

Marcin Białecki\*

# Przebieg postępowania w sprawach o wydanie dziecka w trybie Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę sporządzonej w Hadze 25.10.1980 r. przed sądem I instancji – zagadnienia wybrane\*\*

## 1. WPROWADZENIE

Celem niniejszego opracowania jest analiza wybranych zagadnień dotyczących przebiegu postępowania w sprawach o wydanie dziecka w ramach Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, sporządzonej w Hadze 25.10.1980 r. przed sądem I instancji<sup>1</sup> w odniesieniu do przepisów ustawy – Kodeks postępowania cywilnego<sup>2</sup> i ustawy z 26.01.2018 r. o wykonywaniu niektórych czynności organu centralnego w sprawach rodzinnych z zakresu obrotu prawnego na podstawie prawa Unii Europejskiej i umów międzynarodowych<sup>3</sup>. Już w tym miejscu należy zaznaczyć, że przedmiotowa analiza opiera się przede wszystkim na badaniach empirycznych, co oznacza, że przyjętym przeze mnie założeniem jest nie tylko koncentrowanie się na poszczególnych przepisach Kodeksu postępowania cywilnego i innych aktach prawnych dotyczących spraw o nakazanie powrotu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką za granicę, ale przede wszystkim skupienie się wokół funkcji

\* Marcin Białecki jest doktorem nauk prawnych, Katedra Postępowania Cywilnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie oraz adwokatem, mediatorem, Polska, ORCID: 0000-0003-2894-3775; e-mail: m.bialecki@uksw.edu.pl

\*\* Data zgłoszenia tekstu przez autora: 15.04.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 22.04.2021 r.

<sup>1</sup> Dz.U. z 1995 r. Nr 108, poz. 528 ze zm. – dalej Konwencja lub Konwencja haska.

<sup>2</sup> Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1575) – dalej k.p.c.

<sup>3</sup> Tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 416 – dalej u.w.n.cz.org.cent. Niniejsza ustawa służy stosowaniu 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, uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1347/2000 (Dz.Urz. WE L 338 z 2003 r., s. 1 ze zm.) – dalej rozporządzenie nr 2201/2003. Obowiązująca u.w.n.cz.org.cent. określa zasady i tryb postępowania polskiego organu centralnego, polskich sądów oraz innych polskich organów w sprawach rodzinnych z zakresu obrotu prawnego na podstawie prawa UE i umów międzynarodowych, a także postępowania przed polskim organem centralnym w sprawach objętych m.in. Konwencją dotyczącą cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, sporządzoną w Hadze 25.10.1980 r.

wprowadzonych rozwiązań i ich użyteczności, przy subsydiarnym zastosowaniu metody dogmatycznoprawnej<sup>4</sup>.

Przeprowadzone przeze mnie badania, a także wnioski z nich płynące, oparte są na empirycznej analizie akt sądowych udostępnionych przez sądy okręgowe i odpowiednie wydziały tych sądów, które orzekają w sprawach o nakazanie powrotu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką za granicę oraz w sprawach o przymusowe odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką za granicę<sup>5</sup>. Badaniom aktowym poddanych zostało 30 prawomocnie zakończonych spraw nadesłanych przez Sądy Okręgowe (dalej SO) mające swoje siedziby w: Poznaniu, Warszawie, Gdańsku, Wrocławiu, Katowicach, Lublinie, Białymstoku, Szczecinie, Rzeszowie i Łodzi. Zgodnie z art. 569<sup>1</sup> § 1 k.p.c. do właściwości SO z siedzibą w miejscowości będącej siedzibą Sądu Apelacyjnego (dalej SA) należą sprawy o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką prowadzone na podstawie Konwencji, jeżeli na tym obszarze osoba podlegająca władzy rodzicielskiej lub pozostająca pod opieką ma miejsce zamieszkania lub pobytu. Oznacza to zatem, że do rozpoznawania powyższych spraw powołanych jest 11 SO z siedzibami w: Poznaniu, Warszawie, Gdańsku, Wrocławiu, Katowicach, Lublinie, Białymstoku, Szczecinie, Rzeszowie, Łodzi i Krakowie. Badania empiryczne prowadzone były w okresie od 1.10.2019 r. do 29.02.2020 r. i obejmowały jedynie sprawy prawomocnie zakończone na etapie postępowania przed sądem I instancji bądź na etapie wydania prawomocnego orzeczenia przez Sąd Apelacyjny w Warszawie, który orzeka jako sąd II instancji przy założeniu, iż orzeczenie sądu I instancji zostało zaskarżone apelacją.

Postępowanie w sprawach o nakazanie powrotu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką za granicę rozpoznawane na podstawie przepisów Konwencji charakteryzuje się dynamiką, która zakłada m.in. konieczność szybkości działania między właściwymi organami centralnymi. Postulat szybkości postępowania odnosi się także bezpośrednio do postępowania przed sądem, który – co do zasady – powinien wydać rozstrzygnięcie w terminie sześciu tygodni od daty wpłynięcia wniosku (por. art. 11 Konwencji). W trakcie badań aktowych zauważyłem, że zarówno organ centralny, jak i sądy prowadzące te postępowania traktują je w sposób priorytetowy i podejmują działania niezwłocznie. Nie ulega jednak wątpliwości, że wydanie rozstrzygnięcia w terminie określonym w art. 11 Konwencji jest obiektywnie trudne i wiąże się najczęściej z przyczynami leżącymi

<sup>4</sup> Szerzej M. Białecki, *Wykorzystanie mediacji online w ramach postępowania prowadzonego w trybie Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę sporządzonej w Hadze dnia 25 października 1980 r.* [w:] *Postępowanie cywilne w dobie przemian*, red. I. Gil, Warszawa 2017, s. 343–361; M. Białecki, *Postępowanie mediacyjne w ramach Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę – zagadnienia praktyczne mediacji transgranicznej* [w:] *Ius est a iustitia appellatum. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Wiśniewskiemu*, red. T. Ereciński, J. Gudowski, M. Pazdan, Warszawa 2017, s. 999–1007.

<sup>5</sup> Chodzi o sprawy znajdujące się w wykazie zamieszczonym w załączniku nr 2 do zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z 19.06.2019 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej (Dz.Urz. MS z 2019 r. poz. 138 ze zm.). Por. także M. Białecki, *Mediacja w sprawach o wydanie dziecka na podstawie konwencji haskiej z 25.10.1980 r. dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę – uwagi na tle obowiązujących przepisów i proponowanych zmian w zakresie uprowadzenia instytucji organizacji postępowania* [w:] *Postępowanie cywilne – wprowadzone i projektowane zmiany 2019*, red. G. Jędrejek, S. Kotas, F. Manikowski, Warszawa 2019, s. 426–439. Z uwagi na przyjęty zakres niniejszego opracowania nie zostanie omówiony przebieg postępowania przed polskim organem centralnym oraz przebieg postępowania wykonawczego.

po stronie uczestników postępowania i ich inicjatywy dowodowej. Niewątpliwie wpływ na opóźnienie w wydaniu orzeczenia w I instancji ma dopuszczenie dowodu z opinii biegłych Opiniodawczego Zespołu Sądowych Specjalistów<sup>6</sup>, mimo że na wydanie takiej opinii w omawianych sprawach czeka się relatywnie krótko, gdyż takie sprawy traktowane są pierwszoplanowo.

Zgodnie z zasadą wprowadzoną w art. 11 Konwencji władze sądowe lub administracyjne każdego umawiającego się państwa powinny podejmować niezwłoczne działania w celu powrotu dziecka. Jeżeli dana władza sądowa lub administracyjna nie podejmie decyzji w ciągu sześciu tygodni od daty wpłynięcia wniosku, to wnioskodawca lub organ centralny państwa wezwanego, z własnej inicjatywy lub na wniosek organu centralnego państwa wzywającego, może żądać przedstawienia powodów zwłoki. Jeżeli organ centralny państwa wezwanego otrzyma odpowiedź, to organ ten przekazuje ją organowi centralnemu państwa wzywającego lub, w stosownych przypadkach, wnioskodawcy. Termin sześciu tygodni będzie dotyczył wniosków o nakazanie powrotu dziecka, które wpływają do polskiego organu centralnego lub do właściwego sądu okręgowego, przy czym należy mieć na względzie fakt, że będzie chodziło zasadniczo o wydanie przez sąd postanowienia w przedmiocie nakazania powrotu bądź oddalenia wniosku, zaś bieg terminu liczony będzie od dnia wpływu wniosku do sądu, nie do organu centralnego. Wskazany termin ma charakter instrukcyjny.

## **2. POSTĘPOWANIE PRZED SĄDEM OKRĘGOWYM JAKO SĄDEM I INSTANCJI W SPRAWACH O ODEBRANIE OSOBY PODLEGAJĄCEJ WŁADZY RODZICIELSKIEJ LUB POZOSTAJĄCEJ POD OPIEKĄ**

### **2.1. Właściwość rzeczowa i miejscowa sądu w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką**

Zgodnie z art. 569<sup>1</sup> § 1 k.p.c. do właściwości sądu okręgowego z siedzibą w miejscowości będącej siedzibą sądu apelacyjnego należą sprawy o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką prowadzone na podstawie Konwencji, jeśli na tym obszarze osoba podlegająca władzy rodzicielskiej lub pozostająca pod opieką ma miejsce zamieszkania lub pobytu<sup>7</sup>. Stosownie do art. 569<sup>1</sup> § 2 k.p.c. sąd okręgowy orzeka w terminie sześciu tygodni od dnia wniesienia wniosku. W tym miejscu raz jeszcze zaznaczam, że ustawodawca w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego posługuje się pojęciem spraw o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką prowadzonych na podstawie Konwencji haskiej z 1980 r. Z tej perspektywy, kierując się zasadami wykładni systemowej, bardziej trafne byłoby ich wyraźne zróżnicowanie w Kodeksie postępowania cywilnego poprzez wprowadzenie ujednoczenia zgodnego z zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości z 19.06.2019 r. w sprawie organizacji i zakresu

<sup>6</sup> Dawniej Rodzinny Ośrodek Diagnostyczno-Konsultacyjny (RODK) – dalej OZSS.

<sup>7</sup> Kwestia właściwości rzeczowej i miejscowej sądów okręgowych została przeze mnie poruszona w części wprowadzającej, przy czym dla tej kategorii spraw z obszaru właściwości SA w Warszawie właściwy jest SO w Warszawie (art. 569<sup>1</sup> § 3 k.p.c.).

działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej<sup>8</sup>, z którego wynika podział na: a) sprawy o nakazanie powrotu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką za granicę w sprawie prowadzonej na podstawie Konwencji oraz b) sprawy o przymusowe odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką za granicę w sprawie prowadzonej na podstawie Konwencji<sup>9</sup>. Postępowanie w sprawach prowadzonych w oparciu na przepisach Konwencji może toczyć się tylko na wniosek – wyłączone jest wszczęcie tego postępowania z urzędu przez sąd.

## 2.2. Wniosek o nakazanie powrotu dziecka i przymus adwokacko-radcowski

Wniosek o nakazanie powrotu dziecka może być wniesiony do właściwego miejscowo i rzeczowo sądu okręgowego bez pośrednictwa polskiego organu centralnego, na co zezwala przepis art. 569<sup>1</sup> § 4 k.p.c., i w takim przypadku sąd okręgowy zawiadamia niezwłocznie sąd opiekuńczy miejsca zamieszkania osoby, której wniosek ma dotyczyć, a w braku miejsca zamieszkania – sąd opiekuńczy miejsca jej pobytu (art. 569 § 1 k.p.c.)<sup>10</sup>. Sąd okręgowy zawiadamia o wniesieniu wniosku oraz o zakończeniu postępowania w tej sprawie, co ma związek z omawianą wcześniej koniecznością zawieszenia postępowania w przedmiocie władzy rodzicielskiej lub opieki nad osobą, której wniosek dotyczy, w trybie art. 598<sup>2</sup> § 1 k.p.c. Stanowi to również bezpośrednią realizację wymogu Konwencji z art. 16, który wprowadza zasadę, że po otrzymaniu zawiadomienia o bezprawnym uprowadzeniu lub zatrzymaniu dziecka w rozumieniu art. 3 Konwencji władze sądowe lub administracyjne umawiającego się państwa, do którego dziecko zostało uprowadzone lub w którym zostało zatrzymane, nie będą mogły decydować merytorycznie o prawie do opieki dopóty, dopóki nie zostanie ustalone, że wymogi określone przez Konwencję co do zwrotu dziecka nie zostały spełnione lub jeżeli w stosownym czasie po tym zawiadomieniu nie wpłynął wniosek sporządzony na jej podstawie<sup>11</sup>.

W postępowaniu w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką prowadzonych na podstawie Konwencji obowiązuje zastępstwo uczestników postępowania przez adwokatów lub radców prawnych. Przy czym obowiązkowi takiego nie stosuje się do wniosku o wszczęcie postępowania w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką prowadzonych na podstawie Konwencji, w postępowaniu o zwolnienie od kosztów sądowych oraz o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego, a także gdy uczestnikiem postępowania, jego organem, jego przedstawicielem ustawowym lub pełnomocnikiem jest sędzia, prokurator, notariusz, profesor lub

<sup>8</sup> Dz.Urz. MS z 2019 r. poz. 138 ze zm.

