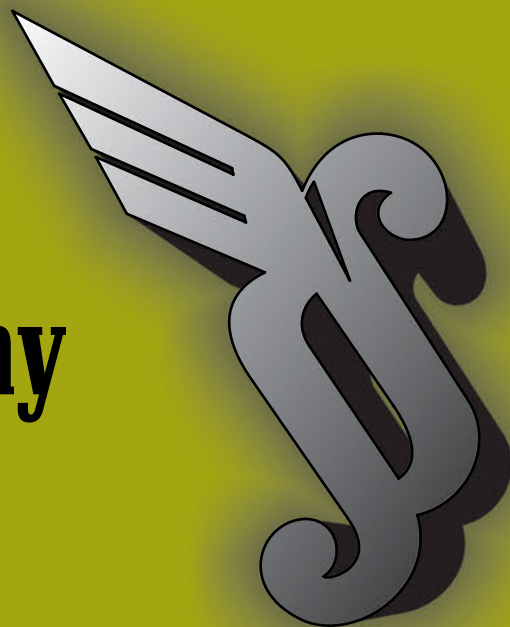


**Problemy
Prawa
Prywatnego
Międzynarodowego**



TOM 33



UNIWERSYTET ŚLĄSKI
WYDAWNICTWO

Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego

Tom 33

pod redakcją
Maksymiliana Pazdana

Zespół Redakcyjny

Maksymilian Pazdan (redaktor naukowy, Akademia Leona Koźmińskiego)
Wojciech Popiołek (zastępca redaktora naukowego, Uniwersytet Śląski w Katowicach)
Witold Kurowski (sekretarz Redakcji, Uniwersytet Śląski w Katowicach)
Maciej Zachariasiewicz (sekretarz Redakcji, Akademia Leona Koźmińskiego)

Rada Naukowa

Christian von Bar (Universität Osnabrück), Andrea Bonomi (University of Lausanne),
Cristina González Beilfuss (University of Barcelona), Paul Lagarde (Université Paris I),
Rett R. Ludwikowski (The Catholic University of America), Heinz-Peter Mansel (Uni-
versität zu Köln), Dieter Martiny (Europa-Universität Viadrina), Andrzej Mączyński
(Uniwersytet Jagielloński), Paul Meijknecht (Universiteit Utrecht), Cezary Mik (Uni-
wersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego), Jerzy Poczobut (Uniwersytet Warszawski),
Jerzy Rajski (Uniwersytet Warszawski), Andrzej Szumański (Uniwersytet Jagielloń-
ski), Luboš Tichý (Univerzita Karlova), Zdeněk Kučera (Univerzita Karlova)

**Nazwiska recenzentów publikowane są na stronie internetowej czasopisma:
<https://journals.us.edu.pl/index.php/PPPM/recenzenci>**

Adres Redakcji

„Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego”
Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach
40-007 Katowice, ul. Bankowa 11b
tel. (032) 359 18 03; e-mail: pppm@us.edu.pl

Publikacja jest dostępna w wersji elektronicznej:

www.journals.us.edu.pl

Central and Eastern European Online Library

www.cceol.com

Spis treści

Studia

Paulina Twardoch, Agata Koziol: Współmacierzyństwo, rodzicielstwo neutralne płciowo i wielorodzicielstwo, czyli o nowych wyzwaniach dla polskiego prawa kolizyjnego w sferze filiacji	5
Zuzanna Daszkiewicz: <i>Incoterms 2020</i> — sukces czy zagrożenie dewaluacji?	39
Roksolana Khanyk-Pospolitak, Tetiana Fedosieieva: The Specific Nature of Representing Children’s Interests under Martial Law	75
Katarzyna Pokryszka: Mediacja ewaluatywna w sprawach gospodarczych w prawie polskim z perspektywy prawa Unii Europejskiej i prawa międzynarodowego	95

Glosy

Maciej Zachariasiewicz: Jurysdykcja krajowa w sprawie roszczeń deliktowych z tytułu afery <i>dieseltgate</i> w świetle dotychczasowego orzecznictwa TSUE: uwagi na tle wyroku TSUE w sprawie C-343/19 <i>VKI v. Volkswagen</i> oraz postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2022 r., II CSKP 1506/22	139
Jacek Górecki: Czy do zakresu statutu formy pełnomocnictwa należy udział świadka potwierdzającego czynność mocodawcy własnym podpisem? Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2022 r. (III CZP 22/22)	183

Contents

Studies

Paulina Twardoch, Agata Koziol: Co-maternity, Gender Neutral Parentage and Multi-Parentage: New Challenges for Polish Private International Law in Matters of Filiation	5
Zuzanna Daszkiewicz: <i>Incoterms 2020</i> — Success or Risk of Devaluation?	39
Roksolana Khanyk-Pospolita, Tetiana Fedosieieva: The Specific Nature of Representing Children’s Interests under Martial Law	75
Katarzyna Pokryszka: Evaluative Mediation in Business Disputes under the Provisions of Polish Law from a European and International Perspective	95

Glosses

Maciej Zachariasiewicz: Jurisdiction in Tort Claims Related to <i>dieselgate</i> in Light of the Existing Case Law of CJEU: Comments on the Basis of the Judgment in C-343/19 <i>VKI v. VW</i> and the Decision of the Polish Supreme Court of 12 May 2022, II CSKP 1506/22	139
Jacek Górecki: Does Participation of a Witness Confirming the Principal’s Action with His Own Signature Fall within the Scope of the Law Applicable to the Form of the Power of Attorney? A Note to the Judgment of the Supreme Court of 13 January 2022 (III CZP 22/22)	183



Paulina Twardoch^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0001-8941-0687>

Agata Koziol^{b)}

 <https://orcid.org/0000-0002-0062-9429>

Współmacierzyństwo, rodzicielstwo neutralne płciowo i wielorodzicielstwo, czyli o nowych wyzwaniach dla polskiego prawa kolizyjnego w sferze filiacji

Abstract: The article presents new types of parentage adopted in foreign legal systems. The analysis is carried out not only at the substantive law level, but also in terms of conflicts of laws that may emerge in Poland with regard to those new institutions. Firstly, the Authors explain why such new instruments should be characterised as covered by the scope of Polish conflict rules on filiation and not of those on adoption. Next, particular legal solutions, adopted in different states, concerning filiation are discussed from the perspective of Polish private international law. Those foreign solutions are: co-maternity (established by operation of law or by the acknowledgment of a child by the co-mother), parentage based on gender neutral dispositions, and multi-parentage (resulting from a pre-conception agreement or from a judicial decision). Besides indicating which conflict rules (statutory or conventional) should be applied in order to identify the law applicable to particular kinds of those foreign institutions, the Authors also try to define the scope of the law applicable in this regard. Finally, the Authors discuss the circumstances in which the Polish public policy exception should intervene against effects of the application of foreign rules concerning types of parentage that are unknown in the Polish legal system.

^{a)} Dr hab., prof. UŚ, Uniwersytet Śląski w Katowicach.

^{b)} Dr, Uniwersytet Śląski w Katowicach.

Keywords: parentage — co-maternity — multi-parentage — anticipated joint acknowledgement — pre-conception parentage agreements — characterisation — preliminary question — law applicable to filiation — public policy exception — principle of the child's welfare

1. Uwagi wstępne

W ostatnim dziesięcioleciu obserwujemy wzmożoną aktywność niektórych prawodawców w obszarze reguł dotyczących filiacji, a więc norm prawnych mających na celu wykreowanie między dzieckiem a daną osobą więzi prawnej polegającej na pochodzeniu. Szereg nowo wprowadzonych w tej sferze rozwiązań odchodzi od zasady prawdy biologicznej, rozumianej jako pochodzenie dziecka od jednej kobiety i jednego mężczyzny, gdzie kobieta jest zarówno osobą, która rodzi dziecko, jak i jego matką genetyczną. I tak, wspomniane nowe regulacje, w znacznej mierze powstałe w odpowiedzi na postulaty zgłaszane przez środowiska osób LGBTQI+, zrywają z tradycyjnym modelem rodzicielstwa, dopuszczając w szczególności rodzicielstwo dwóch kobiet czy też rodzicielstwo danej osoby / danych osób w oderwaniu od kwestii jej/ich płci, a nawet rodzicielstwo więcej niż dwóch osób (w stosunku do jednego dziecka).

Mechanizm działania omawianych przepisów jest w istotnym zakresie wzorowany na rozwiązaniach mających dotychczas zastosowanie w odniesieniu do „tradycyjnych” rodzin. Można więc wśród rozpatrywanych nowych regulacji wskazać takie, zgodnie z którymi rodzicielstwo powstaje *ex lege*, w szczególności na podstawie domniemań. Nie brak także unormowań, które dopuszczają powstanie więzi filiacyjnej wskutek złożenia oświadczenia przez osobę, która chce być rodzicem. Wreszcie, spotkać można i takie przepisy, które w określonych sytuacjach zezwalają na dochodzenie ustalenia pochodzenia dziecka w trybie sądowym. W tej właśnie kolejności wspomniane regulacje zostaną poniżej omówione.

Co warto podkreślić, te spośród nowych konstrukcji prawnych, które opierają się na woli bycia rodzicem, służą nawiązaniu między dzieckiem a daną osobą w zasadzie takiej więzi prawnej, jaka występuje między rodzicem biologicznym a jego dzieckiem w „tradycyjnym” modelu rodzicielstwa, przy czym cel ten jest realizowany z pominięciem drogi przysposobienia.

W związku z intensyfikacją, w ostatnich dekadach, procesów społecznych (takich jak migracja ludności, zarówno tymczasowa, jak i o charakterze stałym) wzrasta liczba rodzin mających powiązanie z więcej

niż jednym systemem prawnym, w tym także tych odbiegających od klasycznej konfiguracji osobowej. Polscy prawnicy muszą zatem liczyć się z koniecznością stosowania obcych przepisów omawianych tu nowych rodzajów. Chodzi o sytuacje, w których miarodajna norma kolizyjna, obejmująca swym zakresem pochodzenie dziecka, wskazuje jako właściwe prawo, które przewiduje rozwiązania rozpatrywanego tutaj typu. Poniższa analiza ma więc na celu nie tylko przybliżenie występujących w prawie różnych państw instrumentów materialnoprawnych służących ustaleniu pochodzenia dziecka, lecz przede wszystkim przypisanie tych instrumentów do zakresów poszczególnych norm kolizyjnych, tak aby było możliwe odszukanie właściwego prawa.

Wypada dodać, że aktualny stopień natężenia wymiany osobowej pomiędzy Polską a danym państwem nie jest uwarunkowany wyłącznie odległością geograficzną. Niejednokrotnie determinantą w rozważanym kontekście są tradycyjne powiązania między Polską a danym państwem, istniejące mimo znacznego oddalenia fizycznego. Dotyczy to w szczególności stosunków z USA czy Kanadą, ale także z Republiką Kuby. Analiza orzecznictwa potwierdziła, że polskie sądy mierzą się ze sprawami z zakresu szeroko pojętego prawa rodzinnego powiązanymi z nawet tak odległymi państwami¹. Zatem, choć niektóre spośród przepisów omawianych tu nowych rodzajów pochodzą z odległych geograficznie obszarów prawnych, możliwość wystąpienia konieczności stosowania tych regulacji przez polskich prawników ma realny wymiar.

Nowe zjawiska społeczne i prawne, do których z pewnością zaliczyć należy nowe sposoby ujęcia rodzicielstwa, wymagają opisanie za pomocą słownictwa oddającego ich istotę. W polskim języku prawnym i prawniczym brak jest terminologii, która pozwalałaby w sposób niebudzący wątpliwości nazwać różne postaci, jakie współcześnie może przyjmować rodzicielstwo; terminologia taka w zasadzie nie wykształciła się też w języku potocznym, powszechnie używanym przez ogół społeczeństwa. Nazwy, z których przełożeniem na język polski należało się zmierzyć, opracowując tekst artykułu, to m.in.: *comaternité* (franc.), *comaternidad* (hiszp.), *co-mère* (franc.), *coparente* (franc.), *épouse* (franc.), *co-parenting* (ang.), *surrogate* (ang.), *multiparenté* (franc.), *multiparentalidad* (hiszp.).

¹ Zob. P. Twardoch, A. Koziół, *10 Years of Application of the Polish Act on Private International Law of 2011*, „European Review of Private Law” 2022, vol. 30, issue 4, s. 597; zob. też wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 5 lutego 2020 r., sygn. akt III SA/Łd 617/19.

Wobec wspomnianych lingwistycznych trudności zasięgnęliśmy opinii językoznawczyni, dr Ewy Biłas-Pleszak, prof. UŚ², która zwróciła uwagę na fundamentalną zasadę językowej kreacji, uwidaczniającą się także w tym, że przedstawiciele danego zawodu w odpowiedzi na pojawiające się potrzeby tworzą terminologię pozwalającą opisać zjawiska zachodzące w danej dziedzinie. Jest to naturalny i bardzo ważny proces, który ma niebagatelny wpływ na rozwój poszczególnych języków narodowych.

Dobierając terminologię na potrzeby niniejszego tekstu, dążyliśmy do wiernego oddania sensu przytaczanych przepisów i cel ten w niektórych przypadkach przedkładałyśmy nad dosłowne tłumaczenie obcego słownictwa na język polski. Zastosowałyśmy przy tym różne zabiegi, w szczególności polegające na tworzeniu nowych nazw, przy wykorzystaniu — jako źródła inspiracji — wyrazów czy połączeń wyrazowych jeszcze niezadomowionych w naszym języku, ale już proponowanych w dyskursie naukowym czy też publicystyce. I tak, utworzyłyśmy np. neutralną płciowo nazwę „osoba surogacka”, jako odpowiednik angielskiego *surrogate*. W tym przypadku jako wzór posłużyły pojawiające się w przestrzeni publicznej określenia odnoszące się do uchodźców czy studentów — odpowiednio: „osoba uchodźcza”³ oraz „osoba studencka”⁴.

2. Kwalifikacja do statutu filiacyjnego, krytyka kwalifikacji do statutu adopcyjnego

Patrząc z perspektywy polskiego prawnika na zagadnienia związane z właściwością prawa w kwestii pochodzenia ustalanej przy odejściu

² Dr Ewa Biłas-Pleszak, prof. UŚ jest zatrudniona na Wydziale Humanistycznym Uniwersytetu Śląskiego. Pełni też funkcję dyrektorki kierunków studiów: komunikacja promocyjna i kryzysowa, komunikacja cyfrowa, logopedia, międzynarodowe studia polskie. W tym miejscu pragniemy złożyć Pani Profesor podziękowania za nieocenioną pomoc.

³ Określeniem tym posłużono się m.in. w tytule konferencji naukowej zorganizowanej przez Instytut Przeciwdziałania Wykluczeniom: „Osoby Uchodźcze jako Inne” (<https://www.fundacjaipw.org/uchodzczy> [Dostęp: 9.09.2023 r.]), oraz w prasie: *Final „Gazety Uchodźców”*. „*Spojrzelismy innymi oczami*” (<https://wyborcza.pl/7,82983,29886775,final-gazety-uchodzcow-spojrzelismy-innymi-oczami-wideo.html> — [Dostęp: 9.09.2023 r.]).

⁴ E. Biłas-Pleszak, M. Maciołek, K. Sujkowska-Sobisz, J. Śmiech, J. Tambor, K. Waśnińska, *Inkluzywny narzędziownik stanowisk, funkcji i zawodów w Uniwersytecie Śląskim w Katowicach (słownik fleksyjno-słowotwórczy)*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice, 2023, s. 5. Tam też inne przykłady osobatywów.

od zasady prawdy biologicznej rozumianej w sposób określony powyżej, można dostrzec, że pojawienie się trudności wchodzi w grę już na etapie identyfikacji miarodajnej w tym względzie normy kolizyjnej.

Źródło tych trudności upatrywać należy m.in. w występowaniu w polskim systemie prawnym dychotomii regulacji służących wskazaniu prawa właściwego do oceny więzi rodzinnoprawnej z dzieckiem — z jednej strony istnieją regulacje kolizyjnoprawne obejmujące swym zakresem ustalenie pochodzenia dziecka (takie jak chociażby art. 55 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe [dalej: u. o p.p.m.]; art. 10 konwencji polsko-francuskiej z 1967 r.⁵; art. 28 ust. 1 konwencji polsko-kubańskiej z 1982 r.⁶), z drugiej zaś — regulacje określające właściwość prawa w odniesieniu do przysposobienia (art. 57 i art. 58 u. o p.p.m.; art. 12 i 14 konwencji polsko-francuskiej z 1967 r.; art. 29 konwencji polsko-kubańskiej z 1982 r.).

Zdajemy sobie zatem sprawę z faktu, że w odniesieniu do normy, której zastosowanie prowadzi do ustalenia pochodzenia dziecka od danej osoby w sposób stanowiący odejście od zdefiniowanej powyżej zasady prawdy biologicznej, a która nie kreuje filiacji *ex lege* ani nie opiera się na mechanizmie uznania, może być w Polsce wysuwany pogląd, iż miarodajny jest w tym względzie statut adopcyjny. Pogląd taki mógłby *prima facie* wydawać się uzasadniony. Jest on jednak trudny do obrony z następujących powodów. Po pierwsze, tego rodzaju rozumowanie nie uwzględnia stopnia natężenia więzi prawnej powstającej między dzieckiem i jego rodzicem na mocy takich norm. Przepisy służące kreowaniu rodzicielstwa nieadopcyjnego, w tym przepisy nowego, analizowanego w studium, typu, nie różnicują przypadków więzi filiacyjnej — pod względem jej treści — w zależności od tego, jakie przesłanki zdecydowały o jej powstaniu, podczas gdy intensywność więzi prawnej w ramach przysposobienia nie jest z reguły w danym prawodawstwie tak znaczna jak w ramach rodzicielstwa nieadopcyjnego. Po drugie, kolizyjnoprawna kwalifikacja określonych wyżej nowych konstrukcji prawnych jako przysposobienia pomijałaby ich *rationem legis*, przekładającą się na nieadopcyjną naturę, jaką mają one w systemach prawnych, do których należą. Trzeba wszak zauważyć, że systemom prawnym, w których występują rozpatrywane tu rozwiązania, znany jest również model relacji z dzieckiem oparty na przysposobieniu, a mimo to poszczególni prawodawcy, tworząc owe rozwiązania,

⁵ Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Francuską o prawie właściwym, jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń w zakresie prawa osobowego i rodzinnego, sporządzona w Warszawie dnia 3 kwietnia 1967 r., Dz.U. 1969, nr 4, poz. 22.

⁶ Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Kuby o pomocy prawnej w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych, podpisana w Hawanie dnia 18 listopada 1982 r., Dz.U. 1984, nr 47, poz. 247.

nie sięgnęli po instytucję adopcji. Jest to wyrazem dążenia do tego, aby ukształtowany na nowych zasadach stosunek filiacyjny cechował się tą samą doniosłością, zarówno prawną, jak i społeczną, co macierzyństwo i ojcostwo w tradycyjnym ujęciu.

Z przytoczonych wyżej względów za zasadny uznać należy postulat, by normy, których zastosowanie prowadzi do ustalenia pochodzenia dziecka od danej osoby w sposób stanowiący odejście od zasady prawdy biologicznej, o której mowa powyżej, kwalifikować do zakresu reguł kolizyjnych wyznaczających prawo właściwe dla ustalenia pochodzenia dziecka.

3. Współmacierzyństwo / współrodzicielstwo małżonki lub partnerki matki dziecka powstające *ex lege*

Pierwszym na świecie systemem prawnym, w którym przyjęto domniemanie współrodzicielstwa obejmujące swym zakresem małżonkę lub partnerkę kobiety, która dziecko urodziła, było prawo quebeckie. Miało to miejsce w 2002 r.⁷ Rozwiązanie to, skodyfikowane w art. 538.3 Kodeksu cywilnego Quebecu⁸ [dalej: KC Queb.], jeszcze bardziej unowocześniono w 2022 r., o czym będzie mowa w kolejnym punkcie.

W Europie domniemanie (współ)macierzyństwa czy też (współ)rodzicielstwa małżonki lub partnerki matki dziecka znane jest w szczególności prawu niderlandzkiemu, belgijskiemu oraz szwajcarskiemu. Podobna konstrukcja prawna występuje też w prawie Zjednoczonego Królestwa.

I tak, w Niderlandach, począwszy od 1 kwietnia 2014 r., obowiązuje przepis ustanawiający domniemanie, zgodnie z którym przy spełnieniu określonych przesłanek, w szczególności jeśli dziecko zostało poczęte w wyniku sztucznego zapłodnienia przy wykorzystaniu spermy anonimowego

⁷ Zob. G. Kessler, *Regards comparatistes sur la PMA « pour toutes »*, AJ Famille 2020, s. 117 i n., pkt 1.1. Na temat dawnej wersji tego przepisu — zob. też A. Roy, *V° Canada. Fasc. 22 : CANADA (QUÉBEC) — Droit civil. — Mariage. — Régimes matrimoniaux. — Divorce. — Union civile. — Filiation*, JurisClasseur Droit comparé, 1er Octobre 2011 (la dernière mise à jour : 1er Octobre 2011), pkt 258; A.-M. Savard, C. La Rosa, *Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit de la famille au Québec*, in: *Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif*, dir. Association Henri Capitant, Bruylant, Bruxelles, 2019, s. 436.

⁸ Tekst kodeksu, także w poprzednich wersjach, dostępny na stronach: <https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/en/document/cs/CCQ-1991/20220608> (j. ang. [Dostęp: 9.09.2023 r.]); <https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/document/lc/CCQ-1991/20220608> (j. franc. [Dostęp: 9.09.2023 r.]).

dawcy, o którym mowa w odpowiednim przepisie ustawy o danych dawcy w ramach sztucznego zapłodnienia, **(drugą) matką dziecka** jest kobieta, która w chwili urodzenia się dziecka pozostaje **w związku małżeńskim lub zarejestrowanym związku partnerskim** z kobietą, która dziecko urodziła [art. 1:198 ust. 1 b) niderlandzkiego Kodeksu cywilnego (dalej: KC niderl.)]⁹.

Do belgijskiego systemu prawnego domniemanie omawianego typu wprowadzono ustawą z dnia 5 maja 2014 r. o ustaleniu pochodzenia dziecka od współmatki (franc. *la coparente*)¹⁰. Ustawa weszła w życie 1 stycznia 2015 r. Przepisy dodane na jej mocy do belgijskiego Kodeksu cywilnego [dalej: KC belg.] (art. 325/1—325/10 KC belg.) regulują w sposób szczególny, choć wzorowany w znacznej mierze na przepisach o ojcostwie, ustalenie pochodzenia dziecka, które przyszło na świat w ramach związku dwóch kobiet¹¹. I tak, w świetle normy z art. 325/2 KC belg. jeśli dziecko urodziło się w czasie trwania **małżeństwa dwóch kobiet** albo w ciągu 300 dni następujących po rozwiązaniu lub unieważnieniu takiego małżeństwa, to **małżonka** (franc. *l'épouse*) **matki dziecka** jest jego **współmatką**¹².

W Szwajcarii domniemanie rodzicielstwa małżonki matki dziecka (franc. *la présomption de la parentalité de l'épouse*) przyjęto mocą ustawy federalnej z dnia 18 grudnia 2020 r. dopuszczającej małżeństwa osób tej samej płci (zatytułowanej *Mariage pour tous*, czyli „Małżeństwo dla wszystkich”)¹³, która weszła w życie 1 lipca 2022 r. I tak, zgodnie z normą z art. 255a ust. 1 szwajcarskiego Kodeksu cywilnego, wprowadzoną wymienioną wyżej ustawą, jeśli w chwili urodzenia się dziecka matka jest **w związku małżeńskim z kobietą** i jeśli dziecko poczęte zostało w wyniku dawstwa spermy zgodnie z przepisami ustawy federalnej z dnia 18 grudnia 1998 r. o medycznie wspomaganey prokreacji, to małżonka matki jest **drugim rodzicem dziecka** (franc. *l'autre parent de l'enfant*)¹⁴.

⁹ Na temat tego przepisu — zob. G. Kessler, *Regards comparatistes...*, pkt 1.1. Tekst kodeksu dostępny na stronie: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0002656/2023-01-01> [Dostęp: 9.09.2023 r.].

¹⁰ Loi portant établissement de la filiation de la coparente — tekst ustawy dostępny na stronie: https://www.ejustice.just.fgov.be/mopdf/2014/07/07_1.pdf#Page9 [Dostęp: 9.09.2023 r.].

¹¹ Zob. J. Sosson, S. Cap, L. Cohen, *V° Belgique*. Fasc. 20: *Mariage, divorce, filiation et autorité parentale, obligations alimentaires*, JurisClasseur Droit comparé, 12 Juin 2020, pkt 154.

¹² Zob. E. Van den Broeck, *La nouvelle loi sur la filiation de la coparente*, JDJ - n° 345 - mai 2015, s. 22—23; J. Sosson, S. Cap, L. Cohen, *V° Belgique...*, pkt 155.

¹³ Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2021/747/fr> [Dostęp: 9.09.2023 r.].

¹⁴ Tekst kodeksu dostępny na stronie: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/fr [Dostęp: 9.09.2023 r.].

Jeśli chodzi o Zjednoczone Królestwo, doniosły w omawianym kontekście jest przepis art. 42 ust. 1 ustawy z 2008 r. o zapłodnieniu człowieka i embriologii (Human Fertilisation and Embryology Act 2008)¹⁵. W jego świetle, jeśli matka dziecka w chwili umieszczenia w jej organizmie zarodka albo spermy i komórek jajowych, albo w chwili przeprowadzenia u niej sztucznej inseminacji, pozostawała **w związku partnerskim** (ang. *civil partnership*) **albo małżeńskim z inną kobietą**, to tę ostatnią uważa się za **(drugiego) rodzica dziecka**, chyba że wykazano, że nie wyraziła ona zgody na — odpowiednio — umieszczenie w organizmie pierwszej z wymienionych kobiet zarodka albo spermy i komórek jajowych, albo na przeprowadzenie u niej sztucznej inseminacji.

Konstrukcje prawne przedstawionego rodzaju należy przyporządkować do zakresu zastosowania normy kolizyjnej z art. 55 ust. 1 u. o p.p.m.¹⁶ Norma ta operuje kategoriami neutralnymi płciowo:

- „ustalenie i zaprzeczenie pochodzenia dziecka”, a nie — jak np. reguła z art. 62 belgijskiego Kodeksu prawa prywatnego międzynarodowego w brzmieniu sprzed nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 18 grudnia 2014 r.¹⁷ — „ustalenie i zaprzeczenie ojcostwa lub macierzyństwa”, oraz
- „prawo ojcyste dziecka z chwili jego urodzenia”, a nie np. „prawo personalne matki z chwili urodzenia dziecka” [z tym ostatnim rozwiązaniem mamy do czynienia w szczególności w przypadku reguły z art. 311-14 francuskiego Kodeksu cywilnego (dalej: KC franc.), która skądinąd, o tyle, o ile chodzi o jej zakres, posługuje się neutralnym płciowo terminem „filiacja”].

Dzięki tej neutralności językowej wykładnia normy z art. 55 ust. 1 u. o p.p.m. w kontekście współmacierzyństwa jest ułatwiona. Tytułem porównania warto wspomnieć o opisywanych w literaturze francuskiej problemach z interpretacją określenia „matka” w sytuacji, gdy łącznik normy wyznaczającej statut filiacyjny operuje tym właśnie terminem, a w grę wchodzi współrodzicielstwo dwóch kobiet¹⁸. Wprawdzie przy poszukiwaniu

¹⁵ Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents> [Dostęp: 9.09.2023 r.].

