzecznictwo Sądu Najwyższego pozbawiło art. 573 KPC praktycznego waloru w sprawach o pozbawienie

³ V CSK 432/07, OSNC 2008, Nr D, poz. 119.

⁴ Por. R. Zegadło, Dziecko w postępowaniach sądowych i administracyjnych, Rodzina i Prawo 2011, Nr 19, s. 57–66.

⁵ Dz.U. Nr 220, poz. 1431.

⁶ Por. R. Zegadło, *op. cit.*

⁷ Por. K. Borkowska, Prawo dziecka do wypowiedzi a jego udział w postępowaniu cywilnym w sprawach rodzinnych i opiekuńczych, Dziecko Krzywdzone 2011, Nr 2 (35).

władzy rodzicielskiej, ograniczenie władzy rodzicielskiej i odebranie dziecka, odmawiając dziecku statusu uczestnika postępowania w tych sprawach⁸. Jeżeli ustawodawca zdecydowałby się na przesądzenie udziału dziecka w charakterze uczestnika postępowania w przedmiotowych sprawach, to w konsekwencji powinien przewidzieć, że w sprawach tych z mocy prawa ustanawia się dla dziecka niemającego zdolności procesowej kuratora z urzędu na koszt Skarbu Państwa. Ponadto tak samo ustawodawca powinien potraktować sprawy o kontakty oraz inne sprawy opiekuńcze, w których spierają się sami rodzice mający pełną władzę rodzicielską, i żadne z nich nie powinno wypowiedać się w imieniu dziecka, ale wtedy wiązałoby się to z poważnym obciążeniem budżetu państwa⁹.

Prawo dziecka do wyrażania swoich poglądów we wszystkich sprawach go dotyczących, a więc także do wypowiedziania

się w postępowaniu cywilnym, gwarantuje art. 12 Konwencji o prawach dziecka oraz Europejska konwencja o wykonywaniu praw dzieci.

Kształt krajowych regulacji zawartych w KPC i KRO w przedmiotowym zakresie nie odpowiada jednak w pełni przyjętym zobowiązaniom międzynarodowym oraz unormowaniom konstytucyjnym. Polskiego ustawodawcę czeka jeszcze praca nad przepisami zapewniającymi, w sprawach cywilnych, zwłaszcza rozwodowych i opiekuńczych, bardziej powszechne korzystanie z instytucji gwarantujących pełną ochronę praw dziecka w postępowaniu cywilnym. ■

⁸ Uchw. SN (7) z 30.1.1996 r., III CZP 172/95, OSNC 1996, Nr 7–8, poz. 92; uchw. całej izby cywilnej SN z 26.1.1973 r., III CZP 101/71, OSNC 1973 r., Nr 7–8, poz. 118 i uchw. SN z 3.5.1979 r., III CZP 14/79, OSNCP 1979 r., Nr 12, poz. 203.

⁹ Por. R. Zegadło, *op. cit.*



Prawa dziecka w postępowaniu karnym

Łukasz Malinowski*

Streszczenie:

W artykule poruszono problematykę ochrony praw dziecka w postępowaniu karnym. Dziecko jest szczególnym uczestnikiem postępowania karnego, w którym może występować w charakterze pokrzywdzonego lub świadka. W opracowaniu przedstawiono zagadnienia związane z wykonywaniem uprawnień małoletniego pokrzywdzonego w procesie karnym przez różne osoby oraz problematykę przesłuchania pokrzywdzonego małoletniego i świadka w trybie art. 185a oraz w trybie art. 185b KPK. Autor zwraca uwagę na podobieństwa i różnice związane z przesłuchaniem małoletniego pokrzywdzonego oraz świadka, a także wskazuje na sytuacje, kiedy przesłuchanie takie może zostać przeprowadzone ponownie. Ponadto w artykule zasygnalizowano planowane zmiany przepisów w tym zakresie, mające na celu implementację przepisów prawa wspólnotowego i poszerzenie ochrony dziecka w procesie karnym z jednoczesnym uwzględnieniem prawa do obrony przysługującego oskarżonemu.

Summary:

This paper addresses the issue of child items in the criminal proceedings. A child is a special participant in the criminal proceedings, which may be a victim or witness. This paper presents the issues related to the exercise of the power of the minor victim in the criminal justice process by different people and hearing problems of the minor victim and witness under Article 185a and Article 185b of the Code of Criminal Procedure. The author draws attention to the similarities and differences associated with the hearing of the minor victim and witness, and also points to situations where such a hearing may be held again. Additionally, this article signaled the planned amendments to the provisions in this regard, which are aimed at implementation of the European Union law and extend the protection of children in the criminal justice process, while taking into account the rights of defense of the accused.

Niejednokrotnie zdarza się, że w wyniku popełnionego czynu zabronionego konieczny staje się udział dziecka w postępowaniu karnym, zarówno na etapie postępowania przygotowawczego, jak i w toku postępowania jurysdykcyjnego. Uczestniczenie dziecka w postępowaniu karnym wiąże się z potrzebą zapewnienia odpowiedniej realizacji przysługujących mu praw, zwłaszcza w sytuacji, gdy posiada ono status pokrzywdzonego. Przepisy proceduralne powinny być zatem tak sformułowane, aby zapewnić dziecku uczestniczącemu w postępowaniu karnym szczególną ochronę. Nie ulega bowiem wątpliwości, że udział w postępowaniu karnym jest stresującym wydarzeniem dla osób, które wbrew swojej woli muszą występować w sprawie w charakterze pokrzywdzonego lub świadka. W szczególnej sytuacji znajdują się osoby małoletnie. Jak podkreśla się w literaturze, u osoby małoletniej nie zakończył się jeszcze rozwój fizyczny, psychiczny i społeczny, a tym samym w porównaniu z ludźmi dorosłymi występują u niej istotne różnice w zakresie procesów poznawczych¹. Zagadnienie zapewnienia realizacji

* Instytut Prawa Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

¹ A. Krawiec, Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego w polskim procesie karnym, WPP, 2007, Nr 1, s. 53.

uprawnień przysługujących dziecku w postępowaniu karnym stanowi kwestię bardzo złożoną, z którą łączy się wiele problemów natury praktycznej. Wiązą się one m.in. z reprezentowaniem dziecka w procesie karnym, jak również z jego bezpośrednim udziałem w postępowaniu karnym, zwłaszcza w sytuacji, gdy jest ono źródłem dowodowym, a jego zeznania stanowią istotny, a niejednokrotnie kluczowy, środek dowodowy w sprawie.

Wprowadzenie

Na konieczność zapewnienia szczególnej ochrony dziecku wskazują przepisy art. 45 oraz art. 72 Konstytucji RP. Przepis art. 45 ust. 1 Konstytucji RP gwarantuje bowiem **prawo do sądu w sprawach karnych**, w tym prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpoznania sprawy każdemu, a więc także pokrzywdzonemu, który musi mieć w związku z tym prawo do inicjowania ścigania karnego; muszą także istnieć regulacje gwarantujące mu podstawowe prawa jako uczestnika postępowania². Należy zrobić wszystko, aby uniknąć wtórnej wiktymizacji, jak również zniwelować stres, który jest wynikiem kontaktu z organami wymiaru sprawiedliwości. Szczególnie należy zadbać, aby zwłaszcza w stosunku do dzieci czynności podejmowane w toku postępowania karnego nie stały się źródłem traumatycznych doświadczeń w ich życiu³. Jest to o tyle istotne, że niejednokrotnie dziecko jest nie tylko świadkiem, ale przede wszystkim pokrzywdzonym danym czynem zabronionym. Niezmiernie istotne jest także właściwe przygotowanie dziecka do wizyty w sądzie⁴.

Z drugiej jednak strony należy wskazać, że dążenie do minimalizowania negatywnych następstw udziału małoletniej osoby w postępowaniu nie może prowadzić do pozbawienia oskarżonego prawa do rzetelnego procesu, które wynika w sposób jednoznaczny z art. 6 EKPCz⁵.

Definicja „dziecka” w prawie karnym procesowym

Przed przystąpieniem do omówienia podstawowych praw dziecka w procesie karnym należy poczynić pewne uwagi natury terminologicznej. Żaden z przepisów Kodeksu postępowania karnego nie definiuje pojęcia „dziecko”. Z ogółu obowiązujących regulacji nie można wyprowadzić jednoznacznego wniosku co do tego, jaka granica wieku będzie decydowała o tej okoliczności. Przepis art. 51 § 2 KPK stanowi, że jeżeli pokrzywdzonym jest **małoletni**, to prawa jego wykonuje przedstawiciel ustawowy albo osoba, pod której stałą pieczęć pokrzywdzony pozostaje. Z tego uregulowania wynika, że chodzi tu co do zasady o osobę, która nie ukończyła lat 18 (poprzez wykładnię systemową odwołującą się do przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz Kodeksu cywilnego). Przepisy art. 185a i 185b KPK uzależniają ich zastosowanie od tego, aby osoba przesłuchiwana w chwili przesłuchania nie ukończyła 15. roku życia. Przepis art. 115 § 10 KK definiuje natomiast „**młodocianego**” jako sprawcę, który w chwili popełnienia czynu zabronionego nie ukończył 21 lat i w czasie orzekania w pierwszej instancji 24 lat. Ponadto art. 10 § 1 KK stanowi, że odpowiedzialność karną ponoszą osoby, które ukończyły lat 17. Wskazać należy także, że ustawa z 26.10.1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich⁶ posługuje się pojęciem „nieletniego”, które zostało zróżnicowane w zależności od rodzaju prowadzonego postępowania i wieku osób, wobec których mogą być stosowane poszczególne postępowania. W zakresie postępowania dotyczącego zapobiegania i zwalczania demoralizacji nieletnim jest osoba, które nie ukończyły lat 18. W postępowaniu w sprawach o czyny karalne nieletnim jest osoba, która dopuściła się takiego czynu po ukończeniu lat 13, ale nie ukończyła lat 17. W zakre-

sie wykonywania środków wychowawczych lub poprawczych za nieletniego uważana jest osoba, względem której środki te zostały orzeczone, choćby ukończyła lat 18, nie dłużej jednak niż do ukończenia przez te osoby lat 21. Odwołując się natomiast do uregulowań międzynarodowych, chociażby do Konwencji ONZ o prawach dziecka z 1989 r., wskazać należy, że na potrzeby tej konwencji **za dziecko uważa się każdą osobę, która nie ukończyła lat 18, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyskała ona pełnoletność wcześniej**. W aktach prawa wspólnotowego, które bezpośrednio dotyczą problematyki ochrony praw dzieci w związku popełnionymi czynami karalnymi, powszechnie natomiast przyjmuje się, że dziecko to każda osoba poniżej 18 lat⁷.

Wykonywanie praw małoletniego w postępowaniu karnym

Przechodząc do szczegółowego omówienia pozycji dziecka w postępowaniu karnym, należy przede wszystkim odnieść się do treści art. 51 § 2 KPK. Zgodnie z nim, jeżeli pokrzywdzonym jest małoletni albo ubezwłasnowolniony całkowicie lub częściowo, jego prawa wykonuje przedstawiciel ustawowy albo osoba, pod której stałą pieczęć pokrzywdzony pozostaje. Warunkiem *sine qua non* samodzielnego występowania w postępowaniu pokrzywdzonego jest pełnoletność oraz pełna zdolność do czynności prawnych. W sytuacji gdy ze względów faktycznych bądź prawnych pokrzywdzony nie spełnia tych warunków, ustawodawca przewidział możliwość wykonywania jego praw przez przedstawiciela ustawowego lub osobę, pod której stałą pieczęć małoletni pozostaje⁸. W orzecznictwie podkreśla się, że małoletność osoby bezpośrednio pokrzywdzonej wpływa jedynie na to, że jej prawa wykonuje przedstawiciel ustawowy, natomiast nie ma wpływu na status osoby pokrzywdzonej, która jest wyłącznie uprawniona do dochodzenia roszczeń cywilnych wynikających z popełnienia na jej szkodę przestępstwa⁹.

Przedstawicielami ustawowymi osoby małoletniej mogą być rodzice, kurator lub opiekun, o czym jednoznacznie stanowią przepisy art. 92, 99 i 145 KRO. Opiekunem faktycznym pokrzywdzonego jest natomiast osoba, pod której faktyczną pieczęć pokrzywdzony pozostaje.

² P. Sarnecki, [w:] L. Garlicki (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. 3, teza 3 do art. 45.

³ Z. Woźniak, Ustawowa ochrona dziecka przed negatywnymi skutkami przesłuchania w aspekcie praktycznym, Prokurator, 2009, Nr 2, s. 85.

⁴ Będę świadkiem w sądzie. Poradnik dla dzieci i młodzieży, Fundacja „Dzieci Niczyje”, Warszawa, 2009.

⁵ Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.

⁶ Tekst jedn.: Dz.U. z 2010 r. Nr 33, poz. 178 ze zm.

⁷ Art. 2 lit. a dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/92/UE z 13.12.2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępującej decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW, Dz. Urz. L Nr 335 z 17.12.2011 r.; art. 2 ust. 1 lit. c dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z 25.10.2012 r., ustanawiającej normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępującej decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW, Dz. Urz. L Nr 315 z 14.11.2012 r.

⁸ Wyr. SN z 17.5.2000 r., V KKN 140/00, Prok i Pr. 2001, Nr 1, poz. 10.

⁹ Wyr. SA w Lublinie z 15.4.2004 r., II Aka 74/04, Prok i Pr. 2004, Nr 10, poz. 28.

W doktrynie podkreśla się, że osoba taka nie musi być wyznaczona na opiekuna przez sąd opiekuńczy na podstawie art. 145 KRO. Organ procesowy zobligowany jest bowiem sprawdzić, czy osoba ta faktycznie sprawuje opiekę, i w momencie pojawienia się wątpliwości może przeprowadzić odpowiednie postępowanie w trybie art. 97 KPK¹⁰. W orzecznictwie podkreśla się, że użyte w art. 51 § 2 KPK określenie „stała pieczę” nie oznacza, że wyłączona jest możliwość jej zmiany w przyszłości. Określenie „stała” ma wykluczyć możliwość złożenia wniosku o ściganie przez osobę wykonującą tylko pieczę chwilową. Należy więc przyjąć, że osoba, której sąd opiekuńczy powierzył wychowanie osoby małoletniej i u której zostało ustalone jej miejsce pobytu, chociażby do czasu prawomocnego zakończenia postępowania opiekuńczego, jest „osobą, pod której stałą pieczę pokrzywdzony pozostaje” w rozumieniu art. 51 § 2 KPK. Z natury rzeczy osoba ta nie jest przedstawicielem ustawowym małoletniego pokrzywdzonego, a także uprawnienie jej do złożenia wniosku o ściganie nie jest uzależnione od tego, czy małoletni pokrzywdzony pozostaje pod władzą rodzicielską¹¹. Określenie uprawnień do reprezentowania interesów małoletniego pokrzywdzonego w postępowaniu karnym nie tylko przez stwierdzenie, że przysługują one przedstawicielowi ustawowemu, ale i osobie, pod której „stałą pieczę” pokrzywdzony pozostaje, nie oznacza, że chodzi tu o okresowe spełnianie powtarzających się czynności należących do istoty pieczy w pewnych tylko okresach, lecz musi oznaczać całościowe i niepodzielne jej pełnienie. Sytuacja taka nie zachodzi, gdy spełnianie owej pieczy następuje tylko w pewnych okresach, i to z upoważnienia, czy za zgodą innej osoby nie tylko zobowiązanej do tego orzeczeniem sądu, ale i faktycznie tę pieczę sprawującej¹².

W praktyce najczęściej uprawnienia małoletniego pokrzywdzonego będą wykonywać jego rodzice. Są jednak takie sytuacje faktyczne, w których niemożliwe albo wysoce niewskazane jest, aby to rodzice reprezentowali dziecko w postępowaniu karnym. Ma to miejsce zwłaszcza wtedy, gdy podejrzanym albo oskarżonym jest jedno z rodziców.

Rodzic małoletniego nie może bowiem, działając w charakterze przedstawiciela ustawowego, wykonywać praw tego małoletniego jako pokrzywdzonego w postępowaniu karnym, w tym także w postępowaniu z oskarżenia prywatnego, jeżeli oskarżonym jest drugi z rodziców¹³. Wynika to m.in. z treści art. 98 § 2 i 3 KRO.

W tej sytuacji sąd opiekuńczy na podstawie art. 96 KRO powinien ustanowić kuratora do wykonywania praw małoletniego w postępowaniu sądowym. Sąd opiekuńczy podejmuje powyższe działania na podstawie zawiadomienia prokuratora bądź sądu rozpoznającego sprawę karną¹⁴.

Praktycznym problemem związanym z ustanowieniem kuratora do reprezentowania małoletniego w postępowaniu karnym jest „jakość” i zaangażowanie kuratorów w realizację powierzonego im zadania. Zwraca się uwagę na brak regulacji, które jasno wskazywałyby, kto w takiej sytuacji powinien reprezentować dziecko jako jego kurator ustanowiony przez sąd¹⁵. W literaturze wskazuje się, by to kuratorzy zawodowi reprezentowali małoletnich w postępowaniu karnym. Z uwagi jednak na liczne zadania oraz ograniczoną liczbę kuratorów zawodowych obecnie jest to niemożliwe. Kuratora można także powołać spośród osób spokrewnionych z dzieckiem. Z jednej strony może to zapewnić właściwą reprezentację małoletniego w uwagi na wiedzę o sytuacji faktycznej dziecka, z drugiej jednak może prowadzić do nieporozumień i problemów, choćby takich jak stronniczość

ewentualnego członka rodziny i popieranie stanowiska jednego z rodziców. Stosunkowo częstą praktyką jest powoływanie na kuratora pracowników sekretariatów sądów. Rozwiązanie to z reguły jednak nie pozwala na należyłą reprezentację dziecka. Pracownik sądu nie zna bowiem sytuacji dziecka, a nadto nie posiada fachowej wiedzy pozwalającej na profesjonalne wykonywanie uprawnień dziecka. W niektórych sądach na kuratora wyznacza się profesjonalnego pełnomocnika – adwokata albo radcę prawnego – czasami także osobę działającą w organizacji pozarządowej zajmującej się prawami dziecka. Tego rodzaju praktyka pozwala na reprezentację dziecka przez osoby, które na co dzień działają na styku prawa i psychologii, a tym samym posiadają pełny obraz sytuacji, w której znalazło się dziecko¹⁶. Niewątpliwie konieczne jest ujednoczenie praktyki powoływania kuratora procesowego w sprawach, w których istnieje prawdopodobieństwo konfliktu interesów między dzieckiem a jego rodzicami/opiekunami prawnymi. Reprezentacja dziecka przez kuratora powinna mieć charakter profesjonalny i uwzględniać szeroko rozumiane dobro dziecka. Nie może sprowadzać się jedynie do odbierania pism procesowych.