<sup>9</sup> Takie rozróżnienie byłoby zgodne z terminologią stosowaną w przepisach Konwencji, gdzie mowa jest o wniosku o nakazanie powrotu dziecka. Są to *de facto* dwa odrębne postępowania prowadzone w trybie Konwencji, jedno dotyczy nakazania powrotu, drugie zaś jest postępowaniem wykonawczym i sprowadza się do przymusowego odebrania dziecka. Ramy niniejszego opracowania nie obejmują postępowania wykonawczego.

<sup>10</sup> W przypadku braku takiej podstawy właściwy będzie Sąd Rejonowy m.st. Warszawy.

<sup>11</sup> Trzeba pamiętać również o art. 17 Konwencji, zgodnie z którym okoliczność, że orzeczenie dotyczące opieki zostało wydane lub że może być uznane w państwie wezwanym, nie może sama w sobie uzasadniać odmowy zwrotu dziecka na mocy Konwencji, jednakże władze sądowe lub administracyjne państwa wezwanego mogą wziąć pod uwagę, przy stosowaniu Konwencji, przyczyny wydania takiego orzeczenia. W analizowanych przeze mnie sprawach nie doszło do sytuacji opisanej w powyższym przepisie.

doktor habilitowany nauk prawnych, adwokat, radca prawny, radca Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej. Stosownie do art. 578<sup>2</sup> § 1 k.p.c., sąd przekazuje informację o obowiązkowym zastępstwie procesowym i wzywa do wypowiedzenia się, czy wnioskodawca jest reprezentowany przez pełnomocnika czy też wnosi o ustanowienie pełnomocnika z urzędu<sup>12</sup>. Oznacza to, że sporządzenie samego wniosku o nakazanie powrotu nie jest objęte przymusem adwokacko-radcowskim, choć w praktyce sąd już na etapie po ustanowieniu pełnomocnika z urzędu lub z wyboru wzywa do uzupełnienia braków formalnych wniosku poprzez załączenie dwóch odpisów wniosku z załącznikami dla uczestnika i prokuratora w związku z brzmieniem art. 598<sup>1</sup> § 1 k.p.c. oraz do wypowiedzenia się, czy i jakie sprawy dotyczące dziecka w przedmiocie władzy rodzicielskiej lub w przedmiocie uregulowania kontaktów toczyły się lub są w toku, zakończyły się bądź na jakimś etapie, a także do podania sądu i sygnatury akt sprawy.

### 2.3. Zarządzenie o wyznaczeniu rozprawy

Zarządzenie sądu o wyznaczeniu rozprawy zawiera natomiast zobowiązanie do złożenia odpowiedzi na wniosek w określonym terminie, ze wskazaniem wszystkich twierdzeń i dowodów pod rygorem pominięcia z przekroczeniem terminu, wypowiedzenia się w przedmiocie gotowości polubownego zakończenia postępowania, złożenia propozycji w tym zakresie, ewentualnie wypowiedzenia się, czy uczestnicy wyrażają wolę udziału w mediacji<sup>13</sup>. Podstawą prowadzenia mediacji w omawianych sprawach jest art. 570<sup>2</sup> k.p.c., zgodnie z którym w sprawie, w której zawarcie ugody jest dopuszczalne, sąd może skierować uczestników do mediacji. Przedmiotem mediacji nie może być jednak określenie sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej, co wynika bezpośrednio z przedmiotu Konwencji wyrażonego w art. 1 (zapewnienie niezwłocznego powrotu dzieci bezprawnie uprowadzonych lub zatrzymanych w jednym z umawiających się państw oraz zapewnienie poszanowania praw do opieki i odwiedzin określonych przez ustawodawstwo jednego umawiającego się państwa w innych umawiających się państwach)<sup>14</sup>. W analizowanych przeze mnie 30 sprawach, jedynie w trzech przeprowadzono mediację, przy czym dwie sprawy zakończyły się zawarciem ugody przed mediatorem (cofnięcie wniosku i zgoda na powrót dziecka), jedna sprawa ostatecznie nie zakończyła się zawarciem ugody przed mediatorem.

W omawianych sprawach sąd, stosownie do art. 575<sup>1</sup> k.p.c., z urzędu zarządza odbycie całego posiedzenia lub jego części przy drzwiach zamkniętych, jeśli przeciwko publicznemu rozpoznaniu sprawy przemawia dobro małoletniego. Praktyka taka nie jest wprawdzie jednolita, ale sądy bardzo często korzystają z takiego rozwiązania już na etapie wydawania zarządzenia o wyznaczeniu rozprawy.

Samodzielną podstawę do występowania przez sąd do konsula stanowi przepis art. 1134 k.p.c., zgodnie z którym sądy mogą występować do polskiego

<sup>12</sup> W badanych sprawach sąd dołącza informację z systemu PESEL.SAD uczestników, a następnie ustala, czy uczestnicy posiadają ustanowionych pełnomocników, jeśli nie, to ustanawia pełnomocników z urzędu i postanowienie w tej sprawie wydawane jest niezwłocznie.

<sup>13</sup> W analizowanych sprawach zarządzenie o wyznaczeniu rozprawy często obejmowało kilka następujących po sobie terminów rozpraw.

<sup>14</sup> Szerzej na temat mediacji w omawianych sprawach w: M. Bialecki, *Wykorzystanie...*, s. 343–361; M. Bialecki, *Postępowanie...*, s. 999–1007.

przedstawicielstwa dyplomatycznego lub urzędu konsularnego o przeprowadzenie dowodu lub o doręczenie pisma, jeśli osoba, która ma być przesłuchana lub odbiorca pisma jest obywatelem polskim przebywającym za granicą. Przepis ten otwiera drogę do przeprowadzania także innych dowodów, które nie mają charakteru osobowego, w szczególności jest to wykorzystywane w przypadku dopuszczenia dowodu z dokumentu lub zlecenia przeprowadzenia wywiadu środowiskowego<sup>15</sup>.

Zgodnie z art. 598<sup>1</sup> § 1 k.p.c. w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką prokuratorowi doręcza się odpis wniosku i zawiadamia się go o terminach rozprawy<sup>16</sup>.

#### **2.4. Wywiad środowiskowy oraz czynności podejmowane przez kuratorów sądowych i komornika**

Umieszczenie przepisu art. 569<sup>1</sup> § 1 k.p.c. dotyczącego właściwości miejscowej i rzeczowej sądu okręgowego w omawianych sprawach oznacza, że sąd ten działa jak sąd opiekuńczy, którym zgodnie z art. 568 k.p.c. jest sąd rodzinny. Pozwala to zatem na bezpośrednie zastosowanie art. 570<sup>1</sup> § 1 k.p.c., zgodnie z którym sąd opiekuńczy może zarządzić przeprowadzenie przez kuratora sądowego wywiadu środowiskowego w celu zebrania informacji dotyczących małoletniego i jego środowiska, a w szczególności jego zachowania się, warunków wychowawczych i życiowych, w tym sytuacji bytowej rodziny, przebiegu nauki małoletniego i sposobu spędzania czasu wolnego, jego kontaktów środowiskowych, stosunku do niego rodziców lub opiekunów, podejmowanych oddziaływań wychowawczych, stanu zdrowia i znanych w środowisku uzależnień małoletniego.

Z uwagi na specyfikę spraw prowadzonych w trybie Konwencji haskiej z 1980 r. zlecenie przeprowadzenia wywiadu środowiskowego obejmuje ustalenie: czy dziecko przebywa w Polsce, a jeżeli tak, to od kiedy; jaka jest sytuacja życiowa, osobista, bytowa, mieszkaniowa, zdrowotna i materialna rodziców/opiekunów dziecka; jakie orzeczenia w przedmiocie dziecka zapadły; czy rodzic/opiekun posiada pisemną zgodę na pobyt małoletniego w Polsce; czy zamierza wrócić do kraju, w którym dziecko miało miejsce stałego pobytu przed bezprawnym uprowadzeniem lub zatrzymaniem; czy są przeszkody w powrocie rodzica/opiekuna z dzieckiem do kraju, w którym dziecko miało miejsce stałego pobytu przed bezprawnym uprowadzeniem lub zatrzymaniem; czy istnieją zagrożenia dla dobra dziecka w środowisku ojca/matki; czy stwierdza się zaniedbania w opiece nad dzieckiem; czy ojciec/matka dziecka utrzymuje kontakty z dzieckiem i w jakiej formie, i z jaką częstotliwością; czy przed przyjazdem dziecka oboje rodzice/opiekunowie wykonywali prawo do opieki nad dzieckiem i gdzie mieszkali.

Analogicznie do postępowania przed polskim organem centralnym, zgodnie z przepisem art. 598<sup>3</sup> k.p.c., jeżeli miejsce pobytu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką nie jest znane, sąd przeprowadzi stosowne dochodzenie w celu ustalenia jej miejsca pobytu. W szczególności sąd może zażądać

<sup>15</sup> Skorzystanie przez sąd z tego przepisu może stanowić alternatywę dla zeznań składanych na piśmie w trybie art. 271<sup>1</sup> k.p.c.

<sup>16</sup> Z przepisu tego wywodzona jest podstawa prawna udziału prokuratora w postępowaniu sądowym prowadzonym w oparciu na przepisach Konwencji.

ustalenia miejsca jej pobytu przez policję. Nie ma też przeszkód, aby sąd zlecił dokonanie takich ustaleń kuratorowi sądowemu, a nawet komornikowi w ramach czynności w postępowaniu egzekucyjnym i zabezpieczającym w oparciu na przepisach art. 3 ust. 4 pkt 1, 1a i 2 ustawy z 22.03.2018 r. o komornikach sądowych<sup>17</sup>. Na zlecenie sądu, na podstawie art. 139<sup>1</sup> § 1 k.p.c., komornik osobiście doręcza bezpośrednio adresatowi zawiadomienia sądowe, pisma procesowe oraz inne dokumenty sądowe za potwierdzeniem odbioru i oznaczeniem daty albo stwierdza, że adresat pod podanym adresem nie zamieszkuje. Komornik może również podejmować czynności zmierzające do ustalenia aktualnego adresu zamieszkania osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką, a także sporządzić protokół stanu faktycznego<sup>18</sup>.

## 2.5. Udział prokuratora w postępowaniu sądowym prowadzonym w oparciu na przepisach Konwencji

Zgodnie z art. 598<sup>1</sup> § 1 k.p.c. w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką prokuratorowi doręcza się odpis wniosku i zawiadamia się go o terminach rozprawy<sup>19</sup>. W doktrynie podnosi się, że prokurator nie jest z mocy prawa uczestnikiem postępowania o odebranie dziecka. Może zatem nie przystępować do sprawy i jego absencja oznacza, że nie brał udziału w sprawie. Oznacza to, że jeśli prokurator nie zgłosi swojego udziału w sprawie, wówczas sąd nie ma obowiązku doręczania mu innych pism procesowych poza wnioskiem o nakazanie powrotu dziecka<sup>20</sup>.

Zgodnie z obowiązującym stanowiskiem Zastępcy Prokuratora Generalnego z 22.09.2016 r.<sup>21</sup>, mając na uwadze wzmożone zainteresowanie problematyką tzw. rodzicielskich uprowadzeń transgranicznych, w szczególności w kontekście orzeczeń sądowych zarządzających wydanie dziecka do miejsca jego stałego pobytu, które budzą wiele emocji w odbiorze społecznym, wyrażając jednocześnie zaniepokojenie sygnalizowanymi przypadkami braku udziału prokuratora w tych sprawach oraz braku aktywności prokuratora uczestniczącego w rozprawie, w dążeniu do realizacji dyrektywny generalnej – interesu dziecka wynikającej z postanowień Konwencji, została przedstawiona metodyka działań w zakresie udziału prokuratora w postępowaniach o wydanie dziecka prowadzonych na podstawie przepisów Konwencji haskiej w celu poprawy jakości działań dla powyższego obszaru aktywności pozakarnej prokuratora. Zastępca Prokuratora Generalnego podniósł,

<sup>17</sup> Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 121.

<sup>18</sup> Zgodnie z art. 4 ustawy o komornikach sądowych protokół stanu faktycznego jest zapisem naocznych spostrzeżeń komornika poczynionych w toku osobistych oględzin. Przedmiotem protokołu nie mogą być spostrzeżenia poczynione na podstawie dostępnych komornikowi rejestrów i innych publicznych źródeł informacji, jak też hipotezy dotyczące określonych zjawisk, relacji oraz związków przyczynowo-skutkowych. W toku osobistych oględzin komornikowi nie wolno stosować środków przymusu ani przełamywać oporu osób uczestniczących w czynnościach. Przepis art. 809 k.p.c. stosuje się odpowiednio.

<sup>19</sup> Z przepisu tego wywodzi się podstawa prawna udziału prokuratora w postępowaniu sądowym prowadzonym w oparciu na przepisach Konwencji.

<sup>20</sup> Por. Ś. Jastrzemska [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 2, *Komentarz. Art. 506–1217*, red. T. Szancilo, Warszawa 2019, komentarz do art. 598<sup>1</sup> k.p.c., teza 2.