¹⁶ Zgodnie z normą z art. 55 ust. 1 u. o p.p.m. ustalenie i zaprzeczenie pochodzenia dziecka podlegają prawu ojczystemu dziecka z chwili jego urodzenia.

¹⁷ Zob. P. Wautelet, *Bébés papiers, gestation pour autrui et co-maternité : la filiation internationale dans tous ses états*, in: *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, éd. L. Barnich, A. Nuyts, S. Pfeiff, P. Wautelet, Bruylant, Bruxelles, 2016, s. 196—197.

¹⁸ Zob. uwagi M. Cresp na tle normy kolizyjnej z art. 311-14 KC franc. — M. Cresp, *La comaternité en droit français*, « Petites Affiches » - 16 avril 2018 - n° 76, s. 19.

prawa właściwego za pomocą łącznika obywatelstwa dziecka mogą pojawić się trudności wynikające z faktu, że danemu dziecku przysługuje więcej niż jedno obywatelstwo lub że dane dziecko jest bezpaństwowcem, niemniej wskazówki co do tego, jak należy wówczas postępować płyną z:

- w pierwszym przypadku — regulacji z art. 2 u. o p.p.m. (posługującej się kryterium najściślejszego związku przy zastrzeżeniu prymatu obywatelstwa polskiego), lub
- w przypadku drugim — regulacji z art. 3 u. o p.p.m. (nakazującej stosować kolejno: prawo miejsca zamieszkania albo prawo miejsca zwykłego pobytu osoby, o którą chodzi).

W kwestii ewentualnych wątpliwości, czy zakres zastosowania normy z art. 55 ust. 1 u. o p.p.m. jest wystarczająco szeroki, by objąć te nieznane prawu polskiemu konstrukcje prawne, jakimi są domniemania współmacierzyństwa małżonki lub partnerki matki dziecka (i podobne rozwiązania, na podstawie których powstaje *ex lege* współmacierzyństwo małżonki lub partnerki matki dziecka), warto zwrócić uwagę na podejście przyjęte w doktrynie niemieckiej, przychylne szerokiemu rozumieniu regulacji z art. 19 EGBGB. Otóż pozwala ono na przyporządkowanie do zakresu zastosowania tego ostatnio wspomnianego przepisu także współrodzicielstwa drugiej kobiety, mimo że merytoryczne prawo niemieckie nie zna takiej instytucji (regulacja z § 19 EGBGB posługuje się pojęciem „pochodzenie dziecka” i wskazuje jako zasadniczo właściwe prawo miejsca zwykłego pobytu dziecka)¹⁹.

Prawo miarodajne dla powstania *ex lege* współmacierzyństwa małżonki lub partnerki matki dziecka wskazane przez normę z art. 55 ust. 1 u. o p.p.m. rozstrzyga w szczególności o następujących kwestiach:

- przesłankach, przy spełnieniu których współmacierzyństwo małżonki lub partnerki matki dziecka powstaje *ex lege*;
- rozwiązaniu, jakie należy zastosować w razie zbiegu dwóch domniezań;
- zasadniczym skutku ustalenia współmacierzyństwa w rozpatrywany sposób, tj. o powstaniu więzi filiacyjnej pomiędzy daną kobietą a dzieckiem;
- dopuszczalności zaprzeczenia ustalonego w omawiany sposób współmacierzyństwa, a w razie gdy zaprzeczenie takie jest dopuszczalne (tak chociażby w świetle prawa belgijskiego — art. 325/3 KC belg.) — o kręgu osób uprawnionych do wytoczenia powództwa, o legitymacji

¹⁹ W. Sieberichs, *Gleichgeschlechtliche Elternschaft im deutschen IPR und Personenstandsrecht am Beispiel der belgischen Mitmutterchaft*, StAZ 2015, H. 1, s. 2; D. Coester-Waltjen, *Die Mitmutterchaft nach südafrikanischem Recht im deutschen Geburtsregister*, IPRax 2016, (132), s. 133—134.

biernej, materialnoprawnych przesłankach zaprzeczenia oraz ograniczeniach czasowych zaprzeczenia.

Z kolei kwestia istnienia (i ważności) związku małżeńskiego lub zarejestrowanego związku partnerskiego stanowi w rozważanym tu kontekście kwestię wstępną, dla której prawa właściwego poszukiwać należy zgodnie z rozwiązaniami przyjętymi dla kwestii wstępnych²⁰.

4. (Współ)rodzicielstwo powstające *ex lege* na podstawie konstrukcji prawnych neutralnych płciowo

W 2016 r. w Ontario, w ramach All Families Are Equal Act, wprowadzono pojęcie „**rodzic przez urodzenie**” (ang. *birth parent*, franc. *parent de naissance*). Zgodnie z definicją zamieszczoną w art. 1(1) określonego wyżej aktu normatywnego rodzicem takim jest osoba, która dziecko urodziła. W świetle zaś z regulacji z art. 6 rodzic przez urodzenie, co do zasady, jest rodzicem dziecka i za takiego powinien być prawnie uznawany. Jak wynika z wypowiedzi G. Kesslera, utrzymano tym samym zasadę *mater semper certa est*, z pominięciem jednak odniesienia do płci. Umożliwiło to objęcie zakresem zastosowania tego ostatnio wspomnianego przepisu przypadków, w których dziecko zostało urodzone przez **transpłciowego mężczyznę**²¹.

Z kolei regulacja z art. 7 All Families Are Equal Act normuje kwestię rodzicielstwa **osoby, której nasienie posłużyło do poczęcia dziecka poprzez obcowanie cielesne** (ang. *the person whose sperm resulted in the conception of a child conceived through sexual intercourse*). Mianowicie, zgodnie z przepisem art. 7(1), określona wyżej osoba **jest rodzicem dziecka** i za takiego powinna być prawnie uznawana. Należy zauważyć, że neutralny płciowo sposób nazwania osoby, o której rodzicielstwo tutaj chodzi, pozwala na stosowanie rozpatrywanego unormowania również w odniesieniu do **kobiet transpłciowych**²². W art. 7(2) zaś ustanowiono

²⁰ Na temat poszukiwania rozstrzygnięcia dla kwestii wstępnych — zob. M. Pazdan, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2014, s. 344 i n.

²¹ Zob. G. Kessler, *Entre innovation et avant-garde, le droit de la famille ontarien préfigure-t-il la législation française de demain ?*, *AJ Famille* 2021, s. 423 i n., pkt 2.1.

²² Zob. G. Kessler, *Entre innovation...* pkt 2.1.

szereg domniemań rodzicielstwa²³. Zgodnie z ich treścią osoba należąca do jednej z wymienionych w owych domniemaniach kategorii, w szczególności osoba, która w chwili urodzenia się dziecka jest małżonkiem lub partnerem rodzica przez urodzenie, winna być uważana za rodzica, o którym mowa w art. 7(1), czyli którego rodzicielstwo wynika z faktu, iż jego nasienie posłużyło do poczęcia dziecka poprzez obcowanie cielesne.

Natomiast unormowanie z art. 8(1) reguluje kwestię współrodzicielstwa w przypadku **wspomaganej prokreacji**. Przez to ostatnie pojęcie — zgodnie z definicją z art. 1(1) — należy rozumieć metodę poczęcia dziecka inną niż obcowanie cielesne. I tak, jeśli w chwili poczęcia dziecka w drodze wspomaganej prokreacji **rodzic przez urodzenie miał małżonka/partnera**, to — co do zasady — **małżonek/partner jest rodzicem dziecka** i za takiego powinien być prawnie uznawany.

Wreszcie, regulacja z art. 8(2) dotyczy współrodzicielstwa w przypadku **zapłodnienia nasieniem dawcy**, przy czym chodzi tu wyłącznie o sytuacje, gdy dziecko zostało poczęte w wyniku obcowania cielesnego, a osoba, której nasienie posłużyło do zapłodnienia, i rodzic przez urodzenie uzgodnili, przed poczęciem dziecka, w drodze pisemnego porozumienia, że ta pierwsza nie zamierza być rodzicem dziecka [zob. definicję zapłodnienia naniesieniem dawcy — art. 1(1)]. I tak, w świetle normy z art. 8(2), jeśli dziecko zostało poczęte w określonych wyżej okolicznościach, a **rodzic przez urodzenie miał w chwili poczęcia dziecka małżonka/partnera**, to — co do zasady — ten ostatni **jest rodzicem dziecka** i za takiego powinien być prawnie uznawany.

W rozważanym kontekście warto zwrócić uwagę również na rozwiązania quebeckie. Jak już sygnalizowano, przepis art. 538.3 KC Queb., ustanawiający domniemanie współrodzicielstwa obejmujące swym zakresem małżonkę lub partnerkę kobiety, która dziecko urodziła, w 2022 r. został znowelizowany. Zmiana brzmienia unormowania ukierunkowana była na szersze uwzględnienie różnych konfiguracji płci lub tożsamości płciowej rodziców, w tym niebinarności²⁴. I tak, zgodnie z normą z art. 538.3 ust. 1 w obecnym brzmieniu, domniemywa się, że w przypadku dziecka, 1) które urodziło się w następstwie projektu rodzicielskiego małżonków / partnerów ze związku cywilnego / konkubentów zakładającego **wykorzystanie materiału rozrodczego osoby trzeciej** (a więc wspomaganą

²³ Zob. R. Leckey, *One Parent, Three Parents: Judges and Ontario's All Families Are Equal Act, 2016*, „International Journal of Law, Policy and The Family” 2019, vol. 33, s. 302.

²⁴ Zob. Bill 2 (2022, chapter 22). An Act respecting family law reform with regard to filiation and amending the Civil Code in relation to personality rights and civil status — Explanatory Notes, p. 3 (tekst w j. ang. dostępny na stronie: <https://www.canlii.org/en/qc/laws/astat/sq-2022-c-22/latest/sq-2022-c-22.html> [Dostęp: 9.09.2023 r.]).

prokreację) i 2) którego urodzenie miało miejsce w czasie trwania związku albo w okresie 300 dni po rozwiązaniu lub unieważnieniu małżeństwa albo związku cywilnego, lub zakończeniu związku faktycznego, **drugim rodzicem jest małżonek / partner ze związku cywilnego / konkubent matki lub rodzica, który urodził dziecko**. Należy przy tym wyjaśnić, że w oryginalnych wersjach językowych, francuskiej i angielskiej, na określenie małżonka / partnera ze związku cywilnego / konkubenta, rozumianego w oderwaniu od płci, użyto zbiorczej (w założeniu neutralnej płciowo) nazwy — odpowiednio — *le conjoint* oraz *the spouse*.

Podobnie, neutralne płciowo (w przeważającym zakresie) domniemanie ustanowiono w kwestii **filiacji „wynikającej z więzów krwi”** (franc. *filiation par le sang*; ang. *filiation by blood*). Ten ostatni typ filiacji odróżnia się w quebeckim systemie prawnym od filiacji wynikającej ze wspomaganej (niekoniecznie medycznie) prokreacji (*vide supra*) oraz od filiacji mającej swe źródło w adopcji²⁵. I tak, zgodnie z regulacją z art. 525 ust. 1 KC Queb. w wersji wprowadzonej w 2022 r., domniemywa się, że w przypadku dziecka urodzonego w czasie trwania małżeństwa, związku cywilnego lub związku faktycznego, lub w okresie 300 dni po rozwiązaniu lub unieważnieniu związku małżeńskiego lub cywilnego, albo zakończeniu związku faktycznego, **drugim rodzicem jest małżonek / partner ze związku cywilnego / konkubent matki lub rodzica, który urodził dziecko**. Należy dodać, że — podobnie jak we wcześniej przywołanym unormowaniu — dla nazwania małżonka / partnera ze związku cywilnego / konkubenta posłużono się zbiorczym terminem *le conjoint / the spouse*, mającym abstrahować od płci osoby, o którą chodzi. Warto także zauważyć, że przed nowelizacją wspomniany przepis — co wyraźnie wynikało z jego brzmienia — odnosił się wyłącznie do par osób przeciwnej płci (franc. *de sexe différent*; ang. *of opposite sex*) i ograniczał się do ustanowienia domniemania ojcostwa.

Poszukując normy kolizyjnej miarodajnej dla (współ)rodzicielstwa, które powstaje *ex lege* na podstawie konstrukcji prawnych neutralnych płciowo, istotną wagę ponownie należy przywiązać do neutralnego płciowo charakteru kategorii, jakimi posługuje się norma z art. 55 ust. 1 u. o p.p.m. (*vide supra*). W rezultacie, uzasadniony jest wniosek, iż reguła ta obejmuje swym zakresem zastosowania (współ)rodzicielstwo wynikające z działania mechanizmów rozpatrywanego tutaj rodzaju, a w szczególności następujące zagadnienia:

— przesłanki, przy spełnieniu których mechanizm taki znajduje zastosowanie;

²⁵ Zob. A. Roy, *V° Canada...*, pkt 227 i 251.

- przesłanki wyłączające zastosowanie takiego mechanizmu (przykładowo, ustanowione w art. 538.3 ust. 1 KC Queb. domniemanie współrodzicielstwa małżonka / partnera ze związku cywilnego / konkubenta matki lub rodzica, który urodził dziecko, jest wyłączone, jeśli dziecko urodziło się w następstwie wspomaganej prokreacji, która miała miejsce po śmierci małżonka / partnera ze związku cywilnego / konkubenta matki lub rodzica, który dziecko urodził — art. 538.3 ust. 4 KC Queb.);
- w przypadku mechanizmu polegającego na domniemaniu — kwestię jego wzruszalności (przykładowo, domniemania ustanowione w art. 7(2) All Families Are Equal Act są wzruszalne²⁶).

5. Współmacierzyństwo wynikające z uznania dziecka

5.1. Uznanie dziecka przez partnerkę matki / współmatkę

W prawie belgijskim, z myślą o kobietach, które tworzą parę, lecz które nie zawarły z sobą związku małżeńskiego, dopuszczono uznanie dziecka przez partnerkę jego matki. I tak, wedle przepisu art. 325/4 KC belg., jeśli współmacierzyństwo nie powstało w drodze domniemania ustanowionego w art. 325/2 KC belg., odwołującego się do więzi małżeństwa, „**współmatka może uznać dziecko**” (franc. *la coparente peut reconnaître l'enfant*). W świetle zaś regulacji z art. 329 KC belg. uznanie takie wywołuje skutki tylko wtedy, gdy nie zostało już wcześniej w odniesieniu do danego dziecka ustalone współmacierzyństwo lub ojcostwo. Do uznania przez współmatkę zastosowanie znajdują co do zasady ogólne reguły dotyczące uznania statuowane w art. 329bis KC belg., w szczególności wymaganie uzyskania uprzedniej zgody matki dziecka. **Uznać można dziecko narodzone lub poczęte**. Współmacierzyństwo ustalone w drodze uznania może zostać zaprzeczone w wyniku wytoczenia powództwa przewidzianego w art. 325/7 KC belg.²⁷

Podobna konstrukcja prawna występuje w prawie niderlandzkim (art. 1:198 ust. 1 c) KC niderl.)²⁸.

²⁶ Zob. R. Leckey, *One Parent...*, s. 302.

²⁷ Na temat uznania dziecka przez współmatkę w prawie belgijskim — zob. E. Van den Broeck, *La nouvelle loi...*, s. 22—25; J. Sosson, S. Cap, L. Cohen, *V° Belgique...*, pkt 156.

²⁸ Zob. G. Kessler, *Regards comparatistes...*, pkt 1.1.

Jeśli uznanie dziecka przez partnerkę matki / współmatkę dotyczy dziecka, które już przyszło na świat, miarodajna jest norma kolizyjna z art. 55 ust. 3 u. o p.p.m. Zgodnie z nią uznanie dziecka podlega prawu ojczystemu dziecka z chwili jego uznania. Jeśli zaś uznanie przedstawionego wyżej rodzaju odnosi się do *nasciturusa*, właściwość prawa ustalać należy na podstawie normy z art. 55 ust. 4 u. o p.p.m., która stanowi, że uznanie dziecka poczętego, lecz nienarodzonego podlega prawu ojczystemu matki z chwili uznania. Trzeba przy tym zauważyć, że wobec faktu, iż użyta w obu normach formuła „uznanie dziecka” abstrahuje od płci uznającego, nie ma wątpliwości, że normy te obejmują swym zakresem nie tylko uznanie ojcostwa, lecz także uznanie macierzyństwa, w tym również takie, które prowadzi do powstania współmacierzyństwa.

Na tle łącznika występującego w regule z art. 55 ust. 4 wyłania się pytanie o to, którą z kobiet należy uważać za matkę na potrzeby stosowania owej reguły w kontekście współmacierzyństwa. Naszym zdaniem, i w tym przypadku — tak jak w przypadku stosowania rozpatrywanej normy do uznania *nasciturusa* przez mężczyznę — pod pojęciem „matka” należy rozumieć kobietę, która nosi dziecko w swoim łonie. Inaczej bowiem niż np. na tle belgijskiego Kodeksu prawa prywatnego międzynarodowego²⁹, nie mamy w polskiej ustawie kolizyjnej do czynienia z założeniem, iż prawem właściwym dla ustalenia więzi filiacyjnej z dzieckiem winno być prawo ojczyste osoby, o której rodzicielstwo chodzi. Polski ustawodawca nie przyjął takiego założenia także w ramach rozwiązania, które — wobec nieprzydatności łącznika obywatelstwa dziecka w sytuacji, gdy w chwili uznania dziecko jest jeszcze nienarodzone — ustanowił w art. 55 ust. 4. Wszak przy stosowaniu normy z art. 55 ust. 4 w odniesieniu do uznania *nasciturusa* przez mężczyznę, matka, o której mowa w tej normie, nie jest osobą, o rodzicielstwo której chodzi. Tę ostatnio wskazaną prawidłowość — w braku istotnych racji, które uzasadniałyby odmienne podejście w sytuacji, w której w grę wchodzi współmacierzyństwo — należy odnieść także do uznania *nasciturusa* przez partnerkę matki / współmatkę.

²⁹ Zob. art. 62 belgijskiego Kodeksu prawa prywatnego międzynarodowego. Tekst kodeksu dostępny na stronie: https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=2004071631%2FF&caller=list&row_id=1&numero=1&rech=1&cn=2004071631&table_name=LOI&nm=2004009511&la=F&chercher=t&dt=CODE+DE+DROIT+INTERNATIONAL+PRIVE&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&sql=dt+contains+++%27CODE%27%2526+%27DE%27%2526+%27DROIT%27%2526+%27INTERNATIONAL%27%2526+%27PRIVE%27and+aktif+%3D+%27Y-%27&tri=dd+AS+RANK+&trier=promulgation&imgcn.x=47&imgcn.y=6 [Dostęp: 9.09.2023 r.].

Prawo miarodajne dla uznania dziecka przez partnerkę matki / współmatkę wyznaczone przez normę z art. 55 ust. 3 lub 4 obejmuje swym zakresem zastosowania w szczególności następujące kwestie:

- dopuszczalność takiego uznania;
- wymagania co do kwalifikacji personalnych uznającej;
- doniosłość wad oświadczenia woli;
- wymaganie uzyskania uprzedniej zgody matki/dziecka (zob. np. art. 329bis KC belg.);
- przesłanki wyłączające dopuszczalność uznania dziecka (np. w świetle prawa belgijskiego współmatka nie może uznać dziecka, jeśli uznanie doprowadziłoby do powstania między nią a matką dziecka przeszkody do zawarcia małżeństwa, od której sąd rodzinny nie może dyspensować — art. 325/5 KC belg.);
- treść aktu uznania;
- zasadniczy skutek uznania w postaci ustalenia więzi filiacyjnej pomiędzy dzieckiem a partnerką matki / współmatką.

5.2. Antycypacyjne uznanie łączne na podstawie normy z art. 342-11 ust. 1 francuskiego Kodeksu cywilnego

4 sierpnia 2021 r., w drodze ustawy z dnia 2 sierpnia 2021 r. dotyczącej bioetyki, do francuskiego systemu prawnego wprowadzono nowy sposób ustalenia pochodzenia dziecka — **antycypacyjne uznanie łączne** (franc. *la reconnaissance conjointe anticipée*). Sposób ten odnosi się wyłącznie do **dziecka, które ma się urodzić w ramach związku** (niekoniecznie małżeńskiego) **dwóch kobiet** w wyniku **medycznie wspomaganey prokreacji** przeprowadzonej **z udziałem dawcy będącego osobą trzecią**³⁰. Uznanie, o którym mowa, przewidziane w art. 342-11 ust. 1 francuskiego Kodeksu cywilnego [dalej: KC franc.], następuje poprzez **łączne** wyrażenie woli przez obie kobiety przed notariuszem, przy czym „łączne” oznacza tutaj jednoczesne i dokonywane w tym samym akcie³¹. Wymaganie wyrażenia woli w sposób łączny jest przesłanką ważności uznania rozpatrywanego rodzaju, choć owo **uznanie skutkuje**

³⁰ Zob. D. Montoux, *V° Reconnaissance d'enfant*. Fasc. 10 : *Assistance médicale à la procréation. — Consentement. — Établissement de la filiation*, JurisClasseur Notarial Formulaire, 27 Octobre 2021, pkt 36; P. Hilt, *Art. 342-9 à 342-13*. Fasc. unique : *Filiation. — Assistance médicale à la procréation avec tiers donneur*, JurisClasseur Civil Code, 8 Février 2023, pkt 39.

³¹ Zob. P. Hilt, *Art. 342-9 à 342-13...*, pkt 40. Zob. też J.-J. Lemouland, *La reconnaissance conjointe : un nouveaumode énigmatique d'établissement de la filiation*, « La Semaine Juridique Notariale et Immobilière », N° 41, 15 octobre 2021, s. 945. Ten ostatnio

ustaleniem filiacji jedynie w stosunku do tej z tworzących parę kobiet, która dziecka nie urodziła (art. 342-11 ust. 2 zd. 2 KC franc.)³². Rozwiązanie to stanowi element specyfiki omawianej instytucji. Wszak ogólny reżim rządzący filiacją zakłada, że uznanie ma nieodzownie prowadzić do ustalenia więzi filiacyjnej między osobą uznającą a dzieckiem. Tymczasem w odniesieniu do jednej z dwóch kobiet uznających dziecko na podstawie normy z art. 342-11 ust. 1 KC franc., a mianowicie w odniesieniu do **kobiety, która dziecko urodziła**, wspomniana więź nie zostaje ustalona w wyniku uznania³³, lecz na kanwie tradycyjnego założenia *mater semper certa est* (art. 342-11 ust. 2 zd. 1 KC franc.)³⁴. Ponadto, inaczej niż w przypadku uznania w zwykłym trybie, które to uznanie nie może odnosić się do dziecka, które jeszcze nie zostało poczęte³⁵, chwila dokonania uznania przewidzianego w art. 342-11 ust. 1 KC franc. musi przypaść **albo na czas poprzedzający poczęcie dziecka, albo** — tak, jeśli procedura medycznie wspomaganą prokreacji zakłada dawstwo embrionu — **na czas poprzedzający implantację embrionu** w organizmie jednej z kobiet dokonujących uznania³⁶. Należy w tym miejscu wyjaśnić, że od uprzedniego łącznego uznania dziecka uzależniono dostęp pary kobiet do medycznie wspomaganą prokreacji z udziałem dawcy będącego osobą trzecią³⁷. Zgodnie przy tym z kategoryczną formułą normy z art. 342-11 ust. 1 w zw. z art. 342-10 ust. 1 KC franc., „**para kobiet uznaje łącznie dziecko**” **jednocześnie z łącznym**³⁸ **i poprzedzającym** określoną wyżej **procedurę medyczną wyrażeniem zgody na tę ostatnią**.

W odniesieniu do sytuacji życiowych powiązanych wyłącznie z Francją i Polską prawa miarodajnego w kwestii ustalenia pochodzenia dziecka poszukiwać należy na podstawie postanowień konwencji polsko-francuskiej z 1967 r. I tak, zastosowanie reguł składających się na przedstawioną wyżej instytucję wchodzi w grę, gdy norma kolizyjna z art. 10 ust. 1 lub

wspomniany autor używa określenia: „wspólny wyraz dwóch woli” (franc. *l'expression commune de deux volontés*).

³² D. Montoux, *V° Reconnaissance d'enfant...*, pkt 37. F. Granet-Lambrechts, P. Hilt, *V° Filiation*. Fasc. 24 : *Établissement de la filiation par la reconnaissance*, JurisClasseur Notarial Répertoire, 15 Décembre 2021, pkt 15.

³³ Zob. P. Hilt, *Art. 342-9 à 342-13...*, pkt 39.

³⁴ Zob. F. Granet-Lambrechts, P. Hilt, *V° Filiation...*, pkt 6; P. Hilt, *Art. 342-9 à 342-13...*, pkt 42.

³⁵ Zob. D. Montoux, *V° Reconnaissance d'enfant...*, pkt 37; F. Granet-Lambrechts, P. Hilt, *V° Filiation...*, pkt 15; P. Hilt, *Art. 342-9 à 342-13...*, pkt 39.

³⁶ Zob. D. Montoux, *V° Reconnaissance d'enfant...*, pkt 37.

³⁷ Zob. F. Granet-Lambrechts, P. Hilt, *V° Filiation...*, pkt 5.

³⁸ Określenie użyte przez F. Granet-Lambrechts, P. Hilt — zob. eidem, *V° Filiation...*, pkt 6.

2 konwencji (w zależności od tego, która z tych norm jest miarodajna w świetle występującej w danym przypadku konfiguracji okoliczności) wskazuje jako właściwe prawo francuskie.

Wypada przypomnieć, że regulacja z art. 10 konwencji stanowi: „1. Stosunki prawne między rodzicami a dziećmi podlegają prawu Wysokiej Umawiającej się Strony, na której terytorium mają oni miejsce zamieszkania. 2. Jeżeli rodzice lub jedno z rodziców zamieszkuje na terytorium jednej Wysokiej Umawiającej się Strony, a dziecko — na terytorium drugiej Strony, ich stosunki prawne podlegają prawu Wysokiej Umawiającej się Strony, której obywatelem jest dziecko”. Należy zauważyć, że kategoria kolizyjnoprawna, której dotyczy przytoczona regulacja, tj. „stosunki prawne między rodzicami a dziećmi”, ujęta została na tyle szeroko, że można zasadnie przyjąć, że mieści się w niej kwestia łącznego uznania dziecka przez parę kobiet. W rozpatrywanym unormowaniu nie określono jednak wyraźnie subokreślника temporalnego. Chwilę miarodajną dla identyfikacji prawa właściwego należy zatem ustalić w drodze wykładni. Ponieważ uznanie, o którym mowa, skonstruowane zostało jako mające poprzedzać procedurę medycznie wspomaganą prokreacji, zaś normy z art. 10 ust. 1 i 2 konwencji nawiązują do — odpowiednio — miejsca zamieszkania dziecka oraz obywatelstwa dziecka, przeto należy wykluczyć przyjęcie chwili uznania jako chwili miarodajnej w rozważanym kontekście. W razie wszak przyjęcia jako punktu odniesienia chwili uznania, wyłoniłoby się kryterium (współ)decydujące o prawie właściwym odwoływałoby się do okoliczności (miejsca zamieszkania / obywatelstwa) mającej dotyczyć podmiotu, który w chwili przyjętej jako miarodajna nie istnieje. Skutkowałoby to niemożnością stosowania w omawianej kwestii wymienionych wyżej norm konwencyjnych. Wobec powyższego uzasadnione wydaje się stwierdzenie, że doniosłe w rozpatrywanym kontekście jest — odpowiednio — miejsce zamieszkania rodziców i dziecka lub obywatelstwo dziecka z chwili urodzenia dziecka. Przy stosowaniu omawianej regulacji na etapie prekonceptualnego uznania dziecka zaproponowane rozwiązanie oznacza konieczność antycypacji okoliczności wskazanych w ramach łącznika, wobec czego, do czasu skryształizowania się owych okoliczności, zachodzi niepewność co do prawa właściwego. Niemniej nie jest to przypadek odosobniony. Opisana konieczność pojawia się również na tle innych norm kolizyjnych — zob. chociażby art. 26 § 1 lit. a) rozporządzenia 2016/1103 oraz art. 16 ust. 2 Konwencji haskiej z 1996 r. o odpowiedzialności rodzicielskiej.