Kurator w procesie karnym wykonuje uprawnienia przysługujące dziecku w procesie karnym, co oznacza, że jego uprawnienia są dość szerokie. Przedstawiciel pokrzywdzonego korzysta z wszystkich uprawnień procesowych, które przysługiwałyby pokrzywdzonemu, gdyby sam mógł działać w procesie. Działa tak, jak działałby pokrzywdzony. W niektórych sytuacjach kurator potrzebuje jednak zgody sądu opiekuńczego na podjęcie określonych działań. Przykładowo do pojednania małoletniego pokrzywdzonego z jego rodzicem w trybie art. 66 § 3 KK jest uprawniony kurator wyznaczony przez sąd opiekuńczy do reprezentowania małoletniego. Na pojednanie to musi zezwolić sąd opiekuńczy, gdyż podjęcie przez kuratora, wyznaczonego w trybie art. 99 KRO, działań zmierzających do pojednania się (w imieniu i za małoletniego) ze sprawcą przestępstwa popełnionego na szkodę małoletniego, będącym jego rodzicem, musi być uznane za czynność niecodzienną, a zarazem ważną dla osoby samego małoletniego, jego sytuacji w rodzinie i relacji z rodzicami, którzy – choć niepozbawieni praw rodzicielskich – w postępowaniu karnym działać nie mogli. Pojednanie takie, zwłaszcza wtedy, gdy może decydować o sposobie zakończenia postępowania karnego, musi więc być poprzedzone zezwoleniem sądu opiekuńczego, który powinien wysłuchać małoletniego i w miarę możliwości uwzględnić jego stanowisko. Rozstrzygnięcie sądu opiekuńczego gwarantuje, że kurator będzie działał dla dobra małoletniego¹⁷. Nie budzi żadnych wątpliwości, że pokrzywdzony małoletni nie jest uprawniony do złożenia wniosku o ściganie sprawcy przestępstwa ściganego na wniosek. W wypadku gdy przedstawiciel ustawowy albo osoba, pod której stałą pieczę pokrzywdzony pozostaje, nie składa – z naruszeniem dobra małoletniego – takiego wniosku, sąd opiekuńczy wydaje odpowiednie zarządzenie. Sąd opiekuńczy może wszcząć postępowanie z urzędu (art. 570 KPC). Aby

¹⁰ K.T. Boratyńska, [w:] K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2012, s. 167.

¹¹ Wyr. SN z 3.7.1997 r., IV KKN 430/96, Prok. i Pr. 1997, Nr 12, poz. 6.

¹² Post. SN z 27.5.1997 r., V KKN 248/96, OSNKW 1997, Nr 9–10, poz. 77.

¹³ Uchw. SN (7) z 30.9.2010 r., I KZP 10/10, OSNKW 2010, Nr 10, poz. 84.

¹⁴ K.T. Boratyńska, [w:] K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *op. cit.*, s. 166.

¹⁵ D. Drab, Kilka słów o reprezentacji dziecka w procedurze karnej i cywilnej, Dziecko Krzywdzone 2011, Nr 2, s. 100.

¹⁶ Szerzej na ten temat: D. Drab, *op. cit.*, s. 100–101; autor w tym opracowaniu przedstawia rozwiązania przyjęte w omawianym zakresie w innych państwach europejskich, m.in. Belgii, Francji oraz Wielkiej Brytanii.

¹⁷ Uchw. SN z 20.6.2012 r., I KZP 9/12, OSNKW 2012, Nr 7, poz. 73.

podjąć określone działania mające na celu wydanie wspomnianego zarządzenia, sąd opiekuńczy musi powziąć informację, że zachodzi taka konieczność. Należy pamiętać, że każdy, komu znane jest zdarzenie uzasadniające wszczęcie postępowania z urzędu, obowiązany jest zawiadomić o nim sąd opiekuńczy. Obowiązek ten ciąży przede wszystkim na urzędach stanu cywilnego, sądach, prokuratorach, notariuszach, komornikach, organach samorządu i administracji rządowej, organach Policji, placówkach oświatowych, opiekunach społecznych oraz organizacjach i zakładach zajmujących się opieką nad dziećmi lub osobami psychicznie chorymi (art. 572 KPC).

W razie niezłożenia wniosku o ściganie przed wszczęciem postępowania osoba do tego uprawniona może – do czasu upływu okresu przedawnienia karalności – złożyć taki wniosek w każdym stadium toczącego się postępowania, a nawet po prawomocnym umorzeniu postępowania spowodowanym brakiem wniosku¹⁸.

Uprawnienie do zastępczego wykonywania praw przez przedstawiciela ustawowego na podstawie art. 52 § 2 KPK ustaje z chwilą uzyskania pełnoletności oraz pełnej zdolności procesowej do samodzielnego korzystania z uprawnień przez pokrzywdzonego¹⁹.

Przesłuchanie małoletniego w postępowaniu karnym w trybie art. 185a i 185b KPK

Udział małoletniego w procesie karnym może być związany również z faktem, że jest on ważnym źródłem dowodowym, a jego zeznania stanowią istotny środek dowodowy, który niejednokrotnie ma kluczowe znaczenie dla poczynienia prawidłowych ustaleń faktycznych, a tym samym dla wydania sprawiedliwego, zgodnego z prawem rozstrzygnięcia w sprawie. W doktrynie wskazuje się na konieczność stosowania specyficznej taktyki przesłuchiwania osób, które w chwili przesłuchania nie ukończyły 18. roku życia²⁰. **Małoletni jest szczególnym świadkiem.** Prawo do składania zeznań mają osoby nieletnie, niekiedy nawet małe dzieci w wieku przedszkolnym. Praktycznie jedynym kryterium jest zdolność do porozumienia się z dzieckiem, nawiązanie z nim kontaktu umożliwiającego zadawanie pytań i otrzymanie relacji²¹. Przesłuchanie dziecka powinno być prowadzone w sposób adekwatny do możliwości dziecka w określonym wieku, tak by rozumiało zadawane pytania i potrafiło na nie odpowiedzieć. W związku z tym osoby przeprowadzające przesłuchanie powinny dążyć do uzyskania pełnego, wiarygodnego opisu zdarzenia oraz czynność tę przeprowadzić tak, by chronić psychikę dziecka zranioną bolesnymi doświadczeniami²². Dziecko nie jest gorszym świadkiem, nie jest ani mniej, ani bardziej wiarygodne od dorosłych, nie można przypisywać mu szczególnej podatności do kłamstwa ani wyjątkowej szczerości. Jego przesłuchanie z naturalnych, rozwojowych przyczyn musi mieć swoją specyfikę, uwzględniającą poziom umysłowy, osobowość, możliwości psychoemotionalne²³. Młody wiek świadka, a także odbiegający od normy stan zdrowia, także psychicznego, w zasadzie nie stanowią przeszkody do jego przesłuchania w tym charakterze, choć mogą uzasadniać przeprowadzenie takiej czynności procesowej z zachowaniem szczególnych wymogów. Ustawodawca, dostrzegając te potencjalne problemy, przewidział rozwiązania, które mają zapewnić ochronę przesłuchiwanemu dziecku przed traumatycznymi przeżyciami i potencjalną wtórną wiktyimizacją. Z drugiej zaś strony mają one sprawić, aby zeznania dziecka były przydatne do dokonywania ustaleń faktycznych w sprawie. Należy pamiętać, że małoletniemu świadkowi przysługują takie same prawa co osobie dorosłej. Dlatego w sposób umiejętny

i taktowny należy ustalić, czy zachodzą warunki do odmowy zeznań, a następnie wytłumaczyć, że może skorzystać ze swych uprawnień bez żadnych ujemnych konsekwencji dla siebie²⁴.

Osoba od 13. do 17. roku życia nie ponosi odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań, a tym samym nie należy pouczać jej o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań.

Należy ją jednak uprzedzić o możliwości ponoszenia odpowiedzialności za popełnienie czynu karalnego wypełniającego znamiona art. 233 KK na podstawie ustawy z 26.10.1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich²⁵.

Przed przystąpieniem do przesłuchania, jeżeli podejrzanym/oskarżonym jest osoba dla dziecka najbliższa, należy dziecko pouczyć o przysługującym prawie do odmowy składania zeznań. Należy podzielić pogląd, że prawo to, określone w art. 182 § 1 KPK, przysługuje każdemu świadkowi, a więc także małoletniemu²⁶. Skorzystanie z niego przez małoletniego świadka nie jest uzależnione od zgody przedstawiciela ustawowego albo stosownego zarządzenia sądu opiekuńczego. Wskazać należy, że w doktrynie procesu karnego prezentowane jest także odmiennie stanowisko. Zwolennicy tego poglądu uprawnienie małoletniego w zakresie prawa do odmowy zeznań wiążą z art. 98 KRO, który stanowi, że rodzice są przedstawicielami ustawowymi dziecka pozostającego pod ich władzą rodzicielską. Zwracając uwagę, że **małoletni jest uznawany za osobę, która nie jest w stanie świadomie podjąć decyzji w sprawie skorzystania z przysługującego jej uprawnienia, a także, że dzieci poniżej 13. roku życia nie są w stanie zrozumieć konsekwencji swoich decyzji**²⁷. Nie stanowi przeszkody, aby skorzystać z tego uprawnienia, także to, że osoba w wieku do 13 lat oraz osoba ubezwłasnowolniona całkowicie nie ma zdolności do czynności prawnych (art. 12 KC), a także to, że osoba w tym wieku nie ponosi prawnej odpowiedzialności za złożenie fałszywych zeznań. Nie ma bowiem zależności między tymi dwoma zdolnościami a zdolnością do rozsądnego wypowiedzenia się co do złożenia zeznań albo ich odmowy. Dlatego właśnie ustawodawca, kierując się racjonalnymi przesłankami, przyznał w art. 182 § 1 KPK każdemu świadkowi zdolnemu do złożenia zeznań osobiste prawo do odmowy zeznań. Ścisłe osobiste prawo świadka, w tym także małoletniego, do odmowy składania zeznań nie doznaje żadnych ograniczeń. Możliwość uchylenia się od obowiązku zeznawania jest uregulowana jasno i w sposób precyzyjny określona, że decyzja o skorzystaniu z uprawnienia przewidzianego w art. 182 § 1 KPK leży w gestii osoby, która powinna składać zeznanie²⁸. Sąd lub inny organ procesowy nie jest uprawniony do ustalania i oceny motywów, przyczyn i pobudek odmowy zeznań przez osobę uprawnioną do takiej odmowy, gdyż decyzja o składaniu lub o odmowie zeznań należy wyłącznie do osoby, której prawo to przysługuje²⁹.

¹⁸ Uchw. SN z 17.12.1970 r., VI KZP 43/68, OSNKW 1971, Nr 7–8, poz. 101.

¹⁹ Post. SA w Katowicach z 2.3.2005 r., II S 13/05, KZS 2005, Nr 7–8, poz. 129.

²⁰ T. Hanausek, Kryminalistyka. Zarys wykładu, Kraków 2005, s. 219.

²¹ E. Gruza, Psychologia sądowa dla praktyków, Warszawa 2009, s. 141.

²² *Ibidem*, s. 141.

²³ *Ibidem*, s. 144.

²⁴ T. Hanausek, *op. cit.*, s. 220.

²⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2010 r. Nr 33, poz. 178 ze zm.

²⁶ Uchw. SN z 19.2.2003 r., I KZP 48/02, OSNKW 2003, Nr 3–4, poz. 23.

²⁷ Szerzej na ten temat: J. Mierzińska-Lorencka, Karnoprawna ochrona dziecka przed wykorzystywaniem seksualnym, Warszawa 2012, s. 128–131.

²⁸ J. Mierzińska-Lorencka, *op. cit.*, s. 132.

²⁹ Wyr. SN z 20.1.1981 r., I KR 329/80, OSNKW 1981, Nr 6, poz. 37.

Przechodząc do szczegółowego omówienia przebiegu przesłuchania osoby, która nie ukończyła 15 lat, stwierdzić należy, że tryb przesłuchania jest uzależniony od statusu procesowego osoby przesłuchiwanej. Ustawodawca przewidział odrębny tryb przesłuchania świadka oraz odrębny tryb przesłuchania pokrzywdzonego. Obecnie przepisy procedury karnej przewidują **trzy szczególne tryby przesłuchania w charakterze** świadka osoby, która nie ukończyła 15 lat:

a) przesłuchanie każdego świadka, który nie ukończył 15 lat (art. 171 § 3 KPK),

b) przesłuchanie pokrzywdzonego, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat, w sprawach określonych w rozdziale XXV i XXVI KK (art. 185a § 1 KPK),

c) przesłuchanie świadka, który w chwili przesłuchania nie ukończył lat 15, w sprawach o przestępstwa popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej lub o przestępstwa określone w rozdziale XXV KK (art. 185b § 1 KPK)³⁰.

Ogólny przepis art. 171 § 3 KPK stanowi, że jeżeli osoba przesłuchiwana nie ukończyła 15 lat, czynności z jej udziałem powinny być, w miarę możliwości, przeprowadzone w obecności przedstawiciela ustawowego lub faktycznego opiekuna, chyba że dobro postępowania stoi temu na przeszkodzie. O szczególnym trybie przesłuchania decyduje wiek świadka w czasie przesłuchania, a nie w czasie czynu. Ustawodawca nakazał przesłuchiwanie osoby poniżej 15. roku życia w obecności przedstawiciela ustawowego lub faktycznego opiekuna, chyba że dobro postępowania stoi temu na przeszkodzie albo z przyczyn natury faktycznej jest to niemożliwe (np. długotrwała nieobecność opiekuna). Obecność przedstawiciela ustawowego jest przykładowo niewskazana, jeżeli sugeruje, że obecność rodziców będzie dla dziecka krępująca³¹ albo też obecność przy przesłuchaniu świadka przedstawiciela ustawowego lub faktycznego opiekuna mogłaby zakłócić osiągnięcie celów postępowania wyrażonych w art. 2 § 1 KPK oraz art. 297 KPK³². Udział przedstawiciela ustawowego lub faktycznego opiekuna ograniczony jest jedynie do biernej obecności przy przesłuchaniu.

Co do zasady, zeznania osoby poniżej 15. roku życia nie będą mogły stanowić dowodu tylko w przypadku, gdy zostanie wykazane, że zostały złożone w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi lub uzyskane wbrew zakazom określonym w art. 171 § 5 KPK³³.

Ustawa nie zastrzega, aby przesłuchanie w tym trybie przeprowadzał sąd. Czynność tę zatem może dokonać organ procesowy prowadzący sprawę lub przed którym sprawa się toczy.

Szczególny tryb przesłuchania w postępowaniu karnym osoby, która nie ukończyła 15 lat, został wprowadzony do polskiej procedury karnej ustawą z 10.1.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych³⁴. Ustawą z 3.6.2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego³⁵ znowelizowano dotychczasowe brzmienie art. 185a KPK oraz dodano nowy przepis art. 185b KPK.

Przepis art. 185a § 1 KPK stanowi, że w sprawach o przestępstwa określone w rozdziałach XXV (przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności) i XXVI (przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece) Kodeksu karnego **pokrzywdzonego**, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat, przesłuchuje się w charakterze świadka tylko raz, chyba że wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania, lub zażąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie

pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego. Przepis art. 185b § 1 KPK stanowi natomiast, że świadka, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat, można przesłuchać w warunkach określonych w art. 185a w sprawach o przestępstwa popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej lub o przestępstwa określone w rozdziale XXV KK (przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności), jeżeli zeznania tego świadka mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Istotą przesłuchania w trybie art. 185a § 1 KPK i w trybie art. 185b § 1 KPK jest to, aby świadek co do zasady był przesłuchiwany przez sąd jeden raz, zarówno w postępowaniu przygotowawczym, jak i sądowym³⁶. Zarówno przesłuchanie w trybie art. 185a § 1 KPK, jak i w trybie art. 185b § 1 KPK stosuje się do osób, które w chwili przesłuchania nie ukończyły 15 lat. Decyduje zatem wiek z chwili przesłuchania, a nie z chwili popełnienia czynu zabronionego. Z przeprowadzonego przesłuchania powinien zostać sporządzony protokół oraz, jeżeli możliwości techniczne na to pozwalają, zapis obrazu i dźwięku. Szacuje się, że obecnie tylko ok. 40% przesłuchań małoletnich jest rejestrowane za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk³⁷.