<sup>21</sup> PK IV Ko c 369.2016, <http://pk.gov.pl/wp-content/uploads/2016/09/c3abc5c4175dc882a888a120229e4d45.pdf> (dostęp: 28.03.2021 r.). Z uwagi na chęć zaprezentowania stanowiska merytorycznego i jego aktualność przytaczam całość dokumentu dostosowaną do prowadzonych badań. Por. także stanowisko Zastępcy Prokuratora Generalnego z 2.06.2016 r., nr PKIV Ko c 18.2016 i PKIV Ko c 184.2016.

że w aktualnym stanie prawnym udział prokuratora w postępowaniu sądowym prowadzonym w oparciu na przepisach Konwencji haskiej należy wywodzić z art. 598<sup>1</sup> § 1 k.p.c., który obliguje sąd opiekuńczy do doręczenia prokuratorowi odpisu wniosku o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką i zawiadamiania o terminach rozprawy. Do tej kategorii należy zaliczyć również sprawy o wydanie dziecka toczące się w trybie postanowień Konwencji haskiej. Obowiązek zgłoszenia udziału prokuratora do postępowania o wydanie dziecka, toczącego się w trybie Konwencji, po doręczeniu przez sąd odpisu wniosku wynika z treści § 364 pkt 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 7.04.2016 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury<sup>22</sup>. W związku z powyższym wprowadzona została do ogólnego stosowania standaryzacja działań prokuratora w sprawach o wydanie dziecka, objętych dyspozycjami Konwencji haskiej z 1980 r.

W każdym przypadku doręczenia prokuratorowi przez sąd odpisu wniosku o wydanie dziecka w trybie postanowień Konwencji haskiej i zawiadomienia o terminie rozprawy, prokurator – referent sprawy niezwłocznie dokonuje wglądu do akt sądowych sprawy, sporządzając na tę okoliczność stosowną notatkę przedstawiającą krótki opis stanu faktycznego sprawy oraz rodzaj i treść dołączonych do wniosku dokumentów, a następnie zgłasza udział do toczącego się postępowania na podstawie art. 7 i art. 60 § 1 k.p.c., formułując do sądu pisemne oświadczenie w tym zakresie<sup>23</sup>. Zgodnie z art. 60 § 1 k.p.c. prokurator może wstąpić do postępowania w każdym jego stadium. Prokurator nie jest związany z żadną ze stron. Może składać oświadczenia i zgłaszać wnioski, jakie uzna za celowe, oraz przytaczać fakty i dowody na ich potwierdzenie. Od chwili, kiedy prokurator zgłosił udział w postępowaniu, należy mu doręczać pisma procesowe, zawiadomienia o terminach i posiedzeniach oraz orzeczenia sądowe.

Przed uczestnictwem w rozprawie prokurator przedstawia przełożonemu pisemny projekt stanowiska w sprawie, dokonując stosownej adnotacji na okładkach akt, pod którą przełożony składa podpis. W praktyce jednak stanowisko merytoryczne prokuratury w przedmiocie wniosku o nakazanie powrotu znane jest po przeprowadzeniu całego postępowania dowodowego.

W wyniku zgłoszenia udziału do postępowania prokurator, który zgłosił udział, zgodnie z treścią § 360 ust. 3 Regulaminu, uczestniczy w rozprawie przed sądem I instancji, składając przełożonemu sprawozdanie po każdym terminie rozprawy w formie adnotacji na okładkach akt prokuratora, a przełożony stwierdza przyjęcie sprawozdania swoim podpisem pod adnotacją. W przypadku niemożności uczestniczenia w rozprawie przez prokuratora, który zgłosił udział do postępowania, kierownik jednostki lub bezpośredni przełożony zapewnia uczestnictwo w rozprawie, wyznaczając prokuratora, który posiada wiedzę o przedmiocie sprawy.

Po wydaniu przez sąd orzeczenia co do istoty sprawy prokurator uczestniczący w ogłoszeniu orzeczenia składa niezwłocznie jego własną ocenę przełożonemu, który swoim podpisem pod oceną orzeczenia złożoną do akt stwierdza o jej przyjęciu, decydując jednocześnie w zakresie żądania doręczenia orzeczenia z uzasadnieniem.

<sup>22</sup> Dz.U. z 2016 r. poz. 508 – dalej Regulamin.

<sup>23</sup> W objętych analizą aktach takie pisemne oświadczenia nie zawsze były składane, ale prokurator brał udział w każdym postępowaniu prowadzonym w oparciu na przepisach Konwencji.



Trzeba jednak pamiętać, że zgodnie z art. 598<sup>5</sup> § 3 k.p.c. postanowienie w przedmiocie odebrania osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką w sprawie prowadzonej na podstawie Konwencji wymaga uzasadnienia, które sporządza się w terminie dwóch tygodni od dnia ogłoszenia. Postanowienie wraz z uzasadnieniem doręcza się z urzędu uczestnikom postępowania oraz prokuratorowi.

W przypadku doręczenia prokuratorowi orzeczenia z uzasadnieniem, co – jak już wcześniej podnosiłem – następuje z urzędu, prokurator uczestniczący w rozprawie dokonuje jego oceny prawnej, składając przełożonemu sprawozdanie na okoliczność podstaw lub ich braku do wywiedzenia środka zaskarżenia od orzeczenia co do istoty sprawy. W sytuacji braku podstaw do zaskarżenia orzeczenia, prokurator przedstawia przełożonemu pisemną ocenę w tym zakresie, który swoim podpisem pod oceną stwierdza o jej przyjęciu. W przypadku skierowania przez prokuratora środka zaskarżenia, kierownik jednostki niezwłocznie przedstawia akta sprawy do jednostki nadrzędnej.

W sytuacji zaskarżenia orzeczenia przez inny uprawniony podmiot i doręczenia prokuratorowi jego odpisu, prokurator sporządza odpowiedź, a następnie przekazuje akta do jednostki nadrzędnej.

Udział w rozprawie przed sądem II instancji zapewnia właściwy prokurator okręgowy, przy czym w sprawach o wydanie dziecka w trybie postanowień Konwencji nie ma zastosowania treść § 360 ust. 4 Regulaminu, co oznacza, że prokurator bezpośrednio przełożony nie może wyrazić zgody na brak udziału prokuratora w rozprawie przed sądem II instancji, nawet jeśli udział ten byłby uznany za niecelowy<sup>24</sup>. Prokurator – referent sprawy wyznaczony do uczestnictwa w rozprawie przed sądem II instancji przedstawia przełożonemu pisemny projekt stanowiska w przedmiocie środka zaskarżenia, dokonując stosownej adnotacji na okładkach akt, pod którą przełożony składa podpis. Z przebiegu i wyników rozprawy przed sądem II instancji prokurator uczestniczący w rozprawie składa niezwłocznie sprawozdanie wraz z własną oceną orzeczenia przełożonemu, który swoim podpisem pod adnotacją w aktach prokuratora stwierdza przyjęcie sprawozdania.

W prezentowanym stanowisku zawierającym zasady metodologii udziału prokuratora w omawianych sprawach zwrócono też uwagę na potrzebę wzmocnienia aktywności prokuratora w zakresie inicjatywy dowodowej w toku postępowania o wydanie dziecka w trybie przepisów Konwencji. Chodzi przede wszystkim o to, aby sąd przeprowadził dowody mające na celu ustalenie, czy zachodzą w sprawie przesłanki wynikające z treści art. 13 lub 20 Konwencji haskiej, a zatem dowody zmierzające do pozyskania przez sąd informacji dotyczącej sytuacji społecznej dziecka, dostarczonej przez organ centralny lub inną właściwą władzę państwa miejsca stałego pobytu dziecka, a także dowody zmierzające do uzyskania opinii dziecka w sytuacji, gdy jego wiek i stopień dojrzałości pozwalają na uwzględnienie jego opinii w sprawie. W tym celu prokurator uczestniczący w rozprawie powinien każdorazowo rozważyć zasadność sformułowania wniosku dowodowego na powyższą okoliczność, dbając o prawidłowe określenie tezy dowodowej w tym zakresie. W stanowisku tym

<sup>24</sup> Z przebiegu i wyników rozprawy lub posiedzenia prokurator składa niezwłocznie sprawozdanie wraz z własną oceną orzeczenia lub zarządzenia przełożonemu, który swoim podpisem pod adnotacją w aktach podręcznych stwierdza przyjęcie sprawozdania (§ 360 ust. 5 Regulaminu).

podnoszony jest także postulat szybkości postępowania, który sprowadza się do tego, że należy zadbać, aby zgłoszenie wniosków dowodowych następowało w sposób gwarantujący sprawny przebieg postępowania, a orzeczenie zapadło bez zbędnej zwłoki.

## **2.6. Postanowienie sądu I instancji w sprawie o nakazanie powrotu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką**

Orzeczenie co do istoty sprawy zapada w formie postanowienia i może być wydane tylko po przeprowadzeniu rozprawy, co wynika z art. 598<sup>4</sup> k.p.c. W postanowieniu o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką sąd określa termin, w jakim zobowiązany powinien oddać uprawnionemu osobę podlegającą władzy rodzicielskiej lub pozostającą pod opieką, do czego obowiązuje przepis art. 598<sup>5</sup> § 1 k.p.c. Sentencja postanowienia pozytywnego wydanego przez sąd I instancji w sprawie o nakazanie powrotu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką prowadzonej na podstawie przepisów Konwencji brzmi następująco: nakazać powrót małoletniej/małoletniego (data i miejsce urodzenia, córki/syna i wskazuje się rodziców małoletniego) do miejsca jej/jego stałego pobytu (wskazywany jest kraj) w terminie (najczęściej tygodniowym lub dwutygodniowym) od dnia uprawomocnienia się postanowienia. Nie można jednak pomijać regulacji szczególnej zawartej w art. 598<sup>5</sup> § 2 k.p.c., z której wynika, że w postanowieniu o odebraniu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką w sprawie prowadzonej na podstawie Konwencji haskiej, sąd nakazuje zobowiązanemu zapewnić powrót tej osoby do państwa, w którym bezpośrednio przed naruszeniem prawa wynikającego z władzy rodzicielskiej lub opieki miała miejsce stałego pobytu, w terminie nieprzekraczającym dwóch tygodni od dnia uprawomocnienia się postanowienia. W analizowanych sprawach wskazywane terminy wynosiły odpowiednio tydzień lub dwa tygodnie, ale niektóre sądy nie precyzowały jednak, kto jest zobowiązany do zapewnienia powrotu tej osoby, co należy uznać za podstawę do uzupełnienia takiego postanowienia. Niekiedy zdarzało się, że sąd nakazywał powrót osoby małoletniej z rodzicem, który dopuścił się bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania, co budzi moje wątpliwości z perspektywy przedmiotu sprawy – nakazanie powrotu ma dotyczyć bezspornie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką, nie zaś rodzica czy opiekuna takiej osoby.

Prawidłowo brzmiąca sentencja postanowienia nakazującego powrót małoletniego powinna zatem zawierać wskazanie osoby małoletniego, daty i miejsca jego urodzenia, termin powrotu do jego miejsca stałego pobytu i osobę zobowiązaną do zorganizowania przejazdu z Polski do miejsca stałego pobytu, a także do wskazania, na czyj koszt taki przejazd ma nastąpić. Często spotykaną formą rozstrzygnięcia jest postanowienie, którego sentencja zawiera dodatkowy element spełnienia żądania w ten sposób, że sąd nakazuje osobie zobowiązanej zapewnienie powrotu małoletniego do miejsca stałego pobytu w określonym terminie – alternatywnie według jej wyboru – do powrotu z małoletnim do miejsca stałego pobytu, względnie do wydania małoletniego osobie uprawnionej w miejscu faktycznego pobytu dziecka na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (wskazywany jest adres).

Analizowane przeze mnie postanowienia sądów I instancji zawierały także rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej

z urzędu uczestnikom postępowania, zniesienia pozostałych kosztów postępowania, ewentualnie szczegółowe rozliczenia kosztów udziału pełnomocników z wyboru. Z uwagi na postawiony cel badań aktowych i skupienie się na podstawach uwzględnienia bądź oddalenia wniosków o nakazanie powrotu poza spektrum moich zainteresowań znalazły się zagadnienia związane z rozliczaniem kosztów postępowania.

## 2.7. Wymóg sporządzenia uzasadnienia postanowienia i jego doręczenia. Wymóg obligatoryjności

Zgodnie z art. 598<sup>5</sup> § 3 k.p.c. postanowienie w przedmiocie odebrania osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką w sprawie prowadzonej na podstawie Konwencji wymaga uzasadnienia, które sporządza się w terminie dwóch tygodni od dnia ogłoszenia. Postanowienie wraz z uzasadnieniem doręcza się z urzędu uczestnikom postępowania oraz prokuratorowi. Przepisu art. 328 § 1<sup>1</sup> k.p.c. nie stosuje się, a zatem nie ma możliwości wygłoszenia uzasadnienia po ogłoszeniu sentencji postanowienia i utrwalenia go za pomocą urzędnika rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk<sup>25</sup>.