Do unormowań, których zastosowanie wchodzi w grę na podstawie postanowienia z art. 10 konwencji polsko-francuskiej z 1967 r., należy także regulacja z art. 342-12 KC franc., normująca w sposób szczególny kwestię nazwiska dziecka uznanego w trybie określonym w art. 342-11 KC franc.

Natomiast w zakresie dotyczącym władzy rodzicielskiej nad dzieckiem, które uznane zostało w rozpatrywany tutaj sposób, miarodajne jest prawo odszukane za pomocą postanowień Konwencji haskiej z 1996 r. o odpowiedzialności rodzicielskiej (Polska i Francja na podstawie postanowienia z art. 52 ust. 1 tej ostatnio wspomnianej konwencji złożyły oświadczenia o pierwszeństwie jej norm dotyczących prawa właściwego przed postanowieniami konwencji polsko-francuskiej z 1967 r.). I tak, zastosowanie szczególnej normy z art. 372 ust. 1 zd. 2 KC franc., ustanawiającej w odniesieniu do określonego wyżej dziecka zasadę łącznego wykonywania władzy rodzicielskiej przez obie kobiety, wchodzi w grę, gdy prawo francuskie wskazane jest jako właściwe przez odpowiednią normę wspomnianej konwencji haskiej.

6. Wielorodzicielstwo wynikające z umowy prekonceptualnej

W systemach prawnych Kolumbii Brytyjskiej i Ontario dopuszczono prekonceptualne umowy o (współ)rodzicielstwo (ang. *pre-conception parentage agreements / pre-conception co-parenting agreements*), w następstwie których dochodzi do ustalenia rodzicielstwa dwóch lub więcej osób — maksymalnie trzech w przypadku prawa Kolumbii Brytyjskiej³⁹, maksymalnie czterech w przypadku prawa Ontario⁴⁰. Należy uściślić, że w razie gdy w następstwie takiej umowy status rodziców uzyskują więcej niż dwie osoby, mamy do czynienia z umową o wielorodzicielstwo (ang. *multiple-parent arrangement*). Tę ostatnio wspomnianą konstrukcję prawną wprowadzono też do ustawodawstwa kubańskiego (hiszp. *acuerdo de multiparentalidad*), przy czym brak tam ograniczeń co do liczby rodziców⁴¹.

I tak, w Kolumbii Brytyjskiej, począwszy od 18 marca 2013 r., dopuszczalne jest zawarcie umowy o współrodzicielstwo między:

³⁹ Zob. F. Kelly, *Multiple-Parent Families under British Columbia's New Family Law Act: A Challenge to the Supremacy of the Nuclear Family or a Method by Which to Preserve Biological Ties and Opposite-Sex Parenting*, „UBC Law Review” 2014, vol. 47, issue 2, s. 568.

⁴⁰ Art. 9(2)(a) All Families Are Equal Act.

⁴¹ L.B. Pérez Gallardo, *La multiparentalidad en el derecho familiar cubano: una opción posible*, in: *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, dirs. L.B. Pérez Gallardo, M. del Mar Heras Hernández, Ediciones Olejnik, Argentina, 2022, s. 205.

- a) rodzicem intencyjnym lub rodzicami intencyjnymi (ang. *intended parents*) i potencjalną matką przez urodzenie (ang. *birth mother*), która zgadza się być rodzicem wraz z rodzicem intencyjnym lub rodzicami intencyjnymi (wariant pierwszy — art. 30(1)(b)(i) Family Law Act⁴²) lub
- b) potencjalną matką przez urodzenie, osobą będącą z potencjalną matką przez urodzenie w związku małżeńskim lub w związku podobnym do małżeństwa oraz dawcą gamet lub embrionu, który to dawca zgadza się być rodzicem wraz z potencjalną matką przez urodzenie i osobą będącą z tą ostatnią w związku małżeńskim lub związku podobnym do małżeństwa (wariant drugi — art. 30(1)(b)(ii) Family Law Act)⁴³.

Należy wyjaśnić, że w myśl definicji legalnej z art. 20(1) Family Law Act pod pojęciem „matka przez urodzenie” należy rozumieć osobę, która urodziła dziecko, przy czym nie jest istotne, czy jej materiał rozrodczy posłużył do poczęcia dziecka. Dla umowy rozpatrywanego tutaj typu wymagana jest forma pisemna [art. 30(1)]. Zgodnie zaś z normą z art. 30(1)(c), w umowie takiej strony postanawiają, że:

- po pierwsze, potencjalna matka przez urodzenie będzie matką przez urodzenie dziecka poczętego w drodze wspomaganej prokreacji;
- po drugie, od chwili urodzenia się dziecka strony będą jego rodzicami.

Ponadto, w art. 30(2) wskazano, że **rodzicami** dziecka urodzonego w opisanych okolicznościach są **strony umowy**, przy czym uzyskują one status rodziców z chwilą urodzenia się dziecka.

Przedstawiona wyżej umowa może być zatem zawarta wyłącznie w odniesieniu do dziecka, które ma być poczęte w drodze wspomaganej prokreacji. W wariantcie pierwszym (*vide* pkt a) wchodzi w grę następujące konfiguracje osób występujących w roli stron:

- para osób tej samej płci — kobieta, która zamierza urodzić dziecko,
- para osób różnej płci — kobieta, która zamierza urodzić dziecko,
- mężczyzna — kobieta, która zamierza urodzić dziecko,
- kobieta — kobieta, która zamierza urodzić dziecko,

zaś w wariantcie drugim (*vide* pkt b) — para kobiet lub para osób różnej płci i dawca gamet lub embrionu⁴⁴. Wspomniane pary to — zgodnie z wyrażonym wymaganiem ustanowionym w art. 30(1)(b)(i) w zw. z art. 20(1)

⁴² Tekst aktu dostępny na stronie: https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/complete/statreg/11025_03 [Dostęp: 9.09.2023 r.].

⁴³ Zob. White Paper on Family Relations Act Reform. Proposals for a new Family Law Act, Ministry of Attorney General, Justice Services Branch, Civil Policy and Legislation Office, July 2010, s. 32. Tekst dostępny na stronie: <https://www.courthouselibrary.ca/sites/default/files/inline-files/family-law-white-paper-2010.pdf> [Dostęp: 9.09.2023 r.].

⁴⁴ Zob. F. Kelly, *Multiple-Parent Families...*, s. 579.

oraz w art. 30(1)(b)(ii)⁴⁵ — pary osób będących z sobą w związku małżeńskim lub w związku podobnym do małżeństwa.

Jeśli chodzi o Ontario, zgodnie z definicją zamieszczoną w art. 9(1) All Families Are Equal Act prekonceptualna umowa o rodzicielstwo to pisemna umowa między dwiema lub więcej stronami, w której uzgadniają one, że razem będą rodzicami dziecka, które „dopiero ma zostać poczęte” (ang. *a child yet to be conceived*). W art. 9(2)(b) zaś ustanowiono wymaganie, by osoba, która zamierza być rodzicem przez urodzenie, była stroną umowy, przy czym nie może to być osoba surogacka. Ponadto, wymaga się, by stroną umowy była/był również:

- osoba, której nasienie ma posłużyć do poczęcia dziecka — tak, jeśli dziecko ma być poczęte w wyniku obcowania cielesnego, ale nie w drodze zapłodnienia nasieniem dawcy (*vide supra*);
- ewentualny małżonek/partner osoby, która zamierza być rodzicem przez urodzenie — tak, jeśli dziecko ma być poczęte w drodze wspomaganej prokreacji lub zapłodnienia nasieniem dawcy [art. 9(2)(c)-(d)], przy czym nie dotyczy to małżonka/partnera, który przed poczęciem dziecka oświadczył na piśmie, że nie zgadza się być rodzicem dziecka i nie wycofał tego oświadczenia [art. 9(3)].

Jak stanowi przepis art. 9(4), od chwili urodzenia się dziecka, do którego odnosi się prekonceptualna umowa o rodzicielstwo, wraz z **wszystkimi tymi stronami umowy, które stają się rodzicami dziecka na podstawie regulacji z art. 6, 7 lub 8**, a więc jako — odpowiednio — rodzic przez urodzenie, drugi biologiczny rodzic lub małżonek/partner rodzica przez urodzenie, **pozostałe strony umowy są rodzicami dziecka** i za takich powinny być prawnie uznawane⁴⁶.

W prawie kubańskim umowy prowadzące do powstania wielorodzicielstwa dopuszczono w 2022 r. (kubański Kodeks rodzin jest pierwszym aktem normatywnym w Ameryce Łacińskiej, który w sposób wyraźny dopuścił wielorodzicielstwo⁴⁷). Zgodnie z unormowaniem z art. 57 kubańskiego Kodeksu rodzin wchodzi tu w grę dwie klasy sytuacji:

- takie, w których dziecko ma być poczęte w drodze wspomaganej prokreacji, przy czym **zarówno para, jak i osoba trzecia**, będąca **dawcą gamet** lub **osobą, która ma urodzić dziecko**, uzyskują — w wyniku wzajemnego porozumienia — **status rodziców dziecka**;

⁴⁵ Zob. też ibidem, s. 567.

⁴⁶ Na temat regulacji z art. 9 All Families Are Equal Act — zob. R. Leckey, *One Parent...*, s. 302; G. Kessler, *Regards comparatistes...*, pkt 1.3; idem, *Entre innovation...*, pkt 2.2.

⁴⁷ L.B. Pérez Gallardo, *La multiparentalidad...*, s. 200.

— wszelkie inne, w których dochodzi do zawarcia umowy o wielorodzicielstwo⁴⁸ [jak ujęto to w przepisie — w których na podstawie projektu wspólnego życia (hiszp. *proyecto de vida en común*) przewiduje się poczęcie dziecka dla więcej niż dwóch osób].

W każdym z wymienionych przypadków ewentualny małżonek lub partner osoby trzeciej, która uczestniczy wraz z parą w planie rodzicielskim dotyczącym przyszłego wspólnego dziecka, może dołączyć do tego planu, wyrażając przed organem rejestracji stanu cywilnego swą wolę uzyskania statusu matki lub ojca (art. 57 ust. 3 kubańskiego Kodeksu rodzin)⁴⁹.

Umowy rozpatrywanego tutaj rodzaju — z wyłączeniem tych, które objęte są zasięgiem konwencyjnej regulacji kolizyjnej (*vide infra* uwagi na temat konwencji polsko-kubańskiej z 1982 r.) — wpisują się w zakres zastosowania normy ogólnej wskazującej prawo właściwe dla ustalenia pochodzenia dziecka zamieszczonej w art. 55 ust. 1 u. o p.p.m. Brak wszak w polskiej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym normy szczególnej, która byłaby miarodajna w tym względzie. Występujący w normie z art. 55 ust. 1 u. o p.p.m. łącznik implikuje wprowadzenie konieczności antycypacji obywatelstwa, jakie dziecko będzie miało w chwili urodzenia, niemniej — jak już wskazano powyżej — nie jest to w prawie kolizyjnym rozwiązaniem odosobnionym.

Należy przy tym zauważyć, że choć w wariantcie pierwszym [*vide supra* pkt a)] umowa przewidziana w art. 30 Family Law Act zawierana jest przez rodzica/-ów intencyjnego/-ych z potencjalną matką przez urodzenie, zaś w obu wariantach [*vide supra* pkt a) i b)] strony postanawiają, że jedna z nich (potencjalna matka przez urodzenie) będzie matką przez urodzenie dziecka, które zostanie poczęte w drodze wspomaganej prokreacji, to jednak nie mamy tu do czynienia z umową o surogację. Potencjalna matka przez urodzenie, o której mowa w art. 30, z założenia staje się bowiem jednym z rodziców w sensie prawnym. Zatem w przypadku umowy z art. 30 Family Law Act, inaczej niż w przypadku umowy o surogację, nie występuje obok pierwiastka filiacyjnego pierwiastek charakterystyczny dla umów o świadczenie usług. Umowę z art. 30 Family Law Act winno się więc zakwalifikować na płaszczyźnie kolizyjnoprawnej w odmienny sposób niż umowę o surogację (kwalifikacji tej ostatniej poświęcono oddzielny artykuł)⁵⁰. Analogiczne spostrzeżenia odnieść należy

⁴⁸ Ibidem, s. 208.

⁴⁹ Szerzej na temat regulacji z art. 57 kubańskiego Kodeksu rodzin — zob. L.B. Pérez Gallardo, *La multiparentalidad...*, s. 206—208.

⁵⁰ P. Twardoch, *Surrogacy Agreements from the Conflict-of-Laws Perspective: Today and Tomorrow* — artykuł ukaże się w 24. numerze „Yearbook of Private International Law”.

do prekonceptualnej umowy o rodzicielstwo przewidzianej w art. 9 All Families Are Equal Act. W jej przypadku również zakłada się porozumienie się przez strony co do poczęcia dziecka w określony sposób i co do urodzenia dziecka przez jedną z nich. Podobnie jak wówczas, gdy chodzi o umowę z art. 30 Family Law Act, nie mamy jednak do czynienia z umową o surogację, co wynika w szczególności z reguły z art. 9(2)(b), zgodnie z którą strona zamierzająca być rodzicem przez urodzenie nie jest osobą surogacką, oraz z rozwiązania, w myśl którego strona ta staje się jednym z rodziców w sensie prawnym [art. 9(1) i (4)].

W postanowieniach prawa miarodajnego dla prekonceptualnej umowy o współrodzicielstwo wyznaczonego przez normę z art. 55 ust. 1 u. o p.p.m. poszukiwać należy odpowiedzi na pytanie o to, czy zawarcie takiej umowy jest dopuszczalne, a jeśli tak — także odpowiedzi na następujące pytania:

- między kim taka umowa może zostać zawarta?
- udział jakich osób w charakterze stron umowy jest wymagany? (*vide supra* uwagi na temat norm z art. 9(2)(b)-(d) All Families Are Equal Act);
- jaka jest maksymalna liczba osób, których współrodzicielstwo może zostać ustalone w następstwie umowy?
- jakie są granice swobody kształtowania treści umowy?
- z jaką chwilą umowa wywołuje swój zasadniczy skutek w postaci ustalenia rodzicielstwa poszczególnych osób? (*vide supra* uwagi na temat norm z art. 30(2) Family Law Act i art. 9(4) All Families Are Equal Act, wskazujących w tej kwestii na chwilę urodzenia dziecka);
- jaki wpływ na losy umowy ma wycofanie się lub śmierć jednej ze stron? (zob. normę art. 30(3) Family Law Act, zgodnie z którą umowę uważa się wówczas za odwołaną).

W świetle normy z art. 15 ust. 2 u. o p.p.m. statut filiacyjny wyznaczony w określony wyżej sposób jest również miarodajny w kwestii nabycia przez dziecko nazwiska w następstwie ustalenia filiacji na podstawie umowy omawianego tutaj rodzaju.

Jeśli zaś chodzi o odpowiedzialność rodzicielską względem dziecka, do którego odnosi się prekonceptualna umowa o współrodzicielstwo, prawa właściwego poszukiwać należy za pomocą norm Konwencji haskiej z 1996 r. o odpowiedzialności rodzicielskiej. Powyższe dotyczy jednak wyłącznie dziecka, które już się urodziło. Zgodnie bowiem z postanowieniem art. 2 wspomnianej konwencji znajduje ona zastosowanie do dzieci od chwili ich urodzenia. W razie konieczności podjęcia środków ochrony prawnej wobec *nasciturusa* w grę wchodzi zastosowanie normy z art. 67 u. o p.p.m., a na jej podstawie — np. prawa miejsca zwykłego pobytu osoby noszącej dziecko w swoim łonie.

W odniesieniu do umowy o wielorodzicielstwo powiązanej wyłącznie z kubańskim i polskim obszarem prawnym miarodajna jest norma kolizyjna z art. 28 ust. 1 konwencji polsko-kubańskiej z 1982 r., dotycząca „ustalenia lub zaprzeczenia pochodzenia dziecka”. Zastosowanie kubańskich reguł składających się na reżim umów o wielorodzicielstwo wchodzi zatem w grę wówczas, gdy wspomniana norma konwencyjna wskazuje jako właściwe prawo kubańskie. Wypada dodać, że — ze względów analogicznych do tych przedstawionych powyżej w kontekście umów o (współ)rodzicielstwo znanych prawu Kolumbii Brytyjskiej oraz Ontario — rozpatrywana tutaj kubańska instytucja, uregulowana w art. 57 kubańskiego Kodeksu rodzin, nie jest umową o surogację, ani na płaszczyźnie merytoryczno-prawnej⁵¹, ani na płaszczyźnie kolizyjnoprawnej.

Ponieważ w myśl normy z art. 28 ust. 1 konwencji polsko-kubańskiej z 1982 r. w roli statutu filiacyjnego występuje prawo „Umawiającej się Strony, której obywatelstwo nabyło dziecko przez urodzenie”, to w razie poszukiwania owego statutu na etapie zawierania umowy prekonceptualnej rozważanego tutaj rodzaju trzeba liczyć się z koniecznością antycypacji obywatelstwa, jakie dziecko nabędzie przez urodzenie — w tym zakresie relewantne pozostają uwagi przedstawione powyżej w analogicznym kontekście.

W kwestii nabycia nazwiska przez dziecko, które na podstawie umowy o wielorodzicielstwo ma więcej niż dwoje rodziców, w stanach faktycznych powiązanych wyłącznie z Polską i Republiką Kuby, miarodajna jest norma kolizyjna z art. 28 ust. 2 konwencji polsko-kubańskiej z 1982 r., dotycząca „innych stosunków między rodzicami a dziećmi”, a wskazująca jako właściwe prawo tej Umawiającej się Strony, której obywatelem jest dziecko. Na mocy wspomnianej reguły może dojść do głosu kubańska norma regulująca w sposób szczególny kwestię nazwiska dziecka w przypadku wielorodzicielstwa, ustanowiona w art. 56 ust. 3 kubańskiego Kodeksu rodzin⁵².

Reguła kolizyjna z art. 28 ust. 2 konwencji polsko-kubańskiej z 1982 r. jest też miarodajna w kwestii odpowiedzialności rodzicielskiej względem dziecka, o którym mowa powyżej (Polska i Republika Kuby nie złożyły oświadczeń o pierwszeństwie przed wymienioną wyżej konwencją bilateralną Konwencji haskiej z 1996 r. o odpowiedzialności rodzicielskiej).

⁵¹ Zob. L.B. Pérez Gallardo, *La multiparentalidad...*, s. 205.

⁵² Zob. *ibidem*, s. 202—203.

7. Wielorodzicielstwo wynikające z orzeczenia sądowego

W świetle amerykańskiego Uniform Parentage Act z 2017 r. [dalej: UPA 2017]⁵³ oraz prawa szeregu stanów USA dopuszczalne jest stwierdzenie przez sąd, że więcej niż dwie osoby są prawnymi rodzicami dziecka.

W szczególności, należy w tym kontekście przywołać przepis art. 613 UPA 2017, regulujący sposób postępowania w przypadkach, w których dwie lub więcej osób, innych niż kobieta, która urodziła dziecko, twierdzi, że jest prawnym rodzicem dziecka⁵⁴. W ramach regulacji tej przewidziano — jako jedno z dwóch rozwiązań, pomiędzy którymi dany stan przyjmujący UPA 2017 może dokonać wyboru⁵⁵ — dopuszczalność stwierdzenia przez sąd, że **więcej niż dwie osoby** mają **status prawny rodziców dziecka**, w sytuacji gdy niestwierdzenie rodzicielstwa więcej niż dwóch osób skutkowałoby uszczerbkiem dla dziecka. Ziszczenie się tej ostatnio wspomnianej przesłanki — jak wynika z oficjalnych komentarzy do UPA 2017⁵⁶ i literatury⁵⁷ — ma być z założenia rzadkością. Przy ocenie określonego wyżej uszczerbku sąd powinien wziąć pod uwagę wszystkie istotne okoliczności, w tym krzywdę mogącą wyniknąć dla dziecka z zerwania więzi, jaka ukształtowała się między dzieckiem a osobą, przy której znajduje się jego stały ośrodek życia i która, odgrywając rolę rodzica przez znaczny czas, zaspokajała potrzeby materialne i duchowe dziecka [zob. art. 613(c) *in fine* UPA 2017⁵⁸].

Jeśli chodzi o poszczególne stany, wypada zauważyć, że sądowe ustalenie wielorodzicielstwa dopuszczalne jest w szczególności na mocy wyrażonych przepisów ustanowionych w Kalifornii⁵⁹, w stanie Waszyngton⁶⁰,

⁵³ UPA 2017 jest ustawą modelową, opracowaną przez Krajową Konferencję Komisarzy Jednolitych Ustaw Stanowych (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws).

⁵⁴ Zob. C.G. Joslin, *Preface to the UPA (2017)*, „Family Law Quarterly” 2018, vol. 52(3), s. 459.

⁵⁵ Drugie z alternatywnych rozwiązań polega na zakazie stwierdzenia przez sąd, że więcej niż dwie osoby są rodzicami dziecka.

⁵⁶ Zob. Uniform Parentage Act with Prefatory Note and Comments, s. 56. Tekst dostępny na stronie: <https://www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-96?CommunityKey=c4f37d2d-4d20-4be0-8256-22dd73af068f&tab=librarydocuments> [Dostęp: 9.09.2023 r.].

⁵⁷ Zob. C.G. Joslin, *Preface...*, s. 461.

⁵⁸ Zob. też *ibidem*.

⁵⁹ § 7612(c) kalifornijskiego Kodeksu rodzinnego. Tekst dostępny na stronie: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=FAM&division=12.&title=&part=3.&chapter=2.&article= [Dostęp: 9.09.2023 r.].

⁶⁰ § 26.26A.460(3) Revised Code of Washington. Tekst dostępny na stronie: <https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=26.26A.460> [Dostęp: 9.09.2023 r.].

w Vermont⁶¹ oraz Maine⁶² (wszystkie wymienione stany przyjęły UPA 2017), przy czym w dwóch pierwszych stanach dopuszczalność takiego rozstrzygnięcia uzależniono od przesłanki nawiązującej do uszczerbku, jakim skutkowałoby dla dziecka niestwierdzenie rodzicielstwa więcej niż dwóch osób, w Vermont — od przesłanki, iż za stwierdzeniem wielorodzicielstwa przemawia najlepszy interes dziecka, zaś w Maine brak jest podobnego obwarowania. Natomiast w szeregu innych stanów rozwiązanie, w myśl którego sąd może przyjąć, że więcej niż dwie osoby są prawnymi rodzicami dziecka, stanowi normę prawa precedensowego [zob. np. orzeczenie Sądu Najwyższego Luizjany w sprawie *Warren v. Richard*, 296 So. 3d 813, 815 (La. 1974)]⁶³.

Podobnie w prawie kubańskim wielorodzicielstwo może wynikać z orzeczenia sądowego, w szczególności z usankcjonowania przez sąd widocznej i stabilnej **więzi społeczno-uczuciowej** (hiszp. *reconocimiento judicial de la socioafectividad*), jaka — niezależnie od istnienia lub nieistnienia więzi biologicznej — z biegiem czasu ukształtowała się i skonsolidowała między dzieckiem a osobą, która zachowywała się wobec dziecka jak matka lub ojciec, czemu towarzyszyła wola tej osoby, by być rodzicem dziecka, przy czym ustalenie w ten sposób rodzicielstwa takiej osoby następuje **przy jednoczesnym zachowaniu wcześniej ustalonych więzi filiacyjnych pomiędzy dzieckiem a innymi osobami** (art. 58 lit. a) i 59 kubańskiego Kodeksu rodzin⁶⁴). Jak wyraźnie wynika z przepisu art. 50 ust. 1 lit. d) kubańskiego Kodeksu rodzin, opisywanemu tu usankcjonowaniu na drodze sądowej mogą podlegać społeczno-uczuciowe więzi filiacyjne ukształtowane na zasadzie **posiadania stanu cywilnego** (hiszp. *posesión de estado*)⁶⁵.

Również prawo Ontario dopuszcza, by orzeczenie sądowe o filiacji skutkowało powstaniem wielorodzicielstwa. Mianowicie, zgodnie z regulacją z art. 13(4)-(5) All Families Are Equal Act, na zasadzie wyjątku od zakazu orzeczeń prowadzących do powstania sytuacji, w której rodzicami dziecka są więcej niż dwie osoby, **sąd może wydać orzeczenie ustalające pochodzenie dziecka od danej osoby i prowadzące przez to do powstania wielorodzicielstwa**, jeśli:

⁶¹ 15C § 206(b) Vermont Statutes. Tekst dostępny na stronie: <https://casetext.com/statute/vermont-statutes/title-15c-parentage-proceedings/chapter-2-establishment-of-parentage/section-206-adjudicating-competing-claims-of-parentage> [Dostęp: 9.09.2023 r.].

⁶² 19-A §1853(2) Maine Revised Statutes. Tekst dostępny na stronie: <https://legislature.maine.gov/statutes/19-A/title19-Asec1853.html> [Dostęp: 9.09.2023 r.].

⁶³ Zob. C.G. Joslin, *Preface...*, s. 460; Uniform Parentage Act with Prefatory Note and Comments, s. 56.

⁶⁴ Zob. też L.B. Pérez Gallardo, *La multiparentalidad...*, s. 205, 209—215.

⁶⁵ Na ten temat — zob. ibidem, s. 209, 211.

- żądanie zostało wniesione najpóźniej w dniu pierwszych urodzin dziecka, chyba że sąd zdecydował inaczej;
- każda inna osoba, która jest rodzicem dziecka, przyłączyła się do żądania;
- wykazano, że przed poczęciem dziecka każdy jego rodzic i każda osoba, w odniesieniu do której żąda się ustalenia, że jest rodzicem tego dziecka, **zamierzali być wspólnie jego rodzicami**;
- orzeczenie takie odpowiada najlepszym interesom dziecka⁶⁶.

Zagadnienia dotyczące powstania wielorodzicielstwa w następstwie orzeczenia sądowego mieszczą się w zakresie normy kolizyjnej z art. 55 ust. 1 u. o p.p.m. Jednak w przypadku stanu faktycznego powiązaniego jedynie z polskim i kubańskim obszarem prawnym prawo właściwe wskazuje norma z art. 28 ust. 1 konwencji polsko-kubańskiej z 1982 r. (*vide supra*).

Tak wyznaczony statut filiacyjny rozstrzyga m.in. o:

- legitymacji procesowej (zarówno czynnej, jak i biernej, przy czym legitymacja prokuratora do dochodzenia wielorodzicielstwa, przewidziana w prawie kubańskim⁶⁷, ma charakter formalny i nie należy do zakresu statutu pochodzenia dziecka, lecz jest częścią *legis fori processualis*);
- materialnoprawnych przesłanek wydania przez sąd orzeczenia prowadzącego do powstania wielorodzicielstwa [zob. art. 613(c) UPA 2017, art. 59 kubańskiego Kodeksu rodzin, art. 13(5) z w zw. z (4)(1) All Families Are Equal Act (w przypadku tego ostatnio wspomnianego przepisu mamy do czynienia z wyraźnie określonym przez prawodawcę ograniczeniem czasowym — *vide supra*)];
- ewentualnym wymaganiu zgody dziecka na wytoczenie powództwa lub na orzeczenie skutkujące powstaniem wielorodzicielstwa;
- obowiązku wysłuchania dziecka przez sąd;
- dopuszczalności dochodzenia wielorodzicielstwa po śmierci dziecka lub potencjalnych rodziców (tak w prawie kubańskim⁶⁸);
- zasadniczym skutku orzeczenia rozpatrywanego tu rodzaju, polegającym na powstaniu wielorodzicielstwa.