W przypadku pokrzywdzonego, o którym mowa w art. 185a § 1 KPK, przesłuchanie następuje w tym trybie bez względu na wolę pokrzywdzonego, jak również okoliczności sprawy. Wskazuje na to zawarte w tym przepisie sformułowanie: „przesłuchuje się”. W przypadku przesłuchania świadka w trybie art. 185b § 1 KPK przesłuchanie ma charakter fakultatywny. Decyzję w tym zakresie podejmuje właściwy organ procesowy. W tym miejscu należy wskazać, że decyzja ta ma charakter uznaniowy. Nie każdy świadek, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat, w sprawach o przestępstwa popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej lub przestępstwa określone w rozdziale XXV KK może być przesłuchany w tym trybie. Ustawa ogranicza tę możliwość do sytuacji, gdy zeznania świadka mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Przyjęcie takiego rozwiązania uzasadnione jest tym, że w wypadku, gdy świadek ma zeznawać na okoliczności nieistotne, istnieje małe prawdopodobieństwo narażenia go na dodatkowe negatywne oddziaływanie w czasie składania zeznań³⁸. Przepis art. 185b § 2 KPK wprowadza dodatkowe ograniczenie w stosowaniu tego trybu przesłuchania, gdyż nie stosuje się go do świadka współdziałającego w popełnieniu czynu zabronionego, o który toczy się postępowanie karne.

³⁰R.A. Stefański, *Szczególny tryb przesłuchania w postępowaniu karnym świadka małoletniego, który nie ukończył 15 lat*, WPP 2005, Nr 4, s. 81.

³¹Post. SN z 26.11.2008 r., IV KK 381/08, Biuletyn Prawa Karnego 2009, Nr 2, poz. 64.

³²R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 83.

³³K.T. Boratyńska, *op. cit.*, s. 400.

³⁴Dz.U. Nr 17, poz. 155 ze zm.

³⁵Dz.U. Nr 141, poz. 1181 ze zm.

³⁶Uchw. SN z 30.11.2004 r., I KZP 25/04, OSNKW 2004, Nr 11–12, poz. 101.

³⁷W rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, przyjętym przez Radę Ministrów 9.10.2012 r., a skierowanym do Sejmu 8.11.2012 r., przewidziane są zmiany obecnie obowiązujących przepisów art. 185a oraz 185b KPK, które mają na celu usunięcie istniejących mankamentów dotychczasowych rozwiązań, jak również dostosowanie polskich przepisów do prawa unijnego poprzez wdrożenie do polskiego systemu prawa karnego procesowego dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z 5.4.2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępujących decyzję ramową Rady 2002/629/WsSW. Temu celowi służy także projekt nowelizacji art. 147 KPK poprzez dodanie przepisu § 2a, zgodnie z którym przesłuchanie pokrzywdzonego, o którym mowa w art. 185a i nowym art. 185c, oraz świadka, o którym mowa w art. 185b, utrwała się obligatoryjnie za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk. W aktualnym stanie prawnym można odstąpić od rejestracji, jeżeli względy techniczne stoją temu na przeszkodzie.

³⁸R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 88.

Przesłuchanie, o którym mowa w art. 185a § 1 KPK oraz w art. 185b § 1 KPK, przeprowadza sąd na posiedzeniu z udziałem biegłego psychologa. Prokurator, obrońca oraz pełnomocnik pokrzywdzonego mają prawo wziąć w nim udział. Przedstawiciel ustawowy albo osoba, pod której stałą pieczęć małoletni pozostaje, ma prawo również być obecna przy przesłuchaniu, jeżeli nie ogranicza to swobody wypowiedzi przesłuchiwanego. Przesłuchanie to jest przykładem czynności sądu w postępowaniu przygotowawczym, ponieważ nawet jeżeli czynność ta ma miejsce na etapie postępowania przygotowawczego, jest ona przeprowadzana przez sąd, gdyż tryb przesłuchania określony w tych przepisach dotyczy zarówno postępowania przygotowawczego, jak i sądowego. Skład sądu właściwy do przesłuchania pokrzywdzonego w trybie art. 185a KPK w postępowaniu sądowym określa art. 30 § 1 KPK³⁹.

Jak wskazano powyżej, zasadą powinno być jednorazowe przesłuchanie pokrzywdzonego albo świadka, który nie ukończył 15. roku życia. Zasada ta nie ma jednak charakteru bezwzględnie⁴⁰. Ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego, o którym mowa w art. 185a § 1 KPK, jako świadka w sytuacji określonej w art. 185b § 1 KPK może mieć miejsce w wypadku, gdy wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania, lub zażąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego. Jak słusznie podkreśla się w doktrynie, każda z tych przesłanek stanowi podstawę do ponownego przesłuchania i w związku z tym może się okazać, że świadek zostanie przesłuchany ponownie dwa razy: po pierwsze, gdy zażąda tego oskarżony, który nie miał podczas pierwszego przesłuchania obrońcy po drugie – gdy wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania⁴¹.

Nie wszystkie ujawnione okoliczności będą skutkować koniecznością ponownego przesłuchania. Aby były podstawy do przesłuchania dziecka, muszą być istotne, czyli mieć ważne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Chodzi tu o fakty lub dowody, których znajomość może doprowadzić do trafnego rozstrzygnięcia sprawy. Wprawdzie z treści art. 185a KPK wynika bezpośrednio, że wniosek o ponowne przesłuchanie świadka można oddalić, ale jego wykładnia w drodze rozumowania *argumentum a contrario* wskazuje, że zawiera on jednocześnie przesłanki oddalenia wniosku. Wniosek o ponowne przesłuchanie świadka, który złożył już zeznania w trybie art. 185a KPK, można oddalić wówczas, gdy nie wyjdą na jaw w trakcie postępowania prowadzonego po takim przesłuchaniu istotne okoliczności, które wyjaśnić można tylko poprzez ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego. Nie można zatem przesłuchiwać ponownie pokrzywdzonego, gdy nie wyjdą na jaw istotne okoliczności albo gdy wprawdzie okoliczności takie wyjdą na jaw, ale mogą zostać wyjaśnione za pomocą innych dowodów. Wniosek o przesłuchanie pokrzywdzonego oparty na tych przesłankach może złożyć każda strona postępowania, może o tym zdecydować również z urzędu sąd rozpoznający sprawę⁴².

Powtórzenie przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego następuje wówczas, gdy zażąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego. W tej ostatniej sytuacji nie ma znaczenia, jaki jest powód tego wniosku ani też czy oskarżony w ogóle go podał. Wystarczy sam fakt zgłoszenia żądania przez oskarżonego lub jego obrońcę, aby sąd był zobowiązany do ponownego przesłuchania pokrzywdzonego⁴³. W art. 185a KPK ustawodawca jednoznacznie określił zarówno zasady ochrony pokrzywdzonego przestępstwami wymienionymi w tym przepisie, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat, przed powtórnią wiktymizacją,

jak i jej granice, uwzględniając przy tym obowiązek dotarcia do prawdy oraz konieczność zapewnienia podstawowych uprawnień do realizowania obrony przez oskarżonego. Temu ostatniemu stworzono możliwość skutecznego domagania się ponownego przesłuchania pokrzywdzonego, o jakim mowa w powołanym przepisie – i to bez dodatkowych warunków – o ile nie miał obrońcy w czasie, gdy przeprowadzano pierwsze przesłuchanie takiego pokrzywdzonego⁴⁴.

Konieczne jest znalezienie równowagi między uprawnieniami oskarżonego wynikającymi z prawa do obrony a potrzebą zapewnienia pokrzywdzonemu należytej ochrony przed wtórną wiktymizacją. W literaturze wskazuje się, że podstawowy standard karnoprocesowy określony w art. 6 EKPCz w ogóle nie odnosi się do ofiary przestępstwa⁴⁵. Konwencja w art. 6 przewiduje jedynie możliwość odstępstwa od zasady jawności rozprawy dla ochrony małoletniego. Braki w tym zakresie po części uzupełniane są przez orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka⁴⁶.

Jednym z podstawowych uprawnień wynikających ze standardu rzetelnego procesu jest prawo oskarżonego do przesłuchania lub spowodowania przesłuchania świadków oskarżenia oraz żądania obecności i przesłuchania świadków obrony na takich samych warunkach jak świadków oskarżenia (art. 6 ust. 3 lit. d EKPCz). Z orzecznictwa Trybunału nie wynika, aby każdy świadek musiał stawić się osobiście w sądzie w celu złożenia zeznań. Oskarżony ma prawo domagać się osobistego przesłuchania świadka na rozprawie, jeśli wykaże, że jest to niezbędne z punktu widzenia dążenia do ustalenia prawdy w procesie⁴⁷. Orzecznictwo Trybunału z ostatnich lat wykazuje tendencję do szerokiego uwzględniania praw pokrzywdzonych (świadków) w procesie karnym⁴⁸. W sprawie *S.N.* przeciwko Szwecji Trybunał nie stwierdził naruszenia art. 6 ust. 1 i art. 6 ust. 3 lit. d EKPCz, mimo że świadkowie nie zostali przesłuchani na rozprawie przed sądem. W sprawie tej, w postępowaniu sądowym przed sądem I i II instancji, odtworzono nagranie (taśma VHS) zapisu przesłuchania ofiar przez policję. Na rozprawie przed sądem I instancji odczytano również transkrypcję drugiego przesłuchania pokrzywdzonych na posterunku policji. Trybunał uznał, że zastosowano środki właściwe z punktu widzenia potrzeby ochrony interesów ofiar⁴⁹.

W praktyce najczęściej do przesłuchania dziecka dochodzi na etapie postępowania przygotowawczego, zanim jeszcze कुmulativek zostaną przedstawione zarzuty. W tej sytuacji nie ma

³⁹ Uchw. SN z 30.11.2004 r., I KZP 25/04, OSNKW 2004, Nr 11–12, poz. 101.

⁴⁰ Post. SN z 15.3.2012 r., III KK 244/11, OSNKW 2012, Nr 4, poz. 24.

⁴¹ M. Klejnowska, Przesłuchanie nieletniego w postępowaniu karnym a europejskie standardy ochrony prawa człowieka, [w:] E. Dynia, Cz.P. Kłak, Europejskie standardy praw człowieka a ustawodawstwo polskie, Rzeszów 2005, s. 319. Autorka zwraca uwagę, że w ustawie jest mowa o ponownym przesłuchaniu, co sugerowałoby, że w grę wchodzi tylko jedno przesłuchanie, lecz użycie liczby pojedynczej wynika ze stylizacji przepisu, a nie z jego merytorycznej treści.

⁴² Wyr. SN z 16.3.2011 r., III KK 278/10, OSNKW 2011, Nr 8, poz. 69.

⁴³ Post. SN z 15.3.2012 r., III KK 244/11, OSNKW 2012, Nr 4, poz. 24. Wskazać należy na marginesie, że w orzeczeniu tym Sąd Najwyższy stwierdził zasadnie, że w wypadkach określonych w art. 185a § 1 KPK, gdy dowodu, z uwagi na stan zdrowia świadka-pokrzywdzonego nie da się trwale przeprowadzić, podstawą nieuwzględnienia wniosku dowodowego lub nieprzeprowadzenia takiego dowodu z urzędu stanowi art. 170 § 1 pkt 4 KPK.

⁴⁴ Post. SN (7) z 24.11.2010 r., I KZP 21/10, OSNKW 2010, Nr 11, poz. 95.

⁴⁵ P. Hofmański, B. Szumilo-Kulczycka, Prawo do obrony a ochrona pokrzywdzonego przestępstwem – uwagi na tle art. 185a i standardów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, [w:] P. Hofmański, S. Waltoś, W kręgu prawa nieletnich. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Marianny Korcyl-Wolskiej, Warszawa 2009, s. 305–306.

⁴⁶ J. Mierzińska-Lorenc, Prawnokarna ochrona małoletnich świadków na przykładzie wybranych orzeczeń ETPCz, część I, EP 2010, Nr 1, s. 27.

⁴⁷ Wyr. ETPCz z 6.5.2003 r. w sprawie *Perna* przeciwko Włochom, par. 29.

⁴⁸ J. Mierzińska-Lorenc, *op. cit.*, s. 218.

⁴⁹ Wyr. ETPCz z 2.7.2002 r., par. 52 i n.

prawnej możliwości, aby ustanawiać obrońcę dla osoby podejrzanej. Z reguły pokrzywdzony jest przesłuchiwany w toku postępowania przygotowawczego w fazie *in rem*, a więc gdy nie występuje jeszcze podejrzany; nawet gdy czynności tej dokonuje się w fazie *in personam*, to i tak z reguły podejrzany nie ma jeszcze obrońcy⁵⁰. Zasadnie podnosi się w orzecznictwie, że w sprawach, w których pokrzywdzeni przestępstwami określonymi w rozdziałach XXV i XXVI KK nie ukończyli w chwili czynu 15 lat, należy dążyć do tego, aby podczas pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego podejrzany miał już obrońcę. Do przesłuchania w trybie art. 185a KPK powinno dochodzić już po przedstawieniu zarzutu popełnienia przestępstwa, czyli w fazie postępowania przygotowawczego *in personam*, a nie we wstępnej fazie tego postępowania. Wówczas istnieje bowiem możliwość wyznaczenia podejrzanemu obrońcy z urzędu, jeżeli nie posiada obrońcy z wyboru. W takich sytuacjach, w większości wypadków, będzie można poprzestać na jednorazowym przesłuchaniu małoletniego pokrzywdzonego, a prawo oskarżonego do obrony nie zostanie naruszone⁵¹. Przedstawienie zarzutów podejrzanemu nie zawsze stanowi rozwiązanie problemu, gdyż musi on mieć obrońcę w przypadku obrony obywatelskiej. Jeżeli nie występują przesłanki do ustanowienia obrońcy z urzędu na podstawie art. 79 § 1 KPK lub art. 80 KPK, oskarżony może występować w procesie bez profesjonalnego obrońcy. W piśmiennictwie wskazuje się, że ustanowienie obrońcy z urzędu w tej sytuacji nie może nastąpić na podstawie art. 79 § 2 KPK⁵². Stwierdzić należy zatem, że w tym przypadku prymat ma prawo oskarżonego do obrony nad prawem małoletniego pokrzywdzonego do jednokrotnego przesłuchania w toku całego postępowania. Jeżeli bowiem w toku pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego oskarżony nie posiadał obrońcy i sam nie brał udziału w tej czynności (nie był jeszcze stroną postępowania), to nieuwzględnienie przez sąd żądania oskarżonego co do ponownego przesłuchania takiego świadka będzie się wiązało z naruszeniem art. 6 ust. 3 lit. d EKPCz.

Podsumowanie

Dziecko jest szczególnym uczestnikiem postępowania karnego.

Ustawodawca, dostrzegając tę okoliczność, zarówno uregulował w sposób szczególny wykonywanie praw przysługujących małoletniemu pokrzywdzonemu, jak i zapewnił ochronę przed negatywnymi skutkami związanymi z jego bezpośrednim udziałem w postępowaniu karnym w charakterze świadka. Obecny stan prawny, mimo pewnych wad, zapewnia stosunkowo szeroką ochronę praw dziecka w postępowaniu karnym. Dostrzegając konieczność rozszerzenia ochrony dziecka w związku z jego udziałem w postępowaniu karnym, przygotowywane nowelizacje przepisów Kodeksu postępowania karnego, uwzględniające konieczność implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z 5.4.2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępującej decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW, a także dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/92/UE z 13.12.2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępującej decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW, zmieniają w sposób istotny przepisy dotyczące szczególnego trybu przesłuchania małoletnich pokrzywdzonych, rozszerzając ten tryb przesłuchania także na osoby, które ukończyły już lat 15, a także powiększając katalog przestępstw, w przypadku popełnienia których tryb ten może znaleźć zastosowanie. Jednocześnie projektowane zmiany nie ograniczają w sposób nadmierny i nieusprawiedliwiony prawa oskarżonego do obrony, na co szczególną uwagę zwraca w swym orzecznictwie Europejski Trybunał Praw Człowieka⁵³.

⁵⁰ R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 91.

⁵¹ Wyr. SN z 24.11.2009 r., III KK 176/09, LEX nr 553885.

⁵² A. Wilkowska-Plóciennik, *Przesłuchanie pokrzywdzonego dziecka w trybie art. 185a KPK*, Prok. i Pr. 2010, Nr 6, s. 37.

⁵³ Wyr. ETPCz z 4.11.2008 r., *Demski przeciwko Polsce*, skarga nr 22695/03, publikator



Prawa dziecka jako pacjenta

Katarzyna Syroka-Marczewska*

Streszczenie:

W opracowaniu poruszono problematykę ochrony praw dziecka jako pacjenta. Jest to tematyka o charakterze wielopłaszczyznowym, wymagająca szczególnej analizy. W toku ustalania praw dziecka organy władzy publicznej oraz osoby za nie odpowiedzialne są obowiązane do wysłuchania i w miarę możliwości uwzględnienia zdania dziecka. Dotyczy to także procesu leczenia, którego dziecko jest szczególnym uczestnikiem, i zawsze powinno być traktowane w sposób podmiotowy, a nie przedmiotowy. Regulacje prawne w tym zakresie nie wprowadzają rozróżnienia na prawa przysługujące osobom pełnoletnim oraz prawa przysługujące dzieciom, ale przy ich stosowaniu należy mieć na uwadze konstrukcję psychiczną oraz wrażliwość małych pacjentów. Prawa dziecka jako pacjenta wymagają szczególnej ochrony prawnej, a co za tym idzie – specjalistycznej wiedzy nie tylko w zakre-

sie regulacji prawnych, ale także rozwoju dziecka w obszarze poznawczym, emocjonalnym, motywacyjnym i społecznym.

Summary:

This article addresses the issue of child items in the medical law. A child is a special participant in the medical proceedings, which may be a patient. Without a doubt, a patient's position in society is closely linked to the value that health is for everyone. Health defines the relation between a patient and a doctor who should be an authority in medical matters and whose actions should be oriented on health improvement. In the treatment process we should remember about children's subjectiveness.

* Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, Instytut Prawa Karnego.