Na marginesie należy dodać, że postanowienie w przedmiocie odebrania osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką w sprawie prowadzonej na podstawie przepisów Konwencji haskiej z 1980 r. uzasadnia z urzędu zarówno sąd I instancji, jak i sąd II instancji w każdym przypadku w terminie dwóch tygodni od dnia ogłoszenia, mimo że sprawa jest rozpoznawana na rozprawie, co wynika z art. 598<sup>4</sup> k.p.c. Uzasadnienie jest sporządzane wyłącznie na piśmie, nie jest dopuszczalne wygłoszenie go ustnie i utrwalenie za pomocą urzędnika rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk, chociaż przebieg rozprawy jest utrwalany za pomocą tego urzędnika. Przyłączam się do stanowiska wyrażonego w doktrynie, zgodnie z którym postanowienie to wraz z uzasadnieniem podlega także doręczeniu z urzędu uczestnikom postępowania oraz prokuratorowi. Wniosek o sporządzenie uzasadnienia i doręczenia postanowienia wraz z uzasadnieniem, jako zbędny, podlega oddaleniu<sup>26</sup>. Sporządzenie i doręczenie uzasadnienia z urzędu nie jest zależne od tego, czy wniosek o nakazanie powrotu został oddalony czy uwzględniony. Projektodawca słusznie zauważa, że takie rozwiązanie ma istotne znaczenie z punktu widzenia koniecznego zapoznania się z argumentami polskiego sądu przez organy państw, z których dziecko zostało uprowadzone, w kontekście niezbędnego tłumaczenia tego uzasadnienia. Doręczenie postanowienia z uzasadnieniem czyni zbędne składanie wniosku o uzasadnienie, przez co skraca się też czas do możliwego rozpoznania sprawy w II instancji<sup>27</sup>.

Podzielam pogląd wyrażony w doktrynie, zgodnie z którym obligatoryjne uzasadnianie postanowień na piśmie i doręczanie z urzędu postanowień wraz z uzasadnieniem wydanych w sprawach o odebranie toczących się na podstawie przepisów Konwencji ma istotne znaczenie nie tylko z punktu widzenia zapoznania się z argumentami polskiego sądu przez organy państw obcych, z których dziecko

<sup>25</sup> Por. także Uzasadnienie rządowego projektu u.w.n.cz.org.cent., druk sejm. nr 1827, Sejm VIII kadencji, [www.sejm.gov.pl](http://www.sejm.gov.pl) (dostęp: 30.04.2021 r.).

<sup>26</sup> Por. J. Jagieła [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 3, *Komentarz. Art. 425–729*, red. A. Marciniak, Warszawa 2020, komentarz do art. 598<sup>5</sup> k.p.c., teza 6.

<sup>27</sup> Por. także Uzasadnienie...

zostało uprowadzone, czy przez uczestników postępowania, ale moim zdaniem także przez zagraniczne organy centralne. Powoduje to również przyspieszenie rozpoznania sprawy przez sąd II instancji i przez Sąd Najwyższy (dalej SN) w razie wniesienia środka zaskarżenia. Należy zatem przyjąć, że bieg dwutygodniowego terminu do wniesienia apelacji od postanowienia sądu I instancji rozpocznie się od doręczenia postanowienia wraz z uzasadnieniem (art. 369 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.), przy czym przyłączam się do stanowiska, że skuteczne będzie również wniesienie apelacji przed doręczeniem postanowienia wraz z uzasadnieniem, co jednak nie zwalnia sądu od doręczenia postanowienia wraz z uzasadnieniem takiemu uczestnikowi<sup>28</sup>.

## **2.8. Skuteczność i wykonalność postanowienia w sprawie o nakazanie powrotu**

Postanowienie w sprawie o nakazanie powrotu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką, prowadzonej na podstawie przepisów Konwencji haskiej staje się skuteczne i wykonalne po uprawomocnieniu się, co wynika z art. 598<sup>5</sup> § 4 k.p.c. Zasadniczo postanowienia sądu opiekuńczego są skuteczne i wykonalne z chwilą ich ogłoszenia, a gdy ogłoszenia nie było, z chwilą ich wydania, co wynika z art. 578 § 1 k.p.c. Natomiast w omawianych sprawach prowadzonych w oparciu na przepisach Konwencji ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie przepisu szczególnego, określającego skuteczność i wykonalność postanowienia o nakazaniu powrotu po jego uprawomocnieniu się.

W uzasadnieniu projektu u.w.n.cz.org.cent. wskazano wprost, że w zakresie spraw prowadzonych w oparciu na przepisach Konwencji rezygnuje się z zasady wyrażonej w art. 578 § 1 k.p.c. o skuteczności i wykonalności orzeczenia opiekuńczego z chwilą ogłoszenia, uznając za właściwe, zważywszy na skutki takiego rozstrzygnięcia, przyjęcie skuteczności i wykonalności tych orzeczeń po ich uprawomocnieniu. Projektodawca dość jasno założył, że takie rozwiązanie oznacza równocześnie praktyczne wyczerpanie toku instancji z uwagi na faktyczną obecność osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką w Rzeczypospolitej Polskiej do czasu zakończenia postępowania. Ewentualna zmiana orzeczenia nakazującego powrót tej osoby przez sąd II instancji, gdyby orzeczenie to zostało wykonane przed prawomocnym rozstrzygnięciem, mogłaby nie przynieść oczekiwanego skutku w postaci ponownego powrotu tej osoby do RP<sup>29</sup>.

## **2.9. Wniosek o wstrzymanie wykonania postanowienia o nakazaniu powrotu po jego uprawomocnieniu**

W doktrynie pojawiła się natomiast pewna wątpliwość w zakresie stosowania art. 598<sup>5</sup> § 4 k.p.c. i sprowadza się ona do pytania, czy postanowienie, na podstawie którego nakazano powrót osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką do państwa, w którym bezpośrednio przed naruszeniem prawa

<sup>28</sup> Por. J. Jagiela [w:] *Kodeks...*, t. 3, *Komentarz...*, komentarz do art. 598<sup>5</sup> k.p.c., teza 6.

<sup>29</sup> Por. *Uzasadnienie...* Zapewnienie skuteczności i wykonalności postanowienia po jego uprawomocnieniu ma umożliwić skontrolowanie takiego orzeczenia w przypadku jego zaskarżenia apelacją.

wynikającego z władzy rodzicielskiej lub opieki miała miejsce stałego pobytu, może być wykonane po jego uprawomocnieniu się, ale przed upływem terminu do wniesienia skargi kasacyjnej, a w razie jej wniesienia – przed zakończeniem postępowania wywołanego jej wniesieniem (art. 519<sup>1</sup> § 2<sup>1</sup> k.p.c.). Argumentuje się bowiem, że okoliczności przemawiające za wstrzymaniem wykonania postanowień w takim przypadku są takie same – uzasadniają skuteczność i wykonalność postanowień o odebraniu wydanych w postępowaniu prowadzonym na podstawie Konwencji po ich uprawomocnieniu się. Mając na uwadze zestawienie przepisu art. 519<sup>1</sup> § 2<sup>1</sup> k.p.c. o skardze kasacyjnej w sprawach o odebranie toczących się na podstawie Konwencji z art. 598<sup>5</sup> § 4 k.p.c. o skuteczności i wykonalności postanowień wydanych w tych sprawach po uprawomocnieniu się, trudno uznać, aby doszło do przeoczenia co do wskazanego wyżej problemu pojawiającego się w praktyce. Należy uznać za zasadne stanowisko, że wykonaniu prawomocnych postanowień sądu II instancji orzekających o odebraniu, których skutkiem jest powrót osoby podlegającej odebraniu do państwa, w którym bezpośrednio przed naruszeniem prawa wynikającego z władzy rodzicielskiej lub opieki miała miejsce stałego pobytu, nie stoi na przeszkodzie okoliczność, iż w sprawie przysługuje skarga kasacyjna. Wydaje się zatem zasadne przyjęcie, że w takim przypadku możliwe będzie wystąpienie z wnioskiem o wstrzymanie wykonania zaskarżonego orzeczenia w trybie art. 388 § 1 k.p.c., choć przeprowadzona przeze mnie analiza akt prowadzi do konkluzji, iż wnioski takie są oddalane i sąd II instancji nie wstrzymuje wykonania swojego orzeczenia ani też orzeczenia sądu I instancji<sup>30</sup>.

## 2.10. Badanie wstępne przesłanek uzasadniających nakazanie powrotu dziecka

Celem Konwencji haskiej z 1980 r. jest zagwarantowanie niezwłocznego powrotu dzieci bezprawnie uprowadzonych do umawiającego się państwa oraz zapewnienie, aby prawa do opieki lub kontaktów przysługujące w jednym z takich państw były realnie przestrzegane w innym państwie (Preambuła Konwencji)<sup>31</sup>. W postępowaniu o nakazanie powrotu prowadzonym na podstawie przepisów Konwencji sąd bada, czy zachodzą następujące okoliczności:

- 1) czy w danym przypadku doszło do transgranicznego przemieszczenia lub zatrzymania dziecka, a jeżeli tak, to kiedy to nastąpiło;
- 2) czy w momencie przemieszczenia dziecka we wzajemnych stosunkach między państwem stałego pobytu i państwem, do którego dziecko przemieszczono lub w którym je zatrzymano, obowiązywała Konwencja;
- 3) czy dziecko nie ukończyło 16 lat;
- 4) gdzie, tj. w którym państwie, dziecko miało stały pobyt bezpośrednio przed przemieszczeniem lub zatrzymaniem i czy państwo to było stroną Konwencji w czasie wymienionych zdarzeń;
- 5) czy przemieszczenie lub zatrzymanie miało charakter bezprawny, naruszający prawo wnioskodawcy do opieki nad dzieckiem, które to prawo

<sup>30</sup> Por. J. Jagiela [w:] *Kodeks...*, t. 3, *Komentarz...*, komentarz do art. 598<sup>5</sup> k.p.c., teza 6.

<sup>31</sup> K. Nehls [w:] *Cross-Border Family Mediation. International Parental Child Abduction, Custody and Access Cases*, red. Ch.C. Paul, S. Kiesewetter, Frankfurt and Menem 2014, s. 19. Należy stwierdzić, że jakakolwiek próba ustanowienia hierarchii przedmiotów konwencji może mieć jedynie znaczenie symboliczne.

w chwili przemieszczenia lub zatrzymania było wykonywane, a zatem, czy było to bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie w rozumieniu art. 3 lit. a Konwencji.

### **3. MATERIALNOPRAWNE WYMOGI ZWROTU DZIECKA. PRZESŁANKI BEZPRAWNOŚCI**

Materialnoprawne wymogi zwrotu dziecka i jego powrotu do kraju, z którego je uprowadzono, związane są z koniecznością wykazania bezprawności uprowadzenia lub zatrzymania oraz wykazania uprawnień do opieki nad dzieckiem. Zgodnie z art. 3 Konwencji uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka będzie uznane za bezprawne, jeżeli:

- a) nastąpiło naruszenie prawa do opieki przyznanego określonej osobie, instytucji lub innej organizacji, wykonywanego wspólnie lub indywidualnie, na mocy ustawodawstwa państwa, w którym dziecko miało miejsce stałego pobytu bezpośrednio przed uprowadzeniem lub zatrzymaniem, oraz
- b) w chwili uprowadzenia lub zatrzymania prawa te były skutecznie wykonywane wspólnie lub indywidualnie albo byłyby tak wykonywane, gdyby nie nastąpiło uprowadzenie lub zatrzymanie.

Przesłanki bezprawności określane jako prawna (naruszenie prawa do opieki) i faktyczna (rzeczywiste wykonywanie prawa do opieki w momencie uprowadzenia dziecka) muszą wystąpić łącznie, aby uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka mogło być uznane za bezprawne w rozumieniu art. 3 lit. a Konwencji.

Zgodnie z art. 14 Konwencji dla stwierdzenia, że miało miejsce bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie w rozumieniu art. 3 Konwencji, władza sądowa lub administracyjna państwa wezwanego może brać bezpośrednio pod uwagę przepisy ustawodawstwa i orzeczenia sądowe lub administracyjne, formalnie uznane lub nieuznane w państwie miejsca stałego pobytu dziecka, bez uciekania się do szczególnych trybów postępowania dla stwierdzenia właściwości tego ustawodawstwa lub dla uznania zagranicznych orzeczeń, które w innym wypadku miałyby zastosowanie. Z tych względów w analizowanych przeze mnie sprawach załącznikami do wniosku o wydanie dziecka były przepisy prawa dotyczące władzy rodzicielskiej i miejsca stałego pobytu w państwie, w którym dziecko miało takie miejsce pobytu przed bezprawnym uprowadzeniem lub zatrzymaniem.

Przepis art. 15 Konwencji wprowadza dodatkową możliwość wykazania bezprawności uprowadzenia lub zatrzymania, i z perspektywy prowadzonych przeze mnie badań regulacja ta okazała się całkowicie niewykorzystywana przez polski organ centralny lub sąd prowadzący postępowanie. W praktyce bowiem postępowanie dowodowe zmierzające do wykazania bezprawności uprowadzenia lub zatrzymania nie opierało się na orzeczeniu lub oświadczeniu uzyskanym w trybie tego przepisu. Warto jednak zaznaczyć, że dla realizacji celów Konwencji i postulatu szybkości postępowania polski organ centralny lub sąd prowadzący postępowanie mógłby korzystać z dodatkowego rozwiązania wynikającego z tego przepisu, zgodnie z którym władze sądowe lub administracyjne umawiającego się państwa mogą, przed zarządzeniem powrotu dziecka, żądać przedłożenia przez wnioskodawcę orzeczenia

albo oświadczenia pochodzącego od władz państwa miejsca stałego pobytu dziecka stwierdzającego, że uprowadzenie lub zatrzymanie było bezprawne w rozumieniu art. 3 Konwencji, jeśli takie orzeczenie lub oświadczenie może być uzyskane w tym państwie. Organy centralne umawiających się państw udzielą wnioskodawcy wszelkiej możliwej pomocy w uzyskaniu takiego orzeczenia lub oświadczenia.