W odniesieniu do (bardzo prawdopodobnej, zważywszy na niewielką liczbę systemów prawnych znających wielorodzicielstwo) sytuacji, w której prawo wskazane normą kolizyjną z art. 55 ust. 1 u. o p.p.m. nie dopuszcza wydania orzeczenia prowadzącego do powstania wielorodzicielstwa,

⁶⁶ Na ten temat — zob. R. Leckey, *One Parent...*, s. 303; G. Kessler, *Entre innovation...*, s. 423 i n., pkt 2.2.

⁶⁷ L.B. Pérez Gallardo, *La multiparentalidad...*, s. 215.

⁶⁸ *Ibidem*.

pojawić się musi pytanie o to, czy prawo właściwe powinno zostać ustalone na podstawie normy kolizyjnej z art. 55 ust. 2 u. o p.p.m. Ta ostatnio wspomniana norma została pomyślana dla tych przypadków, w których prawo ojczyste dziecka z chwili urodzenia (a więc prawo wyznaczone przez правило sformułowane w art. 55 ust. 1 u. o p.p.m.) nie przewiduje sądowego ustalenia ojcostwa. Wykorzystanie jej zatem przy poszukiwaniu prawa właściwego w kwestii powstania wielorodzicielstwa w wyniku orzeczenia sądowego wymagałoby wykładni rozszerzającej. Tymczasem reguła z art. 55 ust. 2 u. o p.p.m. ma charakter *legis specialis* i z tego też względu interpretacja zmierzająca do rozciągnięcia zakresu tej reguły na wielorodzicielstwo wydaje się nieuprawniona.

8. Interwencja polskiego *ordre public*

Zarówno współmacierzyństwo, jak i wielorodzicielstwo nie mieszczą się w modelu filiacji przyjętym przez polskiego prawodawcę. Z tego też względu zasadne jest pytanie o dopuszczenie do głosu klauzuli porządku publicznego działającej w kierunku zakazującym wobec rozwiązań obcego prawa właściwego odchodzących od tradycyjnego rozumienia rodzicielstwa.

Na potrzeby prowadzonych rozważań należy rozróżnić — z jednej strony — sytuacje, gdy filiacja występuje w ocenianym stanie faktycznym jako kwestia wstępna⁶⁹, a więc rozstrzygnięcie o pochodzeniu dziecka ma wpływ na ocenę sprawy głównej mającej za przedmiot skutek prawny ustalonej już filiacji (takim skutkiem może być np. dziedziczenie przez dziecko po rodzicu lub odwrotnie), i — z drugiej strony — sytuacje, w których zagadnienie pochodzenia dziecka ma status sprawy głównej.

Wypada zauważyć, że klauzula porządku publicznego z mniejszą intensywnością ingeruje przeciwko normom prawa obcego właściwego do oceny kwestii wstępnej⁷⁰. W sytuacji zatem, gdy współmacierzyństwo podlega ocenie w ramach prejudycjalnego zagadnienia wypadkowego⁷¹ w sprawie dotyczącej np. dziedziczenia czy alimentacji, nie ma co do zasady konieczności powołania się na porządek publiczny naszego państwa wobec normy

⁶⁹ Na temat pojęcia kwestii wstępnej — zob. M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017, s. 85—86.

⁷⁰ Zob. M. Zachariasiewicz, *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*, C.H. Beck, Warszawa, 2018, s. 296.

⁷¹ Poza naszymi rozważaniami pozostawiamy tu przypadki, gdy współmacierzyństwo wynika z zagranicznego orzeczenia sądowego.

obcego prawa (występującego w roli statutu filiacyjnego), której zastosowanie ma prowadzić do przyjęcia, że rodzicami dziecka są dwie kobiety⁷². W postępowaniu, którego przedmiotem są jedynie refleksy, czy — inaczej — „skutki odblaskowe” w Polsce współmacierzyństwa istniejącego w świetle statutu filiacyjnego, polski *ordre public* nie powinien też interweniować przeciwko normie, która należy do prawa właściwego dla danego rodzaju skutków filiacji, a więc np. do statutu spadkowego czy alimentacyjnego, a która przewiduje — odpowiednio — dziedziczenie czy alimentację w stosunkach dziecko—współmatka⁷³. W rozpatrywanym przypadku może też wchodzić w grę zastosowanie koncepcji poszanowania stanu faktycznego zamkniętego⁷⁴.

Podobnie, postulat dążenia do sprawiedliwego rozstrzygnięcia przemawia za tym, by przypisać skutki — zgodnie z prawem właściwym dla danego rodzaju skutków — ustalonemu wielorodzicielstwu, przy jednoczesnym równym traktowaniu wszystkich rodziców. Może to oznaczać nie tylko np. odpowiednie obciążenie obowiązkiem alimentacyjnym wszystkich osób, które zgodnie z prawem właściwym dla filiacji są rodzicami dziecka, lecz także dopuszczenie ich do dziedziczenia po dziecku i przyznanie każdemu z takich spadkobierców równego udziału w ramach części spadku przypadającej rodzicom na mocy prawa występującego w roli statutu spadkowego. Takie rozwiązanie, wzorowane w znacznej mierze na przyjętej w polskiej doktrynie koncepcji równego traktowania w dziedziczeniu pozostałych przy życiu żon w małżeństwie poligamicznym⁷⁵, nie powinno budzić zastrzeżeń z punktu widzenia polskiego porządku publicznego. Tym bardziej, zważywszy na interesy wyrażone w polskim

⁷² W świetle koncepcji przedstawionej przez M. Sośniaka za P. Lagarde'em, interwencję porządku publicznego *fori* powinno się uznać za wykluczoną, gdy prawo właściwe do oceny kwestii wstępnej odszukane zostało na podstawie obcej normy kolizyjnej — zob. M. Sośniak, *Klauzula porządku publicznego w prawie prywatnym międzynarodowym*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa, 1961, s. 198.

⁷³ Zob. uwagi J. Pazdan na temat kwestii wstępnej i klauzuli porządku publicznego w kontekście dziedziczenia przez pozostałego przy życiu partnera z zarejestrowanego związku oraz dziedziczenia małżonek w małżeństwie poligamicznym — J. Pazdan, *Klauzula porządku publicznego w sprawach spadkowych według rozporządzenia spadkowego Unii Europejskiej z 2012 r.*, w: *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple*, red. P. Kostański, P. Podrecki, T. Targosz, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017, s. 1311—1312. Zob. też M. Zachariasiewicz, *Objaśnienia do art. 35 rozporządzenia spadkowego*, w: *Prawo Prywatne Międzynarodowe. Komentarz*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2018, s. 1254—1255.

⁷⁴ Uwagi na temat wykorzystania koncepcji poszanowania stanu faktycznego zamkniętego w kontekście filiacji przedstawione zostały w artykule *Surrogacy Agreements from the Conflict-of-Laws Perspective: Today and Tomorrow*, który ukaże się w 24. numerze „Yearbook of Private International Law”.

⁷⁵ Zob. M. Pazdan, *Prawo prywatne...*, s. 356.

ordre public, klauzula porządku publicznego nie powinna być kierowana przeciwko powołaniu dziecka do dziedziczenia po więcej niż dwóch osobach jako jego rodzicach.

Innego podejścia wymagają natomiast te sytuacje, w których pochodzenie dziecka stanowi kwestię główną. Wnioskując na podstawie analizy orzecznictwa polskich sądów administracyjnych dotyczącego transkrypcji aktów małżeństwa osób tej samej płci oraz aktów urodzenia dzieci par osób tej samej płci⁷⁶, można z dużym stopniem prawdopodobieństwa prognozować, że w sprawach z zakresu filiacji regułą stanowić będzie uciekanie się do stosowania klauzuli porządku publicznego w celu niedopuszczenia do głosu tych przepisów prawa obcego, które pozwalają ustalić pochodzenie dziecka od dwóch kobiet. Sprzeciwiając się widocznej w polskim orzecznictwie tendencji ku automatyzmowi w sięganiu po klauzulę porządku publicznego w sprawach, w których chodzi o zagadnienia związane ze związkami osób tej samej płci, a także mając na uwadze, że klauzula nie może być wykorzystywana do tego, by *en bloc* odmawiać stosowania obcych norm składających się na daną instytucję prawną⁷⁷, postulujemy podejście kazuistyczne, uzależniające rozstrzygnięcie od **dobra dziecka indywidualnie ocenianego w danej sprawie**⁷⁸. Przychylamy się przy tym do sformułowanego w polskiej doktrynie poglądu, zgodnie z którym zasada *mater semper certa est* nie ma w polskim systemie prawnym charakteru *ordre public*⁷⁹. Naszym zdaniem zasady tej nie powinno się zatem przeciwstawiać współmacierzyństwu wynikającemu z obcego prawa właściwego. Wykluczając więc podniesienie pravidła *mater semper certa est* do rangi *ordre public* i opierając się na bezwzględnym primacie

⁷⁶ Zob. w szczególności: wyrok WSA w Warszawie z 8.01.2019 r., sygn. akt: IV SA/Wa 2618/18; wyrok WSA w Warszawie z 25.01.2019 r., sygn. akt: IV SA/Wa 2717/18; uchwała NSA z 2.12.2019 r., sygn. akt: II OPS 1/19; wyrok WSA w Warszawie z 18.09.2019 r., sygn. akt: IV SA/Wa 1638/19; wyrok WSA w Warszawie z 1.07.2020 r., sygn. akt: IV SA/Wa 2982/19; wyrok WSA we Wrocławiu z 15.12.2020 r., sygn. akt: II SA/Wr 312/20; wyrok NSA z 22.06.2021 r., sygn. akt: II OSK 2608/19; wyrok NSA z 6.07.2022 r., sygn. akt: II OSK 2376/19; wyrok NSA z 14.12.2022 r., sygn. akt: II OSK 3973/19. Treść orzeczeń jest dostępna w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych: <https://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

⁷⁷ Klauzula porządku publicznego ma przecież zapobiegać powstaniu skutków zastosowania obcego prawa rażąco niezgodnych z podstawowymi zasadami naszego porządku prawnego, a nie „rugowaniu” danej instytucji w całości. Zob. M. Sośniak, *Klauzula...*, s. 171–172.

⁷⁸ Zob. w szczególności art. 3 Konwencji ONZ o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 r., w którym wyrażono prymat najlepszych interesów dziecka.

⁷⁹ Zob. M. Pilich, *Mater semper certa est? Kilka uwag o skutkach zagranicznego macierzyństwa zastępczego z perspektywy stosowania klauzuli porządku publicznego*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2018, vol. XVI, s. 17–18.

dobra dziecka, należałoby przyjąć, że polski sąd mógłby odmówić — zwołaniem się na porządek publiczny naszego państwa — żądaniu ustalenia (istnienia) więzi filiacyjnej między dzieckiem a małżonką/partnerką kobiety, która dziecko urodziła, jako współmatką jedynie wówczas, gdy współmacierzyństwo **w konkretnym przypadku** przeciwstawiałoby się interesom dziecka, przy czym zasada, ze względu na którą następowałaby w takim przypadku interwencja *ordre public*, byłaby właśnie zasada dobra dziecka.

Z kolei, jeśli chodzi o ocenę — w ramach kwestii głównej — wielorodzicielstwa, zastosowanie klauzuli porządku publicznego może okazać się uzasadnione znacznie częściej niż w przypadku współmacierzyństwa. Wynika to z faktu, że zasada pochodzenia dziecka od dwóch osób jako rodziców jest zasadą polskiego *ordre public*. Jednak i w tych przypadkach, w których zastosowanie obcej normy oznaczałoby przyjęcie, że dziecko pochodzi od więcej niż dwóch osób jako rodziców, konieczne jest zniuansowane podejście w kwestii interwencji klauzuli porządku publicznego. I tak, wyjątkowo należałoby powstrzymać się od uruchomienia tego ostatniego wspomnianego mechanizmu i dopuścić więź filiacyjną z więcej niż dwiema osobami jako rodzicami wówczas, gdy zasada dobra dziecka przemawiałaby za takim rozstrzygnięciem. Warto dodać, że w sytuacji, w której wprawdzie podstawę ustalenia filiacji mają stanowić postanowienia (statutu filiacyjnego) dopuszczające wielorodzicielstwo, jednak w następstwie ich zastosowania ma dojść do ustalenia pochodzenia dziecka jedynie od dwóch osób jako rodziców, należy uznać, że przesłanki zastosowania klauzuli porządku publicznego nie są spełnione.

9. Podsumowanie

Rozwój prawa rodzinnego dokonujący się w poszczególnych państwach każe coraz częściej stawiać pytanie o prawo właściwe do oceny instytucji, których kształt znacząco odbiega od rozwiązań przyjętych w prawie polskim. Zagadnienie to zyskuje w ostatnich latach na aktualności w odniesieniu do nowych obcych regulacji mających za przedmiot filiację. Wobec wprowadzenia w szeregu prawodawstw współmacierzyństwa, rodzicielstwa neutralnego płciowo czy też wielorodzicielstwa można powziąć wątpliwość, czy polskie normy kolizyjne dotyczące filiacji (zarówno ustawowe, jak i wyrażone w bilateralnych konwencjach) nadają się do wyznaczenia prawa rządzącego tego rodzaju stosunkami prawnymi. Przeprowadzone

badania, których rezultat stanowi nasze studium, wykazały, że normy te są w stanie spełnić swoją funkcję w rozpatrywanym tutaj zakresie. W ramach dokonanej przez nas analizy sformułowałyśmy też w szczególności następujące uwagi.

Po pierwsze, przyczyną, dla której normy kolizyjne wyznaczające prawo właściwe dla ustalenia pochodzenia dziecka zamieszczone w art. 55 u. o p.p.m. oraz w analizowanych przez nas konwencjach bilateralnych (polsko-francuskiej z 1967 r. oraz polsko-kubańskiej z 1982 r.) nadają się do stosowania w badanym obszarze, jest to, że posłużono się w nich co do zasady kategoriami neutralnymi płciowo, a przez to mogącymi pomieścić w sobie rozpatrywane tutaj instytucje.

Po drugie, stosowaniu norm kolizyjnych z art. 55 ust. 1 u. o p.p.m. czy z art. 28 ust. 1 konwencji polsko-kubańskiej z 1982 r. w odniesieniu do prekonceptualnych czynności prawnych kreujących filiację nie stoi na przeszkodzie fakt, iż normy te posługują się łącznikiem obywatelstwa dziecka z chwili urodzenia / które dziecko nabyło przez urodzenie. W przypadku poszukiwania prawa właściwego na etapie dokonywania takich czynności konieczna jest jednak antycypacja okoliczności, od których zależy nabycie obywatelstwa przez dziecko z chwilą urodzenia.

Po trzecie wreszcie, jeśli chodzi o klauzulę porządku publicznego, pragniemy z całą mocą zaakcentować potrzebę ostrożnej analizy okoliczności danego stanu faktycznego, z uwzględnieniem prymatu najlepszych interesów dziecka ocenianych w sposób zindywidualizowany.

Bibliografia

- Biłas-Pleszak E., Maciołek M., Sujkowska-Sobisz K., Śmiech J., Tambor J., Wąsińska K., *Inkluzywny narzędziownik stanowisk, funkcji i zawodów w Uniwersytecie Śląskim w Katowicach (słownik fleksyjno-słotowórczy)*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice, 2023.
- van den Broeck E., *La nouvelle loi sur la filiation de la coparente*, JDJ - n° 345 - mai 2015.
- Coester-Waltjen D., *Die Mitmutterchaft nach südafrikanischem Recht im deutschen Geburtsregister*, IPRax, 2016, (132).
- Cresp M., *La comaternité en droit français*, « Petites Affiches » - 16 avril 2018 - n° 76.
- Granet-Lambrechts F., Hilt P., *V° Filiation. Fasc. 24 : Établissement de la filiation par la reconnaissance*, JurisClasseur Notarial Répertoire, 15 Décembre 2021.

- Hilt P., *Art. 342-9 à 342-13. Fasc. unique : Filiation. — Assistance médicale à la procréation avec tiers donneur*, JurisClasseur Civil Code, 8 Février 2023.
- Joslin C.G., *Preface to the UPA (2017)*, „Family Law Quarterly” 2018, vol. 52(3).
- Kelly F., *Multiple-Parent Families under British Columbia’s New Family Law Act: A Challenge to the Supremacy of the Nuclear Family or a Method by Which to Preserve Biological Ties and Opposite-Sex Parenting*, „UBC Law Review” 2014, vol. 47, issue 2.
- Kessler G., *Entre innovation et avant-garde, le droit de la famille ontarien préfigure-t-il la législation française de demain ?*, AJ Famille 2021.
- Kessler G., *Regards comparatistes sur la PMA « pour toutes »*, AJ Famille 2020.
- Leckey R., *One Parent, Three Parents: Judges and Ontario’s All Families Are Equal Act, 2016*, „International Journal of Law, Policy and The Family” 2019, vol. 33.
- Lemouland J.-J., *La reconnaissance conjointe : un nouveau mode énigmatique d’établissement de la filiation*, « La Semaine Juridique — Notariale et immobilière », N° 41 - 15 octobre 2021.
- Montoux D., *V° Reconnaissance d’enfant. Fasc. 10 : Assistance médicale à la procréation. — Consentement. — Établissement de la filiation*, JurisClasseur Notarial Formulaire, 27 Octobre 2021.
- Pazdan J., *Klauzula porządku publicznego w sprawach spadkowych według rozporządzenia spadkowego Unii Europejskiej z 2012 r.*, w: *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple*, red. P. Kościński, P. Podrecki, T. Targosz, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017.
- Pazdan M. (red.), *System Prawa Prywatnego*, T. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, C.H. Beck, Warszawa, 2014.
- Pazdan M., *Prawo prywatne międzynarodowe*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017.
- Pérez Gallardo L.B., *La multiparentalidad en el derecho familiar cubano: una opción posible*, in: *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, dirs. L.B. Pérez Gallardo, M. del Mar Heras Hernández, Ediciones Olejnik, Argentina, 2022.
- Pilich M., *Mater semper certa est? Kilka uwag o skutkach zagranicznego macierzyństwa zastępczego z perspektywy stosowania klauzuli porządku publicznego*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2018, vol. XVI.
- Roy A., *V° Canada. Fasc. 22 : Canada (Québec) — Droit civil. — Mariage. — Régimes matrimoniaux. — Divorce. — Union civile. — Filiation*, JurisClasseur Droit comparé, 1er Octobre 2011 (la dernière mise à jour : 1er Octobre 2011).
- Savard A.-M., La Rosa C., *Concepts, intérêts et valeurs dans l’interprétation du droit de la famille au Québec*, in: *Concepts, intérêts et valeurs dans l’interprétation du droit positif*, dir. Association Henri Capitant, Bruylant, Bruxelles, 2019.
- Sieberichs W., *Gleichgeschlechtliche Elternschaft im deutschen IPR und Personenstandsrecht am Beispiel der belgischen Mitmutterchaft*, StAZ 2015, H. 1.

- Sosson J., Cap S., Cohen L., *V° Belgique. Fasc. 20 : Mariage, divorce, filiation et autorité parentale, obligations alimentaires*, JurisClasseur Droit comparé, 12 Juin 2020.
- Sośniak M., *Klauzula porządku publicznego w prawie prywatnym międzynarodowym*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa, 1961.
- Twardoch P., Koziół A., *10 Years of Application of the Polish Act on Private International Law of 2011*, „European Review of Private Law” 2022, vol. 30, issue 4.
- Twardoch P., *Surrogacy Agreements from the Conflict-of-Laws Perspective: Today and Tomorrow* — artykuł ukaze się w 24. numerze „Yearbook of Private International Law”.
- Wautelet P., *Bébés papiers, gestation pour autrui et co-maternité : la filiation internationale dans tous ses états*, in: *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, éd. L. Barnich, A. Nuyts, S. Pfeiff, P. Wautelet, Bruylant, Bruxelles, 2016.
- Zachariasiewicz M., *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*, C.H. Beck, Warszawa, 2018.
- Zachariasiewicz M., *Objaśnienia do art. 35 rozporządzenia spadkowego*, w: *Prawo Prywatne Międzynarodowe. Komentarz*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2018.



Zuzanna Daszkiewicz^{a)}

 <https://orcid.org/0009-0007-3493-5487>

Incoterms 2020 — sukces czy zagrożenie dewaluacji?

Abstract: The process of legal unification is one of the major challenges of private international law. It has a long history, however, it did not result in definite conclusions on how to effectively conduct the unification process. The publication of the Incoterms 2020 provided an incentive to consider reasons for the success of some initiatives for the unification of private international law and the failure of others.

There is a number of instruments serving legal unification. The focus of the paper is primarily on Incoterms-like acts that do not originate from a legislative authority. Among these, standard contractual clauses and sets of rules should be mentioned. Likewise, the role of international conventions should be mentioned. The article discusses diverse projects and attempts to answer the question of what characteristics should a legal instrument possess in order to become widespread. The analysis is carried out taking into account conflict-of-law rules as well as rules of the substantive law. Their relationship with the Incoterms 2020 is considered. Finally, the paper also touches upon case-law related to Incoterms and its relevance to international civil procedure and tax law.

Keywords: Incoterms 2020 — legal unification — soft law — parties' autonomy — CISG — international civil procedure

^{a)} Mgr, Uniwersytet Jagielloński w Krakowie.

1. Wstęp

Niniejsze opracowanie jest poświęcone procesom ujednolicania międzynarodowego prawa handlowego. Głównym celem artykułu jest próba zrozumienia i opisanie funkcji, jaką na tym tle pełnią formuły *Incoterms*. Wykładnia międzynarodowych zwyczajów handlowych autorstwa Międzynarodowej Izby Handlowej towarzyszy nam już niemalże od stulecia, a jej popularność niezmiennie rośnie. Publikacja nowej edycji *Incoterms 2020* stanowiła impuls do podjęcia rozważań nad narzędziem prawnym, jakim stały się formuły MIH, oraz skutkami ich stosowania.

Formuły *Incoterms* jako takie stanowią szczególny rodzaj norm, wpisujący się w koncepcję prawa modelowego (tzw. *soft law*, czyli niewiążące regulacje prawne, niepochodzące od państwowego prawodawcy, a stanowiące swojego rodzaju wzór). Ich stosowanie przez strony danego stosunku prawnego jest możliwe dzięki rozwiniętym instytucjom autonomii woli, tak w prawie kolizyjnym, jak i w prawie materialnym. P. Machnikowski autonomię woli definiuje jako „możliwość regulowania przez podmioty prawa ich stosunków cywilnoprawnych według ich własnej woli za pomocą narzędzia, jakim jest czynność prawna”¹. Stosunki międzynarodowe stanowią tutaj specyficzną płaszczyznę, a swoboda przyznana stronom na gruncie norm kolizyjnych jest znacznie węższa od autonomii, z której strony korzystają w ramach prawa materialnego. Z perspektywy prawa modelowego szczególnie interesująca jest instytucja wyboru prawa właściwego, która w ostatnim czasie zyskuje coraz szersze zastosowanie. Zasada uznawana za jedną z podstawowych zasad prawa prywatnego międzynarodowego, tj. zasada najściślejszego związku², schodzi dziś na drugi plan, celem jak najszerzej realizacji postulatu autonomii woli stron. Ustawa Prawo prywatne międzynarodowe³ wprowadza instytucję wyboru prawa właściwego już w art. 4, jako jedną z zasad ogólnych ustawy. Zgodnie z zasadą strony mogą zatem dokonać wyboru dowolnego systemu prawnego, jeśli pozwala na to ustawa. Możliwość wyboru jest niezależna od charakteru stosunku, który będzie poddany prawu wskazanemu, a wybór może nastąpić w dowolnym czasie⁴.

¹ P. Machnikowski, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 5, *Prawo zobowiązań — część ogólna*, red. K. Osajda, C.H. Beck, Warszawa, 2020, s. 519—520.

² Zob. np. M. Pazdan, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 20B, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2015, s. 46.

³ T.j. Dz.U. 2023, poz. 503.

⁴ Przepis wskazuje, że wybór może nastąpić również po powstaniu stosunku. W świetle takiego brzmienia przepisu przyjmuje się, że wybór może nastąpić: (i) przed powstaniem stosunku, np. w umowie ramowej; (ii) w umowie kształtującej dany stosu-

Rozwiązanie to jest faktycznie zbieżne z rozwiązaniami znanymi z konwencji międzynarodowych oraz rozporządzeń UE. Pozwalają one na wskazanie prawa właściwego niezależnie od tego, jaki system w wyniku tego wskazania znajdzie zastosowanie, a zatem kształtują swobodę stron najszerzej spośród norm kolizyjnych. Jest to tzw. zasada nieograniczonego wyboru prawa⁵. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych⁶ w art. 3 dopuszcza wskazanie przez strony prawa właściwego dla łączącego je stosunku niezależnie od tego, jaki system w wyniku tego wskazania znajdzie zastosowanie. Wspomniany przepis kształtuje tym samym tzw. zasadę nieograniczonego wyboru prawa. Przed zastosowaniem prawa właściwego konieczna będzie jeszcze weryfikacja ważności i skuteczności jego wyboru na gruncie odpowiednich norm kolizyjnych. Nie dla wszystkich stosunków zobowiązaniowych wskazanie prawa właściwego nastąpi poprzez wybór — w niektórych przypadkach prawodawca ogranicza autonomię stron ze względu na charakter stosunku. Właściwe normy materialne determinowane są wtedy za pośrednictwem łącznika obiektywnego.

Opisana instytucja wyboru prawa właściwego jest o tyle istotna w kontekście niniejszego opracowania, że nierzadko to w wyniku jej zastosowania strony mogą finalnie inkorporować do umowy lub też odesłać do korzystnego z ich perspektywy prawa modelowego. Czynią to na drodze wskazania prawa materialnego, które dopuszcza swobodę kształtowania stosunków prawnych w interesującym je zakresie. O zakresie tej swobody dopuszczanym w ramach jednolitych przepisów konwencyjnych lub krajowego prawa materialnego, a także relacji *Incoterms 2020* do tychże przepisów, będzie mowa w dalszej części artykułu.

Na początku zostaną omówione instrumenty ujednoczenia prawa (punkt 2) oraz ich przykłady w międzynarodowym prawie handlowym (punkt 3). W dalszej kolejności będą przedstawione początki formuł *Incoterms* (punkt 4), struktura *Incoterms 2020* (punkt 5) oraz zmiany wprowadzone w poszczególnych formułach *Incoterms 2020* (punkt 6). Niniejsze opracowanie ukazuje także tło przepisów powszechnie obowiązujących, w którego kontekście należy sytuować *Incoterms* (punkt 7), oraz przykłady wątpliwości, jakie wywołuje stosowanie *Incoterms* w praktyce, omówione na przypadkach z orzecznictwa (punkt 8). W zakończeniu zostały krótko podsumowane sukcesy i zagrożenia związane ze stosowaniem formuł *Incoterms* (punkt 9).

nek; (iii) już po powstaniu stosunku, np. drogą aneksu do umowy bądź odrębną umową dot. wyboru prawa właściwego.

⁵ Tak: M. Pazdan, w: *Komentarz do Rozporządzenia Nr 593/2008*, red. M. Pazdan, C.H, Beck, Warszawa, 2018.

⁶ T.j. Dz.Urz. UE L 177 z 4.07.2008.