Prawa dziecka jako pacjenta to problem o charakterze wielopłaszczyznowym. Zgodnie z treścią art. 68 Konstytucji RP każdy ma prawo do ochrony zdrowia. Władze publiczne są obowiązane do zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej m.in. dzieciom¹. Ta szczególna opieka wynika przede wszystkim z potrzeby ochrony dzieci jako małych pacjentów, ich wrażliwości oraz sfery psychicznej, która jest fundamentem ich dorosłego życia, a tym samym całego społeczeństwa. Dziecko jako pacjent jest często niesamodzielne, nieświadome swojej choroby oraz skutków podejmowanego leczenia, w związku z czym dorośli powinni podjąć wszelkie kroki, aby zminimalizować negatywne emocje związane z leczeniem oraz oswoić ich strach przed nieznanym. Podstawą relacji pacjent–lekarz jest wzajemne zaufanie, dlatego należy zadbać, aby mały pacjent czuł się bezpiecznie. Ponadto współpraca dziecka oraz jego rodziny z lekarzem oraz personelem medycznym jest niezbędnym warunkiem skuteczności jego oddziaływań na etapie rozpoznania, leczenia, profilaktyki.

Wprowadzenie

Szczególna opieka zdrowotna dzieci implikuje konieczność zapewnienia opieki zorganizowanej na innych zasadach niż w przypadku opieki powszechnej. Chodzi tu zwłaszcza o obowiązek tworzenia i finansowania specjalnych poradni lub szczególnych warunków korzystania z poradni powszechnych dla grup wymienionych w przepisie, o którym mowa powyżej². W celu ochrony praw najmłodszych ustawodawca wprowadził również art. 72 Konstytucji RP, z którego wynika, że **Rzeczpospolita Polska zapewni ochronę ich praw**. Dziecko z racji swej niedojrzałości wymaga ochrony nie tylko ze strony rodziców i najbliższych, ale także ze strony władz publicznych, których działania mogą być zainicjowane przez każdego, kto ma na uwadze dobro dziecka, zwłaszcza w sytuacjach drastycznych, w których istnieje konieczność jego ochrony przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem i demoralizacją³. Tym, który zainicjuje działania władz publicznych, nie musi być więc krewny dziecka ani osoba w jakikolwiek inny sposób związana z dzieckiem, np. z jego wychowaniem⁴. Ponadto dziecko pozbawione opieki rodzicielskiej ma prawo do opieki i pomocy władz publicznych. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego nakaz ochrony dobra dziecka stanowi podstawową, nadrzędną zasadę polskiego systemu prawa rodzinnego, której podporządkowane są wszelkie regulacje w sferze stosunków pomiędzy rodzicami i dziećmi⁵.

Dziecko jest wyjątkowym uczestnikiem procesu leczenia. Ze względu na swój wiek inaczej postrzega rzeczywistość, jest ufne i często bezbronne. Ponadto nowa sytuacja, w której się znalazło, może budzić obawę przed nieznanym, zwłaszcza wtedy, gdy leczenie związane jest z hospitalizacją. Mali pacjenci są podatni na wszelkie urazy psychiczne, które mogą mieć wpływ na ich dorosłe życie. Obowiązujące przepisy traktujące o prawach pacjenta w swej zdecydowanej większości odnoszą się do ogółu osób – zarówno dzieci, jak i dorosłych. Jedynie niewielka część unormowań dotyczących praw pacjenta odnosi się wyłącznie do dzieci jako do szczególnej grupy pacjentów i nadaje im specjalne uprawnienia, o czym będzie mowa w dalszej części opracowania.

Definicja pojęcia „pacjent”

Pacjentem jest osoba korzystająca ze świadczeń zdrowotnych niezależnie od tego, czy jest zdrowa, czy chora⁶. Zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy z 6.11.2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Prawa Pacjenta⁷ pacjentem jest osoba zwracająca się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub korzystająca ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny.

Świadczeniem zdrowotnym są działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania. Pojęcie „pacjent” składa się przynajmniej z trzech elementów: po pierwsze odnosi się wyłącznie do osoby fizycznej, po drugie dotyczy zarówno osoby fizycznej otrzymującej świadczenie zdrowotne bez względu na prawo do jego otrzymywania, jak i osoby, która oczekuje świadczenia zdrowotnego, zgodnie z opartą na kryteriach medycznych procedurą ustalającą kolejność dostępu do tych świadczeń, po trzecie odnosi się zawsze do osoby pozostającej z tytułu oczekiwanego lub udzielanego świadczenia zdrowotnego w relacji z osobą wykonującą zawód medyczny, bez względu na to, czy jest ona pracownikiem zakładu opieki zdrowotnej, czy wykonuje zawód poza nim⁸.

Wziąwszy pod uwagę kontekst etymologiczny, należy zauważyć, że słowo „pacjent” pochodzi od łacińskiego wyrazu *patiens*, który oznacza „cierpiącego”, „chorego”. Z kolei według słownika języka polskiego pacjent to chory zwracający się po poradę do lekarza, znajdujący się pod jego opieką⁹. Bez wątplenia pozycja pacjenta w społeczeństwie jest ściśle związana z wartością, jaką zdrowie ma dla każdego człowieka. Temat zdrowia determinuje z kolei temat relacji pacjenta z lekarzem, który winien być autorytetem w kwestiach medycznych i jego działania powinny służyć poprawie zdrowia. Kontakt lekarza i pacjenta jest spotkaniem dwóch osób o identycznych prawach, z drugiej strony wydaje się jednak, że choroba automatycznie stawia człowieka w sytuacji słabszego¹⁰, stąd potrzeba szczególnej regulacji w tej dziedzinie i wzajemnego zrozumienia potrzeb, zwłaszcza jeżeli chodzi o dzieci.

Kilka uwag na temat praw pacjenta

Prawa pacjenta są w immanentny sposób powiązane z prawami człowieka. Zdaniem *M. Nesterowicza* jednym z najważniejszych

¹ Zgodnie z treścią art. 68 ust. 3 Konstytucji RP władze publiczne są obowiązane do zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom, kobietom ciężarnym, osobom niepełnosprawnym i osobom w podeszłym wieku.

² *B. Banaszak*, Konstytucja. Komentarz, Legalis, komentarz do art. 68 Konstytucji, teza 9.

³ *Ibidem*, komentarz do art. 72 Konstytucji, teza 1.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Wyr. TK z 28.4.2003 r., K 18/02, OTK-A 2003, Nr 4, poz. 32.

⁶ Definicja wypracowana przez Światową Organizację Zdrowia (WHO), do której nawiązuje art. 3 § 1 pkt 3 PrPacjent.

⁷ Tekst jedn.: Dz.U. 2012 r., poz. 159 ze zm., dalej jako: PrPacjent.

⁸ *K. Wojtczak*, Rozważania nad pojęciem pacjenta, [w:] *J. Filipek* (red.), Jednostka w demokratycznym państwie prawa, Bielsko-Biała 2003, s. 750.

⁹ *E. Sobol* (red.), Mały słownik języka polskiego, Warszawa 1995, s. 591.

¹⁰ *W. Terlecka*, Wolność pacjenta a sumienie lekarza, Pro Medico, Biuletyn Okręgowej Izby Lekarskiej w Katowicach, numer specjalny z listopada 1996 r.

praw człowieka jest prawo do ochrony zdrowia¹¹. Od wielu lat możemy zaobserwować rozwój regulacji prawnych w tym zakresie. Niewątpliwą rolę w tym zakresie odegrała Światowa Organizacja Zdrowia (WHO), która głosi, że rozwój systemów opieki zdrowotnej, wzrost ich złożoności, coraz większe ryzyko zabiegów lekarskich, rozwój wiedzy i technologii medycznych, częsta depersonalizacja i dehumanizacja leczenia wymagają rozpoznania i podkreślenia wagi samodecydowania każdego człowieka w sprawach własnego zdrowia, poszanowania nienaruszalności jego osoby, prywatności i przekonań religijnych¹². W 1994 r. WHO przedstawiła model Deklaracji praw pacjenta jako wytyczne do stosowania w poszczególnych krajach. Znalazły one odzwierciedlenie w polskiej Karcie praw pacjenta, która została opracowana w 1998 r. i przekazana przez Ministra Zdrowia do publicznej wiadomości. Jednocześnie w kasach chorych powstała instytucja tymczasowych rzeczników praw pacjenta, która po powstaniu Narodowego Funduszu Zdrowia nadal funkcjonowała.

Kolejnym krokiem było stworzenie w Polsce 11 lat temu Biura Praw Pacjenta jako samodzielnej jednostki budżetowej oraz rzeczników praw pacjenta szpitala psychiatrycznego. Zgodnie z rekomendacjami konferencji „Białego Szczytu” z 19.3.2008 r.: „istnieje potrzeba instytucjonalizacji ochrony praw pacjenta obejmującej zarówno monitorowanie sytuacji pacjenta w systemie ochrony zdrowia, reprezentację pacjenta przed organami władzy publicznej, jak i występowanie do władz publicznych w sprawach systemowych rozwiązań poprawiających ochronę i egzekwowanie praw pacjenta; może to nastąpić poprzez wyodrębnienie niezależnej instytucji Rzecznika Prawa Pacjenta bądź w drodze wzmocnienia aktywności Rzecznika Prawa Obywatelskich”¹³.

Z uwagi na potrzebę powołania instytucji działającej na rzecz ochrony praw pacjenta niezależnej od Ministra Zdrowia, Narodowego Funduszu Zdrowia oraz samorządów medycznych ustawodawca powołał do życia centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach ochrony praw pacjentów, tj. **Rzecznika Prawa Pacjenta**.

6.11.2008 r. Sejm RP uchwalił ustawę o prawach pacjenta, która weszła w życie 5.6.2009 r. Określa ona w szczególności prawa przysługujące pacjentom, zasady udostępniania dokumentacji medycznej, obowiązki podmiotów udzielających świadczeń zdrowotnych związane z prawami pacjenta, tryb powoływania, odwoływania i kompetencje Rzecznika Praw Pacjenta. Od 1.1.2012 r. wprowadzono w ustawie o prawach pacjenta przepisy umożliwiające pacjentom dochodzenie odszkodowania lub zadośćuczynienia przed wojewódzkimi komisjami do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych¹⁴.

Poza obszarem regulacji pozostają prawa mające charakter szczegółowy, odnoszące się do wyodrębnionych podmiotowo grup pacjentów, jak np. pacjenci szpitali psychiatrycznych czy też dawców i biorców komórek, tkanek i narządów.

Dziecko jako pacjent

Jak już wspomniano, dziecko jest szczególnym uczestnikiem procesu leczenia. Jako pacjent ma prawo do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom aktualnej wiedzy medycznej. W sytuacjach zagrożenia zdrowia lub życia ma prawo do natychmiastowego ich udzielenia. Ze względu na wiek nie ze wszystkich praw może jednak korzystać samodzielnie, w szczególności z prawa do wyrażania zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego, co do którego ustawodawca określił granicę wieku 16 lat.

Jeżeli pacjent jest osobą małoletnią, lekarz na przeprowadzenie badania lub innych świadczeń zdrowotnych musi uzyskać

tw. **zgode zastępczą** od przedstawiciela ustawowego takiego pacjenta¹⁵. **Przedstawicielem ustawowym** osoby małoletniej mogą być rodzice, kurator lub opiekun, o czym stanowią przepisy art. 92, 99 i 145 KRO. Rodzice są przedstawicielami ustawowymi dziecka, o ile nie pozbawiono ich władzy rodzicielskiej, sami nie są osobami małoletnimi (chyba że są małżeństwem) albo ubezwłasnowolnionymi. Jeżeli rodzice są przedstawicielami ustawowymi dziecka, wówczas każde z nich może działać samodzielnie. O istotnych sprawach dziecka, do których należy w szczególności wyrażanie zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych, rodzice rozstrzygają wspólnie, a w razie braku porozumienia rozstrzyga sąd opiekuńczy. W doktrynie podkreśla się, że rola sądu opiekuńczego, działającego na podstawie art. 97 § 2 KRO, jest głównie mediacyjna w tym sensie, że powinien on nakłaniać rodziców do uzgodnienia stanowisk¹⁶.

Lekarz, wahając się, czy zgoda jednego z rodziców w danym przypadku jest wystarczająca, powinien jednak zwrócić uwagę na stosunki panujące w rodzinie i sytuację faktyczną¹⁷. Oprócz rodziców przedstawicielem osoby niepełnoletniej może być – zgodnie z treścią art. 121 KRO – przysposabiający. Do czynności przysposabiającego stosuje się takie same zasady jak do czynności rodziców.

W sytuacji gdy żadnemu z rodziców nie przysługuje władza rodzicielska albo są nieznani, ustanawia się **opiekuna**, który powinien uzyskiwać zgodę sądu we wszelkich ważniejszych sprawach, które dotyczą osoby małoletniego. *S. Kalus* uznaje, że wymóg ten nie stosuje się do zwykłych czynności lekarskich i zabiegów niestwarzających podwyższonego ryzyka¹⁸. Zdaniem *T. Smyczyńskiego* opiekun jest uprawniony do wyrażenia zgody na dokonanie zabiegu lekarskiego zarówno bardziej skomplikowanego czy też podejmowanego w warunkach istotnego zagrożenia dla zdrowia lub życia osoby pozostającej pod opieką, jak i każdego innego, którego dokonanie jest niezbędne według opinii lekarzy¹⁹. Jeżeli opiekun doznaje przemijającej przeszkody w sprawowaniu opieki, sąd opiekuńczy może ustanowić **kuratora** i wówczas w postanowieniu określa jego uprawnienia.

W przypadku braku przedstawiciela ustawowego opiekun faktyczny ma prawo do wyrażania zgody na badania. Warto w tym miejscu wyjaśnić, że opiekunem faktycznym jest osoba sprawująca, bez obowiązku ustawowego, stałą opiekę nad pacjentem, który ze względu na wiek, stan zdrowia albo stan psychiczny opieki takiej wymaga.

¹¹ *M. Nesterowicz* (red.), Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz, Warszawa 2009, s. 6.

¹² *M. Nesterowicz*, Prawo medyczne, Toruń 2005, s. 16.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Mają one zastosowanie do zakażenia pacjenta biologicznym czynnikiem chorobotwórczym, uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia pacjenta albo śmierci pacjenta będącego następstwem niezgodnej z aktualną wiedzą medyczną diagnozy, jeżeli spowodowała ona niewłaściwe leczenie albo opóźniła właściwe leczenie, przyczyniając się do rozwoju choroby lub leczenia, w tym wykonania zabiegu operacyjnego oraz zastosowania produktu leczniczego albo wyrobu medycznego. Szczegółowe informacje dotyczące zasad oraz trybu ustalania odszkodowania oraz zadośćuczynienia w przypadku zdarzeń medycznych znajdują się w rozdziale 13a PrPacjent.

¹⁵ *E. Zielińska* (red.), Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentyisty. Komentarz, Warszawa 2008, s. 469.

¹⁶ *K. Pietrzykowski, J. Ignatowicz*, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Legalis, komentarz do art. 97 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, teza 3.

¹⁷ *E. Zielińska* (red.), *op. cit.*, s. 470.

¹⁸ *S. Kalus*, Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem, Warszawa 2011, s. 829.

¹⁹ *T. Smyczyński* (red.), System prawa prywatnego, tom 12, Prawo rodzinne i opiekuńcze, Warszawa 2003, s. 79.

Zgodnie z treścią art. 16 PrPacjent pacjent ma prawo do wyrażenia zgody na udzielenie określonych świadczeń zdrowotnych lub odmowy takiej zgody po uzyskaniu od lekarza przystępnej informacji o swoim stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych i leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu.

Informacje przekazywane dzieciom powinny mieć odpowiednią formę oraz zostać dopasowane do ich wieku i możliwości pojmowania. Należy się starać łagodzić i unikać zbędnych stresów fizycznych i emocjonalnych u dziecka w związku z procesem leczenia oraz jego pobyt w szpitalu. Wiadomości dotyczące stanu zdrowia małego pacjenta przekazywane rodzicom również powinny mieć odpowiednią formę, ponieważ często jest to dla rodziny duży wstrząs i wymaga oswojenia się z nową sytuacją.

Zgodę można określić jako swobodnie podjęty i wyrażony według reguł znaczeniowych dostępnych dla innych uczestników procesu medycznego akt woli pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego, podjęty na podstawie informacji o wszelkich stadiach postępowania medycznego²⁰.

Jak podkreśla *M. Filar*, zgoda pacjenta, będąca szczególną formą oświadczenia woli, powinna spełniać określone wymogi, takie jak: osoba wyrażająca swą wolę musi być uprawniona do jej udzielenia; czynność stanowiąca przedmiot zgody nie sprzeciwia się ustawie lub zasadom współżycia społecznego; oświadczenie woli, którego rezultatem jest wyrażenie zgody, musi być wynikiem integralnej i swobodnej decyzji osoby je składającej, powstałej w warunkach należytego rozpoznania okoliczności faktycznych, na których podstawie zgoda ta jest wyrażona²¹.

W szczególności zgoda nie może być wyrażona pod wpływem przymusu, błędu lub w stanie psychicznym umożliwiającym jej wyrażenie²². Może być wyrażona ustnie albo poprzez takie zachowanie osób wymienionych w przepisach prawa, które w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje na wolę poddania się proponowanym przez lekarza czynnościom albo brak takiej woli. W doktrynie prawa karnego wskazuje się, że treść zgody powinna być jednoznaczna i nie może dotyczyć wszelkich czynności medycznych (metoda *in blanco*) – musi z niej wynikać, komu i na co pacjent lub jego przedstawiciel ustawowy jej udziela²³. Zgoda może także dotyczyć podmiotowej osoby lekarza, który ma dokonać zabiegu, przy czym zależy to od rodzaju placówki leczniczej²⁴.