### 3.1. Prawo do opieki i jego skuteczne wykonywanie oraz granice wiekowe stosowania Konwencji

Prawo do opieki określone w art. 5 lit. a Konwencji może wynikać w szczególności z mocy samego prawa, z orzeczenia sądowego lub administracyjnego albo z ugody mającej moc prawną w świetle przepisów ustawodawstwa tego państwa<sup>32</sup>. Nie ma zatem przeszkód, aby prawo to wynikało z ugody zawartej przed mediatorem, jeśli taka ugoda jest zatwierdzona przez sąd. W analizowanych przez mnie sprawach, w trzech przypadkach wnioskodawcy powoływali się na zapisy ugody regulującej prawo do opieki.

„Prawo do opieki”, w rozumieniu przepisów Konwencji, obejmuje prawo dotyczące opieki nad dzieckiem, w szczególności prawo do decydowania o jego miejscu pobytu, zaś „prawo do odwiedzin” obejmuje prawo do zabrania dziecka na czas ograniczony w inne miejsce aniżeli miejsce jego stałego pobytu, czyli będzie to odpowiednik prawa do kontaktów z dzieckiem (art. 5 Konwencji).

Konwencję stosuje się do każdego dziecka, które miało miejsce stałego pobytu w umawiającym się państwie bezpośrednio przed naruszeniem praw do opieki lub odwiedzin. Konwencja przestaje mieć zastosowanie, kiedy dziecko osiąga wiek 16 lat, co wynika z art. 4 Konwencji.

### 3.2. Zasada niezwłocznego wydania dziecka

Zasada niezwłocznego wydania dziecka uregulowana jest w art. 12 Konwencji i zgodnie z tym przepisem, jeżeli dziecko zostało bezprawnie uprowadzone lub

<sup>32</sup> Zgodnie z opublikowanym „Sprawozdaniem wyjaśniającym” autorstwa Elisy Pérez-Vera, Konwencja odzwierciedla kompromis między dwoma koncepcjami, częściowo odmiennymi, dotyczącymi celu, który ma zostać osiągnięty. W postępowaniu wstępnym można bowiem dostrzec potencjalny konflikt między pragnieniem ochrony sytuacji faktycznych zmienionych w wyniku bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dziecka a pragnieniem zagwarantowania w szczególności poszanowania stosunków prawnych, które mogą leżeć u podstaw takich sytuacji. W Konwencji osiągnięto w tym względzie dość delikatną równowagę. Z jednej strony jest oczywiste, że Konwencja nie dotyczy zasadniczo istoty prawa do opieki (art. 19 Konwencji), ale z drugiej strony jest również jasne, że uznanie uprowadzenia lub zatrzymania dziecka za bezprawne dokonane jest uzależnione od istnienia prawa do opieki, które nadaje treść prawną sytuacji zmienionej przez te właśnie działania, którym ma zapobiegać. Konwencja stawia sobie za cel przywrócenie *status quo* poprzez szybki powrót dzieci bezprawnie uprowadzonych lub zatrzymanych w jakimkolwiek umawiającym się państwie. Trudności nie do pokonania, jakie napotkano przy ustanawianiu, w ramach Konwencji, bezpośrednio stosowanych przepisów jurysdykcyjnych doprowadziły do tego, że droga ta, choć pośrednia, w większości przypadków będzie miała tendencję do tego, by ostateczną decyzję w sprawie opieki nad dzieckiem podjęły organy jego zwykłego pobytu przed jego uprowadzeniem. Najbardziej niepokojące sytuacje pojawiają się dopiero po bezprawnym uprowadzeniu dziecka i są to sytuacje, które, choć wymagają szczególnie pilnych rozwiązań, nie mogą być rozwiązane jednostronnie przez żaden z odnośnych systemów prawnych. Ogólnie rzecz biorąc, wszystkie te okoliczności uzasadniają opracowanie przez Konwencję zasad regulujących powrót dziecka, a jednocześnie w zasadzie przyznają temu celowi pewien priorytet. Tak więc, chociaż teoretycznie dwa wyżej wymienione przedmioty muszą być umieszczone na tym samym poziomie, w praktyce w Konwencji przeważa chęć zagwarantowania przywrócenia *status quo* zakłóconego przez działania uprowadzającego. Por. E. Pérez-Vera, *Explanatory Report on the 1980 HCCH Child Abduction Convention*, s. 3–5, <https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-a7528a0d368c.pdf> (dostęp: 5.04.2021 r.).

zatrzymane w rozumieniu art. 3 Konwencji, a w chwili wpłynięcia wniosku do władzy sądowej lub administracyjnej umawiającego się państwa, w którym znajduje się dziecko, upłynął okres krótszy niż jeden rok od dnia uprowadzenia lub zatrzymania, zainteresowana władza zarządza niezwłoczne wydanie dziecka (art. 12 ust. 1 Konwencji). Władza sądowa lub administracyjna powinna również zarządzić wydanie dziecka, nawet po upływie roku od dnia uprowadzenia lub zatrzymania, chyba że zostało ustalone, iż dziecko przystosowało się już do swojego nowego środowiska (art. 12 ust. 2 Konwencji). W badanych sprawach ustalenia w tym przedmiocie opierały się na opiniach biegłych OZSS czy opiniach psychologicznych. Jeżeli władza sądowa lub administracyjna państwa wezwanego ma podstawy, by sądzić, że dziecko zostało zabrane do innego państwa, to może zawiesić działanie lub oddalić wniosek o wydanie dziecka (art. 12 ust. 3 Konwencji).

Wymóg niezwłoczności działania wynika także z wielokrotnie już przywołwanego art. 11 Konwencji, zgodnie z którym władze sądowe lub administracyjne każdego umawiającego się państwa powinny podejmować niezwłoczne działania w celu powrotu dziecka. Jeżeli dana władza sądowa lub administracyjna nie podejmuje decyzji w ciągu sześciu tygodni od daty wpłynięcia wniosku, to wnioskodawca lub organ centralny państwa wezwanego, z własnej inicjatywy lub na wniosek organu centralnego państwa wzywającego, może żądać przedstawienia powodów zwłoki. Jeżeli organ centralny państwa wezwanego otrzyma odpowiedź, to organ ten przekazuje ją organowi centralnemu państwa wzywającego lub w stosownych przypadkach – wnioskodawcy.

#### **4. MATERIALNOPRAWNE PODSTAWY ODMOWY WYDANIA DZIECKA – WYJĄTKI OD ZASADY NIEZWŁOCZNEGO WYDANIA DZIECKA**

W nauce prawa cywilnego procesowego wyróżnia się pięć wyjątków, jakie Konwencja haska z 1980 r. wprowadza od głównej zasady wynikającej z art. 12 ust. 1<sup>33</sup>. Zgodnie z ogólną zasadą przyjętą w Konwencji, jeżeli dziecko zostało bezprawnie uprowadzone lub zatrzymane w rozumieniu art. 3 Konwencji, a w chwili wpłynięcia wniosku do władzy sądowej lub administracyjnej umawiającego się państwa, w którym znajduje się dziecko, upłynął okres krótszy niż jeden rok od dnia uprowadzenia lub zatrzymania, zainteresowana władza zarządza niezwłoczne wydanie dziecka (art. 12 ust. 1 Konwencji). Wyjątki od powyższej zasady wymienione zostały w art. 12 ust. 2, art. 13 ust. 1 i 2 oraz w art. 20 Konwencji, a do nich zalicza się następujące przypadki, które stanowią jednocześnie materialnoprawną podstawę oddalenia wniosku przez sąd rozpoznający sprawę (wszystkie pogrubienia – M.B.):

- 1) **Zostało ustalone, że dziecko przystosowało się już do swojego nowego środowiska lub dziecko zostało zabrane do innego państwa (art. 12 ust. 2 i 3 Konwencji<sup>34</sup>).**

<sup>33</sup> Za S. Jastrzemska [w:] *Kodeks...*, t. 3, *Komentarz...*, komentarz do art. 569<sup>1</sup> k.p.c., teza 6.

<sup>34</sup> Analiza udostępnionych mi spraw prowadzi do wniosku, że wielokrotnie dochodzi do sytuacji wręcz kuriozalnych, a sprowadzających się do przewlekania postępowania przez uczestników i „zarzucania” dowodami nieprzydatnymi w rozumieniu art. 235<sup>2</sup> § 1 pkt 2, 3, 5 k.p.c. Sądy niestety nie korzystają z uprawnień wydawania postanowień dowodowych oddalających wnioski zmierzające do przedłużenia postępowania, które powinno charakteryzować się daleko posuniętą dynamiką z uwagi na główny cel Konwencji – doprowadzenie do niezwłocznego wydania dziecka. Niestety, zaobserwować można, że uczestnicy wielokrotnie



Przepis ten zdaje się spełniać dwie funkcje. Z jednej strony – uznaje się, że w przypadku, gdy upłynął długi okres i dziecko przystosowało się do nowego środowiska, postanowienie o nakazaniu powrotu nie pozwoli na osiągnięcie celów Konwencji o ochronie dziecka<sup>35</sup> poprzez przywrócenie mu *status quo*. Z drugiej strony, regulacja ta precyzuje również pewne wątpliwości praktyczne, że sam upływ czasu nie wyklucza możliwości wydania orzeczenia o nakazie powrotu. W odniesieniu do ciężaru dowodu, choć wydaje się, że istnieje zgoda co do tego, że – podobnie jak w przypadku innych wyjątków – ciężar udowodnienia spoczywa na tym, kto powołuje się na wyjątek od zasady, to jednak często w analizowanych przeze mnie sprawach dochodziło do próby przerzucenia ciężaru dowodu na uprawnionego, który musiał udowodniać okoliczności przeciwnie. Z art. 12 ust. 1 Konwencji wynika, że punktem wyjścia dla okresu roku jest data bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania. Podczas gdy istnieją nieodłączne trudności w określeniu daty bezprawnego zatrzymania, to w analizowanych przeze mnie sprawach ustalenie dokładnego momentu bezprawnego uprowadzenia wydawało się być zadaniem prostszym z perspektywy postępowania dowodowego. Nie można pomijać również okoliczności wynikającej z art. 18 Konwencji, zgodnie z którym postanowienia rozdziału Konwencji o nakazaniu powrotu dziecka nie ograniczają uprawnień władzy sądowej lub administracyjnej do zarządzenia zwrotu dziecka w każdym czasie i co najważniejsze – jak stanowi art. 19 – orzeczenie dotyczące zwrotu dziecka wydane zgodnie z jej postanowieniami nie narusza istoty prawa do opieki.

Wyjątek, o którym mowa w art. 12 ust. 2 Konwencji, może być postrzegany jako realizujący potrzebę zapewnienia dziecku stabilności i ciągłości, która jest częścią jego praw, a w niektórych przypadkach także jego prawa do tożsamości. Zatem zbyt wąska interpretacja tego wyjątku może być sprzeczna z tymi prawami i interesami. Ponadto trzeba mieć na względzie to, że dzieci mają swoje prawa i z tej perspektywy pojawia się przesłanie o centralnym znaczeniu dzieci w sprawach, które je dotyczą. Ustalenia dotyczące dzieci, w każdym wieku, powinny uwzględniać sytuację z punktu widzenia dziecka. Należy przyjąć szerokie podejście do konsekwencji bezprawnego uprowadzenia czy zatrzymania i wieku dziecka, w ramach którego stopień przystosowania dziecka do nowego otoczenia ocenia się z jego punktu widzenia, w świetle jego codziennego sposobu życia, stosownie do jego wieku. Oczywiście, w przypadku, gdy dziecko jest wystarczająco dojrzałe, przy ustalaniu, czy się przystosowało, kluczowe znaczenie ma wysłuchanie jego poglądów.

## **2) Osoba uprawniona (instytucja) faktycznie nie wykonywała prawa do opieki w czasie uprowadzenia lub zatrzymania albo zgodziła się lub później wyraziła zgodę na uprowadzenie lub zatrzymanie (art. 13 ust. 1 lit. a Konwencji).**

Przepis ten stanowi, że sąd nie jest zobowiązany do wydania postanowienia o nakazaniu powrotu, jeżeli osoba sprzeciwiająca się powrotowi wykaze, iż osoba, instytucja lub inny organ sprawujący opiekę nad dzieckiem nie wykonywał faktycznie prawa do opieki w momencie uprowadzenia lub zatrzymania albo zgodził się lub później wyraził

wykorzystują postępowanie w taki sposób, że pod pozorem dowodów przydatnych doprowadzają do przystosowania się dziecka do swego nowego środowiska, co następuje poprzez element czasu, którego upływ sprzyja budowaniu relacji w innych realiach odbiegających od miejsca pobytu z kraju uprowadzenia.