2. Trudności związane z ujednoceniem norm międzynarodowego prawa handlowego

W obliczu tak skomplikowanego procesu, który poprzedza wskazanie prawa właściwego, nie zaskakuje liczba prób jego uproszczenia, w tym poprzez ujednoczenie norm prawa międzynarodowego. Najskuteczniejszym narzędziem prawnym w tym zakresie wydaje się konwencja. Konwencja pozwala na ujednoczenie norm prawnych na poziomie międzynarodowym poprzez przystępowanie do niej poszczególnych państw w dogodnym dla nich terminie. Unifikacja reguł kształtujących handel w wymiarze międzynarodowym wydaje się szczególnie pożądanym zabiegiem, ze względu na intensywność stosunków międzynarodowych w tej sferze, choć ujednoczenie norm merytorycznych to wyjątkowo rzadko stosowany zabieg w prawie prywatnym międzynarodowym. Narzędzie, jakim jest konwencja, nie wymaga odrębnej transpozycji, tak jak unijne dyrektywy, ani przyjęcia w drodze złożonych unijnych procedur legislacyjnych. W konsekwencji może być przyjęta przez szersze grono państw (tzw. konwencje multilateralne), choć istotną wadą pozostaje jej fakultatywność, tzn. dobrowolność po stronie każdego z państw w zakresie decyzji o przystąpieniu do konwencji. Dodatkowo sama konwencja stanowi pojedynczy akt, który reguluje pewne zagadnienie i nie oferuje kompleksowej kodyfikacji⁷. Rzadko zdarza się również, żeby jako instrument prawa międzynarodowego prowadziła do ujednoczenia stosunków tak zewnętrznych (międzynarodowych), jak i wewnętrznych. Ostatecznie przekłada się to na dosyć wąskie rezultaty przyjęcia aktu, choć aktualnie konwencje są jednym z najważniejszych źródeł prawa prywatnego międzynarodowego⁸.

W aspekcie ujednoczania międzynarodowych norm handlowych należy wspomnieć przede wszystkim o Konwencji Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów⁹, która stanowi jedyne międzynarodowe źródło norm materialnych w tej dziedzinie. Została ona przyjęta przez Komisję Międzynarodowego Prawa Handlowego ONZ („Komisja UNCITRAL” — United Nations Commission for International Trade Law) w 1980 r. i do dnia 24 września 2020 r. przystąpiły do niej 94

⁷ Tak: B. Fuchs, w: *System Prawa Handlowego*, T. 9, *Międzynarodowe prawo handlowe*, red. W. Popiołek, C.H. Beck, Warszawa, 2013, s. 25—26.

⁸ Tak: M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2016, s. 30.

⁹ T.j. Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów sporządzona w Wiedniu dnia 11 kwietnia 1980 r., Dz.U.1997, nr 45, poz. 286 [dalej: Konwencja wiedeńska lub: KonW.].

państwa¹⁰. Polska jest stroną Konwencji od 1 czerwca 1996 r. Do rozpowszechnienia wzorców Konwencji wiedeńskiej przyczynił się zastosowany system *opt-out*, w wyniku czego zawsze znajdzie ona zastosowanie do międzynarodowej transakcji zawartej przez uczestników prowadzących działalność w państwach należących do grona sygnatariuszy, chyba że strony wyłączą jej zastosowanie. Opisany mechanizm nie wyklucza zastosowania Konwencji wiedeńskiej w przypadkach, gdy normy kolizyjne wskażą jako właściwe prawo jednego z państw sygnatariuszy bądź przesądzą o jej zastosowaniu w drodze materialnoprawnego wskazania.

Ze względu na mierne powodzenie innych projektów ujednoczenia międzynarodowego prawa handlowego pochodzących od organów o kompetencjach prawodawczych na szerszą skalę zakrojono działania o charakterze oddolnym. Organizacje międzynarodowe w ramach swojej działalności wydają zbiory reguł, wzorce umowne lub materiały edukacyjne (podręczniki zawierania danego rodzaju umów), które w zamierzeniu mają ułatwić stronom kształtowanie łączących je stosunków prawnych. Wyjątkową funkcję od dekad pełnią w tym zakresie Międzynarodowa Izba Handlowa w Paryżu oraz Europejska Komisja Gospodarcza ONZ. Ta pierwsza instytucja już w 1936 r. zaproponowała na forum międzynarodowym zbiór ujednoczonych reguł odnoszących się do przyjętych formuł sprzedaży (*Incoterms*). Od tego czasu w regularnych odstępach czasu Izba wydaje zaktualizowaną edycję reguł, dostosowaną do aktualnych warunków obrotu. Natomiast aktywność Komisji Gospodarczej pozwoliła na przyjęcie KonW., o której będzie mowa dalej.

3. Projekty *soft law*

Liczba inicjatyw zmierzających do ujednoczenia norm międzynarodowego obrotu handlowego jest ogromna i wszystkie spośród niewymienionych odnoszą podobnie wymierne rezultaty. Na potrzeby tego opracowania pokrótce omówię dwa akty — oprócz tytułowych formuł *Incoterms* także akty prawa modelowego.

Pierwszy ze wspomnianych aktów to Zasady UNIDROIT (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*), których początki sięgają 1994 r., kiedy Międzynarodowy Instytut Unifikacji Prawa Prywatnego

¹⁰ Zob. zakładka na stronie internetowej IICL: CISG: Table of Contracting States, <https://iicl.law.pace.edu/cisg/page/cisg-table-contracting-states> [Dostęp: 25.10.2023 r.].

udostępnił ich pierwszą edycję. Ostatnia edycja pochodzi z 2016 r.¹¹ Podobnie jak w przypadku równoległe postępującego projektu PECL (*Principles of European Contract Law*), inspirację do stworzenia zbioru Zasad UNIDROIT stanowiło *common law* oraz amerykańskie *Restatements*. *Restatements* to spis zwyczajów i praktyk kontraktowych opracowany przez American Law Institute na podstawie orzecznictwa oraz prawa obowiązującego¹². Ich celem jest przybliżanie sędziom i praktykom zawodów prawniczych ogólnych zasad prawa. *Restatements* same w sobie nie stanowią wiążących norm prawnych, mają formę podobną do znanych nam komentarzy do ustaw. Wzorowane na nich Zasady UNIDROIT zredagowano w dziesięciu rozdziałach poświęconych poszczególnym zasadom prawa kontraktów. Ponadto Międzynarodowy Instytut Unifikacji Prawa Prywatnego w kooperacji z Włoską Krajową Radą ds. Badań Naukowych przy Uniwersytecie Rzymskim I La Sapienza realizuje projekt w postaci bazy danych *unilex*¹³, która zapewnia powszechny dostęp internetowy do tekstu Zasad UNIDROIT, komentarza do samej preambuły i bibliografii, a także wyroków Międzynarodowego Sądu Arbitrażowego oraz praktycznych porad z zakresu włączania Zasad UNIDROIT do umowy. W świetle takiego wsparcia ze strony międzynarodowych, wyspecjalizowanych instytucji można z większym optymizmem spojrzeć na przyszłość prawa modelowego. Przykładowo, P. Machnikowski wskazuje, że wszelkie zalety związane z uniwersalnym charakterem *soft law* tracą na znaczeniu, jeśli uwzględnić niepewność prawną wynikającą z braku jednolitej interpretacji¹⁴, którą zwykle zapewniają orzecznictwo oraz publikacje doktryny. Wspomniana działalność Międzynarodowego Instytutu Unifikacji Prawa Prywatnego do pewnego stopnia niweluje te braki, a także umożliwia budowanie zaufania uczestników obrotu.

W warunkach europejskich podobny akt stanowią wspomniane PECL, wydane w 2003 r. przez Komisję Europejskiego Prawa Umów pod przewodnictwem Olego Lando. W zamierzeniu projektodawców mają stanowić one wstęp do prac nad przyszłym europejskim kodeksem prawa umów¹⁵. W czasach kodyfikacji modelowych są przez niektórych określane jako

¹¹ Zob. tekst Zasad UNIDROIT, <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/> [Dostęp: 25.10.2023 r.].

¹² Tak: E. Rott-Pietrzyk, w: *System...*, T. 9, s. 57.

¹³ Zob. dostęp do bazy przez stronę internetową: <http://www.unilex.info> [Dostęp: 25.10.2023 r.].

¹⁴ Tak: P. Machnikowski, *Opcjonalne prawo umów — zalety i ograniczenia*, w: *Wybrane zagadnienia polskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Doktora Józefa Kremisa i Doktora Jerzego Strzebinczyka*, red. J. Jezioro, K. Zagrobelny, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław, 2019, s. 182.

¹⁵ Tak: E. Rott-Pietrzyk, w: *System...*, T. 9, s. 56.

„jedyne realne i poważne osiągnięcie w dążeniu do harmonizacji europejskiego prawa umów”¹⁶. Najważniejsze ich cele odzwierciedlają w rzeczywistości motywy przyświecające twórcom Zasad UNIDROIT oraz innych modelowych aktów prawa. Jak wskazuje P. Machnikowski, należy wyróżnić dwa podstawowe cele kodyfikacji typu *soft law*: (i) normowanie powstających stosunków prawnych — z woli stron bądź poprzez sędziowską dyspozycję; (ii) stworzenie wzorca dla powstających aktów prawnych¹⁷.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na wątpliwości, jakie budzi zastosowanie prawa modelowego przez sąd niebędący sądem arbitrażowym. W przypadku sądów arbitrażowych sytuacja przybiera nieco inny kształt; również w preambule do Zasad UNIDROIT zaleca się stronom zawarcie w umowie klauzuli arbitrażowej, jeśli chcą poddać wiążący je stosunek oraz wynikię z niego spory prawu modelowemu. Czym innym bowiem jest inkorporacja bądź interpolacja zbioru zasad do umowy, a czym innym poddanie stosunku danej regulacji — to drugie jest w rzeczywistości wskazaniem prawa właściwego. Sąd państwowy dokonuje oceny stosunku na podstawie właściwego prawa krajowego — bądź ujednoliconego prawa międzynarodowego — nie ma jednak kompetencji, by zastosować w jego miejsce prawo modelowe. Sięgnie po nie dopiero w przypadku stwierdzenia luki prawnej we właściwym porządku prawnym, gdy niewystarczające okażą się istniejące orzecznictwo oraz analogie prawne i inne znane sądowi metody wykładni¹⁸. Dopiero wtedy sąd państwowy może zastosować pozbawione charakteru prawnego zasady modelowe jako wskazówkę interpretacyjną. Nie potraktuje ich jednak jako akt normatywny, lecz raczej jako argument w dyskusji prawnoporównawczej¹⁹. W praktyce orzecniczej SN miała miejsce sytuacja, w której SN stwierdził lukę w uregulowaniach KonW. Pomimo że dla takich właśnie przypadków stworzono Zasady UNIDROIT czy Zasady europejskie, Sąd nie rozważył zastosowania prawa modelowego, a bez wahania zastosował prawo właściwe wskazane zgodnie z przepisami prawa prywatnego międzynarodowego²⁰.

W przeciwieństwie do sądu państwowego sąd arbitrażowy nie zawsze będzie orzekał w oparciu o prawo krajowe. W ramach Konwencji europejskiej o międzynarodowym arbitrażu handlowym sporządzonej w Genewie

¹⁶ P. Machnikowski, *Zasady europejskiego prawa umów a przepisy Kodeksu cywilnego o zawarciu umowy*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2006, nr 3—4, s. 78.

¹⁷ Tak: P. Machnikowski: *ibidem*, s. 79.

¹⁸ Tak: P. Machnikowski: *ibidem*, s. 81.

¹⁹ Zob. Uchwała składu 7 sędziów SN — zasada prawna z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, gdzie SN, rozstrzygając kwestię należności kary umownej, odwołał się do Zasad UNIDROIT z 1994 r. na poparcie interpretacji obowiązujących przepisów Kodeksu cywilnego.

²⁰ Zob. Wyrok SN z 9.10.2008, V CSK 63/08.

dnia 21 kwietnia 1961 r., której Polska jest państwem sygnatariuszem, strony mogą poddać rozstrzygnięcie tzw. zasadzie słuszności, jeśli prawo właściwe na to pozwala, bądź wskazać prawo właściwe, które arbitrzy zastosują do oceny treści kontraktu. Poddając stosunek zapisowi na sąd arbitrażowy, strony mogą zatem stworzyć warunki sprzyjające zastosowaniu prawa modelowego jako norm do oceny umowy.

Jednak z obserwacji dotychczasowej praktyki wynika, że prawo modelowe nie znajduje zastosowania w charakterze prawa właściwego dla danego stosunku. Strony nie poddają swoich stosunków umownych *soft law* i nie wprowadzają do kontraktów klauzuli stosowania „ogólnych zasad prawa”, jak pragnęli projektodawcy Zasad UNIDROIT czy Zasad europejskich²¹. Według P. Machnikowskiego prawo modelowe nie znajduje zastosowania również w sytuacjach stwierdzenia luk prawnych przez sądy²², co potwierdzają przywołane przez niego wyroki SN²³. We wszystkich tych przypadkach Sąd posłużył się prawem modelowym jako argumentem przy dokonywaniu wykładni norm krajowych, co zaprzecza jakiegokolwiek normatywnej funkcji tych aktów.

Zarówno ze względu na przyjęcie, z jakim spotykają się w krajowych systemach prawnych, jak i z racji samego wieku projektów owe nienormatywne zbiory zasad tworzą obecnie system *in statu nascendi*²⁴. W dalszej części opracowania postaram się znaleźć odpowiedź na pytanie o nadzwyczajny sukces formuł *Incoterms* na tle innych aktów typu *soft law*.

4. Geneza *Incoterms*

Międzynarodowa Izba Handlowa w Paryżu (MIH — International Chamber of Commerce) jest jedną z organizacji międzynarodowych, które jako podmioty o charakterze niepaństwowym odgrywają istotną rolę w wymiarze regulacji stosunków prawnych. Zgodnie z klasyfikacją dokonaną w poprzednich rozdziałach niniejszej pracy wyrażenia „regulacja

²¹ Zob. tekst Principles of International Commercial Contracts 1994, <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> [Dostęp: 25.10.2023 r.]; Principles of European Contract Law. Article 1:101, http://translex.uni-koeln.de/400200/_/pecl/ [Dostęp: 25.10.2023 r.].

²² P. Machnikowski, *Opcjonalne prawo umów...*, s. 179.

²³ Zob. przyp. 75 oraz: Uchwała składu 7 sędziów SN — zasada prawna z dnia 15 września 2015 r., II CZP 107/14; Wyrok SN z 12.06.2015, II CSK 585/14; Wyrok SN z 5.10.2006, IV CSK 157/06; Wyrok SN z 2.10.2007, II CNP 101/07.

²⁴ Tak: M.A. Zachariasiewicz, w: *System...*, T. 9, s. 435.

stosunków prawnych” nie należy interpretować w tym kontekście literalnie, ponieważ akty prawne wydawane przez Międzynarodową Izbę Handlową są przykładami opcjonalnego *soft law* i mogą przybrać charakter wiążących reguł wyłącznie za sprawą woli stron stosunku.

MIH została założona w 1919 r.²⁵ i od tego czasu nieprzerwanie się rozwija. Stworzona z myślą o reprezentacji interesów sektora prywatnego oraz rozpowszechnienia globalnych standardów w biznesie, już w latach 20. XIX w. powołała własny sąd arbitrażowy²⁶. Następnie przystąpiła do opracowywania oraz publikacji aktów, których celem było wspomoczenie praktyki biznesu — *Incoterms* czy *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*. Od tego czasu rozwiązania proponowane przez MIH zyskały powszechną rozpoznawalność. Organizacja udostępnia także modelowe kontrakty i klauzule handlowe i angażuje się w publikację aktów prawa opcjonalnego z różnych dziedzin. Tak jak *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits* są wykorzystywane w bankowości, tak zbiory *Incoterms* służą podmiotom zawierającym umowę sprzedaży na odległość, tzn. pomagają zdeterminować prawa i obowiązki stron umowy związane z dostawą towaru. Wszystko to składa się na kompleksowe wsparcie podmiotów działających na rynku. Zgodnie z informacjami udostępnianymi dziś przez MIH reprezentuje ona interesy przedsiębiorców na najwyższych szczeblach międzyrządowej współpracy, przy takich organizacjach jak Światowa Organizacja Handlu, Organizacja Narodów Zjednoczonych czy G20²⁷. Według komunikatu ze strony internetowej organizacji jej misją jest czynienie biznesu przystępnym dla każdego, każdego dnia, wszędzie²⁸. Dziś MIH zrzesza komitety narodowe (w tym Polski Komitet Narodowy — MIH Polska)²⁹, przedsiębiorstwa oraz izby przemysłowo-handlowe z ponad 130 krajów³⁰.

Wznawiane edycje formuł *Incoterms* pozostają jednym z najbardziej rozpoznawalnych przejawów działalności MIH. Pierwsza edycja formuł handlowych *Incoterms* została opracowana przez MIH w 1936 r.³¹ Prace

²⁵ Zob. zakładka na stronie internetowej MIH: History, <https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/history/> [Dostęp: 25.10.2023 r.].

²⁶ Zob. ibidem.

²⁷ Zob. zakładka na stronie internetowej MIH: Who we are, <https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/> [Dostęp: 25.10.2023 r.].

²⁸ Zob. zakładka na stronie internetowej MIH: Our mission, <https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/our-mission/> [Dostęp: 25.10.2023 r.].

²⁹ Zob. zakładka na stronie internetowej ICC Polska: ICC Polska, <https://www.iccpolska.pl/pl/icc/icc-polska> [Dostęp: 25.10.2023 r.].

³⁰ Tak: D. Marciniak-Neider, *Warunki dostaw towarów zagranicznych w handlu zagranicznym*, Polish International Freight Forwarders Association, Gdynia, 2020, s. 35.

³¹ Zob. zakładka na stronie internetowej MIH: Incoterms rules history, <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-rules-history/> [Dostęp: 25.10.2023 r.].

nad stworzeniem oficjalnej wykładni formuł handlowych poprzedzono badaniem przeprowadzonym w krajach działalności komitetów narodowych organizacji. Projekt miał na celu wskazanie i opisanie różnic w interpretacji najczęściej stosowanych zwyczajów handlowych. Opublikowane w wyniku tych badań *Trade terms 1923* odnosiły się do sześciu najpopularniejszych reguł stosowanych w zaledwie 13 państwach³². W przeciwieństwie do przyszłych *Incoterms*, *Trade terms* miały pełnić jedynie funkcję informacyjną, co znaczy, że MIH nie dążyła do ujednoczenia ich interpretacji, lecz sygnalizowała zainteresowanym podmiotom różnice w interpretacji i praktyce stosowania podobnie nazywanych reguł³³.

W czasie, gdy MIH przystępowała do prac nad ujednoczeniem interpretacji formuł handlowych, istniały już podobne projekty jednolitej wykładni. Taką próbę podjęła m.in. The National Foreign Trade Council w Stanach Zjednoczonych Ameryki, publikując w 1919 r. Amerykańskie Definicje Handlu Zagranicznego (*American Foreign Trade Definitions — AFTD*)³⁴. W 1941 r. dokonano nowelizacji i zmieniono nazwę AFTD na Zmienione Amerykańskie Definicje Handlu Zagranicznego (*Revised American Foreign Trade Definitions — RAFTD*). RAFTD są częścią *Uniform Commercial Code* — ustawy przyjętej jednolicie przez stanowe władze i zawierającej zbiór przepisów odnoszących się do wszelkich transakcji handlowych na terenie Stanów Zjednoczonych Ameryki³⁵; podmiotom amerykańskim rekomenduje się ich stosowanie w transakcjach transgranicznych³⁶. Zbiór RAFTD stanowi jednak opracowanie uwzględniające specyfikę wymiany handlowej pomiędzy stanami i już z tego względu może rodzić dodatkowe trudności dla podmiotów prowadzących działalność w innych państwach³⁷. Jako przykład może posłużyć rozbudowana w *Uniform Commercial Code* formuła FOB (*Free on Board*)³⁸, która w *Incoterms* występuje tylko w jednej odmianie. *Incoterms* wydają się rozwiązaniem uproszczonym i łatwiejszym do wdrożenia w praktyce obrotu, nie zdobyły jednak do tej pory podobnej popularności w Stanach

³² Zob. ibidem.

³³ Zob. D. Marciniak-Neide: *Warunki dostaw towarów...*, s. 36.

³⁴ Zob. ibidem, s. 36; A. Blajer, *Międzynarodowe reguły handlowe. Zasady i praktyka stosowania*, Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr, Gdańsk, 2000, s. 17.

³⁵ Zob. zakładka na stronie internetowej Uniform Law Commission: *Uniform Commercial Code — Summary*, <https://www.uniformlaws.org/acts/ucc> [Dostęp: 25.10.2023 r.]; F. Reynolds, *How laws and regulations in the USA affect the use of the Incoterms® rules*, <https://icc.academy/incoterms-usa/> [Dostęp: 25.10.2023 r.].

³⁶ A. Blajer, *Międzynarodowe reguły handlowe...*, s. 17.

³⁷ Zob. zakładka na stronie internetowej Uniform Law Commission: *Uniform Commercial Code — Summary*, <https://www.uniformlaws.org/acts/ucc> [Dostęp: 25.10.2023 r.].

³⁸ Zob. tekst *Uniform Commercial Code*, Article 2, Part 3, § 2-319 — § 2-322, Sales (2002), <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-319> [Dostęp: 25.10.2023 r.].

Zjednoczonych Ameryki, co można przypisywać szczególnie niechętnemu podejściu władz i prawników amerykańskich do regulacji obcego bądź międzynarodowego pochodzenia. Jak pisze F. Reynolds, podmioty amerykańskie, jako strona zwykle dominująca w transakcji, przyzwyczyły się, że mogą dyktować własne warunki³⁹. W ciągu ostatniego dwudziestolecia postępuje jednak popularyzacja *Incoterms* w USA, co powinno z dużym prawdopodobieństwem ułatwiać kontraktowanie podmiotów amerykańskich z zagranicznymi, które powszechnie posługują się formułami *Incoterms*. Próby ujednoczenia formuł handlowych podejmowały także inne podmioty, m.in. Stowarzyszenie Prawa Międzynarodowego (International Law Association) w zakresie formuły CIF i jej wariantów, tj. projektu znanego później pod nazwą „Reguły Warszawsko-Oksfordzkie”⁴⁰, jednak bez większych sukcesów w zakresie ich rozpowszechnienia.

W konsekwencji MIH miała do dyspozycji nie tylko efekty własnej pracy, lecz także wyniki badań innych instytucji. W 1936 r. MIH opublikowała zbiór *Incoterms 1936* — wykładnię 11 formuł najczęściej występujących w praktyce. Dalsze edycje powstawały w celu dostosowania formuł do zmieniających się warunków rynkowych oraz praktyki handlu. Zasadniczą cechą formuł handlowych *Incoterms* jest fakultatywność ich stosowania. Strony mogą skorzystać z interpretacji autorstwa MIH poprzez wprowadzenie odpowiedniej klauzuli w umowie, a postanowienia umowy zawsze będą miały pierwszeństwo przed wykładnią inkorporowanej reguły *Incoterms*. Klauzula poddająca stosunek formułom handlowym *Incoterms* może przykładowo brzmieć: *The contract shall be governed by the provisions of Incoterms 1936* bądź bardziej szczegółowo odnosić się do określonej formuły, np.: *delivery according to FCA Incoterms 2000*⁴¹. Strony powinny zatem wyraźnie zaznaczyć, do której edycji formuł się odnoszą⁴². W ramach swobody kontraktowania strony mogą również zmieniać bądź uzupełniać wskazaną formułę wedle uznania. Niezależnie od edycji formuły zostały uporządkowane zgodnie ze schematem: kolejne reguły przenoszą dodatkowe obowiązki związane z dostawą na sprzedawcę, poczynając od reguły EXW (*Ex works*), minimalnie obciążającej stronę sprzedającą, i kończąc na formule przewidującej maksymalne jej obciążenie (zmienna dla poszczególnych edycji). Od 1980 r. wszystkie formuły określane są za pomocą skrótów, wcześniej jednak nie było takiej zasady i stosowany był zapis zmienny.

³⁹ Tak: F. Reynolds, *How laws and regulations...*

⁴⁰ Tak: D. Marciniak-Neider, *Warunki dostaw towarów...*, s. 36.

⁴¹ Zob. *Handel zagraniczny. Poradnik dla praktyków*, red. B. Stępień, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa, 2007, s. 122.

⁴² Tak: A. Blajer, *Międzynarodowe reguły handlowe...*, s. 24—25.

Należy pamiętać, że formuły odnoszą się do obowiązków sprzedawcy i kupującego związanych z dostawą (w 1953 r., przy okazji pierwszej nowelizacji reguł, postanowiono o ich zastosowaniu wyłącznie w ramach umowy sprzedaży)⁴³, nie zajmują się natomiast problematyką przejścia prawa własności czy nieprzewidzianego naruszenia zobowiązania przez którąkolwiek ze stron⁴⁴. Typologicznie możemy podzielić formuły według następującego schematu: formuły *loco*, które nakładają na sprzedawcę obowiązek pozostawienia towaru do dyspozycji kupującego na własnym terenie (terenie sprzedawcy, np. w magazynie) bez ponoszenia jakichkolwiek kosztów (formuła EXW), oraz formuły *franco*, zgodnie z którymi sprzedawca ma obowiązek dostarczyć przedmiot umowy do oznaczonego w umowie miejsca, na własny koszt (pozostałe formuły poza formułą EXW)⁴⁵.

Warto jeszcze krótko omówić podstawowe zmiany wprowadzane do zbioru formuł przez następne edycje. Pierwsza korekta miała miejsce już w 1953 r. — ze względu na szybko zachodzące zmiany w transporcie być może nastąpiłaby nawet wcześniej, gdyby nie przeszkodziły w tym lata wojny. W ramach tej edycji sprecyzowano, że formuły *Incoterms* określają obowiązki między sprzedawcą a kupującym, nie stosuje się ich natomiast do wykładni terminów użytych w umowach spedycji czy umowach o przewóz⁴⁶. Wtedy też odjęto dwie formuły, skracając zawartość zbioru do dziewięciu reguł. Nowelizacja z 1967 r. to pierwsze kroki dla dwóch nowych formuł, w tym *Delivered... (named place of destination in the country of importation) Duty Paid*, tzn. dzisiejszej DDP, formuły przewidującej maksymalne obowiązki sprzedawcy⁴⁷. Lata siedemdziesiąte to czas rozwoju awiacji, co poskutkowało pojawieniem się w 1974 r. kolejnej nowości w *Incoterms*, przewidującej wskazane lotnisko jako miejsce pozostawienia towaru do dyspozycji kupującego (*FOB Airport, Free on Board Airport*)⁴⁸. MIH wskazuje, że takie sformułowanie miało rozwiewać wątpliwości dotyczących narosłe wokół terminu *Free on Board* poprzez wyraźne wskazanie „statku” użytego w celu transportu. Na kolejne zmiany nie trzeba było długo czekać, te bowiem pojawiły się już w 1980 r. i oprócz ujednoczenia nazewnictwa formuł (w postaci wspomnianych już skrótów) dotyczyły także ewoluującego obrotu i metod transportu. Rozwijał się wtedy transport

⁴³ Zob. *ibidem*, s. 19.

⁴⁴ Zob. *ibidem*, s. 25.

⁴⁵ Zob. *ibidem*, s. 26.

⁴⁶ Zob. *ibidem*, s. 19.

⁴⁷ Zob. *ibidem*.