Jeżeli pacjent jest małoletni lub niezdolny do świadomego wyrażenia zgody na przeprowadzenie badania, udzielenie innego świadczenia zdrowotnego, wykonanie zabiegu operacyjnego albo zastosowanie metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko, wymagana jest zgoda jego przedstawiciela ustawowego, a gdy pacjent nie ma przedstawiciela ustawowego lub porozumienie się z nim jest niemożliwe – zezwolenie sądu opiekuńczego. Zgoda na wykonanie zabiegu operacyjnego albo zastosowanie metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko wymaga ponadto zachowania formy pisemnej.

W przypadku braku przedstawiciela ustawowego prawo to, w odniesieniu do badania, może wykonać opiekun faktyczny. Ustawodawca nie przewidział możliwości wyrażenia zgody na badanie przez opiekuna faktycznego pacjenta małoletniego lub

niezdolnego do świadomego wyrażenia zgody, gdyby nie było możliwe skontaktowanie się z jego przedstawicielem ustawowym, co w praktyce może powodować problemy.

Inaczej wygląda sytuacja dzieci, które ukończyły 16 lat. Pacjenci mają prawo do wyrażenia zgody na przeprowadzenie badania, udzielenie innych świadczeń zdrowotnych, wykonanie zabiegu operacyjnego albo zastosowanie metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko i wówczas mamy do czynienia z tzw. **zgodą równoległą**. Jeżeli jednak małoletni, który ukończył 16 lat, sprzeciwia się czynnościom medycznym, poza zgodą jego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego albo w przypadku niewyrażenia przez nich zgody wymagane jest zezwolenie sądu opiekuńczego²⁵. Lekarz po przeprowadzeniu badania może przystąpić do udzielania dalszych świadczeń zdrowotnych dopiero po uzyskaniu zgody sądu opiekuńczego także wówczas, gdy pacjent małoletni lub niezdolny do świadomego wyrażenia zgody nie ma przedstawiciela ustawowego ani opiekuna faktycznego albo porozumienie się z tymi osobami jest niemożliwe. Sądem opiekuńczym właściwym miejscowo do udzielania zgody na wykonywanie czynności medycznych jest sąd, w którego okręgu czynności te mają być wykonane.

Przyznanie prawa do wyrażenia zgody lub odmowy na udzielenie świadczenia zdrowotnego pacjentowi, który ukończył 16 lat, jest zgodne z art. 6 ust. 2 Konwencji o ochronie praw człowieka oraz godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny oraz art. 12 Konwencji praw dziecka, przy czym ustalenie formalnej granicy wieku jest krytykowane, ponieważ osoba, która nie ukończyła 16 lat, może być zdolna do świadomego uczestnictwa w postępowaniu leczniczym.

Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na wyrok TK z 11.10.2011 r.²⁶. W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich, który był wnioskodawcą, decyzja o poddaniu się czynności medycznej jest przejawem realizacji prawa podmiotowego jednostki do dysponowania swoją osobą gwarantowanego konstytucyjnie. Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich zasady wyrażania zgody na leczenie przez osoby małoletnie nie respektują autonomii pacjenta, który nie ukończył jeszcze 16 lat, ignorując jego rzeczywiste rozeznanie co do swego stanu zdrowia i procesu leczenia. Rzecznik Praw Obywatelskich wyraził przekonanie, że dzieci powinny współdecydować – wcześniej i w stopniu odpowiednim do wieku – o realizacji przysługujących im jako pacjentom praw. Na poparcie swej tezy odwołał się do przepisów prawa cywilnego, przyznających małoletnim powyżej lat 13 ograniczoną zdolność do czynności prawnych (art. 15 i 17 KC). Jednocześnie jednak opowiedział się za koncepcją zgody pacjenta jako aktu woli odmiennego od klasycznego oświadczenia woli. Rzecznik Praw Obywatelskich podniósł, że w systemie prawa ustawodawca posługuje się kryterium

²⁰ M. Świdorska, Zgoda pacjenta na zabieg medyczny, Toruń 2007, s. 19.

²¹ M. Filar, Lekarskie prawo karne, Kraków 2000, s. 250 i n.

²² Ibidem.

²³ R. Kędzióra, Problematyka zgody pacjenta w świetle polskiego ustawodawstwa medycznego, Prok. i Pr. 2003, Nr 7–8, s. 54.

²⁴ M. Nesterowicz (red.), Ustawa..., op. cit., s. 128.

²⁵ Odmienne uregulowano granicę wieku w przypadku wyrażenia zgody na zabieg legalnego przerwania ciąży. W myśl art. 4a ust. 4 ustawy z 7.1.1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U Nr 17, poz. 78 ze zm.) w przypadku małoletniej lub kobiety ubezwłasnowolnionej całkowicie wymagana jest pisemna zgoda jej przedstawiciela ustawowego. W przypadku małoletniej powyżej 13. roku życia wymagana jest również pisemna zgoda tej osoby. W przypadku małoletniej poniżej 13. roku życia wymagana jest zgoda sądu opiekuńczego, a małoletnia ma prawo do wyrażenia własnej opinii. W razie braku zgody przedstawiciela ustawowego do przerwania ciąży wymagana jest zgoda sądu opiekuńczego.

²⁶ Wyr. TK z 11.10.2011 r. K 16/10, Dz.U. z 2011 r., Nr 240, poz. 1436.

wieku w odniesieniu do osób niepełnoletnich w sposób niekonsekwentny. Zaskarżone regulacje ustaw medycznych Rzecznik ocenił jako z wielu względów nieracjonalne. Zauważył, że rozwiązania dotyczące wyrażania zgody na świadczenia lekarskie przez małoletnich pacjentów nie korespondują ze stopniem ryzyka danego zabiegu. Porównał także sytuację takich pacjentów z pozycją osób ubezwłasnowolnionych całkowicie, chorych psychicznie lub upośledzonych umysłowo, lecz dysponujących dostatecznym rozeznaniami, i wskazał, że sprzeciwowi tej drugiej grupy osób wobec zabiegu lekarskiego przypisano znaczenie prawne, odmówiono go natomiast sprzeciwowi pacjenta, który nie ukończył 16 lat, nawet jeśli jest on faktycznie zdolny do świadomego uczestnictwa w procesie leczenia²⁷. W konkluzji Rzecznik Praw Obywatelskich zakwestionował we wniosku skierowanym do Trybunału Konstytucyjnego zastosowanie w dyspozycji zaskarżonych przepisów sztywnego kryterium wieku do określenia granic autonomii woli małoletnich pacjentów, postulując uwzględnianie stopnia rozwoju dziecka i zdolności kształtowania przez nie własnych poglądów.

Trybunał Konstytucyjny, odnosząc się do stanowiska Rzecznika Praw Obywatelskich, podniósł, że poza argumentami płynącymi z analizy norm konstytucyjnych przy ocenie zasadności zarzutu sformułowanego przez wnioskodawcę nie można abstrahować od faktycznych możliwości realizacji postulatu stanowiącego istotę wniosku. Zdaniem Trybunału wydaje się oczywiste, że generalne uzależnienie wymagania osobistej zgody małoletniego pacjenta od poziomu jego rozwoju wiązałoby się z koniecznością stworzenia instytucjonalnej kontroli tego poziomu w każdym indywidualnym wypadku. Oznaczałoby to z kolei konieczność zapewnienia profesjonalnej służby w każdym niemal zakładzie opieki zdrowotnej. Opóźniałoby także udzielenie pomocy lekarskiej. Inną możliwością, tj. pozostawienie decyzji w kwestii rozeznania pacjenta swobodnie personelu medycznego powołanego do przeprowadzenia zasadniczych czynności leczniczych (przyjęcie do szpitala, zabieg, badanie), w ocenie Trybunału mogłaby prowadzić do znacznie poważniejszych naruszeń praw pacjentów niż te, które – zdaniem wnioskodawcy – mają miejsce na gruncie obowiązujących przepisów.

Trybunał stwierdził, że nie neguje istnienia pewnych wadliwości przepisów prawa medycznego regulujących podmiotowe i przedmiotowe przesłanki odbierania przez lekarzy zgody na świadczenia zdrowotne, jak chociażby rozbudowana kazuistyka. Konkluzja ta, choć krytyczna, nie jest jednak równoznaczna ze stwierdzeniem niekonstytucyjności skarżonych uregulowań. Trybunał stwierdził, że zaskarżone przepisy nie uszczuplają praw małoletnich pacjentów, objętych gwarancjami art. 41 ust. 1 i 47 Konstytucji RP, odczytowanymi w związku z art. 48 ust. 1 zd. 2 oraz art. 72 ust. 3 Konstytucji RP i art. 12 ust. 1 Konwencji, ponad granice wynikające z tych przepisów.

Problematyka zgody pacjenta budzi wiele kontrowersji nie tylko w zakresie sztywnej granicy wieku, ale także **leczenia bez zgody pacjenta**. Zgodnie z treścią art. 33 ZawLekU²⁸ badanie lub udzielenie pacjentowi innego świadczenia zdrowotnego bez jego zgody jest dopuszczalne, jeżeli wymaga on niezwłocznej pomocy lekarskiej, a ze względu na stan zdrowia lub wiek nie może wyrazić zgody i nie ma możliwości porozumienia się z jego przedstawicielem ustawowym lub opiekunem faktycznym. Decyzję o podjęciu czynności medycznych w okolicznościach, o których mowa powyżej, lekarz powinien w miarę możliwości skonsultować z innym lekarzem. Ponadto powinno to znaleźć odzwierciedlenie w dokumentacji medycznej pacjenta. Przepis ten umożliwia zatem lekarzowi podjęcie interwencji medycznej w przypadku czynności niestwarzających ryzyka, tzn.

gdy zachodzi konieczność przeprowadzenia badania lub udzielenia innego świadczenia zdrowotnego²⁹. Potrzeba udzielenia tych świadczeń zdrowotnych musi być niezwłoczna, przy czym ustawodawca nie nakazuje, aby zagrożenie dla życia lub zdrowia pacjenta było znaczne. Działanie lekarza znajdzie podstawę w art. 33 ust. 1 ZawLekU, w sytuacji gdy odłożenie interwencji w czasie mogło uczynić niemożliwym skuteczne dokonanie jej w przyszłości albo przedłużyć proces terapeutyczny lub bardzo skomplikować metody leczenia lub rehabilitacji³⁰.

Przepisy prawa przewidują także możliwość wykonania przez lekarza zabiegu operacyjnego albo zastosowania metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta bez zgody jego przedstawiciela ustawowego bądź zgody właściwego sądu opiekuńczego, gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia. W takim przypadku lekarz ma obowiązek, o ile jest to możliwe, zasięgnąć opinii drugiego medyka, w miarę możliwości tej samej specjalności. O wykonywanych czynnościach lekarz niezwłocznie zawiadamia przedstawiciela ustawowego, opiekuna faktycznego lub sąd opiekuńczy. Wątpliwości może budzić interpretacja sformułowania „bez zgody przedstawiciela ustawowego”. *T. Dukiet-Nagórska* uważa, że należy je interpretować szeroko, także jako sprzeciw tej osoby³¹.

Wracając do rozważań dotyczących zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych, należy stwierdzić, że ocena sytuacji, w której pacjent lub przedstawiciel ustawowy nie wyraża zgody na interwencję medyczną, nie jest jednoznaczna dla środowiska prawniczego i medycznego. Prowadzona w tym zakresie dyskusja inspirowana jest nie tylko treścią zapatrywań judykatury, ale również ideą poszukiwania rozwiązań, które mogłyby pogodzić urzeczywistnienie autonomii woli pacjenta z bezpieczeństwem sytuacji prawnej lekarza³². Kodeks karny wprowadził w art. 192 nowy typ przestępstwa, polegający na wykonywaniu zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta, stanowiący, że kto wykonuje zabieg leczniczy bez zgody pacjenta, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Przedmiotem ochrony jest autonomia pacjenta wobec zabiegów leczniczych, przejawiająca się w prawie do samostanowienia o ingerencji medycznej oferowanej przez lekarza. Jak słusznie zauważył *L. Kubicki*, w perspektywie historycznej ta decyzja ustawodawcza stanowi istotny etap w długiej ewolucji kształtowania się regulacji prawnej dotyczącej stosunku między lekarzem a pacjentem, zamykając – miejmy nadzieję – ostatecznie dominację paternalistycznego charakteru tej relacji³³. Zabieg medyczny bez zgody pacjenta jest czynnością bezprawną nawet wówczas, gdy został wykonany zgodnie z zasadami wiedzy³⁴. W ocenie Sądu Najwyższego prawo nie nakazuje pacjentowi

²⁷ Szczegółowe stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich znajduje się w wyroku Trybunału Konstytucyjnego K16/10, dostępnym na stronie www.isap.sejm.gov.pl.

²⁸ Ustawa z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentyisty, tekst jedn.: Dz.U. z 2011 r. Nr 277, poz. 1634 ze zm., dalej jako: ZawLekU.

²⁹ *E. Zielińska* (red.), *op. cit.*, s. 515.

³⁰ *M. Saffjan*, *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998, s. 46; *A. Suchocka*, *Zakres działań lekarskich w fazie sztucznego podtrzymywania życia w prawie polskim i międzynarodowym*, PPE 2001, Nr 1, s. 50.

³¹ *T. Dukiet-Nagórska*, *Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim*, PiM 2000, Nr 6–7, s. 95.

³² *B. Janiszewska*, *Odmowa zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego (uwagi na tle wyroku Sądu Najwyższego z 7 listopada 2008 r., II CSK 259/08)*, *Studia Iuridica* 2009, Nr L, s. 51 i n.

³³ *L. Kubicki*, *Nowy rodzaj odpowiedzialności karnej lekarza (przestępstwo z art. 192 k.k.)*, *Pr. i Med.* 2000, Nr 8, s. 30.

³⁴ Wyr. SA w Warszawie z 31.3.2006 r., I ACa 973/05, OSA 2008, Nr 1, poz. 2.

poddawać się interwencji medycznej, a lekarzowi pokonywać oporu pacjenta albo przez wykonywanie czynności, na które zgody nie wyraził lub którym się sprzeciwił, albo przez występowanie do sądu, aby taki sprzeciw pozbawił mocy³⁵.

Bez względu na wiek pacjent ma prawo do zachowania w tajemnicy przez osoby wykonujące zawód medyczny, w tym udzielające mu świadczeń zdrowotnych, informacji z nim związanych, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu medycznego. **Tajemnica lekarska** stanowi podstawę zaufania wobec lekarza i dlatego nie można dziecka pozbawić prawa do jej przestrzegania. Ponadto małoletni pacjent ma prawo do poszanowania intymności i godności, w szczególności w czasie udzielania mu świadczeń zdrowotnych. Prawo do intymności ujmuje się jako zakres faktów dotyczących jednostki i jej przeżyć, które w zasadzie nie są przez nią ujawnione nawet osobom najbliższym³⁶.

W ocenie Sądu Najwyższego: „godność jest tym dobrem osobistym człowieka, które odzwierciedla wewnętrzne poczucie własnej wartości i ważności jako indywidualnej osoby ludzkiej. Doznaje naruszenia wówczas, gdy inna osoba daje wyraz gorszej ocenie, co wywołuje usprawiedliwiony stan dyskomfortu psychicznego u adresata”³⁷.

W celu jak najpełniejszego przestrzegania tych praw dzieci powinny przebywać razem z innymi dziećmi w podobnym wieku i nie należy umieszczać ich razem z dorosłymi. Ponadto przygotowanie i umiejętności personelu powinny zapewniać zaspokajanie ich potrzeb fizycznych i psychicznych. W związku z tym, że dziecko jako pacjent jest narażone na stres związany z procesem leczenia, należy podjąć kroki, które pozwoliłyby na jego zminimalizowanie.

Zgodnie z treścią art. 34 PrPacjent **pacjent ma prawo do dodatkowej opieki pielęgnacyjnej**. Towarzystwo rodziców czy opiekunów może pozytywnie wpłynąć na proces leczenia i samopoczucie małego pacjenta, dlatego należy umożliwić im taką obecność, stworzyć warunki pobytu razem ze swoją pociechą oraz zachęcać i udzielać pomocy w tym zakresie. Ponadto dzieci powinny mieć ułatwiony kontakt osobisty, telefoniczny lub korespondencyjny z osobami bliskimi, ale także prawo do odmowy kontaktu ze wskazanymi przez siebie osobami, co wynika bezpośrednio z art. 33 PrPacjent.

Przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych może być obecna osoba bliska, a wszelkie ograniczenia w tym zakresie powinny wynikać z konkretnego stanu faktycznego i być podyktowane istnieniem prawdopodobieństwa wystąpienia zagrożenia epidemicznego lub ze względu na bezpieczeństwo zdrowotne pacjenta. Wiek pacjenta nie może mieć wpływu na prawo do opieki duszpasterskiej, poszanowania przekonań religijnych i uznawanych wartości moralnych. **Dziecko powinno być traktowane w sposób indywidualny, przy jednoczesnym zapewnieniu prawa do odpoczynku i odpowiedniej zabawy**. Rzecznik Praw Pacjenta jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach ochrony praw pacjentów stoi na straży przestrzegania omawianych praw i może także zwrócić się do Rzecznika Praw Obywatelskich lub Rzecznika Praw Dziecka o podjęcie działań z zakresu ich kompetencji. W praktyce mogą się zdarzyć sytuacje, w których przestrzeganie praw dzieci może zostać zagrożone, należy jednak pamiętać przede wszystkim o podmiotowości samych uprawnionych.