<sup>35</sup> Konwencja o prawach dziecka z 20.11.1989 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.).

zgodę na uprowadzenie lub zatrzymanie. W istocie wyjątek ten odnosi się do trzech odrębnych sytuacji. Pierwszy przypadek dotyczy faktycznego niewykonywania prawa do pieczy i odwołuje się do art. 3 Konwencji, dwa pozostałe to zgoda lub późniejsze wyrażenie zgody na uprowadzenie lub zatrzymanie. W konsekwencji oznaczać to będzie, że faktyczne niewykonywanie prawa do opieki albo zgoda lub późniejsze jej wyrażenie na uprowadzenie lub zatrzymanie stanowi samodzielną podstawę do oddalenia wniosku o nakazanie powrotu, a tym samym nie ma podstawy do przywracania *status quo ante*. Wprowadzenie takiego wyjątku ma przeciwdziałać sytuacjom nieprawidłowego wykorzystywania instrumentów Konwencji haskiej i eliminować jej stosowanie jako narzędzia, dzięki któremu jeden z rodziców uzyska przewagę nad drugim, pod pozorem rzekomego uprowadzenia lub zatrzymania. W jednej z analizowanych spraw chodziło – przykładowo – o sytuację polegającą na wykorzystaniu wniosku o nakazanie powrotu przez rodzica, któremu kończyło się prawo pobytu na terytorium Wielkiej Brytanii – nakazanie powrotu dziecka stanowiłoby wówczas podstawę do zalegalizowania tego pobytu z uwagi na konieczność sprawowania opieki nad dzieckiem. Wniosek w tej sprawie został jednak skutecznie oddalony (w I i II instancji) na tej właśnie podstawie (faktyczne niewykonywanie prawa do opieki). Trzeba mieć na uwadze to, że działania w trybie Konwencji powinny być podejmowane niezwłocznie przez potencjalnego wnioskodawcę, aby podstawowy cel, czyli nakazanie powrotu został osiągnięty. Upływ czasu sprawia, że dziecko adaptuje się do nowej sytuacji, zaś kwestia wyrażenia zgody odnosi się do rodzica, nie zaś do dziecka. Z punktu widzenia zasad postępowania dowodowego oznaczać to będzie, że w przypadku powołania się na wyjątek z art. 13 ust. 1 lit. a Konwencji odnosi się on całkowicie do rodzica, który zgodził się lub później wyraził zgodę na uprowadzenie lub zatrzymanie, nie zaś do stanowiska dziecka, a zatem nie jest on skoncentrowany na dziecku. Powoływanie się na ten wyjątek niewiele mówi nam o prawdopodobnym wpływie powrotu na dziecko i nie obala domniemania, że powrót dziecka będzie zgodny z najlepiej postrzeganym interesem dziecka. Oznacza to, że sąd rozstrzygając o powrocie, mimo powoływania się na art. 13 ust. 1 lit. a Konwencji, korzysta zasadniczo ze swoich uprawnień dyskrejonalnych w zakresie orzekania. Zgoda lub późniejsze jej wyrażenie muszą być jasne i jednoznaczne oraz muszą być udowodnione za pomocą jasnych i przekonujących dowodów, bez przestrzeni na ambiwalentność i dowolność. Pomimo logicznych trudności związanych z traktowaniem zgody jako podstawy do oddalenia wniosku o nakazanie powrotu, a nie jako zaprzeczenia bezprawnego charakteru uprowadzenia lub zatrzymania, podejście to uznaje prawo dziecka do kontaktu z rodzicami. Takie podejście maksymalizuje również ochronę dziecka, ponieważ umożliwia sądowi nakazanie powrotu, nawet jeśli rodzic wyraził zgodę na uprowadzenie lub zatrzymanie, gdy leży to w najlepszym interesie dziecka. Podobnie wydaje się właściwe, aby ciężar udowodnienia faktu wyrażenia zgody spoczywał na uprowadzającym, a nie wymagał od uprawnionego udowodnienia braku zgody, co byłoby nadmiernie uciążliwe.

- 3) 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 (art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji).

Przenosząc rozważania teoretyczne na realia konkretnego postępowania, należy zaznaczyć, że termin „poważne” określa samo ryzyko – nie dotyczy zaś krzywdy

wyrządzonej dziecku. Ryzyko musi być realne i osiągać taki poziom natężenia, by określić je mianem poważnego. Jeżeli chodzi o poziom narażenia na szkodę fizyczną lub psychiczną, to musi on prowadzić do postawienia dziecka w niekorzystnej sytuacji, sytuacji nie do przyjęcia z perspektywy modelu przeciętnego dziecka. Względny poziom ryzyka niezbędny do zaistnienia poważnego zagrożenia może się jednak różnić w zależności od charakteru i powagi potencjalnej szkody dla dziecka<sup>36</sup>. Wyjątek istnienia poważnego ryzyka opiera się na podstawowym interesie dziecka, aby nie było narażone na fizyczne lub psychiczne niebezpieczeństwo lub postawione w niekorzystnej sytuacji. Powoływany wyjątek zawiera *de facto* trzy różne rodzaje ryzyka:

- a) poważne ryzyko, że powrót naraziłby dziecko na szkodę fizyczną,
- b) poważne ryzyko, że powrót naraziłby dziecko na krzywdę psychiczną,
- c) poważne ryzyko, że w przeciwnym razie powrót postawiłby dziecko w sytuacji nie do zniesienia (przy czym, zależnie od tłumaczenia przepisów Konwencji, będzie chodziło o postawienie dziecka w niekorzystnej sytuacji)<sup>37</sup>.

Każdy rodzaj ryzyka może być podnoszony niezależnie, aby uzasadnić wyjątek od obowiązku niezwłocznego wydania dziecka, a zatem, w zależności od konkretnego stanu faktycznego wyjątki te należy traktować indywidualnie. Te trzy rodzaje ryzyka, choć stanowiące osobną podstawę do oddalenia wniosku o wydanie dziecka, są często wykorzystywane łącznie, a sądy nie zawsze w sposób wyraźny odróżniają je od siebie w uzasadnieniach swoich postanowień. To samo dotyczy pełnomocników procesowych, którzy zdają się traktować ten wyjątek łącznie i nie precyzują, o jaki rodzaj ryzyka chodzi, co ma znaczenie z punktu widzenia zakreślenia ewentualnej tezy dowodowej dla biegłego psychologa lub OZSS. Literalne brzmienie art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji wyraźnie wskazuje, że chodzi o to, czy istnieje poważne ryzyko, że powrót naraziłby dziecko na szkodę fizyczną lub psychiczną bądź postawiłby dziecko w sytuacji nie do zniesienia. W niektórych jednak przypadkach może chodzić o poważne ryzyko narażenia na szkodę fizyczną lub psychiczną rodzica i, w konsekwencji, w wyjątkowych sytuacjach będzie odbijało się to na zagrożeniu dobra dziecka przez postawienie go w niekorzystnej sytuacji.

Wyjątek przewidziany w art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji nie wymaga wykazania, że dziecko było bezpośrednim lub pośrednim świadkiem powstania szkody fizycznej lub psychicznej, ale jeśli istnieją wystarczające i obiektywne dowody, że z powodu poważnego ryzyka wyrządzenia szkody rodzicowi istnieje poważne ryzyko dla dziecka, wówczas może to stanowić podstawę oddalenia wniosku o nakazanie powrotu, chyba że zastosowano odpowiednie środki w celu zapewnienia ochrony dziecka po jego powrocie. Jeżeli sąd rozważy odmowę zarządzenia powrotu dziecka wyłącznie na podstawie art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji, to nie może odmówić

<sup>36</sup> Por. Guide to Good Practice Child Abduction Convention: Part VI – Article 13(1)(b), s. 24–29, <https://www.hch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6740> (dostęp: 5.04.2021 r.).

<sup>37</sup> W analizowanych przeze mnie sprawach, w przypadkach dopuszczenia przez sąd dowodu z opinii psychologicznej lub OZSS, teza dowodowa sprowadzała się do ustalenia w oparciu na aktach sprawy badanie zainteresowanych i dziecka, czy 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, przy czym należy wziąć pod uwagę więzi emocjonalne każdego z rodziców z dzieckiem.

zarządzenia powrotu dziecka w przypadku, gdy strona występująca o powrót dziecka przekona sąd, przedstawiając wystarczające dowody – lub sąd upewni się w inny sposób – że zastosowano odpowiednie środki w celu zapewnienia ochrony dziecka po jego powrocie, co wynika z art. 27 ust. 3 rozporządzenia Rady (UE) nr 2019/1111 z 25.06.2019 r. w sprawie jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej oraz w sprawie uprowadzenia dziecka za granicę<sup>38</sup>. Dla osiągnięcia takiego celu sąd może wymieniać informacje – w sposób bezpośredni lub za pomocą organów centralnych – z właściwymi organami państwa członkowskiego UE, w którym dziecko miało zwykły pobyt bezpośrednio przed bezprawnym uprowadzeniem lub zatrzymaniem. W tym miejscu trzeba wyjaśnić, że aktualnie obowiązuje jeszcze rozporządzenie Bruksela II bis, które utraci moc z dniem 1.08.2022 r. i zostanie zastąpione przez wspomniane rozporządzenie nr 2019/1111<sup>39</sup>.

W przypadku gdy sąd zarządza powrót dziecka, może, w stosownych przypadkach, zastosować środki tymczasowe, w tym środki zabezpieczające zgodnie z art. 15 ust. 1 rozporządzenia nr 2019/1111<sup>40</sup> w celu ochrony dziecka przed poważnym ryzykiem, o którym mowa w art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji, pod warunkiem że zbadanie możliwości zastosowania takich środków i ich zarządzenie nie opóźni w nadmierny sposób postępowania w sprawie powrotu dziecka (art. 27 ust. 5 rozporządzenia nr 2019/1111<sup>41</sup>). Zupełnie nowym rozwiązaniem w omawianych sprawach jest przepis art. 27 ust. 6 rozporządzenia nr 2019/1111, zgodnie z którym orzeczenie zarządzające powrót dziecka może zostać uznane za tymczasowo wykonalne, niezależnie od wniesionych środków zaskarżenia, jeżeli ze względu na dobro dziecka wymagany jest jego powrót przed wydaniem orzeczenia w sprawie środków zaskarżenia<sup>42</sup>.

Jak już wcześniej wspominałem, celem Konwencji haskiej z 1980 r. jest także ochrona jurysdykcji państwa zwykłego pobytu dziecka w przypadkach uprowadzenia dziecka za granicę. Rozporządzenie Bruksela II bis wzmacnia zasadę, że sąd nakazuje natychmiastowy powrót dziecka, ograniczając wyjątki przewidziane w art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji do absolutnego minimum. Zasada stanowi, że powrót dziecka następuje zawsze wtedy, gdy może ono uzyskać ochronę w państwie członkowskim pochodzenia. W porównaniu do Konwencji, rozporządzenie idzie o krok dalej rozszerzając to zobowiązanie do nakazu powrotu dziecka w przypadkach, gdy powrót mógłby narazić dziecko na taką krzywdę, niemniej zostało ustalone, że poczyniono odpowiednie ustalenia w celu zabezpieczenia ochrony dziecka po jego powrocie. Sąd musi zbadać ten aspekt na podstawie faktycznych okoliczności sprawy. Nie

<sup>38</sup> Dz.Urz. UE L 178, s. 1 – dalej rozporządzenie nr 2019/1111. Niniejsze rozporządzenie wchodzi w życie dwudziestego dnia po jego opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, ale będzie stosowane od dnia 1.08.2022 r., z wyjątkiem art. 92, 93 i 103, które mają zastosowanie od dnia 22.07.2019 r. Powołany art. 27 ust. 3 jest odpowiednikiem art. 11 ust. 4 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, uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1347/2000 (Dz.Urz. WE L 338 z 2003 r., s. 1 ze zm.) – dalej rozporządzenie Bruksela II bis.

<sup>39</sup> Na potrzeby niniejszego opracowania posługuję się przepisami rozporządzenia nr 2019/1111 oraz rozporządzenia Bruksela II bis, przy czym zastrzegam, że od dnia 1.08.2022 r. zastosowanie znajdują przepisy rozporządzenia nr 2019/1111.

<sup>40</sup> Obecnie jest to art. 20 ust. 1 rozporządzenia Bruksela II bis.

<sup>41</sup> Przepis ten nie ma swojego odpowiednika w rozporządzeniu Bruksela II bis.

<sup>42</sup> Przepis ten nie ma swojego odpowiednika w rozporządzeniu Bruksela II bis.

wystarczy do tego istnienie procedur ochrony dziecka w państwie członkowskim pochodzenia. Konieczne jest ustalenie, czy organy w państwie członkowskim pochodzenia podjęły konkretne środki w celu ochrony dziecka będącego przedmiotem sprawy. Generalnie sędziowie będą mieli trudności z oceną okoliczności faktycznych w państwie członkowskim pochodzenia. Istotna będzie pomoc ze strony organów centralnych państwa członkowskiego pochodzenia w celu dokonania oceny, czy w państwie tym podjęto środki ochrony i czy organy te zapewnią właściwą ochronę dziecka po jego powrocie<sup>43</sup>. W badanych przeze mnie sprawach nie udało mi się dotrzeć do takiej sprawy, gdzie bezpośrednio zastosowany był przepis art. 11 ust. 4 rozporządzenia Bruksela II bis.