⁴⁸ Zob. zakładka na stronie internetowej MIH: *Incoterms rules history*, <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-rules-history/> [Dostęp: 25.10.2023 r.].

kombinowany i MIH, idąc z duchem czasu, wyszła praktyce naprzeciw poprzez wprowadzenie formuły FRC (*Free Carrier ...at Named Point*), przewidującej odbiór towarów nie przy burcie statku, ale w punkcie odbioru na lądzie, takim jak plac kontenerowy⁴⁹.

Nowelizacja z 1990 r. to istna rewolucja na miarę formuł *Incoterms*. Wtedy to przyjęto zasadę „lustrzanego odbicia” w celu usystematyzowania obowiązków sprzedawcy oraz kupującego. W konsekwencji każdej regule przewidującej określone obowiązki po stronie sprzedawcy odpowiadała reguła przesuująca te obowiązki na kupującego. Tak skonstruowane formuły zostały podzielone na cztery grupy: E, F, C oraz D, różniące się właśnie zakresem obowiązków stron. Wtedy również MIH zrezygnowała z reguł rozróżniających poszczególne sposoby transportu (tj. FOR, *Free on Rail* odnoszącej się do transportu kolejną; FOT, *Free on Truck* odnoszącej się do transportu ciężarowego; oraz *FOB Airport, Free on Board Airport* wspomnianej formuły stworzonej specjalnie dla transportu lotniczego). Za wystarczające uznano użycie ogólnego terminu FCA (*Free Carrier... at Named Point*)⁵⁰. Zmiany te miały na celu uproszczenie wykładni *Incoterms*⁵¹. Najważniejsze wątki dotyczące nowszych edycji *Incoterms*, w tym w szczególności *Incoterms 2020*, omówię w punktach piątym oraz szóstym niniejszego opracowania.

5. *Incoterms 2020* — struktura i nowości

W tabeli poniżej przedstawiam strukturę obowiązków stron umowy sprzedaży w każdej z formuł w ramach *Incoterms 2020*. Część właściwa publikacji wydawanej przez MIH, poświęcona obowiązkom, jest każdorazowo poprzedzona notą wyjaśniającą, która przedstawia użytkownikom podstawowe warunki danej formuły oraz wskazuje na praktyczne zagadnienia, istotne z perspektywy kontraktujących⁵². Nowości stanowią ilustracje, o które wzbogacono formuły. Pomagają one zobrazować podział obowiązków i są dostępne także w *Incoterms 2020 Wallchart* (Karta *Incoterms 2020*), udostępnianej przez MIH nieodpłatnie⁵³. Na przykładzie

⁴⁹ Zob. *ibidem*.

⁵⁰ Zob. *ibidem*.

⁵¹ Zob. A. Blajer, *Międzynarodowe reguły handlowe...*, s. 24.

⁵² Zob. *Incoterms 2020, ICC by the International Chamber of Commerce (ICC)*. Publikacja ICC nr 723 PL, s. 21.

⁵³ Zob. zakładka na stronie internetowej ICC: *Incoterms 2020 by the International Chamber of Commerce (MIH) chart*, <https://2go.iccwbo.org/incoterms-2020-practical>

załączonej tabeli, opracowanej na podstawie edycji *Incoterms 2020*, bardzo wyraźnie widać symetryczny charakter obowiązków stron. Podobne opracowanie edycji *Incoterms 2010* czy *2000* nie byłoby tak jasne, ponieważ sformułowania użyte do określenia poszczególnych obowiązków zostały ostatecznie ujednoczone dla obu stron dopiero w najnowszej edycji. Nowemu projektowi zawdzięczamy również uporządkowanie kolejności obowiązków w sposób najlepiej odpowiadający rzeczywistemu przebiegowi transakcji⁵⁴.

A. The seller's obligations Obowiązki sprzedawcy	B. The buyer's obligations Obowiązki kupującego
A1. General obligations	B1. General obligations
A2. Delivery	B2. Taking delivery
A3. Transfer of risks	B3. Transfer of risks
A4. Carriage	B4. Carriage
A5. Insurance	B5. Insurance
A6. Delivery/transport document	B6. Delivery/transport document
A7. Export/import clearance	B7. Export/import clearance
A8. Checking/packaging/markings	B8. Checking/packaging/markings
A9. Allocation of costs	B9. Allocation of costs
A10. Notices	B10. Notices

Źródło: D. Marciniak-Neider, *Warunki dostaw towarów zagranicznych w handlu zagranicznym*, Polish International Freight Forwarders Association, Gdynia, 2020, s. 71.

W pierwszej kolejności formuły odnoszą się do podstawowych obowiązków stron, tzn. dostarczenia towaru i odpowiednich dokumentów przez sprzedawcę oraz zapłaty ceny za towar przez kupującego (A1/B1). Już edycja *Incoterms 2000* przewidywała, że faktura i dokument przewozowy mogą mieć formę elektroniczną, a 10 lat później przyjęto, że każdy inny dokument może być przekazany tą drogą⁵⁵.

Następny punkt odnosi się do obowiązku dostawy oraz przyjęcia dostawy. Punkty A2/B2 w *Incoterms 2020* określają termin i miejsce dostawy przez sprzedawcę. Towar powinien być dostarczony w konkretnej dacie bądź w ciągu oznaczonego terminu (prawo wskazania może być zastrzeżone na korzyść sprzedawcy albo kupującego). Ogólną zasadą jest, że ryzyko (o którym mowa w punktach A3/B3) przechodzi na kupującego w chwili

-free-wallchart.html [Dostęp: 25.10.2023 r.] [dalej: *Incoterms Wallchart*].

⁵⁴ Tak: D. Marciniak-Neider, *Warunki dostaw towarów...*, s. 71.

⁵⁵ Tak: D. Marciniak-Neider: *ibidem*, s. 60; A. Blajer, *Międzynarodowe reguły handlowe...*, s. 219 i n.

dostawy do oznaczonego miejsca (gdyby kupujący nie odebrał towaru w odpowiednim terminie, ryzyko również na niego przejdzie), które zmienia się zależnie od formuły. W formule FCA miejscem i chwilą dostawy jest chwila załadowania na środek transportu, w formule DPU jest to chwila wyładowania towaru ze środka transportu na miejscu przeznaczenia⁵⁶.

Nazwa punktów A4/B4 została zmieniona w edycji *Incoterms 2020*⁵⁷ z „umowy przewozu” na „przewóz”, jako że w nowej edycji uwzględniono przypadek wykorzystania przez jedną ze stron własnego środka transportu⁵⁸. Formuły z grupy F i C to tzw. *shipment sales*⁵⁹, według których miejsce dostawy znajduje się po stronie sprzedawcy, jednak towary muszą jeszcze zostać dostarczone do miejsca przeznaczenia po stronie kupującego. W formułach z grupy F organizacja transportu spoczywa na kupującym, podczas gdy w formułach C jest to obowiązek sprzedawcy. Niezależnie od transportu ryzyko przechodzi ze sprzedawcy na kupującego w miejscu i w chwili, w której ten pierwszy wykona swoje obowiązki związane z dostawą (załaduje na środek transportu w FCA czy pozostawi do dyspozycji w miejscu dostawy w FAS)⁶⁰. Konsekwentnie w grupie C, gdzie sprzedawca zobowiązuje się zorganizować przewóz towarów dalej niż miejsce dostawy, miejsce oznaczone we wskazaniu danej formuły, np. CPT Berlin *Incoterms*[®] 2020, nie jest miejscem dostawy⁶¹.

W tym miejscu wypada odnieść się do osoby „przewoźnika” (*carrier*) — istotnej w przypadku formuł, według których przejście ryzyka następuje z chwilą przekazania towaru przewoźnikowi (CPT, CIP). Przewoźnik to „niezależna, trzecia osoba, zaangażowana w ramach umowy przewozu przez sprzedawcę bądź kupującego”⁶². Co w sytuacji, gdy do transportu zaangażowanych jest kilku przewoźników? Którą chwilę należy uznać za miarodajną dla przejścia ryzyka? Z informacji znajdujących się we wprowadzeniu do *Incoterms 2020*⁶³ wynika, że w większości jurysdykcji przewoźnikiem istotnym dla ustalenia chwili przejścia ryzyka będzie pierwszy przewoźnik, chyba że strony oznaczą miejsce dostawy. Wykorzystanie formuł z grupy C, w których to sprzedawca organizuje transport, nie będzie najkorzystniejsze dla kupującego, który najczęściej nie ma wpływu na wybór przewoźnika i treść umowy przewozu, a ponosi już

⁵⁶ Zob. *Incoterms Wallchart*.

⁵⁷ Tak: D. Marciniak-Neider, *Warunki dostaw towarów...*, s. 72.

⁵⁸ Zob. *Incoterms 2020, ICC by the International Chamber of Commerce (ICC)...*, s. 7; D. Marciniak-Neider, *Warunki dostaw towarów...*, s. 72.

⁵⁹ Zob. *Incoterms 2020, ICC by the International Chamber of Commerce (ICC)...*, s. 5.

⁶⁰ Zob. *ibidem*; *Incoterms Wallchart*.

⁶¹ Zob. *Incoterms 2020, ICC by the International Chamber of Commerce (ICC)...*, s. 6.

⁶² *Ibidem*, s. 7.

⁶³ Zob. *ibidem*.

ryzyko uszkodzenia bądź utraty towaru⁶⁴. W wypadku uszkodzenia bądź utraty towaru kupujący będzie jednak miał roszczenie odszkodowawcze względem sprzedawcy, ponieważ pomimo uprzedniego przejścia ryzyka formuły z grupy C przewidują obowiązek sprzedawcy dostarczenia towaru do miejsca przeznaczenia. Zgodnie z powszechnym pojmowaniem środków oraz sposób transportu powinny być odpowiednie dla danego typu towarów (w praktyce odpowiedzialność poniesie sprzedawca lub przewoźnik, zależnie od treści umowy przewozu). Niektóre z formuł w punktach A5/B5 przewidują obowiązek ubezpieczenia przewozu (przykładowo formuła CIP z grupy formuł C nakłada taki obowiązek na sprzedawcę)⁶⁵. Oczywiście jest, że w tych przypadkach inaczej będą kształtowały się prawa stron umowy sprzedaży i odpowiedzialność za potencjalne szkody towaru w czasie przewozu.

Punkty A6/B6 odnoszą się do obowiązku dostarczenia dokumentu przewozowego, a punkty A7/B7 — do odprawy w eksporcie oraz imporcie⁶⁶. W ramach nowej edycji więcej uwagi poświęcono obowiązkowi związanym z zapewnieniem odpowiedniej dokumentacji oraz formalnościami celnymi⁶⁷. Punkty A8/B8 zgodnie z nazwą regulują obowiązki w zakresie kontroli, opakowania i oznakowania towaru, które w całości znajdują się po stronie sprzedawcy. Odpowiednie sprawdzenie i oznaczenie towaru, umożliwiające jego identyfikację, stanowi jeden z dodatkowych, niezwykle ważnych obowiązków sprzedawcy, co staje się widoczne przy wyznaczeniu chwili przejścia ryzyka.

Punkty A9/B9 zawierają wyraźne postanowienia odnoszące się do podziału kosztów pomiędzy strony. Należy pamiętać, że formuły *Incoterms* nie odnoszą się do ceny towaru, tylko do kosztów związanych z jego dostawą (koszty transportu, opakowania, załadowania czy rozładowania, a także koszty związane z wymaganymi kontrolami, uzyskaniem niezbędnych pozwoleń oraz ewentualnym ubezpieczeniem przewozu)⁶⁸. Jednak *Incoterms* bywają w praktyce wykorzystywane jako formuły ceny (formuła EXW)⁶⁹. Przypadki, kiedy obowiązki sprzedawcy byłyby ograniczone do minimum, jak przewiduje to formuła EXW, w tym załadunek po stronie sprzedawcy obciążałby kupującego, są rzadkie. Najczęściej sprzedawca dysponuje odpowiednią infrastrukturą i to on dokonuje załadunku, zatem

⁶⁴ Zob. ibidem, s. 8.

⁶⁵ Zob. *Incoterms Wallchart*.

⁶⁶ Zob. *Incoterms 2020, ICC by the International Chamber of Commerce (ICC)*..., s. 21 i n.

⁶⁷ Tak: D. Marciniak-Neider, *Warunki dostaw towarów*..., s. 72.

⁶⁸ Zob. *Incoterms 2020, ICC by the International Chamber of Commerce (ICC)*..., s. 2.

⁶⁹ Tak: D. Marciniak-Neider, *Warunki dostaw towarów*..., s. 78.

w rzeczywistości zastosowana jest formuła FCA⁷⁰. Strony wykorzystują jednak formułę EXW do wskazania, jakie koszty poniesie kupujący, np. przy użyciu sformułowania EXW *loaded*⁷¹, co przekłada się na całkowitą cenę do zapłaty. Wymaga to wyraźnego ustalenia, kto ponosi ryzyko oraz koszty przy załadunku. Jako ostatnie w punktach A10/B10 uregulowano obowiązki zawiadamiania przez strony siebie nawzajem, np. zawiadomienie o załadunku przez sprzedawcę w formułach z grupy C oraz F.

6. Zmiany w poszczególnych formułach *Incoterms 2020*

Od przeszło 40 lat formuły *Incoterms* są nowelizowane raz na dekadę⁷². Takie założenie z pewnością sprzyja utrzymaniu ich aktualności oraz pozwala na sprawne dostosowanie wykładni do nowych wyzwań pojawiających się w obrocie. Nasuwa się jednak pytanie: czy tak częste zmiany, niekiedy o walorze czysto technicznym, nie przyczynią się do szybkiej dewaluacji formuł? Jedną z najczęściej przywoływanych cech systemu prawnego w państwach demokratycznych jest jego pewność⁷³, a częste zmiany jej nie sprzyjają. W ramach przykładu omówię najnowsze zmiany wprowadzone w edycji *Incoterms 2020*.

Incoterms 2020 poza klasyfikacją w grupy E, F, C i D ze względu na obowiązki stron zostały również pogrupowane zgodnie z rodzajem transportu. W wyniku tego zabiegu, po raz pierwszy zastosowanego w ramach edycji *Incoterms 2010*, formuły są uporządkowane w dwa zbiory: formuły stosowane dla przewozów wszelkimi środkami transportu (*Rules for any mode or modes of transport*) oraz formuły stosowane przy przewozach transportem morskim lub wodnym śródlądowym (*Rules for sea and inland water transport*)⁷⁴. Poprzez takie ustrukturyzowanie ostatnich edycji MIH miała na celu uwypuklenie przeznaczenia poszczególnych formuł⁷⁵. Dotychczasowa praktyka pokazywała, że pomimo zrozumiałych nazw (np. FOB, *Free on Board*) oraz konkretnego przeznaczenia formuły są stosowane dowolnie, co może wprowadzać w błąd. Nowa klasyfikacja miała

⁷⁰ Zob. *Incoterms 2020, ICC by the International Chamber of Commerce (ICC)*..., s. 29.

⁷¹ Tak: D. Marciniak-Neider, *Warunki dostaw towarów...*, s. 78.

⁷² Tak: D. Marciniak-Neider: *ibidem*, s. 63.

⁷³ Tak: M. Florczak-Wątor, w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Wolters Kluwer, Warszawa, 2021.

⁷⁴ Zob. *Incoterms Wallchart*.

⁷⁵ Tak: D. Marciniak-Neider: *Warunki dostaw towarów...*, s. 63.

także wesprzeć strony w wyborze najodpowiedniejszej formuły w danych okolicznościach⁷⁶. Od edycji z 2010 r. formalnie podział według grup E, F, C i D nie został zachowany, a formuły mieszają się ze sobą w ramach nowej klasyfikacji według rodzaju transportu. Jeszcze zanim MIH opublikowała edycję 2020, w debacie publicznej pojawiały się głosy, według których planowano usunięcie dwóch najbardziej skrajnych formuł — EXW oraz DDP — a także formuły FAS. Wskazywano również na potrzebę wprowadzenia nowej formuły o nazwie CNI (*Cost and Insurance*)⁷⁷. W ramach konsultacji MIH zebrała ponad 3000 komentarzy od 49 komitetów narodowych z całego świata oraz dwukrotnie organizowała konsultacje w czasie rzeczywistym dla podmiotów uczestniczących w obrocie handlowym⁷⁸. Grono specjalistów odpowiedzialne za opracowanie nowej edycji (*the Incoterms® 2020 Drafting Group*) składało się z dziewięciu osób: trzech przedstawicieli Azji, dwóch przedstawicieli Ameryki oraz czterech przedstawicieli Europy; wśród nich były cztery osoby posługujące się *Incoterms* w praktyce oraz pięciu prawników zajmujących się międzynarodowym prawem handlowym⁷⁹.

Jak się następnie okazało, spekulacje dotyczące nadchodzących zmian nie ziściły się. Poniżej krótko scharakteryzuję trzy formuły, w których edycja 2020 wprowadziła największe zmiany.

6.1. *Free Carrier (FCA)*

Formuła FCA określana jako *Free Carrier* (dostarczone do przewoźnika) zakłada, że sprzedawca dostarczy towar przewoźnikowi lub innej osobie wskazanej przez kupującego (np. pracownikowi kupującego, który organizuje transport we własnym zakresie), po dokonaniu ewentualnej odprawy eksportowej⁸⁰. Miejscem dostawy w tej formule są *seller's premises* — szeroko pojęty teren sprzedawcy bądź inne oznaczone miejsce.

⁷⁶ Tak: D. Marciniak-Neider: ibidem.

⁷⁷ Zob. wpis na stronie internetowej pt. *New Incoterms enter in force in 2020*, <https://www.bilogistik.com/en/blog/new-incoterms-enter-in-force-in-2020/> [Dostęp: 25.10.2023 r.]; C. Chan, *New trade term CNI, do you know it?*, <https://www.linkedin.com/pulse/new-trade-term-cni-do-you-know-conan-chan/> [Dostęp: 25.10.2023 r.].

⁷⁸ Zob. zakładka na stronie internetowej MIH: ICC prepares to launch Incoterms® 2020, <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/ICC-prepares-launch-incoterms-2020/> [Dostęp: 25.10.2023 r.]; D. Marciniak-Neider, *Warunki dostaw towarów...*, s. 63.

⁷⁹ Zob. zakładka na stronie internetowej MIH: ICC prepares to launch Incoterms® 2020, <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/ICC-prepares-launch-incoterms-2020/> [Dostęp: 25.10.2023 r.].

⁸⁰ Zob. *Incoterms 2020, ICC by the International Chamber of Commerce (ICC)*..., s. 30, 36.

Najczęściej miejsce dostawy znajduje się w państwie eksportu, lecz nie jest to bezwzględna zasada⁸¹. Do obowiązków sprzedawcy należy także przekazanie dokumentu potwierdzającego, że towar został dostarczony (w praktyce jest to przykładowo list przewozowy CMR czy zaświadczenie spedytorskie FCR)⁸². Gdyby był to inny dokument, sprzedawca jest zobowiązany do zapewnienia kupującemu wsparcia w uzyskaniu dokumentu przewozowego⁸³.

Obowiązki kupującego stanowią „lustrzane odbicie” opisanych obowiązków sprzedawcy. Kupujący przejmuje ryzyko w miejscu i chwili dostawy oraz odpowiada za transport od tego miejsca⁸⁴, ponadto powinien w odpowiednim terminie poinformować sprzedawcę o wszelkich szczegółach odbioru (komu, kiedy i gdzie towar ma być przekazany). Nowość w wykładni FCA *Incoterms 2020* stanowi fakultatywny warunek wystawienia konosamentu *on board* dla sprzedawcy, wielokrotnie niezbędnego przy wykorzystaniu dokumentowych form zapłaty (inkaso bankowe czy akredytywa)⁸⁵. Fakultatywny charakter zobowiązania kupującego oraz konieczności szczegółowych uzgodnień między stronami ma swoje uzasadnienie. Podczas gdy konosament to dokument wydawany w transporcie morskim, formuła FCA została stworzona z myślą o wszelkich rodzajach i środkach transportu. W przypadkach, gdy towar jest transportowany inną drogą niż wodna bądź transport wodny pojawia się jako kolejny etap w przewozie, pierwszy przewoźnik, rzeczywiście odbierający towar od sprzedawcy, nie ma prawnego obowiązku wystawienia konosamentu sprzedawcy. Dla takich okoliczności MIH zaproponowała stronom mechanizm zastępczy („dokument transportowy stwierdzający, że towary zostały załadowane, taki jak konosament z adnotacją *on board*”⁸⁶). Ten zabieg ma przyczynić się do większej popularności formuły FCA. Pomimo że formuła jest stosunkowo nowa, jej wykorzystanie szybko się rozpowszechnia. Szacuje się, że obecnie nawet 40% transakcji międzynarodowych jest przeprowadzanych z jej użyciem⁸⁷.

⁸¹ Tak: D. Marciniak-Neider, *Warunki dostaw towarów...*, s. 80.

⁸² Tak: D. Marciniak-Neider: *ibidem*, s. 82.

⁸³ Tak: D. Marciniak-Neider: *ibidem*.

⁸⁴ Zob. *Incoterms 2020, ICC by the International Chamber of Commerce (ICC)...*, s. 32.

⁸⁵ Tak: D. Marciniak-Neider, *Warunki dostaw towarów...*, s. 82; *Incoterms 2020, ICC by the International Chamber of Commerce (ICC)...*, s. 31.

⁸⁶ Zob. *Incoterms 2020, ICC by the International Chamber of Commerce (ICC)...*, s. 35.

⁸⁷ Tak: C. Chan, *New trade term CNI...*

6.2. *Delivered at Place Unloaded (DPU)*

Formuła DPU, w pełnym brzmieniu *Delivered at Place Unloaded* (dostarczone do miejsca wyładowane), w edycji *Incoterms 2020* zastąpiła starą formułę DAT (*Delivered at Terminal*). Zmiana najprawdopodobniej była podyktowana wątpliwościami, jakie powstawały w obrocie w związku z nazwą starej formuły. Praktyka zrodziła pytania na etapie interpretacji pojęcia *terminal*. W DAT sprzedawca miał dostarczyć i wyładować towar w terminalu w miejscu przeznaczenia⁸⁸. Zgodnie z wykładnią *Incoterms* pojęcie terminalu było interpretowane jak najszerzej, mogło nim być dowolne dokładnie uzgodnione miejsce, podczas gdy uczestnicy obrotu przejawiali tendencję do pojmowania go w sposób dosłowny⁸⁹.

Zmiana ta jest zatem w istocie zmianą czysto techniczną, a formuła DPU stanowi następny szczebel po formule DAP w zakresie obciążenia obowiązkami sprzedawcy. Należy przy tym wspomnieć, że jest to formuła z grupy D, zatem to na sprzedawcy spoczywa większość obowiązków. Podstawowe zobowiązanie stanowi dostawa towarów do miejsca/punktu przeznaczenia oraz ich wyładowanie i pokrycie kosztów z tym związanych. Ryzyko przechodzi ze sprzedawcy na kupującego, gdy towar znajdzie się w odpowiednim terminie w oznaczonym miejscu/punkcie przeznaczenia, wyładowany. Sprzedawca zajmuje się wszelkimi formalnościami związanymi z odprawą w eksporcie, a najczęściej również w tranzycie, jednak nie ma już obowiązku zadbania o formalności w imporcie. MIH zwraca uwagę, że w sytuacji, gdy nie wykona tego kupujący, towar może zostać zatrzymany w drodze i wówczas ryzyko utraty bądź uszkodzenia towaru przejdzie na kupującego.

6.3. *Cost, Insurance and Freight (CIF)*

W formule CIF, *Cost, Insurance and Freight* (koszt, ubezpieczenie i fracht), sprzedający dostarcza towary kupującemu poprzez ich umieszczenie na pokładzie statku, ponosi jednak koszty ich transportu aż do miejsca przeznaczenia. Chwila dostarczenia towarów na pokład statku jest chwilą przejścia ryzyka na kupującego. W *Incoterms 2020* różnicowano zakres ubezpieczenia w formułach CIF oraz CIP. Zawarcie umowy ubezpieczenia przewozu towaru zgodnie z wykładnią *Incoterms* powinno nastąpić przy wykorzystaniu Instytutowych Klauzul Ładunkowych

⁸⁸ Tak: D. Marciniak-Neider, *Warunki dostaw towarów...*, s. 87.

⁸⁹ Tak: D. Marciniak-Neider: *ibidem*.

LMA/IUA lub innych podobnych warunków⁹⁰. Są to najczęściej stosowane w obrocie międzynarodowym warunki ubezpieczeń, które zostały opracowane przez Institute of London Underwriters (ILU — Londyński Instytut Ubezpieczycieli)⁹¹. Istnieje kilka uniwersalnych zestawów klauzul, w tym zestawy A, B i C, różniące się zakresem ubezpieczenia. Dotychczas formuły *Incoterms* CIP oraz CIF przewidywały ubezpieczenia na warunkach Instytutowych Klauzul Ładunkowych (C), zatem ubezpieczenie w zakresie minimalnym. W edycji *Incoterms 2020* zmieniono domyślny zakres ubezpieczenia w formule CIP na maksymalny — (A)⁹², podczas gdy w formule CIF pozostał zakres (C).

7. Formuły *Incoterms* a przepisy powszechnie obowiązujące

Incoterms, jako narzędzie znajdujące zastosowanie dla celów wykładni kontraktu za sprawą woli stron, należy rozpatrywać wyłącznie na tle norm powszechnie obowiązujących. W polskim systemie prawnym oznacza to konieczność uwzględnienia przepisów Konwencji wiedeńskiej oraz Kodeksu cywilnego⁹³.

Nietrudno dostrzec, że w wielu punktach wykładnia *Incoterms* nie odbiega bardzo od regulacji zaproponowanej przez Komisję UNCITRAL czy polskiego prawodawcę. *Incoterms* często zwracają uwagę na kwestie techniczne, np. obowiązki dotyczące wymiany dokumentacji, których przepisy powszechnie obowiązujące nie poruszają lub formułują w sposób bardziej ogólny. Dodatkowo postanowienia KonW. oraz k.c. to w znacznej mierze przepisy o charakterze dyspozytywnym. W Konwencji wiedeńskiej punkt wyjścia dla autonomii woli stron stanowi art. 6, który pozwala wyłączyć stosowanie przepisów aktu poprzez zawarcie wyraźnego postanowienia w umowie; pozwala bowiem na uchylenie bądź zmianę któregośkolwiek z postanowień Konwencji wiedeńskiej. Innym przepisem ważnym z perspektywy zastosowania formuł *Incoterms* jest art. 8 ust. 3, zgodnie z którym w procesie ustalania zamiaru strony lub rozumowania osoby rozsądnej (wzorzec wykorzystany w omawianej konwencji) należy uwzględnić wszelkie okoliczności istotne w danym przypadku, w tym

⁹⁰ Tak: D. Marciniak-Neider: *ibidem*, s. 111.

⁹¹ Tak: D. Marciniak-Neider: *ibidem*.

⁹² Zob. *Incoterms 2020, ICC by the International Chamber of Commerce (ICC)*..., s. 132.

⁹³ T.j. Dz.U. 2022, poz. 1360 [dalej: k.c. lub: Kodeks cywilny].

negocjacje, praktyki ustalone między stronami, zwyczaje oraz późniejsze postępowanie stron. Tak sformułowany przepis traktowany jest jako podstawa zastosowania powszechnie rozpoznawanych *Incoterms* dla wykładni niezrozumiałych postanowień umownych, również w przypadku, gdy strony nie powołały się na formuły handlowe w umowie⁹⁴. Natomiast w Kodeksie cywilnym za źródło autonomii woli stron uznaje się art. 353¹. Przepis ujmuje pojęcie autonomii na dwa sposoby — pozytywny oraz negatywny. Norma pozytywna określa, że strony mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, podczas gdy norma negatywna wyznacza granice tego uznania jako sprzeczność z naturą stosunku, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. W konsekwencji ze wspomnianego przepisu wywodzi się pewną dyrektywę interpretacyjną — w jej świetle większość przepisów Kodeksu cywilnego poświęconych zobowiązaniom ma charakter dyspozytywny⁹⁵. Taka konstrukcja systemu prawnego zobowiązań umożliwi uczestnikom obrotu wykorzystywanie wzorców, które nie mają *stricte* charakteru prawnego, w tym *Incoterms*.