Podsumowanie

W ocenie Światowej Organizacji Zdrowia rozwój systemów opieki zdrowotnej, wzrost ich złożoności, coraz większe ryzyko zabiegów lekarskich, rozwój wiedzy i technologii medycznych, częsta depersonalizacja i dehumanizacja leczenia wymagają rozpoznania i podkreślenia wagi samodecydowania każdego człowieka w sprawach własnego zdrowia, poszanowania nienaruszalności jego osoby, prywatności i przekonań religijnych³⁸. Prawa pacjenta stanowią przecież integralny fragment i konkretyzację praw człowieka oraz wyrastają ze wspólnego poczucia zagrożenia podmiotowych praw i godności jednostki ludzkiej³⁹. Prawa dziecka jako pacjenta wymagają szczególnej ochrony prawnej, a co za tym idzie – specjalistycznej wiedzy nie tylko w zakresie regulacji prawnych, ale także rozwoju dziecka w obszarze poznawczym, emocjonalnym, motywacyjnym i społecznym. ■

³⁵ Wyr. SN z 27.10.2005 r., III CK 155/05, OSN 2006, Nr 7–8, poz. 137.

³⁶ D. Karkowska, Prawa pacjenta, Warszawa 2009, s. 467.

³⁷ Wyr. SN z 30.10.2003 r., IV CK 149/02, Legalis.

³⁸ M. Nesterowicz, Prawo..., op. cit., s. 16.

³⁹ E. Kujawa, Prawa pacjenta – nowa rzeczywistość, nowe dylematy moralne, [w:] G. Rogala-Pawelczyk (red.) Prawa pacjenta a etyka zawodowa pielęgniarstwa i położnej, Warszawa 1998, s. 27. Identyczną tezę stawia G. Iwanowicz-Palus, Prawa pacjenta w Polsce, Pr. i Med. 2000, Nr 8, s. 80.



W porównaniu z rokiem akademickim 2010/2011:

...liczba spraw wzrosła o 5%, wzrost spraw dotyczył przede wszystkim porad z zakresu kontaktów ze służbą zdrowia (o 90%), pomocy społecznej (o 60%) oraz prawa finansowego (o 52%),

...liczba studentów działających w poradniach spadła o 7,2%,

...liczebność personelu naukowego wzrosła o 5%,

...utrzymała się jakość udzielanych porad albowiem jeden pracownik naukowy opiekował się tylko ośmioma studentami,

...na jednego studenta przypadało średnio 7 spraw,

...połowa rozpatrywanych przez poradnie spraw jest załatwianych na bieżąco i kończy się najpóźniej w ciągu 14 dni.

Działalność międzynarodowa Rzecznika Praw Dziecka dotycząca spraw związanych z uprowadzeniami i porwaniami dzieci opisana w Sprawozdaniu z działalności RPD w 2011 r.

Streszczenie:

Artykuł poświęcony międzynarodowej działalności RPD dotyczącej przypadków uprowadzeń dzieci i innych naruszeń Konwencji o prawach dziecka i konwencji haskiej – są to fragmenty Informacji o działalności Rzecznika Praw Dziecka w roku 2011 dotyczące powyższego tematu.

Summary:

The article concerning international activity of the Polish Ombudsman for Children devoted to the cases of abduction and other violations of the Convention on the Rights of Child and Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. – fragments of the Report on the activity of Polish Ombudsman for Children for 2011 describing several cases of such violations.

„(...) Państwa-Strony będą okazywały odpowiednią pomoc rodzicom oraz opiekunom prawnym w wykonywaniu przez nich obowiązków związanych z wychowywaniem dzieci oraz zapewnią rozwój instytucji, zakładów i usług w zakresie opieki nad dziećmi”

(art. 18 Konwencji o Prawach Dziecka)

„Państwa-Strony będą podejmowały wszelkie właściwe kroki (...) dla ochrony dziecka przed wszelkimi formami przemocy fizycznej bądź psychicznej, krzywdy lub zaniedbania bądź złego traktowania lub wyzysku, w tym wykorzystywania w celach seksualnych (...)”.

(art. 19 Konwencji o Prawach Dziecka).

7.7.1991 r. Rzeczpospolita Polska ratyfikowała Konwencję o Prawach Dziecka, co stało się dla organizacji pozarządowych i środowisk działających na rzecz praw dzieci asumptem do postulowania utworzenia instytucji Rzecznika Praw Dziecka. Rezultatem tych działań było wprowadzenie do Konstytucji RP przepisu, dającego podstawy prawne dla powołania Rzecznika. W art. 72 ust. 4 Konstytucja RP stanowi, że „ustawa określa kompetencje i sposób powoływania Rzecznika Praw Dziecka”. Tym samym zapisano Rzecznika Praw Dziecka jako kolejny konstytucyjny organ kontroli państwa. Ustawa o Rzeczniku Praw Dziecka została przyjęta przez Sejm RP 6.1.2000 r. Zgodnie z nią, Rzecznik stoi na straży praw dziecka, określonych w Konstytucji RP, Konwencji o Prawach Dziecka i innych przepisach prawa, z poszanowaniem odpowiedzialności, praw i obowiązków rodziców (...).

W sprawach z zakresu prawa międzynarodowego Rzecznik Praw Dziecka przystępował najczęściej do postępowań toczących się w sądach w oparciu o postanowienia Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z 25.10.1980 r. oraz rozporządzenia Rady WE nr 2201/2003 z 27.11.2003 r. dotyczącego jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej.

Przykładem interwencji podjętej w oparciu o unormowania zawarte w powyższych uregulowaniach jest sprawa małoletniego *Adriana P.* O pomoc do Rzecznika Praw Dziecka zwróciła się matka chłopca w związku ze złożoną apelacją od postanowie-

nia Sądu Rejonowego w W., nakazującego wydanie dziecka do Francji na podstawie wspomnianej Konwencji. Z akt sprawy wynikało, że Sąd wydał postanowienie po przeprowadzeniu tylko jednej rozprawy, bez uwzględnienia większości wniosków dowodowych zgłoszonych przez uczestniczkę postępowania. Rzecznik Praw Dziecka zgłosił udział w postępowaniu apelacyjnym, wnioskując o uchylenie postanowienia nakazującego powrót chłopca do Francji i ponowne rozpoznanie sprawy. W piśmie procesowym skierowanym do Sądu Rzecznik Praw Dziecka wnioskował o dopuszczenie dowodu z opinii biegłych z Rodzinnego Ośrodka Diagnostyczno-Konsultacyjnego na okoliczność ustalenia czy powrót małoletniego do Francji może narazić go na szkodę psychiczną lub fizyczną albo w jakikolwiek inny sposób postawi je w sytuacji nie do zniesienia (art. 13 lit. b Konwencji). W ocenie Rzecznika przeprowadzenie zawnioskowanych przez stronę dowodów jest niezbędne dla wydania rozstrzygnięcia odpowiadającego najlepiej pojętemu interesowi dziecka. Sąd Okręgowy w W. podzielił stanowisko Rzecznika i dopuścił dowód z opinii biegłych. W dniu kiedy miały odbyć się badania Adriana w Ośrodku, ojciec dziecka wraz z funkcjonariuszami policji podjął próbę odebrania syna matce celem zrealizowania postanowienia w przedmiocie wydania dziecka do Francji. Próba ta nie powiodła się z uwagi na chorobę dziecka, które nie przybyło do Ośrodka. Rzecznik Praw Dziecka wystąpił do Sądu Okręgowego o wstrzymanie postępowania wykonawczego zmierzającego do wykonania postanowienia Sądu I instancji o wydanie dziecka ojcu.

Sąd Okręgowy podzielił uwagi Rzecznika i wstrzymał postępowanie wykonawcze. Postępowanie odwoławcze o wydanie dziecka do Francji jest nadal w toku.

Innym przykładem podjętej przez Rzecznika Praw Dziecka interwencji w związku z toczącym się w Sądzie postępowaniem na podstawie Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę jest sprawa małoletniej Oliwii. Z nadesłanego do Rzecznika przez matkę dziecka pisma wynikało, że w związku z jej wyjazdem z córką z Wielkiej Brytanii do Polski, ojciec dziecka wszczął postępowanie o powrót Oliwii do Anglii. Pani *Paulina Cz.* wyraziła obawę, że Sąd Rejonowy w Z. oddalając złożone przez nią wnioski dowodowe mające na celu wykazanie, że w sprawie zachodzi podstawa odmowy wydania dziecka, wyda rozstrzygnięcie nakazujące powrót dziecka do Wielkiej Brytanii. Po dokonaniu analizy akt sprawy, Rzecznik Praw Dziecka zgłosił udział w przedmiotowym postępowaniu wnosząc jednocześnie o dopuszczenie dowodu z opinii Rodzinnego Ośrodka Diagnostyczno-Konsultacyjnego celem zbadania czy powrót dziecka do Wielkiej Brytanii nie narazi go na szkodę psychiczną lub fizyczną (art. 13 lit. b Konwencji). Pomimo, że Sąd nie uwzględnił wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłych, Rzecznik Praw Dziecka zawniósł o oddalenie wniosku pana *Raphaela B.* w przedmiocie wydania dziecka do Wielkiej Brytanii z uwagi na zażywanie przez ojca narkotyków. W ocenie Rzecznika nakazanie powrotu dziecka pod opiekę ojca, który będąc pod wpływem narkotyków nie byłby w stanie sprawować opieki nad dzieckiem, mogłoby narazić je na szkodę w rozumieniu art. 13 lit. b Konwencji. Sąd Rejonowy w Z. podzielił stanowisko Rzecznika i oddalił wniosek pana *Raphaela*. Obecnie w przedmiotowej sprawie toczy się postępowanie odwoławcze.

Rzecznik Praw Dziecka przystępował także do postępowań administracyjnych wszczętych na wniosek cudzoziemców. Dotyczyły one najczęściej zagadnień związanych z nielegalnym pobylem cudzoziemców w Polsce i decyzjami administracyjnymi zobowiązującymi ich do opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Jako przykład skutecznej interwencji może posłużyć sprawa rodziny ormiańskiej mieszkającej w Polsce od 2006 r. wobec której Szef Urzędu do Spraw Cudzoziemców wydał decyzje o wydaleniu rodziny z Polski. Powyższa decyzja obejmowała m.in. troje małoletnich dzieci, które urodziły się w Polsce i dwoje pełnoletnich już cudzoziemców, którzy przyjechali do Polski w wieku 2 i 4 lat. Rzecznik Praw Dziecka zgłosił swój udział w postępowaniu toczącym się przed Wojewódzkim Sądem Administracyjnym wnosząc o uchylenie decyzji o wydaleniu. W przedstawionym stanowisku Rzecznik podniósł między innymi, że decyzja została wydana z rażącym naruszeniem postanowień Konwencji o Prawach Dziecka. W ocenie Rzecznika Szef Urzędu nie odniósł się do sytuacji dzieci, w tym zwłaszcza długotrwałości ich pobytu w Polsce, braku znajomości języka ormiańskiego a także nie dokonał oceny jak konieczność opuszczenia Polski i przerwania nauki w polskiej szkole, wpłynie na stan psychofizyczny dzieci.

Wojewódzki Sąd Administracyjny, wskazując w uzasadnieniu przepisy zawarte w Konwencji o Prawach Dziecka, przychylił się do stanowiska Rzecznika Praw Dziecka i uchylił decyzje Szefa Urzędu orzekającą o wydaleniu cudzoziemców z terytorium Polski. Obecnie rodzina ormiańska przebywa w Polsce na podstawie zgody na pobyt tolerowany.

Rzecznik Praw Dziecka w 2011 r. otrzymywał [też] wiele skarg od obywateli polskich zamieszkałych za granicą. Najczęściej zawierały one prośbę o pomoc w związku z wydaniem przez zagraniczne sądy opiekuńcze niekorzystnych orzeczeń (np. orze-

czeń o odebraniu rodzinie dzieci, orzeczeń o umieszczeniu dziecka w rodzinie zastępczej) lub wniosek o udzielenie porady prawnej dotyczącej sytuacji dzieci zamieszkałych za granicą. Z uwagi na ograniczone terytorialnie kompetencje, Rzecznik Praw Dziecka zwracał się do polskich placówek konsularnych o monitorowanie tego typu spraw a ponadto kierował do Rzeczników Praw Dziecka w innych krajach wystąpienia, w których prosił o zbadanie problemu i interwencję w sprawie. Rzecznik podejmował również działania w zgłoszonych sprawach, w których doszło do wywiezienia dziecka przez jednego z rodziców z kraju i nie było możliwości ustalenia jego miejsca pobytu. Wspomniane działania polegały zazwyczaj na monitorowaniu czynności poszukiwawczych prowadzonych przez jednostki Policji oraz występowaniu do organów nadzoru w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości ze strony służb poszukujących dzieci. Jako przykład może posłużyć sprawa małoletniej dziewczynki, która na mocy postanowienia sądu została przekazana pod opiekę ojca. Z chwilą wydania w powyższej sprawie postanowienia ojciec ukrył się z małoletnią. Sąd Rejonowy zmienił swoje wcześniejsze postanowienie i władzę rodzicielską powierzył matce. Z uwagi na podjęte przez Policję czynności zmierzające do ustalenia miejsca zamieszkania dziecka, Rzecznik Praw Dziecka wystąpił do organów ścigania o informacje o poczynionych ustaleniach, jak również do Komendy Głównej Policji o objęcie postępowania nadzorem. Zebrane w sprawie informacje wskazują, że dziewczynka przebywa na terenie Republiki Włoskiej.

Przykładem innej sprawy związanej z toczącym się w sądzie za granicą postępowaniem opiekuńczym jest sprawa małoletniej *Nikoli*. Do Rzecznika Praw Dziecka zwróciła się matka z prośbą o monitorowanie postępowania toczącego się w sądzie w Szwecji. Według twierdzeń wnioskodawczyni została ona przez sąd szwedzki pozbawiona władzy rodzicielskiej nad córką. Rzecznik Praw Dziecka celem zbadania przyczyn podjęcia przez sąd szwedzki decyzji w sprawie pozbawienia matki władzy rodzicielskiej nad dzieckiem, wystąpił do Konsulatu RP w Malmö i Rzecznika Praw Dziecka w Szwecji. Z uzyskanych w przedmiotowej sprawie informacji wynikało, że Sąd Rejonowy w Malmö nie pozbawił matki władzy rodzicielskiej nad córką, lecz ustalił warunki wykonywania władzy rodzicielskiej w związku z ustaleniem jej miejsca zamieszkania w Szwecji.

Rzecznik Praw Dziecka w 2011 r. otrzymywał coraz więcej spraw od obywateli polskich i cudzoziemców, dotyczących bezprawnego wywiezienia dziecka za granicę. Część ze zgłoszonych spraw związana była z toczącym się w sądzie postępowaniem na podstawie Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę. Pozostała dotyczyła zapytań odnośnie możliwości podjęcia działań w przypadku wywiezienia dziecka za granicę przez rodzica, któremu nie przysługuje wyłączne prawo sprawowania opieki nad dzieckiem. Rodzice, którzy utracili kontakt z dzieckiem w większości przypadków nie mieli wiedzy o możliwości domagania się powrotu dziecka do miejsca stałego pobytu na podstawie Konwencji haskiej. Rzecznik Praw Dziecka w tego typu sprawach informował o możliwości wystąpienia ze stosownym wnioskiem do Ministerstwa Sprawiedliwości oraz o dalszych procedurach zmierzających do odzyskania dziecka. Ponadto osoby zwracające się do Rzecznika otrzymywały przygotowany przez Rzecznika Praw Dziecka we współpracy z Ministerstwem Sprawiedliwości Biuletyn Informacyjny na temat Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, stanowiący poradnik zarówno dla rodziców, jak i pracowników instytucji zajmujących się ochroną praw dzieci i rodziny.

Zgłaszane do Rzecznika Praw Dziecka sprawy dotyczyły zarówno wywiezienia dzieci z Polski do innego państwa, jak również uprowadzenia dzieci zamieszkujących za granicą do Polski. W przypadku postępowań o wydanie dziecka toczących się przed sądem polskim, Rzecznik Praw Dziecka po dokonaniu analizy akt sprawy podejmował decyzje o zgłoszeniu udziału w postępowaniu sądowym bądź monitorowaniu sprawy. Analiza orzeczeń dotyczących uprowadzenia dzieci za granicę wskazuje, że przed wydaniem rozstrzygnięcia sądy niejednokrotnie ograniczają się do ustalenia, czy wywiezienie dziecka nosi cechy uprowadzenia. Pominięte zaś zostają wnioski o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłych psychologów, których celem jest ustalenie okoliczności pozwalających sądowi dokonać rzetelnej oceny, czy powrót dziecka jest zgodny z jego dobrem, a w szczególności, czy wyjazd dziecka może negatywnie wpłynąć na jego psychikę i stabilność emocjonalną. W przypadku stwierdzenia powyższych nieprawidłowości, Rzecznik Praw Dziecka zgłaszał udział w postępowaniu a następnie wnioskował o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłych jako niezbędnego dla prawidłowego ustalenia całokształtu stanu faktycznego sprawy.

Do tej kategorii spraw należał przypadek małoletniego chłopca, wywiezionego przez matkę – bez zgody ojca – z USA do Polski. Ojciec dziecka wszczął postępowanie o wydanie syna na podstawie Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę. Dokonana przez Rzecznika Praw Dziecka analiza akt wykazała, że Sąd I instancji nie uwzględnił

składanych przez stronę postępowania wniosków o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków oraz z opinii biegłego psychologa, które miały pomóc w ustaleniu, czy powrót małoletniego bez matki do USA nie narazi go na szkodę psychiczną lub fizyczną. Pomijając ustalenia w powyższym zakresie, Sąd wydał postanowienie, mocą którego nakazał matce wydanie dziecka drugiemu rodzicowi. Od powyższego postanowienia Rzecznik Praw Dziecka złożył apelację, wnosząc o uchylenie postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji. W ocenie Rzecznika aby ponad wszelką wątpliwość wykluczyć możliwość istnienia przesłanek uniemożliwiających wydanie dziecka do USA, konieczne było wydanie przez biegłych opinii na tę okoliczność. Ostatecznie Sąd Okręgowy podzielił stanowisko Rzecznika, uchylił zaskarżone postanowienie i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. W uzasadnieniu powyższego orzeczenia Sąd wskazał na konieczność przeprowadzenia postępowania dowodowego ze szczególnym uwzględnieniem dowodów z opinii biegłego psychologa oraz zeznań świadków.