**4) Dziecko sprzeciwia się powrotowi i osiągnęło ono wiek oraz stopień dojrzałości, przy którym właściwe jest uwzględnienie jego opinii (art. 13 ust. 2 Konwencji).**

Zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu art. 13 ust. 2 Konwencji sąd prowadzący postępowanie o nakazanie powrotu jest zobowiązany ustalić, czy dziecko, które zgłosiło sprzeciw, osiągnęło wiek i stopień dojrzałości uzasadniające uwzględnienie jego poglądów. Wydaje się zatem, że właściwa interpretacja powyższego wyjątku pozwala dziecku na wywieranie faktycznego wpływu na kształt orzeczeń wydanych w sprawach dotyczących bezpośrednio osoby małoletniego. Istnieje zatem konieczność interpretacji przesłanki sprzeciwu dziecka jako przesłanki niezależnej, a tym samym koniecznej do zbadania przez sąd, bez względu na powołanie się na ten wyjątek przez uczestnika postępowania. Konieczność oceny kwestii stopnia dojrzałości dziecka, które zgłosiło sprzeciw co do powrotu, wynika wprost z treści art. 13 ust. 2 Konwencji. Przepis ten jednak nie precyzuje, w jaki sposób sąd orzekający powinien badać tę przesłankę. Brak także definicji legalnej pojęcia „stopień dojrzałości”. Przeprowadzona przeze mnie analiza spraw rozpoznawanych z zastosowaniem przepisów Konwencji prowadzi do wniosku, że ocena tego kryterium pozostawiona jest sądowi, który kierując się całokształtem okoliczności sprawy oraz posiadanym doświadczeniem powinien ustalić, czy małoletni jest dostatecznie dojrzały, aby w sposób jasny i świadomy zająć stanowisko w sprawie. Co ważne, należy zauważyć, że oceniając kwestię stopnia dojrzałości osoby małoletniej, sąd może, ale nie musi, skorzystać z pomocy biegłego specjalisty, najczęściej psychologa lub zespołu OZSS. Zgodnie z art. 3a ustawy z 5.08.2015 r. o opiniodawczych zespołach sądowych specjalistów<sup>44</sup>, w brzmieniu nadanym przez przepisy u.w.n.cz.org.cent. w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką toczących się w trybie Konwencji opinie sporządza się niezwłocznie.

Odwolując się bezpośrednio do przeanalizowanych spraw, teza dowodowa zakreślana dla tego typu opinii sprowadzała się do ustalenia aktualnej sytuacji życiowej dziecka po przyjeździe do Polski, nastawienia do panującej sytuacji rodzinnej, stopnia rozwoju dziecka, w tym łączących więzi z rodzicami, rzeczywistej postawy dziecka

<sup>43</sup> Praktyczny przewodnik dotyczący stosowania rozporządzenia Bruksela II bis, s. 55 i n., <https://op.europa.eu/pl/publication-detail/-/publication/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed> (dostęp: 5.04.2021 r.).

<sup>44</sup> Tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 708.

w zakresie pobytu w Polsce, a także do ustalenia, czy wypowiedzi dziecka są jego autonomicznymi wypowiedziami czy też wskazują na możliwość manipulacji, względnie są wypowiedziami sugerowanymi, a jeżeli tak, to co jest tego podłożem, czy można uznać, że wypowiedzi dziecka są wiarygodne, w tym, czy spełniają kryteria trafności i wiarygodności psychologicznej, w tym, jaki wpływ na dziecko będzie miała kolejna zmiana sytuacji życiowej w kontekście zasadności wniosku o wydanie dziecka.

Ocena kwestii „stopnia dojrzałości” dziecka jest w istocie niezależna od jego wieku i po przeprowadzonej przeze mnie analizie akt nie można w tym zakresie wskazać żadnej średniej wieku, który decydowałby o uznaniu przez sąd orzekający osoby małoletniej za dostatecznie dojrzałą do wyrażenia sprzeciwu. Wydaje się, że decydujące w tym kontekście jest stosowane przez sąd orzekający podejście co do sposobu oceny stanowiska małoletniego przez pryzmat stopnia jego dojrzałości. Za najbardziej adekwatne uznać należy podejście, polegające na ocenie zdolności poznawczych dziecka w odniesieniu do jego aktualnej sytuacji i wpływu podejmowanych przez nie decyzji na jego obecne życie. Z całą mocą należy podkreślić, że czasami nawet osobom dorosłym trudno jest ocenić długofalowe skutki podejmowanych przez nich działań, trudno zatem uznawać, że dziecko jest niedojrzałe tylko z tego względu, iż nie jest w stanie przewidzieć, jak jego sprzeciw co do powrotu wpłynie na kształt jego życia w perspektywie kilku czy kilkunastu lat. Błędne wydaje się także ocenianie stanowiska dziecka wyłącznie z perspektywy oczekiwań osób dorosłych, jak miało to miejsce w niektórych przypadkach analizowanych przeze mnie stanów faktycznych. Ponadto należy zauważyć, że istnieje silna potrzeba uwzględnienia głosu dziecka w postępowaniach prowadzonych w oparciu na przepisach Konwencji i bezpośrednio oddziałujących na jego sytuację życiową. Dziecko, zgodnie ze współczesnym rozumieniem jego praw w postępowaniu cywilnym, powinno być uznawane za jednego z faktycznych uczestników postępowania, a nie tylko obserwatora, którego głos jest ciągle ignorowany. Interpretacja Konwencji haskiej z 1980 r. musi ponadto uwzględniać fakt, że w dacie jej powstawania spojrzenie na prawa i obowiązki dziecka było zgoła odmienne od aktualnego.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 rozporządzenia Bruksela II bis przy stosowaniu art. 12 i 13 Konwencji należy umożliwić wysłuchanie dziecka podczas postępowania sądowego, chyba że uznaje się to za niewłaściwe ze względu na jego wiek lub poziom dojrzałości. Rozporządzenie wzmacnia zatem prawo dziecka do wysłuchania podczas postępowania sądowego. Dlatego też sąd daje dziecku możliwość bycia wysłuchanym, chyba że uzna, iż jest to niewłaściwe ze względu na wiek i stopień dojrzałości dziecka. Wyjątek ten należy jednak interpretować w sposób bardzo zawężający. W szczególności należy pamiętać, że prawa dziecka mają bardzo istotne znaczenie w postępowaniu o nakazanie powrotu dziecka, a decyzje w sprawie przyszłości dziecka i charakteru jego przyszłych stosunków z rodzicami i innymi osobami mają z reguły kluczowe znaczenie, jeśli chodzi o dobro dziecka. Należy również pamiętać o tym, że wspomniane czynniki wywierają wpływ na dzieci w dowolnym wieku. W rozporządzeniu Bruksela II bis nie określa się kryteriów w zakresie określania wymaganego wieku i poziomu dojrzałości dziecka ani procedury wysłuchania dziecka. Ponadto, sąd nie może odmówić powrotu dziecka, jeżeli osoba wnioskująca o powrót nie została wysłuchana (art. 11 ust. 5 rozporządzenia Bruksela II bis). Z uwagi na krótki termin przewidziany na wydanie orzeczenia

wynikający z art. 11 ust. 3 rozporządzenia Bruksela II bis wysłuchanie powinno się odbyć w możliwie najszybszy i najbardziej efektywny sposób<sup>45</sup>.

Należy również pamiętać, że w tych wyjątkowych przypadkach, kiedy sąd orzeka o odmowie powrotu dziecka na podstawie art. 13 Konwencji, w art. 11 ust. 6–7 rozporządzenia Bruksela II bis przewidziano procedurę specjalną zwaną „mechanizmem nadrzędnym”. Procedura ta wymaga, by sąd, który wydał orzeczenie o odmowie powrotu dziecka niezależnie od tego, czy jest to orzeczenie ostateczne czy też przysługuje od niego środek zaskarżenia, przekazał odpis swojego orzeczenia oraz dodatkowych dokumentów sądowi właściwemu w państwie członkowskim pochodzenia. W praktyce chodzi tu o odpis postanowienia wraz z uzasadnieniem, protokoły z rozpraw, wywiady kuratorów, a także opinie biegłych wydane na potrzeby toczącego się postępowania. Przekazanie może nastąpić bezpośrednio z jednego sądu do drugiego lub za pośrednictwem organów centralnych w obu państwach członkowskich. Sąd w państwie członkowskim pochodzenia powinien otrzymać dokumenty w terminie jednego miesiąca od daty wydania orzeczenia o odmowie powrotu dziecka na podstawie art. 13 Konwencji. Jeżeli żaden z uczestników o to nie wniósł, to sąd pochodzenia przekazuje informacje uczestnikom i wzywa do złożenia, w terminie trzech miesięcy od daty powiadomienia, wniosków zgodnie z prawem krajowym, w których mogą wskazać, czy pragną, aby sąd pochodzenia zbadał kwestię pieczy nad dzieckiem. Jeżeli uczestnicy nie złożą wniosków w terminie trzech miesięcy, to sąd pochodzenia zamyka sprawę. Sąd pochodzenia bada sprawę, jeśli przynajmniej jeden z uczestników złoży odpowiedni wniosek. Chociaż rozporządzenie Bruksela II bis nie ustanawia żadnego terminu w tym zakresie, celem powinno być zapewnienie możliwie najszybszego podjęcia decyzji. Orzeczenie o odmowie powrotu dziecka oraz dodatkowe dokumenty, o których wspominałem wcześniej, należy przekazać sądowi właściwemu do rozpoznania sprawy. Jeżeli sąd w państwie członkowskim pochodzenia wydał wcześniej orzeczenie dotyczące przedmiotowego dziecka, to dokumenty z zasady przekazuje się do tego sądu. W przypadku braku takiego orzeczenia informacje przesyła się do sądu posiadającego właściwość zgodnie z prawem danego państwa członkowskiego, najczęściej do sądu właściwego dla miejsca stałego pobytu dziecka przed jego uprowadzeniem. Pomocny w ustaleniu sądu właściwego w innym państwie członkowskim może być europejski atlas sądowy w sprawach cywilnych. Również organy centralne wyznaczone na mocy rozporządzenia Bruksela II bis mogą udzielić sędziom pomocy w ustaleniu sądu właściwego w innym państwie członkowskim<sup>46</sup>.

**5) Jeżeli powrót dziecka nie byłby dopuszczony w świetle podstawowych zasad państwa wezwanego, dotyczących ochrony praw człowieka i podstawowych wolności (art. 20 Konwencji)<sup>47</sup>.**

W doktrynie pomija się natomiast wyjątek określony w art. 12 ust. 3 Konwencji, który moim zdaniem stanowi samoistną podstawę do wydania przez sąd postanowienia o zawieszeniu postępowania lub postanowienia oddalającego wniosek

<sup>45</sup> Praktyczny przewodnik..., s. 55 i n.

<sup>46</sup> Praktyczny przewodnik..., s. 55 i n.

<sup>47</sup> W analizowanych przeze mnie sprawach nie zostało wydane orzeczenie odmawiające powrotu na podstawie art. 20 Konwencji.

o wydanie dziecka. Literalne brzmienie tego przepisu pozwala na podjęcie stosownych działań jeszcze na etapie postępowania przed polskim organem centralnym, a sprowadzających się do zawieszenia działań organu centralnego. Zgodnie bowiem z art. 12 ust. 3 Konwencji, jeżeli władza sądowa lub administracyjna państwa wezwanego ma podstawy, aby sądzić, że dziecko zostało zabrane do innego państwa, może ona zawiesić działanie lub oddalić wnioski o wydanie dziecka.

## 5. UWAGI PODSUMOWUJĄCE

Zgodnie z preambułą Konwencji haskiej z 1980 r. została ona wprowadzona „w celu ochrony dzieci” w skali międzynarodowej od szkodliwych skutków ich bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania oraz ustanowienia postępowania zapewniającego ich szybki powrót do państwa, w którym mają miejsce zwykłego pobytu. Cele te wynikają wprost z art. 1 Konwencji. Bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka już samo w sobie jest szkodliwe dla jego dobra i zgodnie z założeniami Konwencji jedynie nakazanie powrotu dziecka do państwa, z którego zostało uprowadzone, zapewni realizację szeroko pojmowanych interesów dziecka. Nie można zapominać także o tym, że celem Konwencji jest również ochrona jurysdykcji państwa zwykłego pobytu dziecka w przypadku jego uprowadzenia.

Co do zasady, sądy państwa, w którym dziecko posiadało miejsce zwykłego pobytu, są właściwe do określenia zasadności sporu o opiekę, co się zazwyczaj wiąże z kompleksową oceną najlepszego interesu dziecka. Sądy takie na ogół będą miały pełniejszy i łatwiejszy dostęp do informacji i dowodów istotnych przy dokonywaniu takich ustaleń. W związku z tym nakazanie powrotu dziecka bezprawnie uprowadzonego lub zatrzymanego do państwa jego zwykłego pobytu nie tylko przywraca *status quo ante*, ale pozwala na rozwiązywanie wszelkich kwestii związanych z pieczą nad dzieckiem lub kontaktami, łącznie z ewentualnym przeniesieniem dziecka do innego miejsca zamieszkania w ramach tzw. relokacji.