Należy jednocześnie zauważyć, jak wąski jest zakres przedmiotowy *Incoterms*. Formuły odnoszą się głównie do obowiązków stron związanych z transportem towaru i nie zawierają kwestii istotnych dla całości stosunku prawnego łączącego strony umowy sprzedaży. Przykładowo, formuły *Incoterms* w zasadzie nie zajmują się zagadnieniem naruszenia zobowiązania⁹⁶, zatem przypadki nienależytego wykonania zobowiązania (obowiązków) przez stronę możemy ocenić dopiero sięgnąwszy do przepisów KonW. lub k.c. Konwencja przewiduje m.in., że w razie niewłaściwego oznaczenia towarów w przewozie czy nienależytego zawiadomienia kupującego ryzyko nie przejdzie na stronę kupującą z chwilą wydania towarów pierwszemu przewoźnikowi (art. 67 ust. 2 KonW.), a konsekwencje poniesie sprzedawca (art. 45 KonW.). Formuły *Incoterms* umożliwią wskazanie strony umowy odpowiedzialnej za właściwe oznaczenie towaru i zapewnienie wymaganej dokumentacji przewozowej, jednak dopiero przepisy KonW. lub k.c. zapewnią podstawę prawną dla roszczeń odszkodowawczych w związku z potencjalnymi szkodami spowodowanymi przez te zaniedbania. Kompleksowe odtworzenie stosunku prawnego nie byłoby możliwe bez uzupełnienia formuł *Incoterms* o regulacje właściwego prawa materialnego.

⁹⁴ Tak: M. Schmidt-Kessel, w: *Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów (CISG). Komentarz*, red. K. Iwiński, I. Schwenzer, C.H. Beck, Warszawa, 2021.

⁹⁵ Tak: P. Machnikowski, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, C.H. Beck, Warszawa, 2021, Legalis.

⁹⁶ Zob. *Incoterms 2020, ICC by the International Chamber of Commerce (ICC)*..., s. 2.

Również w razie uszkodzenia bądź utraty towaru w transporcie, w szczególności przy okazji zastosowania formuł z grupy C, do oceny środków naprawczych przysługujących kupującemu zastosujemy art. 45 i n. KonW. bądź art. 471 i n. k.c.⁹⁷

Ponadto należy pamiętać, że *Incoterms* nie odnoszą się do procesu zawarcia umowy oraz obowiązku zapłaty ceny towaru⁹⁸, regulowanych przez konwencję i polską ustawę. W tych okolicznościach inkorporacja *Incoterms* do umowy będzie w rzeczywistości stanowić jedynie częściowe uchylene przepisów Konwencji wiedeńskiej, możliwe w ramach autonomii przyznanej stronom przez jej art. 6⁹⁹, albo też uzupełnienie przepisów k.c., w przypadku zastosowania systemu *opt-out* dla całej KonW. bądź zrealizowania negatywnych przesłanek stosowania konwencji z art. 2 KonW.

Pomimo że wykorzystanie przez strony kontraktu formuł *Incoterms* do określenia warunków dostawy stanowi wyraz przyznanej im autonomii, na arenie międzynarodowej szeroko omawia się różnice pomiędzy poszczególnymi formułami a regulacjami Konwencji wiedeńskiej, co pozwala zrozumieć, w jakiej zależności pozostają. Jak podkreśla J. Ramberg, ze względu na fakt, że regulacja konwencyjna nie rozwiązuje szczegółowych kwestii związanych z warunkami dostawy oraz chwilą przejścia ryzyka, w tym kontekście należy postawić pytanie nie o interpretację przepisów Konwencji wiedeńskiej, ale o interpretację *Incoterms* na tle konwencji¹⁰⁰. W międzynarodowym dyskursie akademickim dużo uwagi poświęca się szczególnie istotnej kwestii realizacji dostawy oraz chwili przejścia ryzyka.

Konwencja wiedeńska w art. 31 ustanawia proste zasady: rozróżnia dostawę do określonego miejsca od dostawy realizowanej poprzez przekazanie towaru przewoźnikowi. W przypadku umowy sprzedaży, która przewiduje przewóz towarów, w ramach konwencji zastosujemy drugą zasadę — obowiązek dostawy zostanie zrealizowany poprzez przekazanie towaru pierwszemu przewoźnikowi. Ta reguła jest zbieżna z warunkami dostawy przewidzianymi przez formuły CPT oraz CIP¹⁰¹. Jednak już w formułach FOB oraz CIF realizacja obowiązku dostawy została uregulowana odmiennie. We wspomnianych formułach, przewidzianych dla

⁹⁷ Zob. tekst Tripartite Guide — UNCITRAL, HCCH and Unidroit Legal Guide to Uniform Instruments in the Area of International Commercial Contracts, with a Focus on Sales, United Nations, 2021, s. 36, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/tripartiteguide.pdf> [Dostęp: 25.10.2023 r.].

⁹⁸ Zob. *ibidem*.

⁹⁹ Zob. *ibidem*.

¹⁰⁰ Zob. J. Ramberg, *To what extent do Incoterms 2000 vary articles 67(2), 68 and 69?*, „The Journal of Law and Commerce” 2006, vol. 25, no. 1, s. 219.

¹⁰¹ Zob. *Incoterms 2020, ICC by the International Chamber of Commerce (ICC)*..., s. 143—144.

transportu wodnego, dostawa następuje z chwilą umieszczenia towarów na pokładzie statku. Tak określona chwila nie musi być zbieżna z chwilą przekazania towarów pierwszemu przewoźnikowi, choćby w sytuacji, gdy przewóz towarów z zakładu sprzedawcy do portu zostaje powierzony osobie trzeciej, a zatem przewoźnikowi¹⁰². Zwraca się jednak uwagę, że samo sformułowanie „pokład statku” (*board of the vessel*) odpowiada raczej zwyczajom, które przeszły już do historii ze względu na rozpowszechnienie się transportu kontenerowego¹⁰³. Transport towarów przewożonych w kontenerach, najczęściej w dużych ilościach, w rzeczywistości wiąże się z dostawą do specjalnie przeznaczonych do tego miejsc (tzw. *container freight stations, CFS* lub *container yards, CY*)¹⁰⁴ do przewoźnika, który następnie dysponuje ich rozmieszczeniem na pokładzie (pierwszy bądź następny przewoźnik). Uwzględniając ilość oraz prędkość transportu w obecnych czasach, należy zauważyć, że warunki formuł FOB oraz CIF mogą niejednokrotnie okazać się niepraktyczne¹⁰⁵.

O podstawowej rozbieżności regulacji konwencyjnej oaz *Incoterms* mówi się w kontekście art. 69 KonW.¹⁰⁶ Według tego przepisu ryzyko przechodzi na kupującego z chwilą odebrania towarów lub — gdyby nie wywiązał się z tego obowiązku w odpowiednim czasie — z chwilą pozostawienia ich do jego dyspozycji. Gdy dostawa następuje w innym miejscu niż siedziba sprzedawcy, powinna być zrealizowana w terminie przewidzianym w umowie, a kupujący musi być świadomy, że towary są pozostawione do jego dyspozycji. Dodatkowo konieczne jest wyraźne zidentyfikowanie towarów dla celów umowy — jeśli nie nastąpiło to w samej umowie, musi zostać wykonane w odpowiednim czasie przed realizacją dostawy, aby towary mogły być uznane za pozostawione do dyspozycji kupującego. W ramach Konwencji wiedeńskiej należy uwzględnić wszystkie wspomniane czynniki do określenia chwili przejścia ryzyka. Natomiast formuły *Incoterms* z grupy E oraz D przewidują prostą regułę: dostawa zostaje zrealizowana w chwili pozostawienia towaru do dyspozycji kupującego. Nie pojawia się wzmianka o dodatkowych formalnościach czy skutkach nieprzyjęcia dostawy przez kupującego¹⁰⁷. Zatem w świetle wspomnianych

¹⁰² Tak: P.P. Viscasillas, *La transmisión del riesgo a la luz de la Convención de Viena de 1980 y de los Incoterms® 2020*, „La Ley Mercantil” 2021, No. 86, s. 6; M. Bridge, *The Sale of Goods*, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 147.

¹⁰³ Tak: J. Ramberg, *To what extent...*, s. 220.

¹⁰⁴ Zob. wpis na stronie internetowej: What is CFS?, <https://www.tradefinanceglobal.com/freight-forwarding/incoterms/what-is-cfs/> [Dostęp: 25.10.2023 r.].

¹⁰⁵ Tak: J. Ramberg: *To what extent...*, s. 220.

¹⁰⁶ Tak: J. Ramberg: *ibidem*, s. 221.

¹⁰⁷ Zob. *Incoterms 2020, ICC by the International Chamber of Commerce (ICC)*..., s. 143—144.

formuł *Incoterms* naruszenie przez kupującego zobowiązania w postaci nieprzyjęcia dostawy w odpowiednim terminie nie jest warunkiem zastosowania zasady „pozostawienia towarów do dyspozycji”. W formułach EXW, DAP, DPU oraz DDP jest to reguła. Również wiedza kupującego o pozostawieniu towarów do jego dyspozycji nie byłaby konieczna do ustalenia przejścia ryzyka¹⁰⁸. Uzupełniająco można jednak powołać się na obowiązek sprzedawcy z punktu A10 — zgodnie z nim formuły z grupy E oraz D zobowiązują sprzedawcę do przekazania kupującemu wszelkich potrzebnych zawiadomień w celu umożliwienia kupującemu przyjęcia dostawy towarów¹⁰⁹. Widzimy zatem rozbieżności pomiędzy postanowieniami Konwencji wiedeńskiej oraz warunkami *Incoterms*, co przy prawidłowej inkorporacji formuł do umowy oraz wykładni woli stron nie powinno stanowić przeszkody do determinacji treści stosunku¹¹⁰.

Konwencja wiedeńska pozostawia stronom swobodę w zakresie ubezpieczenia przewozu, przy zastrzeżeniu, że sprzedawca, który nie został zobowiązany do zawarcia takiej umowy i nie zawarł jej, ma obowiązek udzielić kupującemu informacji niezbędnych do dokonania takiego ubezpieczenia (art. 32 ust. 3 KonW.). Podobnie formuły *Incoterms 2020* kwestie ubezpieczenia zasadniczo pozostawiają do dyspozycji stron. Jednak obecnie dwie z jedenastu formuł określają obowiązki związane z ubezpieczeniem przewozu (CIP, CIF) i różnicują ich zakres¹¹¹.

Przepisy konwencyjne nie odnoszą się natomiast do obowiązków związanych z wszelkimi formalnościami celnymi (nie wspominając regulacji k.c., który nie zajmuje się tym zagadnieniem przez oczywisty wzgląd na wewnątrz krajowy charakter ustawy) oraz ogólnikowo konstruuje normy dotyczące dokumentacji związanej z towarem. *Incoterms* szczegółowo formułują obowiązki na tym tle (odpowiednio A6/B6 oraz A7/B7)¹¹².

Nie ma rozbieżności pomiędzy podstawowymi obowiązkami stron przewidzianymi przez formuły *Incoterms* (A1/B1 oraz A2/B2) a *essentialia negotii* umowy sprzedaży w rozumieniu Konwencji wiedeńskiej oraz Kodeksu cywilnego. Najważniejsze kwestie odnoszące się do miejsca i terminu dostawy w dużej części się pokrywają. Zasadnicza różnica zachodzi na poziomie kosztów — przepisy konwencyjne oraz polska ustawa pomijają to zagadnienie, zawierają natomiast szereg regulacji, których przedmiotem jest cena towaru. *Incoterms* nie regulują tego zakresu.

¹⁰⁸ Tak: J. Ramberg, *To what extent...*, s. 222.

¹⁰⁹ Zob. *Incoterms 2020, ICC by the International Chamber of Commerce (ICC)*..., s. 186—187.

¹¹⁰ Tak: P.P. Viscasillas, *La transmisión del riesgo...*, s. 6.

¹¹¹ Zob. *Incoterms 2020, ICC by the International Chamber of Commerce (ICC)*..., s. 21 i n.

¹¹² Zob. *Tripartite Guide...*, s. 44.

Na koniec warto zaznaczyć, że MIH oraz poszczególne Grupy Robocze UNCITRAL współpracują ze sobą w zakresie swojej działalności. MIH uczestniczy w pracach poszczególnych grup jako obserwator¹¹³, a UNCITRAL jednoznacznie wspiera rozwój projektu *Incoterms*. W raporcie z 53. Sesji z 2020 r. Komisja wyraziła swoje poparcie dla nowej edycji *Incoterms*¹¹⁴. W ten sposób postępują wysiłki zmierzające do zharmonizowania terminologii Konwencji wiedeńskiej i *Incoterms* oraz dostosowania nowych edycji formuł nie tylko do warunków stwarzanych przez obrót, lecz także do istniejących ram prawnych¹¹⁵.

8. *Incoterms* w praktyce orzeczniczej

8.1. Reguły intertemporalne i prawidłowa inkorporacja *Incoterms*

Powszechną praktyką w państwie prawa jest tworzenie i stosowanie przepisów intertemporalnych. Procedurę wprowadzenia zmian prawnych trudno nazwać procesem łatwym, tak dla prawodawcy, jak i dla podmiotów zobowiązanych do postępowania w zgodzie z obowiązującym prawem. Zasadą poprawnej legislacji jest odpowiednie określenie stosunku nowej ustawy względem jej poprzedniczki, w tym uwzględnienie skutków prawnych dla stosunków powstałych przed wejściem w życie nowego prawa. Z tego powodu przepisy intertemporalne bywają nazywane normami kolizyjnymi — określają bowiem właściwość prawa w czasie¹¹⁶.

Poszczególne edycje *Incoterms* nie przewidują reguł intertemporalnych. MIH w części zwanej „wprowadzeniem” do kolejnych edycji udziela użytkownikom formuł szeregu wskazówek. Wśród nich można odnaleźć akapit poświęcony prawidłowej inkorporacji *Incoterms* do umowy¹¹⁷. Jako najbezpieczniejsze rozwiązanie MIH proponuje wykorzystanie klauzuli typu: „[wybrana reguła *Incoterms*] [nazwa portu, miejsca lub punktu] *Incoterms*® 2020”, która *in concreto* powinna przybrać formę: „CIF Shanghai

¹¹³ Tak: P.P. Viscasillas, *La transmisión del riesgo...*, s. 11.

¹¹⁴ Zob. tekst Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its fifty-third session, no. 10, <https://undocs.org/en/A/75/424> [Dostęp: 25.10.2023 r.].

¹¹⁵ Tak: P.P. Viscasillas, *La transmisión del riesgo...*, s. 12.

¹¹⁶ Tak: P. Nazaruk, w: *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. J. Ciszewski, LexisNexis, Warszawa, 2021.

¹¹⁷ *Incoterms 2020, ICC by the International Chamber of Commerce (ICC)...*, s. 3; A. Blajer, *Międzynarodowe reguły handlowe...*, s. 219 i n.

Incoterms® 2020” albo: „DAP nr 123, ABC Street, Importland Incoterms® 2020”. Rekomendowana klauzula powinna zatem wskazywać na konkretną edycję i adres dostawy — im dokładniejszy, tym lepiej. Gdy w miejsce dostawy wstawiamy jedynie miasto, pozostawiamy pole na wątpliwości. Interesujący stan faktyczny zaistniał przykładowo w sprawie rozpatrywanej przez SN w 2004 r.¹¹⁸ Sprzedawca miał siedzibę w Polsce, kupujący w Ukrainie, a do umowy inkorporowano formułę *Incoterms 1990 DDU* [siedziba kupującego — podano dokładny adres]. Sprzedawca zatrudnił firmę przewozową oraz ubezpieczył towar w transporcie z miejsca wysyłki do miejsca dostawy (siedziby kupującego). Po przekroczeniu granicy i wjechaniu do miasta towar został skradziony wraz z pojazdem przez osoby podające się za reprezentantów kupującego, a sprzedawca nigdy nie otrzymał zapłaty. W tych okolicznościach dochodził odszkodowania od ubezpieczyciela. Za kluczowe dla przesądzenia odpowiedzialności ubezpieczyciela sądy uznały stwierdzenie, czy towar dotarł do miejsca dostawy. Na tym tle została wniesiona apelacja od wyroku pierwszej instancji zasądzającego zapłatę odszkodowania przez ubezpieczyciela na rzecz sprzedawcy. SN wskazał, że jako miejsce dostawy strony uzgodniły dokładny adres siedziby, wobec czego dotarcie towaru w przewozie do miasta, w którym siedziba się znajdowała, nie oznaczało jeszcze wykonania umowy przewozu ani ustania odpowiedzialności ubezpieczyciela. W tym wypadku sądy rozpatrywały stosunek wynikający z umowy ubezpieczenia, co wpływa dodatnio na przykład — obrazuje bowiem, jak formuły *Incoterms*, zastrzeżone dla umów sprzedaży, oddziałują na treść innych kontraktów zawartych w związku z transakcją sprzedaży.

Wróćmy jednak do kwestii głównej, mianowicie obowiązywania poszczególnych edycji *Incoterms*. Ponieważ kolejne nowelizacje formuł nie zawierają postanowień o uchyleniu poprzednich wersji, nie można założyć, że te przestają obowiązywać. Z tego względu zaleca się stronom wyraźne oznaczenie w umowie edycji, z której chcą skorzystać. W razie różnic w wykładni danej formuły sąd, pozostawiony bez wyraźnego postanowienia stron, prawdopodobnie będzie preferował wykładnię zgodną z najnowszą opublikowaną edycją *Incoterms*. D. Marciniak-Neider wskazuje, że taka jest dominująca tendencja w orzecznictwie sądów arbitrażowych¹¹⁹.

SN w wyroku z 9 października 2008 r. powtarza wnioskowanie sądu apelacyjnego: „strony korzystały w umowie z dnia 29—30 grudnia 2003 r. z międzynarodowych reguł handlowych INCOTERMS, a skoro nie oznaczyły ich wersji, należy przyjąć, że chodzi o redakcję z 2000 r. Za każdym

¹¹⁸ Zob. Wyrok SN z 22.10.2004, II CK 114/04.

¹¹⁹ Zob. D. Marciniak-Neider, *Warunki dostaw towarów...*, s. 67.

razem cena towaru oznaczona była formułą »CPT Duisburg«¹²⁰. W ten sposób sądy wprowadzają niejako domniemanie stosowania edycji najnowszej (w chwili zawarcia umowy, choć sytuacja dodatkowo skomplikuje się w przypadku umów ramowych, kreujących stosunek trwający przez lata).

Dodatkowo MIH zwołniła strony z konieczności używania znaku towarowego przy inkorporacji formuł *Incoterms* do umowy¹²¹, co stanowi wyjście naprzeciw praktyce, znak nigdy nie był bowiem uwzględniany w kontraktach.

8.2. Formuły *Incoterms* a międzynarodowe postępowanie cywilne

Oprócz wskazania prawa właściwego, w sferze kolizyjnej niekiedy konieczne będzie zlokalizowanie i prawidłowa aplikacja właściwej normy jurysdykcyjnej. Biorąc pod uwagę, że na gruncie niniejszego opracowania nie była poruszana tematyka jurysdykcji w obrocie międzynarodowym, krótko przywołam rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych¹²², które w systemach prawnych państw członkowskich UE wysuwa się w tym zakresie na pierwszy plan (inaczej w przypadku Danii, która podpisała z UE umowę w sprawie właściwości sądów oraz uznawania i wykonywania orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych)¹²³.

Podmiotowy zakres zastosowania rozporządzenia wyznacza art. 4, zgodnie z którym przepisy rozporządzenia Bruksela I bis stosuje się do osób mających miejsce zamieszkania na terenie państw członkowskich. Nie wyklucza to zawarcia umowy prorogacyjnej na podstawie rozporządzenia przez strony zamieszkujące poza UE, jednak ta kwestia nie stanowi przedmiotu niniejszego opracowania. W sytuacji, gdy strony nie wykorzystywały przyznanej im autonomii i nie zawarły umowy prorogacyjnej, jurysdykcję w sprawach dotyczących umowy należy wyznaczyć na podstawie art. 7 rozporządzenia. Jest to regulacja szczególna względem przepisów ogólnych z Sekcji I Rozdziału II Jurysdykcja rozporządzenia Bruksela I bis. Zgodnie z art. 7 kompetencję do rozpoznania spraw dotyczących umowy mają sądy miejsca wykonania danego zobowiązania. Łącznik miejsca wykonania zobowiązania został przyjęty, aby poddać sprawę

¹²⁰ Zob. Wyrok SN z 9.10.2008, V CSK 63/08.

¹²¹ Zob. *Incoterms 2020, ICC by the International Chamber of Commerce (ICC)*..., s. 4.

¹²² T.j. Dz.Urz. UE L 351 z 20.12.2012 [dalej: rozporządzenie Bruksela I bis].

¹²³ Zob. J. Gołaczyński, *Prawo prywatne międzynarodowe*, C.H. Beck, Warszawa, 2017, s. 83.

do rozpoznania sądowni najściślej związanemu ze stosunkiem prawnym powstałym między stronami¹²⁴. J. Gołaczyński wskazuje przykładowo, że poddanie jurysdykcji sądowni miejsca wykonania zobowiązania może przyczynić się choćby do sprawniejszego postępowania dowodowego, jako że domyślnie w tym miejscu będą znajdować się dowody na wykonanie takiego zobowiązania¹²⁵. Zgodnie z art. 7 pkt 1 lit. b tiret pierwszy rozporządzenia Bruksela I bis miejscem wykonania zobowiązania, gdy sprzedawane są rzeczy ruchome, jest miejsce dostawy w państwie członkowskim uzgodnione w umowie („miejsce w państwie członkowskim, w którym rzeczy te zgodnie z umową zostały albo miały zostać dostarczone”). Wiadomo, że poszczególne formuły *Incoterms* określają miejsce dostawy. Pytanie brzmi: czy *Incoterms* należy uznać za część umowy, a miejsce dostawy za miejsce wykonania zobowiązania w rozumieniu omawianego rozporządzenia?

TSUE zajął stanowisko w tej kwestii w orzeczeniu w sprawie *Electro-steel Europe SA*¹²⁶. Wyrok stanowi interpretację przepisów rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych¹²⁷, uchylonego przez rozporządzenie Bruksela I bis, jednak zachowującego aktualność do dzisiaj. W omawianej sprawie *Tribunale ordinario di Vicenza* zwrócił się do TSUE z następującym pytaniem prejudycjalnym: „Czy art. 5 ust. 1 lit. b rozporządzenia [...], oraz prawo wspólnotowe w ogólności, w zakresie, w jakim stanowi, że miejscem wykonania zobowiązania jest, w przypadku sprzedaży rzeczy ruchomych, miejsce, w którym rzeczy te zgodnie z umową zostały dostarczone albo miały zostać dostarczone, należy interpretować w ten sposób, iż miejscem dostawy, istotnym dla celów wskazania sądu właściwego, jest miejsce ostatecznego przeznaczenia towarów będących przedmiotem umowy, czy w ten sposób, iż tym miejscem dostawy jest miejsce, w którym sprzedawca zwalnia się z obowiązku dostawy zgodnie z przepisami materialnymi mającymi zastosowanie w danej sprawie, czy też powyższy przepis ma być interpretowany w jeszcze inny sposób?”¹²⁸.

W perspektywie rozróżnienia miejsca dostawy (miejsca zwolnienia się z obowiązku dostawy przez sprzedawcę) oraz miejsca przeznaczenia w wykładni *Incoterms* wnioski TSUE miały rozwiązać podstawową trudność powstałą w wyniku inkorporacji formuły EXW *Incoterms 2000* do umowy.

¹²⁴ Tak: J. Gołaczyński, w: *Jurysdykcja, uznawanie orzeczeń sądowych oraz ich wykonywanie w sprawach cywilnych i handlowych. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012. Komentarz*, red. J. Gołaczyński, C.H. Beck, Warszawa, 2015.

¹²⁵ Tak: J. Gołaczyński: *ibidem*.

¹²⁶ Zob. Orzeczenie TSUE z 9.06.2011, C-87/10.

¹²⁷ T.j. Dz.Urz. UE OJ L 12 z 16.01.2001 [dalej: Bruksela I].

¹²⁸ Zob. *ibidem*.

W stanie faktycznym dwie spółki, sprzedawca z siedzibą we Włoszech oraz kupujący z siedzibą we Francji, zawarły umowę sprzedaży towarów. Umowa w odniesieniu do miejsca dostawy towarów zawierała klauzulę: *Resa: Franco ns. [nostra] sede* (Dostawa: Franco siedziba sprzedawcy). W wyniku sporu spółka-sprzedawca wniosła pozew do sądu włoskiego, motywując jego właściwość wspomnianą klauzulą. Powódka powołała się na formuły *Incoterms*, twierdząc, że sformułowanie *Resa: Franco ns. [nostra] sede* odpowiada punktom A4/B4 formuły EXW *Incoterms 2000*. Są to punkty określające obowiązek dostawy oraz przyjęcia dostawy w ówczesnej edycji¹²⁹. Zgodnie z wykładnią formuły EXW sprzedawca powinien zatem pozostawić towar do dyspozycji kupującego w oznaczonym miejscu dostawy (które znajdowałoby się w ramach *seller's premises*), a kupujący miałby odpowiadać za przejęcie towaru w tym miejscu (ponosić koszty i ryzyko transportu). W stanie faktycznym towar został dostarczony spółce-kupującemu przez przewoźnika (przedsiębiorstwo transportowe), który przejął go w siedzibie spółki-sprzedawcy we Włoszech i dostarczył kupującemu we Francji. W świetle wykładni *Incoterms* miejsce dostawy znajdowało się we Włoszech.

W toku argumentacji TSUE powołał się na własny wyrok w sprawie *Car Trim*¹³⁰, w którym orzekł, że: „w przypadku sprzedaży na odległość miejsce, do którego rzeczy te zostały dostarczone albo miały zostać dostarczone, należy określić na podstawie przepisów tej umowy. Jeśli nie jest możliwe określenie miejsca dostarczania na tej podstawie bez odnoszenia się do prawa materialnego mającego zastosowanie do umowy, miejscem tym jest miejsce faktycznego wydania rzeczy, w ramach którego kupujący uzyskuje lub powinien uzyskać uprawnienie do rzeczywistego rozporządzenia rzeczami w ostatecznym miejscu przeznaczenia transakcji sprzedaży”. Według TSUE powołana sentencja nie pozostawiała wątpliwości również na gruncie rozpatrywanej sprawy, gdyby nie kłopot z interpretacją sformułowania „zgodnie z umową”. Czy pozwala ono uwzględnić klauzule umowne, które nie wskazują miejsca dostawy wprost? W tym miejscu TSUE dokonał wykładni systemowej, powołując się na przepisy (ówczesnego rozporządzenia Bruksela I) dotyczące umowy jurysdykcyjnej. W rozumieniu wskazanych przepisów taka umowa mogła zostać zawarta m.in. w formie odpowiadającej zwyczajowi handlowemu, który strony znały lub musiały znać i który strony umów tego rodzaju w określonej dziedzinie handlu powszechnie znają i którego stale przestrzegają. Trybunał nie znalazł uzasadnienia dla wykluczenia zwyczaju handlowego przy wykładni pozostałych przepisów rozporządzenia, stwierdziwszy, że: „zwyczaje,

¹²⁹ Zob. A. Blajer, *Międzynarodowe reguły handlowe...*, s. 219 i n.