W sytuacjach uprowadzenia dzieci z Polski za granicę, postępowanie sądu w oparciu o przepisy Konwencji haskiej wszczynane jest przed sądem aktualnego miejsca pobytu dziecka, a więc przed sądem zagranicznym. W takich sprawach Rzecznik Praw Dziecka monitoruje toczące się tam postępowania za pośrednictwem organu centralnego wyznaczonego dla potrzeb Konwencji haskiej, tj. Ministerstwa Sprawiedliwości.



Zjawisko porwań rodzicielskich

Grzegorz Kostka LL.M.*

Streszczenie:

Prawo polskie nie przewiduje dostatecznej ochrony dziecka w przypadku porwania przez jednego z rodziców: wprawdzie art. 211 KK chroni dziecko przed porwaniem przez osobę trzecią, jednak zgodnie z niezmienną od ponad 30 lat interpretacją Sądu Najwyższego przestępstwa tego nie może popełnić rodzic posiadający nieograniczoną władzę rodzicielską. Przewidziane przez prawo cywilne procedury ustalenia miejsca pobytu dziecka, nakazu jego wydania oraz pozbawienia lub ograniczenia władzy rodzicielskiej rodzica, który uprowadził dziecko, są długotrwałe i w praktyce mało skuteczne. W przypadku porwań poza granice kraju lub z zagranicy na teren Rzeczypospolitej rodzic może wszcząć postępowanie z Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka. Celem konwencji jest możliwie szybkie przywrócenie stanu sprzed porwania, tj. przywrócenie dziecka do miejsca jego ostatniego pobytu tak, by następnie sądy cywilne mogły rozstrzygnąć o zagadnieniach dotyczących dziecka.

Do niedawna w prawie polskim nie figurowało pojęcie „porwania rodzicielskiego”. Pojawiło się ono w 2012 r. w zarządzeniu nr 124 Komendanta Głównego Policji, w charakterze definicji jednej z trzech kategorii, do których można zakwalifikować osobę zgłoszoną jako zaginioną.

Fundacja Itaka podejmuje działania na rzecz zmiany przepisów prawnych tak, by zwiększyć ochronę dziecka poprzez wyraźne włączenie rodziców do kręgu podmiotów mogących popełnić przestępstwo zdefiniowane w art. 211 KK.

Summary

The article concerns the case of so called “parental abduction” that refers to a situation when one parent against will or without knowledge of another parent takes a child to an unknown place. Until recently there was no term of “parental abduction” in the Polish law. This term appeared in 2012 in the order no. 124 of the Police General Commandant as the definition of one of the categories, to which persons reported as missing can be qualified.

In cases of parental abductions the Polish law does not protect children sufficiently. Although the article 211 of the Polish penal code refers to the situation of abduction by a third party, due to interpretation of this regulation – made by the Polish Supreme Court over thirty years ago – a parent, whose parental authority has not been limited, cannot commit a crime within the meaning of the abovementioned provisions of the penal code.

* Szef Działu Prawnego w Fundacji Itaka – Centrum Poszukiwań Ludzi Zaginionych.

The procedures of the civil law, like the determination of the child's permanent residence, issuance of a warrant to return the child, or the limitation or deprivation of parental authority to the parent, who has abducted his own child, are long-lasting and almost ineffective. In cases, when the child has been abducted and brought abroad (either from Poland into another country of the European Union, or from another country to Poland) it is possible to start a procedure from the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. Its intention

is to preserve the situation, that existed immediately before the abduction, i.e. to return the child internationally abducted by one parent as fast as possible to its last residence in order to enable the civil procedures about the child by the civil courts. The Foundation ITAKA takes actions in order to change the legal provisions in a way, that provides more protection to children by explicit inclusion of parents to the group of perpetrators, who can commit the crime, that is defined in art. 211 of the Polish penal code.

Gdy młodemu małżeństwu, Annie i Janowi, urodziło się drugie dziecko, przestało się między nimi układać. Po 7 latach, mimo że byli rodzicami sześciolatniego Patryka i rocznej Hani, postanowili rozstać się na jakiś czas, by w spokoju pomyśleć o swojej przyszłości. Jan wyprowadził się z domu, dzieci zostały z mamą. Oczywiście dla obojga było, że Jan będzie mieć regularny kontakt z synem i córką. Początkowo ojciec odwiedzał dzieci co weekend, zabierał je na spacer, na plac zabaw lub do parku. Zawsze punktualnie odwoził je o umówionej porze.

Gdy jednego popołudnia Hania i Patryk nie wrócili do domu o wyznaczonej godzinie, Anna zadzwoniła do męża, by dowiedzieć się, co się stało. Usłyszała, że dzieci będą teraz mieszkać z nim, ponieważ przeprowadza się do innego miasta, gdzie Patryk będzie mógł pójść do bardzo dobrej szkoły. Anna, zrozpaczona i zdenerwowana faktem, że mąż bez jej zgody zabrał dzieci do innego miasta, udała się na policję, by zgłosić porwanie dzieci.

Ku jej zaskoczeniu dowiedziała się, że porwanie rodzicielskie nie stanowi w Polsce przestępstwa. Jedyne, co pozostało Annie, to zgłoszenie dzieci jako zaginione wskutek porwania rodzicielskiego.

Podobną historią zaczyna się wiele przypadków tzw. porwań rodzicielskich, jakie trafiają do Fundacji Itaka – Centrum Poszukiwań Ludzi Zaginionych.

Problematyka porwań rodzicielskich

Czy rodzic może porwać własne dziecko? To pytanie nasuwa się, gdy przeanalizujemy opisaną we wstępie sytuację: jeden z rodziców samowolnie decyduje o miejscu pobytu dzieci, nie uzgadniając tej kwestii z drugim. Mogłoby się wydawać, że zachowanie Jana nie jest zgodne z prawem – wszak narusza on prawo matki dzieci do wspólnego decydowania o dzieciach. Nie informując Anny ani o swoich planach, ani o miejscu pobytu dzieci, niejako porwa *Patryka i Hanię*.

Prawo karne

Przepisy karnoprawne nie przewidują pojęcia **porwania rodzicielskiego**. Uprowadzenie osoby małoletniej przez jednego z rodziców, jak w powyższym przykładzie, może nosić znamiona przestępstwa określonego w art. 211 KK. Zgodnie z brzmieniem tego artykułu karze pozbawienia wolności do lat 3 podlega każdy, kto wbrew woli osoby powołanej do opieki lub nadzoru uprowadza lub zatrzymuje małoletniego poniżej lat 15 albo osobę nieporadną ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny.

Należy mieć na uwadze, że dobrem chronionym przez powyższy przepis jest instytucja opieki i nadzoru nad małoletnim lub osobą nieporadną, a nie wolność osoby uprowadzonej lub zatrzymanej¹. Nie jest zatem wymagane naruszenie dobra dziecka.

Powyższy przepis pośrednio chroni dziecko w przypadku porwania przez osobę trzecią. Jednak utarte od lat orzecznictwo Sądu Najwyższego wyłącza tę ochronę w przypadku popełnienia czynu wskazanego w art. 211 KK przez rodzica posiadającego nieograniczoną władzę rodzicielską.

Zgodnie z uchwałą SN z 21.11.1979 r.², opierającą się na art. 188 KK z 1969 r., który treścią nie odbiegał zasadniczo od treści art. 211 KK, każde z rodziców może być podmiotem przestępstwa określonego w art. 188 KK jedynie w wypadku pozbawienia, ograniczenia lub zawieszenia przysługującej mu władzy rodzicielskiej.

Sąd Najwyższy uzasadnił taką interpretację następująco: „przewidziane w wymienionym przepisie uprowadzenie lub zatrzymanie wyczerpuje określone w nim znamiona tego przestępstwa tylko wtedy, gdy jest popełnione wbrew woli osoby powołanej do opieki lub nadzoru nad danym podopiecznym. Wyptywa z tego wniosek, że osoba powołana do wspomnianej opieki lub nadzoru nie może być podmiotem przestępstwa określonego w art. 188 KK”.

We wniosku zawartym w powyższym uzasadnieniu SN wydał się przenosić ciężar swojej uwagi z osoby, której interesu przepis ten chroni (tj. powołanej do opieki lub nadzoru nad podopiecznym), na osobę, która przepis ten naruszyła. Z niejasnych powodów SN poświęca tym samym uwagę cechom osoby popełniającej czyn, niejako bagatelizując fakt naruszenia przez nią interesów osoby, do której przepis ten odnosi się w pierwszej kolejności.

W dalszej części uzasadnienia sąd argumentuje, że osobami powołanymi do opieki lub nadzoru nad małoletnim są przede wszystkim rodzice. „Wynika to z istoty przysługującej im władzy

¹ M. Mozgawa (red.), *Magdalena Budyn-Kulik, Patrycja Kozłowska-Kalisz, Kodeks karny. Komentarz*, wyd. V. Stan prawny 1.1.2013, LEX, komentarz do art. 211 punkt 1.

² VI KZP 15/79, OSNKW 1980, Nr 1–2, poz. 2.

rodzicielskiej (art. 92 KRO), obejmującej w szczególności obowiązki oraz prawo do sprawowania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka oraz do jego wychowania (art. 95 § 1 KRO). **Władza rodzicielska przysługuje obojgu rodzicom** (art. 93 § 1 KRO) i w związku z tym każde z nich jest obowiązane i uprawnione do jej wykonywania. Uwzględniając to oraz unormowanie zawarte w art. 188 KK, stwierdzić należy, że rodzice (lub jedno z nich), którym przysługuje pełna władza rodzicielska, nie mogą być podmiotem przestępstwa przewidzianego w wymienionym przepisie”.

Z powyższego SN wysnuł wniosek, że „odpowiedzialność rodziców (lub jednego z nich) na podstawie art. 188 KK może wchodzić w rachubę jedynie wtedy, gdy zostaną pozbawieni władzy rodzicielskiej (art. 111 KRO) albo nastąpi zawieszenie (art. 110 § 1 KRO) lub ograniczenie (art. 107 § 2 i art. 109 § 1 i 2 KRO) tej władzy. Natomiast oddzielne zamieszkiwanie rodziców i faktyczne wykonywanie opieki oraz nadzoru nad dzieckiem tylko przez jedno z nich nie ma wpływu na zakres wspomnianej władzy drugiego z rodziców. W takim więc wypadku usunięcie dziecka spod fizycznej władzy opiekującego się nim jednego z rodziców i wbrew jego woli, jakkolwiek samowolnie, nie wyczerpuje znamion przestępstwa określonego w art. 188 KK. Okoliczność, że owo usunięcie dziecka spowodowało w istocie ograniczenie władzy rodzicielskiej jednego z rodziców wykonującego opiekę, nie zmienia postaci rzeczy ze względu na przysługujące również uprowadzającemu nadal takie same uprawnienia i obowiązki względem dziecka (...)”.

Powyższa interpretacja jest konsekwentnie podtrzymywana w orzecznictwie³. Warto przy tym szczególnie zwrócić uwagę na postanowienie SN z 9.12.2003 r.⁴: „W orzecznictwie pod rządą poprzedniego Kodeksu karnego z 1969 r. utrwalił się pogląd, że każde z rodziców może być podmiotem przestępstwa uprowadzenia dziecka z ówczesnego art. 188 KK jedynie w wypadku pozbawienia, ograniczenia lub zawieszenia przysługującej mu władzy rodzicielskiej (...), a także, że wprawdzie zarządzenia sądu wydawane w trybie art. 109 KRO stanowią jakieś ograniczenia władzy rodzicielskiej, ale nie każde z nich oznacza od razu ograniczenie tej władzy w taki sposób, by w grę wchodzić mogła odpowiedzialność z ówczesnego art. 188 KK w razie niewykonania owych zarządzeń sądu (...). Ponieważ regulujący obecnie to przestępstwo art. 211 KK w swej treści nie różni się od normy d.KK – poza wskazaniem, że chodzi o uprowadzenie małoletniego poniżej lat 15, a nie każdego małoletniego – a nie uległa też zmianie regulacja prawa rodzinnego w kwestii władzy rodzicielskiej, to poglądy utrwalone pod rządą poprzedniego Kodeksu karnego zachowują swą aktualność”.

Wydaje się, że powyższe uzasadnienie odwołuje się do „utartego orzecznictwa”, całkowicie ignorując fakt, że od jego powstania upłynęło kilka dekad, nastąpiły olbrzymie zmiany społeczne i nieporównywalnie zwiększyła się dostępność środków przemieszczania się oraz obszar, po którym można się poruszać bez żadnej kontroli. W 1979 r.⁵ ówczesny ustrój polityczny, ograniczony dostęp do środków transportu oraz szczelnie zamknięte granice niewątpliwie zmniejszyły możliwości porwania i ukrycia dziecka. Jednak w dzisiejszym świecie „utarte orzecznictwo” nie sprawdza się w otaczającej nas rzeczywistości – dzięki przynależności Polski do strefy Schengen rodzic uprowadzający dziecko ma szeroki wybór 25 innych państw, do których może z nim wyjechać, nie natrafiając po drodze na żadną kontrolę graniczną.

Kolejnym istotnym argumentem podniesionym w powyższym uzasadnieniu jest też następujący fragment, który pozwala

przejsć do zagadnienia ochrony dziecka przez przepisy prawa cywilnego: „Nie jest zadaniem prawa karnego penalizowanie każdego naruszenia reguł prawnych odnośnie do określonych postępowań ludzi i niereagowania przez nich na decyzje sądów w sprawach cywilnych czy rodzinnych. Dla wyegzekwowania postanowienia (...) istnieją zresztą nie tylko określone procedury (...), ale i środki przymusu procesowego w postaci grzywny i aresztu w celu przymuszenia (...)”.

Z powyższego wynika, że ustawodawca wychodzi z założenia, iż środki przewidziane w prawie cywilnym powinny być wystarczające do rozwiązania problemów związanych z porwaniem rodzicielskim. Należy zatem przeanalizować procedury i środki przymusu dostępne w ramach postępowania cywilnego.

Prawo cywilne

W aktualnym stanie prawnym prawo cywilne przewiduje szereg instrumentów pozwalających pokrzywdzonemu rodzicowi podjąć działania zmierzające do ustalenia sytuacji prawnej dziecka i przywrócenia kontaktów.

Zgodnie z art. 98 KRO **rodzice są przedstawicielami ustawowymi dziecka** pozostającego pod ich władzą rodzicielską, a każdy z nich – o ile nie decyduje o istotnych sprawach dziecka – może działać samodzielnie. Jeżeli władza rodzicielska przysługuje obojgu rodzicom, każde z nich jest jednocześnie obowiązane i uprawnione do jej wykonywania. Jednak o istotnych sprawach dziecka rodzice rozstrzygają wspólnie, a w razie braku porozumienia między nimi rozstrzyga sąd opiekuńczy.

Pojęcie „istotnych spraw dziecka” nie jest zdefiniowane w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, lecz wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego⁶ i obejmuje między innymi rozstrzygnięcie o miejscu pobytu dziecka oraz decydowanie o wyjeździe dziecka za granicę.

Kiedy rodzic samowolnie zadecyduje i wyjedzie z dzieckiem w nieznanne miejsce, drugi ma możliwość skorzystania z rozwiązań prawnych przewidzianych w prawie cywilnym. Należą do nich: nakaz wydania dziecka w przypadku jego uprowadzenia lub zatrzymania przez drugiego rodzica, ustalenie miejsca pobytu dziecka przy rodzicu, egzekucja kontaktów z dzieckiem oraz wniosek o ograniczenie lub pozbawienie władzy rodzicielskiej rodzica, który narusza prawo.

Nakaz wydania dziecka

Rodzic, którego prawo zostało naruszone przez drugiego rodzica poprzez uprowadzenie lub zatrzymanie wspólnego dziecka, może w każdym przypadku wystąpić do sądu opiekuńczego z wnioskiem o odebranie dziecka. Sprawy o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką uregulowane są w art. 5981–59814 KPC. W przypadku uwzględnienia **wniosku o nakaz wydania dziecka** sąd wyda postanowienie o odebraniu dziecka. W postanowieniu tym określi termin, w którym dziecko powinno zostać oddane wnioskodawcy. Postanowienie staje się skuteczne i wykonalne już w momencie jego ogłoszenia na rozprawie. Jeżeli rodzic zobowiązany do wydania dziecka nie dostosuje się do treści postanowienia, a wyznaczony termin upłynie

³ Uchw. SN z 7.8.1982 r., VI KZP 18/82, niepubl.; post. SN z 18.12.1992 r., I KZP 40/92, Wokanda 1993, Nr 2, s. 8.

⁴ III KK 116/03, niepubl.

⁵ Uchw. SN z 21.11.1979 r., VI KZP 15/79, OSNKW 1980, Nr 1–2, poz. 2.

⁶ Uchw. SN z 23.5.2012 r., III CZP 21/12, www.sn.pl.

bezsukutecznie, rodzic poszkodowany ponownie może zwrócić się do sądu – tym razem z wnioskiem o pomoc przy fizycznym odbiorze dziecka. Wówczas sąd zleci kuratorowi sądowemu przymusowe odebranie dziecka, który będzie zobowiązany do odebrania dziecka od każdej osoby, u której ono się znajduje. Jeżeli podczas wykonywania postanowienia kurator natrafi na przeszkody uniemożliwiające odbiór, takie jak ukrywanie dziecka, to zgodnie z art. 59811 § KPC powinien zawiadomić o tym prokuratora. Prokurator może wówczas wszcząć postępowanie w związku z przestępstwem określonym w art. 232 KK, tj. polegającym na wywieraniu przemocą lub groźbą wpływu na czynności urzędowe sądu.