Powyższy cel Konwencji i zasady leżące u jej podstaw określają wąski zakres zastosowania Konwencji, który dotyczy wyłącznie szybkiego powrotu dziecka bezprawnie uprowadzonego lub zatrzymanego do państwa jego zwykłego pobytu, z zastrzeżeniem jedynie ograniczonych wyjątków przewidzianych w Konwencji. Wyjątki te występują w art. 12 ust. 2, art. 13 ust. 1 lit. a, 13 ust. 1 lit. b, art. 13 ust. 2 i art. 20 Konwencji. Te wymienione wyjątki muszą być jednak stosowane w sposób restrykcyjny, tak aby przepisy Konwencji nie stały się martwą literą prawa. Powoływanie się na przedmiotowe wyjątki przez rodzica, który swoim zachowaniem doprowadził do bezprawnego uprowadzenia i arbitralnie zdecydował o zmianie miejsca zwykłego pobytu dziecka, nie może zmierzać do złamania struktury Konwencji i prowadzić do przekreślenia jej zasadniczych celów<sup>48</sup>.

Przeprowadzona przeze mnie analiza nadesłanych akt sądowych w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką

<sup>48</sup> Por. Guide to Good Practice..., s. 24.



miała – co do zasady – na celu przedstawienie przebiegu przedmiotowego postępowania przed polskim organem centralnym i przed sądem prowadzącym sprawę, z uwzględnieniem postępowania rozpoznawczego przed sądem I instancji, postępowania przed sądem II instancji oraz postępowania wykonawczego. Niniejsze opracowanie ograniczyłem do wybranych zagadnień związanych z przebiegiem postępowania przed sądem I instancji<sup>49</sup>.

Reasumując wyniki przeprowadzonych badań, należy się pozytywnie odnieść do zmniejszenia liczby sądów orzekających w analizowanych sprawach i ograniczenia jej do 11 wspomnianych powyżej sądów okręgowych, przyjmując, że Sąd Apelacyjny w Warszawie jest jedynym sądem odwoławczym w tego typu sprawach. Dobrym rozwiązaniem było także ustalenie, że w tego typu sprawach powinni orzekać jedynie wyspecjalizowani sędziowie, choć jak się okazuje w praktyce ich referaty nie obejmują tylko spraw haskich, co moim zdaniem powinno ulec zmianie z uwagi na postulat szybkości tych postępowań, konieczność ich dynamiki i podejmowania działań niezwłocznie<sup>50</sup>. Dostrzegam potrzebę takiego zorganizowania pracy sędziów w sprawach haskich, aby ich referaty obejmowały tylko te postępowania, do czego konieczne jest także zapewnienie udziału w specjalistycznych szkoleniach podnoszących kwalifikacje językowe i merytoryczne; wydaje się niezbędne wręcz, aby orzekający w tych sprawach sędziowie biegle posługiwali się językiem angielskim i aby było to potwierdzone odpowiednim certyfikatem o międzynarodowej rozpoznawalności, a co najważniejsze, aby sędziowie byli wyposażeni w praktyczny warsztat znajomości języka prawniczego, co oczywiście może spotkać się z zarzutem, że sądy mogą przecież korzystać z tłumaczy. Moim zdaniem jednak w tego typu sprawach wiedza merytoryczna połączona ze znajomością języka angielskiego jest elementem niezbędnym dla zapewnienia sprawnego przebiegu postępowania. Takie same uwagi dotyczą – moim zdaniem – pracowników sekretariatów współpracujących bezpośrednio z sędziami, czy ich asystentów – mam przy tym jednak świadomość, że w chwili obecnej praca w sekretariacie sądu nie należy do najbardziej atrakcyjnych na rynku pracy, z uwagi na element ekonomiczny, ale spojrzenie na ten aspekt powinno być zauważone z perspektywy przeprowadzonych badań. Podobne rozwiązania i wysokie standardy, jeżeli chodzi o wymagane kwalifikacje, wprowadzono w ramach struktur polskiego organu centralnego, co miałem okazję zaobserwować wielokrotnie nie tylko przy okazji prowadzonych badań aktowych, ale także jako pełnomocnik występujący w sprawach haskich. Profesjonalizm polskiego organu centralnego i zaangażowanie całego zespołu zajmującego się sprawami haskimi sprawia, że postępowanie na etapie organu centralnego przebiega bardzo sprawnie i dynamicznie, a wręcz wzorowo odbywa się współpraca z zagranicznymi organami centralnymi i sądami, jeśli chodzi o wymianę informacji i przekazywanie dokumentów. Oczywiście zdaję sobie sprawę z tego, że nie miałem okazji uczestniczyć w pracach polskiego organu centralnego na co dzień i moje wnioski opierają się jedynie na gruntownej analizie aktowej, ale z tej perspektywy nie zaobserwowałem żadnych niedociągnięć od strony formalnej w tej strukturze.

<sup>49</sup> Pełna wersja raportu dostępna jest na stronie: [www.iws.gov.pl](http://www.iws.gov.pl) (dostęp: 25.06.2021 r.).

<sup>50</sup> W jednej z analizowanych spraw odstęp czasowy między kolejnymi terminami rozpraw wynosił pięć miesięcy.

Zmianie powinna ulec kwestia profesjonalnych szkoleń w aspekcie rozszerzenia oferty szkoleń regularnych dla sędziów orzekających w sprawach haskich, pracowników polskiego organu centralnego oraz pełnomocników występujących w tych sprawach. Powinna być też stworzona kompleksowa, ogólnodostępna baza orzeczeń wydawanych w sprawach haskich, nie tylko przez sądy polskie, ale i zagraniczne (z tłumaczeniami na język polski), co sprzyjałoby zapewnieniu jednolitości i stabilności orzecznictwa pod kątem dostępnych narzędzi i środków o charakterze procesowym i pozap procesowym służących ochronie dobra dziecka – centralnego ognia postępowania o nakazanie powrotu.

Nadal zauważalnym problemem jest niedotrzymywanie sześciotygodniowego terminu na wydanie orzeczenia przez sąd I instancji, do czego obligują przepisy Konwencji i rozporządzenia Bruksela II bis. Wpływa na to oczywiście szereg czynników, zaś wnioski, które należałoby wysnuć, wcale nie odnoszą się do ułomności obowiązujących przepisów, ale do ich wykorzystywania w sposób niepełny i dość liberalny w aspekcie koncentracji materiału dowodowego oraz gromadzenia dowodów nieprzydatnych i zmierzających do przewleknięcia postępowania przez uczestników reprezentowanych przez pełnomocników, którzy często mają tendencje do zgłaszania dowodów powstających na potrzeby prowadzonego postępowania i nie odnoszą się do meritum sprawy o nakazanie powrotu. Nie chcę oceniać działań podejmowanych przez pełnomocników, ale wydawałoby się wręcz konieczne stworzenie bazy pełnomocników profesjonalnych, którzy również podlegaliby obowiązkowym szkoleniom podnoszącym ich kwalifikacje zawodowe w kontekście tej konkretnej specjalizacji. Idealnym wręcz rozwiązaniem byłoby stworzenie pewnej sieci takich pełnomocników w formie bazy dostępnej dla organów centralnych i sądów, które mogłyby ustanawiać takich pełnomocników na etapie postępowania rozpoznawczego. Należy przy tym zaznaczyć, że w obecnie obowiązującym stanie prawnym stawki za prowadzenie tego typu postępowań w ramach ustanowienia pełnomocnikiem z urzędu są bardzo niskie i nie zachęcają do występowania w sprawach haskich. Zasądzenie przez sąd kwoty 120 zł plus należny podatek VAT w wysokości 23% jest upokarzająco niskie, biorąc pod uwagę nakład pracy, częstą konieczność posługiwania się językiem obcym, dynamikę postępowania i obowiązek niezwłocznego działania, a także mając na uwadze transgraniczny charakter sporu. Z tego względu proponowane przeze mnie dedykowane szkolenia i kursy języka prawniczego powinny obejmować także pełnomocników profesjonalnych, którzy chcieliby znaleźć się w strukturze ogólnopolskiej bazy.

Priorytetem powinno być stworzenie grupy wyspecjalizowanych sędziów, pracowników polskiego organu centralnego i pracowników sądów, a także pełnomocników, co zapewniłoby spójność i jednolitość postępowania w analizowanych sprawach na zasadzie kooperacji i zaangażowania z naciskiem na profesjonalizm i wysoki poziom posiadanych kwalifikacji. Dla zapewnienia realizacji postulatu szybkości postępowania w sprawach haskich konieczne jest moim zdaniem położenie nacisku na aspekt profesjonalizmu i stosowanie zaostrzonych kryteriów do orzekania w tego typu sprawach, reprezentowania, i pełnienia funkcji w ramach organu centralnego. Istotnym elementem będzie także promowanie mediacji i wykorzystanie narzędzi do komunikacji online.

### Summary

**Marcin Bialecki, *Procedure in Cases Relating to Surrender of the Child under the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, done at The Hague on 25 October 1980, Before the Court of First Instance. Selected Issues***

*The purpose of this publication is to analyse the proceedings in cases relating to surrender of a child under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, done at The Hague on 25 October 1980, in comparison to the provisions of the Code of Civil Procedure and the Act of 26 January 2018 on the Performance of Certain Activities of the Central Authority in Family Matters in the Field of Legal Transactions under European Union Law and International Agreements. The research I have carried out, and the conclusions I have drawn from it, are based on an empirical analysis of the court files made available to me by the district courts and the relevant divisions of those courts that adjudicate in cases for ordering the return of a person subject to parental custody or guardianship abroad and in cases for forcibly removing a person subject to parental custody or guardianship abroad. The aim of this analysis was to provide a comprehensive overview of the proceedings before the Polish court conducting the case, including the proceedings before the court of first instance. My main assumption was to focus on the utilitarian character of the existing solutions and on their use at particular stages of proceedings by means of appropriate procedural and non-procedural tools.*

**Keywords:** *child welfare, ordering the return of the child, wrongful removal, wrongful retention, principle of immediate return of the child, serious risk, refusal to surrender the child, enforcement proceedings*

### Streszczenie

**Marcin Bialecki, *Przebieg postępowania w sprawach o wydanie dziecka w trybie Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę sporządzonej w Hadze 25.10.1980 r. przed sądem I instancji – zagadnienia wybrane***

*Celem niniejszej publikacji jest analiza postępowania w sprawach o wydanie dziecka w ramach Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę sporządzonej w Hadze 25.10.1980 r. w odniesieniu do przepisów ustawy – Kodeks postępowania cywilnego i ustawy o wykonywaniu niektórych czynności organu centralnego w sprawach rodzinnych z zakresu obrotu prawnego na podstawie prawa Unii Europejskiej i umów międzynarodowych z 26.01.2018 r. Przeprowadzone badania, a także wnioski z nich płynące, oparte są na empirycznej analizie akt sądowych udostępnionych przez sądy okręgowe i odpowiednie wydziały tych sądów, które orzekają w sprawach o nakazanie powrotu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką za granicę oraz w sprawach o przymusowe odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką za granicę. Przedmiotowa analiza miała na celu kompleksowe przedstawienie przebiegu postępowania przed sądem I instancji. Przyjętym założeniem pracy było przede wszystkim skupienie się na użyteczności wprowadzonych rozwiązań i na ich wykorzystaniu w poszczególnych etapach postępowania za pomocą odpowiednich narzędzi procesowych i pozaprocessowych.*

**Słowa kluczowe:** *dobro dziecka, nakazanie powrotu dziecka, bezprawne uprowadzenie, bezprawne zatrzymanie, zasada niezwłocznego wydania dziecka, poważne ryzyko, odmowa wydania dziecka, postępowanie wykonawcze*

**Literatura:**

1. Białecki M., *Postępowanie mediacyjne w ramach Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę – zagadnienia praktyczne mediacji transgranicznej* [w:] *Ius Est A Iustitia Appellatum. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Wiśniewskiemu*, red. T. Ereciński, J. Gudowski, M. Pazdan, Warszawa 2017.
2. Białecki M., *Wykorzystanie mediacji online w ramach postępowania prowadzonego w trybie Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę sporządzonej w Hadze dnia 25 października 1980 r.* [w:] *Postępowanie cywilne w dobie przemian*, red. I. Gil, Warszawa 2017.
3. Białecki M., *Mediacja w sprawach o wydanie dziecka na podstawie Konwencji haskiej z 25.10.1980 r. dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę – uwagi na tle obowiązujących przepisów i proponowanych zmian w zakresie wprowadzenia instytucji organizacji postępowania* [w:] *Postępowanie cywilne – wprowadzone i projektowane zmiany 2019*, red. G. Jędrejek, S. Kotas, F. Manikowski, Warszawa 2019.
4. Jagieła J., *Komentarz do art. 598<sup>5</sup> k.p.c.* [w] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 3. *Komentarz do art. 425–729*, red. A. Marciniak, Warszawa 2020.
5. Jastrzemska S., *Komentarz do art. 598<sup>1</sup> k.p.c., teza 2* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Komentarz. Art. 506–1217*, t. 2, red. T. Szancilo, Warszawa 2019.
6. Nehls K. [w:] *Cross-Border Family Mediation. International Parental Child Abduction, Custody and Access Cases*, red. Ch.C. Paul, S. Kiesewetter, Frankfurt nad Menem 2014.
7. Pérez-Vera E., *Explanatory Report on the 1980 HCCH Child Abduction Convention*, <https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-a7528a0d368c.pdf>