W przypadku gdy mimo zawiadomienia zobowiązany rodzic nie ujawnia miejsca pobytu dziecka, kurator skieruje do sądu opiekuńczego wniosek o zarządzenie przymusowego sprowadzenia tego rodzica w celu złożenia oświadczenia o miejscu pobytu dziecka. Pod względem skutków karnych oświadczenie to jest równoznaczne ze złożeniem zeznań pod przysięgą.

Ustawodawca przewidział dla kuratora także możliwość skorzystania ze wsparcia policji, w przypadku gdy zobowiązany lub inne osoby przeszkadzają w wykonaniu orzeczenia w miejscu pobytu dziecka.

Kontakty z dzieckiem

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego: „rodzicom przysługuje prawo do osobistej styczności z dzieckiem, jest ono ich prawem osobistym i niezależnym od władzy rodzicielskiej. Przysługuje rodzicom mimo pozbawienia ich władzy rodzicielskiej, jej zawieszenia lub ograniczenia”⁷.

Sprawy dotyczące wykonywania kontaktów z dzieckiem uregulowane są w artykułach 59815–59821 KPC. Na podstawie tych przepisów sąd, w sytuacji gdy rodzic utrudnia drugiemu rodzicowi kontakty z dzieckiem, może najpierw zagrozić mu nakazaniem zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej na rzecz rodzica uprawnionego do kontaktów z dzieckiem. Jeżeli zagrożenie to nie odniesie pożądanego skutku, sąd opiekuńczy nakaże mu zapłatę należnej sumy pieniężnej, ustalając jej wysokość stosownie do liczby naruszeń.

Ograniczenie lub pozbawienie władzy rodzicielskiej

Spośród środków pozostających do dyspozycji rodzica, którego prawo naruszono, najcięższym w skutkach niewątpliwie jest wniosek o pozbawienie drugiego rodzica władzy rodzicielskiej. Zgodnie z art. 111 KRO **sąd opiekuńczy ma obowiązek pozbawić rodzica władzy rodzicielskiej** m.in. wtedy, gdy ten nadużywa władzy rodzicielskiej lub w sposób rażący zaniedbuje swe obowiązki względem dziecka.

Porwanie rodzicielskie, czyli decydowanie o dziecku bez wiedzy i woli drugiego rodzica uprawnionego do decydowania o istotnych sprawach dziecka, jest przykładem drastycznego nadużycia władzy rodzicielskiej. Takie zachowanie może stanowić podstawę do złożenia wniosku o pozbawienie władzy rodzicielskiej rodzica, który uprowadził dziecko. Potwierdził to Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 7.8.1982 r.⁸: „Wywiezienie małoletniego dziecka za granicę przez jednego z rodziców posiadających pełnię władzy rodzicielskiej, które w konsekwencji oznacza pozbawienie małoletniego dziecka naturalnego środowiska rodzinnego i kontaktu z drugim z rodziców i zatrzymanie go na stałe w państwie wbrew woli drugiego z rodziców, może na gruncie prawa rodzinnego stanowić podstawę do wydania przez sąd opiekuńczy orzeczenia o ograniczeniu lub pozbawieniu władzy rodzicielskiej rodzica, który dokonał uprowadzenia dziecka za granicę”.

Porwania międzynarodowe

Szczególny przypadek porwania rodzicielskiego, z którym Fundacja Itaka jest konfrontowana coraz częściej, stanowi uprowadzenie dziecka poza granice Polski lub z zagranicy do Polski. Głównym instrumentem prawnym regulującym kwestię porwań rodzicielskich w przypadku uprowadzenia dziecka za granicę lub zatrzymania go w innym państwie jest konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, sporządzona w Hadze 25.10.1980 r.⁹. Jej celem jest ochrona dziecka przed szkodliwymi dla niego skutkami tego typu zachowań. Należy przy tym mieć na uwadze, że nie ma ona rozstrzygać, przy którym z rodziców dziecko ma mieć miejsce pobytu, lecz jedynie przywrócić stan poprzedni, który został naruszony bezprawnym uprowadzeniem lub zatrzymaniem dziecka.

Konwencja ma zastosowanie jedynie do uprowadzeń i zatrzymań międzynarodowych. Jeżeli dziecko zostało uprowadzone bądź zatrzymane na terenie tego samego kraju, Konwencja haska nie będzie miała zastosowania. Jednym z warunków, których spełnienie jest wymagane, by miała ona zastosowanie, jest to, by bezpośrednio przed zatrzymaniem lub uprowadzeniem dziecko miało miejsce stałego pobytu w jednym z umawiających się państw. Ponadto wymagane jest, by zarówno państwo, z którego dziecko zostało uprowadzone, jak i to, do którego zostało uprowadzone, były sygnatariuszami konwencji. Jej przepisy będą miały zastosowanie także wtedy, gdy dziecko zostało na krótki okres bezprawnie uprowadzone lub zatrzymane do państwa trzeciego, a następnie przewiezione do innego państwa będącego stroną konwencji. Organami właściwymi decydującymi o wniosku o wydanie dziecka są organy tego państwa, w którym dziecko aktualnie przebywa.

Wniosek o wydanie dziecka należy złożyć za pośrednictwem organu centralnego państwa stałego pobytu dziecka lub bezpośrednio do organu centralnego państwa wezwanego (w Polsce organem właściwym jest Ministerstwo Sprawiedliwości). Organy centralne państw są zobowiązane do podjęcia wszelkich stosownych środków w celu zapewnienia dobrowolnego wydania dziecka. Wszelkie działania powinny być podejmowane niezwłocznie.

Należy zwrócić uwagę, że obowiązek wydania nie zachodzi, jeżeli osoba, instytucja lub organizacja sprzeciwiająca się wydaniu dziecka wykaże, że opiekujący się dzieckiem faktycznie nie wykonywał prawa do opieki w czasie uprowadzenia lub zatrzymania albo zgodził się lub później wyraził zgodę na uprowadzenie lub zatrzymanie, lub istnieje poważne ryzyko, że powrót dziecka naraziłby je na szkodę fizyczną lub psychiczną albo w jakikolwiek inny sposób postawiłby je w sytuacji nie do zniesienia.

Postępowanie wszczęte na podstawie Konwencji haskiej wstrzymuje toczące się postępowania przed sądami cywilnymi. Po skutecznym przywróceniu dziecka do kraju, z którego zostało ono uprowadzone, kwestie opieki, praw rodzicielskich itp. rozstrzygane są przez sądy cywilne tego kraju. Z tego powodu postępowania w ramach Konwencji haskiej nie można uznać za rozwiązanie samo w sobie, a jedynie akt prawny mający na celu umożliwienie wszczęcia procedury na podstawie przepisów cywilnoprawnych.

⁷ Uchw. SN z 26.9.1983 r., III CZP 46/83, OSNCPIUS 1984, Nr 4, poz. 49.

⁸ VI KZP 18/82, niepubl.

⁹ Dz.U. z 1995 r. Nr 108, poz. 528 i 529, zm. Dz.U. z 1999 r. Nr 93, poz. 1085.

Doświadczenia z praktyki

Wskazane powyżej rozwiązania z zakresu prawa karnego i prawa cywilnego w teorii wydają się chronić interes dziecka w wystarczającym stopniu.

W praktyce mają one jednak dwa bardzo słabe punkty. Po pierwsze problem stanowi przewlekłość postępowania. Szczególnie jeśli weźmiemy pod uwagę, że często o możliwości uchronienia dziecka przed jego uprowadzeniem, a w konsekwencji przed jego zaginięciem decydują godziny. Postępowania sądowe rzadko kiedy trwają krócej niż kilka tygodni. Znane są przypadki postępowań ciągnących się latami. W tym czasie trwa rozłąka dziecka z rodzicem, szybko ulegają osłabieniu ich relacje, co prowadzi do tego, że po kilku lub kilkunastu miesiącach, kiedy w końcu odbywa się rozprawa w sądzie, stosunek dziecka do każdego z rodziców jest zmieniony. W takiej sytuacji pojawiają się wątpliwości, czy wydanie orzeczenia, którego konsekwencją będzie kolejna zmiana otoczenia w życiu dziecka, nie przyniesie więcej szkody niż pożytku.

Drugim słabym punktem jest znikoma skuteczność prawa cywilnego. Nawet kiedy sąd przychylił się do wniosku o wydanie dziecka, nierzadko nie może on zostać wyegzekwowany – nie dochodzi do odbioru dziecka choćby z powodu ukrycia go lub odmowy wypuszczenia kuratora na posesję przez rodzica.

Przedstawiciele Fundacji Itaka wielokrotnie spotkali się z sytuacjami, gdzie wszelkie rozwiązania prawne pozostawały bezskuteczne.

Warto wspomnieć o przypadku, w którym do prób odbioru dziecka od zobowiązanego rodzica dochodziło kilkanaście razy, a w obliczu braku skuteczności tych odbiorów drugi rodzic odzyskał dziecko dopiero po jego „odbiciu na własną rękę” przy wsparciu osób niezwiązanych z organami państwowymi. Innym przypadkiem obnażającym bezsilność istniejących obecnie rozwiązań prawnych jest sytuacja, w której sąd w celu przymuszenia rodzica zobowiązanego do wydania dziecka nałożył na niego grzywnę w wysokości 300 zł za uchylanie się od wykonania tego obowiązku. Nie jest zaskoczeniem, że zobowiązany rodzic zamiast wydać dziecko, wolał zapłacić karę.

Porwanie a zaginięcie

Pewnym pocieszeniem dla rodziców doświadczających traumy uprowadzenia własnego dziecka przez drugiego rodzica jest fakt, że pojęcie „porwanie rodzicielskie” zostało wprowadzone do przepisów prawnych. Do 2012 r. w prawie polskim nigdzie nie pojawiało się to określenie. Po raz pierwszy zostało ono ujęte w przepisach prawnych w zarządzeniu nr 124 Komendanta Głównego Policji z 4.6.2012 r. w sprawie prowadzenia przez Policję poszukiwania osoby zaginionej oraz postępowania w przypadku ujawnienia osoby o nieustalonej tożsamości lub znalezienia nieznanych zwłok oraz szczątków ludzkich¹⁰.

Należy zwrócić uwagę, że w przypadku porwania rodzicielskiego mogą zachodzić okoliczności zaginięcia dziecka. Zgodnie z definicją wskazaną w zarządzeniu nr 124 KGP zaginięcie osoby to zaistnienie zdarzenia uniemożliwiającego ustalenie miejsca pobytu osoby fizycznej i zapewnienie ochrony jej życia, zdrowia lub wolności, wymagające jej odnalezienia albo udzielenia pomocy. Często rodzic pozbawiony kontaktu z dzieckiem przez drugiego rodzica nie wie, gdzie jego dziecko przebywa. A gdy już uda się ustalić miejsce jego pobytu, często bywa pozbawiony możliwości utrzymywania z nim kontaktu.

Zgodnie z definicją zawartą w zarządzeniu porwanie rodzicielskie to sytuacja, w której jedno z rodziców lub opiekunów posiadających pełną władzę rodzicielską bez woli i wiedzy drugiego z nich pod pretekstem krótkotrwałego pobytu wywozi

lub zatrzymuje osobę małoletnią na stałe, pozbawiając tym samym drugiego rodzica lub opiekuna posiadającego pełną władzę rodzicielską możliwości utrzymywania kontaktu z małoletnim w przysługującym mu zgodnie z prawem zakresie.

W oparciu o treść tego zarządzenia Policja w zależności od okoliczności zaginięcia może zakwalifikować zgłaszane przez rodzica zaginięcie dziecka do jednej z trzech kategorii osób zaginionych, obejmującej także przypadki porwań rodzicielskich, i podjęć niezwłoczne działania mające na celu ustalenie miejsca pobytu dziecka.

Powyższe zarządzenie również nie stanowi rozwiązania w przypadku porwań rodzicielskich, gdyż nawet ustalenie miejsca pobytu dziecka wskutek czynności poszukiwawczych przez Policję nie prowadzi do jego wydania rodzicowi, który zgłosił zaginięcie wskutek porwania rodzicielskiego, a do odesłania go do sądu rodzinnego.

Podsumowanie

Wziąwszy pod uwagę powyższy wywód na temat art. 211 KK oraz problemy, jakie pojawiają się przy stosowaniu przepisów prawa cywilnego, jak najbardziej można uznać, że rodzic jest w stanie porwać własne dziecko. Prawo nie chroni dzieci w wystarczającym stopniu przed zjawiskiem porwania rodzicielskiego, a w zasadzie całkowicie brakuje przepisów chroniących bezpośrednio ich praw w tego typu przypadkach.

Nie przekonuje argumentacja, jakoby dziecko było bezpieczne pod opieką swojego rodzica, gdyż ten zapewne nie chce wyrządzić mu krzywdy. Z praktycznego doświadczenia Fundacji Itaka wynika, że istnieją liczne zagrożenia, na jakie są narażane dzieci w przypadku tak daleko idących konfliktów. Znane są przypadki wywiezienia dziecka w nieznane miejsce w kraju lub za granicą, nierzadko w miejsce zupełnie obce dziecku. Bywa także, że dziecko jest przetrzymywane w nieodpowiednich warunkach, ukrywane w odizolowaniu od świata zewnętrznego. W skrajnych przypadkach rodzic dopuszczał się przetrzymywania dziecka na czas wizyty drugiego rodzica lub kuratora w zamknięciu, np. w szafie bądź w piwnicy.

Takie traktowanie grozi wywołaniem silnego stresu u dziecka poprzez wyrwanie go ze znanego mu otoczenia, takiego jak dom, przedszkole, szkoła, oraz zerwanie więzi z pozostałymi członkami rodziny. Nierzadko dochodzi do psychicznego znęcania się nad dzieckiem poprzez wmawianie mu, że drugi rodzic go nie kocha lub że nie żyje. Najcięższe znane nam przypadki obejmowały zmuszanie dziecka do posługiwania się innym imieniem, a nawet ubierania się niezgodnie z jego płcią.

Przyczyny tak nieodpowiedzialnego zachowania rodziców względem swoich dzieci są indywidualne dla każdego przypadku, stąd trudno je konkretnie wskazać. Czasem mamy do czynienia z niewiedzą i brakiem umiejętności przewidywania konsekwencji swojego postępowania. Niektórzy rodzice, decydując się na odejście od partnerki lub partnera, nie chcą mieć z tą osobą nic wspólnego i podejmują swoistą próbę wymazania jej z życia swojego i z życia dziecka.

Znane są też przypadki bardzo przemyślanego działania, mającego na celu wymuszenie czegoś na drugim partnerze – jak choćby wycofanie zawiadomienia o przemocy w rodzinie lub ustępstwo w sprawie alimentów – oraz takiego, którym partner chce drugiemu rodzicowi wyrządzić krzywdę. W tych ostatnich przypadkach dziecko staje się swoistym narzędziem, przedmiotem w rękach swojego ojca lub matki, służącym jedynie temu, by zaszkodzić drugiej stronie.

¹⁰Dz. Urz. Komendy Głównej Policji z 2012 r., poz. 29.

W związku z nasilonym zjawiskiem migracji obywateli, którzy m.in. zakładają rodziny poza granicami kraju, można się spodziewać dalszego wzrostu liczby przypadków porwań rodzicielskich. Odkąd Fundacja Itaka zajęła się tym tematem, z każdym rokiem napływa do nas więcej zgłoszeń niż w roku poprzednim. Coraz więcej rodziców doświadcza traumy uprowadzenia ich dziecka przez byłego partnera lub partnerkę i bezsilnie miesiącami oczekuje na orzeczenia sądów cywilnych, których potem nie sposób wyegzekwować.

W związku z powyższym Fundacja Itaka podejmuje działania mające na celu zmianę przepisów prawa karnego tak, by nie pozostawiały miejsca na interpretację wyłączającą rodzica z kręgu podmiotów mogących popełnić opisane w tym przepisie przestępstwo. Wydaje się, że jedynym skutecznym rozwiązaniem jest wprowadzenie penalizacji działań jednego rodzica narażających dziecko na szkodę i naruszających prawa drugiego rodzica. Pozwoli to na uruchomienie środków przymusu dostępnych w postępowaniu karnym, takich jak przeszukanie,

zatrzymanie sprawcy, poszukiwanie sprawcy, list gończy etc. Ponadto świadomość, że uprowadzenie własnego dziecka stanowi czyn penalizowany na mocy Kodeksu karnego może spowodować, że rodzic rozważający podobne zachowanie nie podejmie decyzji zbyt pochopnie.

Fundacja Itaka

Jako organizacja pozarządowa powstała w 1999 r. Itaka kompleksowo zajmuje się problematyką zaginięć w Polsce. Przedmiotem działań fundacji jest poszukiwanie osób zgłoszonych jako zaginione, niezależnie od ich wieku. Oprócz poszukiwania pracownicy i wolontariusze pomagają bliskim osób zaginionych, udzielając im wsparcia prawnego i psychologicznego, oraz podejmują działania mające na celu przeciwdziałanie zaginięciom – m.in. przez prowadzenie szkoleń z zakresu profilaktyki zaginięć.

Od 2009 r. Itaka zajmuje się także tematem porwań rodzicielskich. ■

Weź pigułkę, zdaj egzamin!



szybko przyswoisz i powtórzysz wiedzę

Zamów:
www.ksiegarnia.beck.pl/prawo-w-pigulce



W roku akademickim 2011/2012 poradnie prawne:

...rozpatrzyły 13 379 spraw, w tym najwięcej było spraw z zakresu prawa cywilnego (4057),
 ...skupiały 1851 studentów oraz 235 pracowników naukowych i prawników-praktyków.