¹³⁰ Zob. Orzeczenie TSUE z 25.02.2010, C-381/08.

zwłaszcza jeżeli zostały zebrane, dokładnie opisane i opublikowane przez uznane organizacje zawodowe i są powszechnie przestrzegane w praktyce przez podmioty gospodarcze, grają znaczącą rolę w uregulowaniu środkami pozapaństwowymi handlu międzynarodowego. *Incoterms* opracowane przez Międzynarodową Izbę Handlową, które definiują i kodyfikują treść pewnych reguł i klauzul powszechnie stosowanych w handlu międzynarodowym, cieszą się szczególnym uznaniem i są w praktyce bardzo często stosowane¹³¹. W konsekwencji Trybunał orzekł, że w „celu ustalenia, czy miejsce dostawy zostało określone »zgodnie z umową«, sąd krajowy winien brać pod uwagę wszystkie istotne reguły i klauzule umowy, które mogą określić w sposób jednoznaczny to miejsce, w tym reguły i klauzule powszechnie uznane i potwierdzone zwyczajami handlu międzynarodowego, jak »Incoterms« (»international commercial terms«) opracowane przez Międzynarodową Izbę Handlową, w wersji opublikowanej w 2000 r. W braku możliwości określenia miejsca dostawy na tej podstawie, bez odwoływania się do przepisów materialnych znajdujących zastosowanie do umowy, miejscem dostawy jest miejsce faktycznego wydania towaru, w wyniku którego nabywca uzyskał lub powinien był uzyskać możliwość rzeczywistego dysponowania towarem w miejscu ostatecznego przeznaczenia transakcji sprzedaży¹³². Dodatkowo TSUE poczynił uwagę, że przy okazji analizy klauzul tego typu może zaistnieć potrzeba ustalenia, czy strony miały zamiar inkorporować jedynie postanowienia odnoszące się do chwili przejścia ryzyka oraz podziału kosztów, czy także warunki określające miejsce dostawy. Kwestię weryfikacji, czy klauzula zawarta w umowie przez strony w stanie faktycznym rzeczywiście odpowiada formule EXW, TSUE pozostawił ocenie sądu krajowego.

Orzeczenie to jest o tyle znaczące, że dopuszcza możliwość pomocniczego stosowania przez sądy prawa opcyjnego typu *soft law* przy wykładni postanowień umownych oraz determinuje znaczenie *Incoterms* dla określenia jurysdykcji w sprawach cywilnych i handlowych w rozumieniu rozporządzenia Bruksela I bis.

Podobnie SN, orzekając w sprawie o nienależne świadczenie¹³³, powołał się na wyrok w sprawie *Electrosteel Europe SA* i stwierdził, że klauzula *ex works — transport and installation not included* nie pozwala jednoznacznie określić miejsca dostawy towarów. Formuła *Incoterms* nie została poprawnie inkorporowana do umowy, zabrakło bowiem oznaczenia miejsca dostawy (zgodnie z uwagą SN poprawnie sformułowana klauzula brzmiałaby: *ex works Dreux*), a zachowanie stron nie wskazywało na to,

¹³¹ Orzeczenie TSUE z 9.06.2011, C-87/10.

¹³² Ibidem.

¹³³ Wyrok SN z 27.06.2014, I CSK 715/13.

aby miejscowość Dreux (jako miejsce siedziby sprzedawcy) była miejscem dostawy. To sprzedawca zorganizował transport, wprawdzie na koszt kupującego, jednak sprzedawca ponosił także ryzyko związane z transportem (strony zastrzegły zapłatę 20% należnej kwoty dopiero po przyjęciu dostawy przez kupującego). W konsekwencji SN zastosował subsydiarną regułę miejsca faktycznego wydania towaru (także ta operacja nie pozwoliła stwierdzić, że to siedziba sprzedawcy była miejscem dostawy).

Przedstawione przykłady z orzecznictwa dodatkowo obrazują, jak odmiennie zastosowanie w praktyce znalazła formuła EXW względem założeń teoretycznych MIH. Podmioty obrotu częściej wykorzystują ją jako wskaźnik rozkładu kosztów między stronami, tzw. formułę ceny¹³⁴, niż jako alternatywę dla kompleksowego określenia wzajemnych obowiązków.

9. Zakończenie

Podobno prostota stanowi klucz do sukcesu. Jednak — jak słusznie zauważyła E. Łętowska — obecnie systemy prawne nie są już proste, wielość bowiem centrów prawodawczych i decyzyjnych, które w dodatku pozostają we wzajemnym oddziaływaniu, doprowadziła do powstania multicentrycznego systemu prawnego¹³⁵. Wydawać by się mogło, że w dobie obecnej legislacji postulat prostoty prawa brzmi co najmniej nierealistycznie. Nie można jednak zaprzeczyć, że rzeczywistym celem wszelkich projektów dążących do ujednoczenia czy harmonizacji systemów prawnych jest ich uproszczenie i ułatwienie uczestnikom obrotu, a także sądom, poruszania się w multicentrycznym systemie prawnym.

MIH nie jest jedyną instytucją, która zidentyfikowała ten problem na gruncie praktyki prawniczej. Różnorodność i przede wszystkim mnogość projektów przywołanych w niniejszej pracy dowodzi, że jest dokładnie odwrotnie. Dziś wszyscy myślimy o uproszczeniu międzynarodowej płataniny prawnej i nie jest to wcale myśl nowa. Projekty ujednoczenia międzynarodowych norm prawnych typu PECL czy Zasady UNIDROIT to przykłady, które obrazują zasięg podjętych działań i zaangażowanie na niezwykle wysokim szczeblu z perspektywy prawodawczej. Jednak tylko w przypadku Konwencji wiedeńskiej oraz *Incoterms* można mówić o rozpowszechnieniu ich zastosowania. Konwencja, przyjęta przez szerokie grono

¹³⁴ Tak: D. Marciniak-Neider, *Warunki dostaw towarów...*, s. 25, 77.

¹³⁵ Zob. E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 4, s. 3.

państw sygnatariuszy oraz oparta na systemie *opt-out*, ma tę przewagę nad klasycznymi aktami *soft law*, że znajduje automatyczne zastosowanie do stosunków prawnych, które pozostają w jej zakresie, tj. umów sprzedaży towarów między stronami mającymi siedziby handlowe w różnych państwach. Dopiero wyraźna i przeciwna wola stron wyłącza jej zastosowanie. Tymczasem *Incoterms* wskutek częstego stosowania oraz powszechnej znajomości znalazły się w oficjalnej hierarchii aktów prawnych — jako rozwiązanie zwyczajowo stosowane. W ten sposób, drogą ewolucji, postępuje zjawisko oddolnego ujednociania norm prawnych, które w mojej opinii jest przykładem niezwykle efektywności skutków powodowanych przez rozpowszechnienie praktyki. Za takim procesem opowiadał się Roman Longchamps de Bérier¹³⁶, lecz doktryna prawnicza zna zwolenników także innych metod, postrzeganych jako bardziej efektywne.

W artykule udzielono również odpowiedzi na pytanie o to, jakie czynniki są odpowiedzialne za rozpowszechnienie klauzul modelowych, którymi są *Incoterms*. Biorąc pod uwagę ich charakter, należy przypomnieć, że jakakolwiek moc wiążąca aktu typu *Incoterms* rodzi się na skutek woli uczestników obrotu. Jeśli jakiegokolwiek narzędzie prawne ma znaleźć zastosowanie w ten sposób, to musi być narzędziem zrozumiałym, przejrzystym i efektywnym; nie ma mocy prawa obowiązującego, zatem jedynym źródłem jego mocy wiążącej jest początkowo wola stron umowy. Podsumowując informacje zebrane w niniejszym opracowaniu, jestem zdania, że prosta forma prezentacji *Incoterms* oraz działalność promująca i edukacyjna MIH odgrywają pod tym względem istotną rolę. W tym miejscu należy jednak uwzględnić praktykę częstych nowelizacji formuł, która może rodzić pewne zagrożenia, jeśli będzie stosowana z automatyzmem. Patrząc przez pryzmat polskiego systemu prawodawczego, zmiana aktu następująca co dekadę może okazać się zmianą wcale nieczęstą. Warto jednakże pamiętać, że *Incoterms* są aktem bardzo specyficznym, znajdującym zastosowanie w niezwykle pragmatycznej sferze obrotu, jaką jest biznes. Biznes ceni prostotę, a potrzebne rozwiązania wypracowuje w drodze praktyki. Wprowadzenie zasady regularnej aktualizacji formuł może zatem wbrew zamiarom skutkować zbędnym usztywnieniem aktu i jego otoczenia. Obawy te zyskują na znaczeniu w świetle zmian wprowadzonych edycją *Incoterms 2020*, stanowiących w istocie niewielkie aktualizacje o charakterze technicznym — w zakresie nazw, formy wydawanych dokumentów czy standardu domyślnie stosowanego ubezpieczenia. Pozostaje żywić nadzieję, że częste nowelizacje *Incoterms* dokonywane przez MIH nie doprowadzą do dewaluacji formuł.

¹³⁶ Zob. P. Mostowik, *Tworzenie państwowego prawa zobowiązań umownych*, „Przełęcz Sądowy” 2001, nr 2, s. 77.

Inne projekty ujednolicenia wspomniane w niniejszej pracy nie spotkały się z większym odzewem, choć w znaczącej większości należałoby je zakwalifikować do tego samego typu narzędzi co *Incoterms*. Można powtórzyć za P. Mostowikiem, że istnieją trzy zasadnicze typy spośród procesów ujednolicania prawa: (i) drogą ponadpaństwowych aktów prawnych (tzn. konwencje, rozporządzenia Unii Europejskiej), które, stosowane bezpośrednio, automatycznie ujednolicają poszczególne systemy państwowe; (ii) drogą prawa o charakterze wewnętrznym, poprzez dostosowanie regulacji krajowych do tzw. aktu wzorcowego (konwencji bądź dyrektywy unijnej); (iii) drogą innych jednolitych rozwiązań prawnych, jak P. Mostowik nazywa szeroki katalog narzędzi, w tym wykorzystujących Zasady UNIDROIT (swoisty wzór dla ustawodawców) oraz *Incoterms* (jako wzór dla stron kontraktujących)¹³⁷. Trzeci typ spośród wymienionych rozwiązań jest powszechnie uważany za najmniej efektywny. *Incoterms* mogą w tym wypadku stanowić wyjątek potwierdzający regułę. Sądzę także, że warto uwzględnić rozbudowaną treść pozostałych projektów oraz deficyt inicjatyw pozwalających zaadresować aktualne potrzeby obrotu. Należy również pamiętać, że *Incoterms* to akt o bardzo wąskim i technicznym zastosowaniu (ponieważ odnosi się wyłącznie do obowiązków stron umowy sprzedaży związanych z dostawą towarów), co uniemożliwia wyciągnięcie wniosków o charakterze generalnym.

Bibliografia

- Blajer A., *Międzynarodowe reguły handlowe. Zasady i praktyka stosowania*, Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr, Gdańsk, 2000.
- Bridge M., *The Sale of Goods*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Chan C., *New trade term CNI, do you know it?*, <https://www.linkedin.com/pulse/new-trade-term-cni-do-you-know-conan-chan/> [Dostęp: 25.10.2023 r.].
- Ciszewski J. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, LexisNexis, Warszawa, 2021.
- Gniewek E., Machnikowski P. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa, 2021.
- Gołaczyński J. (red.), *Komentarz do Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych*, C.H. Beck, Warszawa, 2015.
- Gołaczyński J., *Prawo prywatne międzynarodowe*, C.H. Beck, Warszawa, 2017.

¹³⁷ Ibidem, s. 96.

- Iwiński K., Schwenzer I. (red.), *Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów (CISG). Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa, 2021.
- Łętowska E., *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 4.
- Machnikowski P., *Opcjonalne prawo umów — zalety i ograniczenia*, w: *Wybrane zagadnienia polskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Doktora Józefa Kremisa i Doktora Jerzego Strzebinczyka*, red. J. Jezioro, K. Zagrobelny, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław, 2019.
- Machnikowski P., *Zasady europejskiego prawa umów a przepisy Kodeksu cywilnego o zawarciu umowy*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2006, nr 3—4.
- Marciniak-Neider D., *Warunki dostaw towarów zagranicznych w handlu zagranicznym*, Polish International Freight Forwarders Association, Gdynia, 2020.
- Mostowik P., *Tworzenie państwowego prawa zobowiązań umownych*, „Przegląd Sądowy” 2001, nr 2.
- Osajda K. (red.), *System Prawa Prywatnego*, T. 5, *Prawo zobowiązań — część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa, 2020.
- Pazdan M. (red.), *Komentarz do Rozporządzenia Nr 593/2008*, C.H. Beck, Warszawa, 2018.
- Pazdan M. (red.), *System Prawa Prywatnego*, T. 20B, *Prawo prywatne międzynarodowe*, C.H. Beck, Warszawa, 2015.
- Pazdan M., *Prawo prywatne międzynarodowe*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2016.
- Popiołek W. (red.), *System Prawa Handlowego*, T. 9, *Międzynarodowe prawo handlowe*, C.H. Beck, Warszawa, 2013.
- Ramberg J., *To what extent do Incoterms 2000 vary articles 67(2), 68 and 69?*, „The Journal of Law and Commerce” 2006, vol. 25, no. 1.
- Reynolds F., *How laws and regulations in the USA affect the use of the Incoterms® rules*, <https://iccacademy/incoterms-usa/> [Dostęp: 25.10.2023 r.].
- Stępień B. (red.), *Handel zagraniczny. Poradnik dla praktyków*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa, 2007.
- Tuleja P. (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2021.
- Viscasillas P.P., *La transmisión del riesgo a la luz de la Convención de Viena de 1980 y de los Incoterms® 2020*, „La Ley Mercantil” 2021, N° 86.



Roksolana Khanyk-Pospolitak^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0001-6185-7479>

Tetiana Fedosieieva^{b)}

 <https://orcid.org/0000-0003-1521-2922>

The Specific Nature of Representing Children's Interests under Martial Law

Abstract: Russia's armed aggression, and the subsequent imposition of martial law in Ukraine, made it necessary to move children to safer areas of the country and abroad. This concerns both children who move with family members (not always legal guardians) as well as children who have no parental care during the process. Due to this issue, the representation of children is of particular importance, in particular in connection with changing the place of the child's residence, its movement, border crossing, registration of status (such as a child with no parental care, an internally displaced person, a person who received temporary protection, a refugee, etc.), as well as a possible appeal to the court in this regard.

This article defines the term “child” according to Ukrainian legislation. It is noted that the definition is age-based — these are people under the age of 18. The legislative division of children into “minors” and “underage” affects the scope of their rights and responsibilities.

Further on in the article, the powers of various authorities of Ukraine are determined, which stem from the need to protect the rights of children, especially those who are abroad, in particular in relation to interactions with the relevant authorities of the state where the children reside. It is noted who the legal representatives of the child are and what documents confirm the legal representation. Special attention is paid to the legal representation of children without parental care, along with the question of who

^{a)} Assoc. Prof., Head of the Private Law Department, National University of Kyiv Mohyla Academy, Ukraine.

^{b)} Assoc. Prof., National University of Kyiv Mohyla Academy, Ukraine.

can represent children if they move to areas where they have no legal guardians. It is noted that, under the conditions of martial law, the procedure for taking a child into family forms of placement (guardianship, care, foster family, etc.) has been significantly simplified.

Unlike the situation under usual conditions, representation in times of martial law is often accompanied by the need to take into account certain special rules introduced during the period of that state, and confirmation of authority can be complicated by actual circumstances (such as evacuation), or the specifics of the settlement of relations of a representative office abroad. At the same time, representation should be carried out with the maximum possible consideration of the best interests of the child.

Keywords: representation — legal representative — child — martial law

1. Introduction

Since the beginning of the active phase of Russia's armed aggression and the imposition of martial law in Ukraine, the issue of representing the interests of children has become of particular importance. The reason for this is not only the need for proper representation and protection of the rights and interests of internally displaced children (this has been fully established since 2014), but also the increase in the number of temporarily occupied territories, military (combat) areas. The said circumstances cause mass movement to safer regions of the country, or abroad, by children with no parental care as well as children who moved with their families or other people accompanying them. What constitutes the primary cause of the relocation is the extremely high risks to the life and health of children under martial law, and consequently, the significantly hampered possibility to ensure proper conditions for their living and development.

2. The concept of "child"

Before we touch upon the issue of representation of the child's rights, we will explore this concept from the point of view of Ukrainian law. The main normative acts define the concept in terms of age and this definition is used in all branches of Ukrainian law. In particular, part 1 of Article 6 of the Family Code of Ukraine (hereinafter referred to as: the FC of Ukraine) stipulates that a person before reaching adulthood has

the legal status of a child.¹ The same approach is stipulated in Article 1 of the Ukrainian Law on the Protection of Childhood, namely: “a child is a person under the age of 18 (adulthood), unless, according to the law applicable to him or her, he or she acquires the rights of an adult before that time.”²

There is a further division into “minors” and “underage persons”. Minors are considered to be children from birth to the age of 14. An underage individual is between the ages of 14 and 18. It should be noted here that the legislator sometimes uses the term “minor person”, for example, the Civil Code of Ukraine, though this is identical to the concept of a “minor child”.

This division into minors and underage persons affects the number of rights and obligations of the child in various spheres and, accordingly, to a certain extent, as well as the degree of representation in certain legal relations.

3. Representing the rights and interests of the child: General aspects

Representing the rights and interests of the child is important in relations concerning the change of a child's residence, his or her movement, border crossing, registration of status (such as a child deprived of parental care, internally displaced person, a person enjoying temporary protection, a refugee), etc. Also it is now urgent to be able to ensure that these children are protected against the risk of violence, exploitation, illegal adoption, abduction, sale or child trafficking. For this reason, it is essential to use the instruments that protect the rights of these children.³

It may be necessary to go to court in order to protect the rights of a child, and in the absence of parents due to the circumstances caused by armed aggression, or, for example, due to a conflict of interest with them, the child will need either the assistance of authorised bodies/persons to

¹ Family Code of Ukraine of 10 January 2002 – URL: № 2947-III – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text> [accessed: 10.07.2023].

² The Law of Ukraine on Protection of Childhood dated 26 April 2001, № 2402-III – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2402-14#Text> [accessed: 10.07.2023].

³ *Children from Ukraine – civil judicial cooperation* – URL: https://e-justice.europa.eu/38593/EN/children_from_ukraine__civil_judicial_cooperation [accessed: 10.07.2023].

represent his or her interests, or he or she would have to appear in court by themselves.

Problems also arise because of the documents concerning representation issued by illegal authorities in the temporarily occupied territories (bodies or persons that are created, elected or appointed in the order not provided for by the laws of Ukraine).

The situation is also difficult when children who have been arranged into family forms of education are moved (evacuated) to a safe area, but their legal representatives, for various reasons, are forced to stay in the temporarily occupied territory, in the areas of military (combat) actions, or even in captivity, etc. In the case of moving abroad together with legal representatives, there may be problems related to clarifying the scope of powers of such representatives, or, for example, with differences in the provisions of the legislation of the country of the child and the legal representative's residence with the relevant provisions of Ukrainian law.

For example, according to the Ministry of Social Policy of Ukraine, in general, the host countries have created all the necessary conditions to meet the needs of orphans, children deprived of parental care and other children from vulnerable categories who have been moved abroad. However, certain cases have been noted where temporary guardians were appointed from among citizens of the states to which children were temporarily moved, in accordance with the decisions of local courts and the separation of children on the basis of such decisions with foster families or other legal representatives appointed in accordance with the legislation of Ukraine, as a result of such decisions. There is also the problem of returning children from vulnerable categories who have been displaced abroad in connection with certain conflicts between the legislation of Ukraine and the legislation of the countries of temporary residence affecting the representation of the interests of such children, as a result of which legal representatives appointed in Ukraine are not able to protect the rights of the children.⁴ According to the Ministry of Foreign Affairs of Ukraine, as of 17 April 2023, foreign authorities made a decision to temporarily remove 215 Ukrainian children from their parents or legal representatives appointed by Ukrainian authorities, in particular, in Poland – 55 children, Germany – 50 children, Spain – 30 children, Italy – 17 children. In turn, 76 children have already returned to their legal representatives.⁵

In this regard, it is important to note certain amendments in the legislation of Ukraine, following the delineation of the indicated problems.

⁴ Source: <https://www.msp.gov.ua/news/22026.html> [accessed: 10.07.2023].

⁵ Ukrainian Parliament Commissioner for Human Rights Dmytro Lubinets, https://www.ombudsman.gov.ua/news_details/prichini-ta-plan-dij-yakshcho-v-yevropejskij-kray-ini-u-vas-viluchili-ditinu-poyasnyuye-ombudsman [accessed: 10.07.2023].

These amendments serve to clarify and determine which bodies and what powers should be implemented in the event of administrative or judicial authorities adopting decisions concerning the state of children's temporary residence, or in case of other circumstances leading to the inability to exercise the functions of protection and ensuring the rights of children by legal representatives who were duly authorised by the relevant authorities of Ukraine. Among these bodies are the Ministry of Foreign Affairs, foreign diplomatic institutions of Ukraine, the Ministry of Social Policy, the Ministry of Justice, as well as bodies directly involved in making decisions about the child, primarily in the matters of returning children to Ukraine (executive bodies of a city,⁶ town, village council, district, district state administration in Kyiv, district/regional military administration or national social service).

For example, foreign diplomatic institutions of Ukraine:

- take measures to protect the rights and representation of children's interests before they return to the legal representatives appointed in accordance with Ukrainian law, or transferring them to a person authorised to return them to Ukraine;
- issue documents certifying the identity and confirming the citizenship of the child, prepare documents and help in organising the return of the children to Ukraine in accordance with the procedure of returning to Ukraine the children deprived of parental care who are citizens of Ukraine;⁷
- report on such actions by the relevant authorities of the state where the children are temporarily residing;
- take measures to obtain full information on the decisions adopted by the administrative or judicial authorities of the state where the children are temporarily residing, in particular the appointment of a temporary guardian in that state. This can prevent the legal representatives, who have properly authorised the relevant authorities of Ukraine, from performing the functions to protect the rights of children;
- submit relevant information to the Ministry of Foreign Affairs, the National Social Service.

⁶ An important role in the protection of children in Ukraine is played by bodies for guardianship and care. In particular, they participate in legal proceedings related to the protection of minor children. Although Ukraine is not a member of the EU, the activity of such bodies fully complies with Article 76 Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019.

⁷ The procedure for returning to Ukraine the children deprived of parental care who are citizens of Ukraine, approved by the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated 23 April 2003 № 569 – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/569-2003-%D0%BF#Text> [accessed: 10.07.2023].

The Ministry of Foreign Affairs of Ukraine provides such actions through the foreign diplomatic institutions of Ukraine.

The Ministry of Social Policy, the Ministry of Justice, the Ministry of Foreign Affairs, the National Social Service of Ukraine, according to their relevant areas of competence, provide cooperation with the relevant authorities of the states where displaced (evacuated) children – citizens of Ukraine – temporarily reside.⁸

Special measures should also be taken concerning the interaction between authorised bodies. Thus, the Cabinet of Ministers of Ukraine established the Coordination Headquarters for the Protection of Children's Rights under Martial Law – a temporary advisory body of the Cabinet of Ministers of Ukraine, established to promote the coordination of the activities of central and local executive authorities, other state bodies, local governmental bodies on the protection of children's rights under a state of martial law. Among other things, it contributes to achieving and protecting the rights and interests of children who are living outside Ukraine, as well as their parents and other legal representatives.⁹

The interaction between the authorised bodies of all the concerned states will be carried out taking into account international acts (in the case of signing such acts, taking into account the applications and preventions), among other things, regarding the application of measures established by the Convention on Jurisdiction, the applicable law, the recognition, enforcement and cooperation on parental responsibility and measures of children's protection. This covers matters like guardianship, care and similar institutions,¹⁰ ensuring the effective observance and legality of the right to guardianship and access,¹¹ on renewing the custody

⁸ The Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated 7 July 2022 № 794 on Certain Issues of Returning of Children Who Are Temporarily Displaced outside (Evacuated from) Ukraine in Order to Receive Temporary Protection During Martial Law in Ukraine – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/794-2022-%D0%BF#Text> [accessed: 10.07.2023].

⁹ The Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated 17 March 2022 № 302 on the Establishment of the Coordination Staff for the Protection of Children's Rights under Martial Law – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/302-2022-%D0%BF#Text> [accessed: 10.07.2023].

¹⁰ The Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation on Parental Responsibility and Child Protection Measures from 19 October 1996 – URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/973_002#Text [accessed: 10.07.2023].

¹¹ The Convention on Civil Law Aspects of International Child Abduction from 25 October 1980 – URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_188#Text [accessed: 10.07.2023].

of children where applicable and legal cooperation between the relevant bodies of the contracting states.¹²

4. Legal representation

Coverage of issues of legal representation should begin with an overview of the people who are legal representatives under the legislation of Ukraine.

Thus, parents¹³ (adoptive parents) are legal representatives of their children, either minor or underage (part 1 of Article 242 of the Civil Code of Ukraine (hereinafter: the CC of Ukraine)).¹⁴ A child conceived and/or born in a marriage comes (descends) from the spouses (part 1 of Article 122 of the FC of Ukraine). It follows from Article 123 of the FC of Ukraine that the spouses are the parents of a child conceived as a result of using assisted reproductive technologies. The legislator sets out separate conditions for this, for example, written consent from the husband for the use of assisted reproductive technologies. The legislator also stipulates the rules for submitting an application by a couple who are not married, the mother, if the father cannot be established, or other individuals in cases determined by the legislation. According to the provisions of the Civil Code of Ukraine, parentage can also be established or recognised by court.

In Ukraine, the same approach is used as in the European Union, that it is the parents who are the main persons responsible for children, and thus are their representatives. However, in certain cases, parental responsibility for their children can be delegated. According to the HCCH 1996 Child Protection Convention the term “parental responsibility” includes parental authority, or any analogous relationship of authority determining the rights, powers, and responsibilities of parents, guardians

¹² The European Convention on the Recognition and Enforcement of Child Custody Decisions and on the Renewal of Child Custody from 20 May 1980 – URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_327#Text [accessed: 10.07.2023].

¹³ The legislator uses the term “parents” in plural. Thus, the question arises whether a single parent (mother or father) can represent child's interests. On the basis of analysis of legislation of Ukraine, in particular the FC of Ukraine, the CC of Ukraine and other laws, it is possible to insist that one of the parents can also represent child's interests. And in case of divorce, separate living – the parent with whom the child lives.

¹⁴ Civil Code of Ukraine dated 18 March 2004 № 1618-IV – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> [accessed: 10.07.2023].

or other legal representatives in relation to the person or the property of the child¹⁵).

Under part 1 of Article 121 of the FC of Ukraine, the rights and responsibilities of parents toward child are based on the origin of the child from them, which need to be certified by the state registration body that issues acts of civil status in the manner prescribed by Articles 122 and 125 of the FC of Ukraine. As a result of applying to the authorised body to register the birth of a child, an act recording civil status is drafted, which is indisputable proof of the facts, the registration of which is certified, until they are refuted in court (Article 9 of the Law of Ukraine on State Registration of Acts of Civil Status). State registration of the civil status act is documented in a certificate issued by the state registration body of acts of civil status (part 1 of Article 18 of the Law of Ukraine on State Registration of Acts of Civil Status¹⁶).

In the case of changes to the birth certificate (e.g., on the basis of a court decision on the recognition of maternity), a new birth certificate is issued (Article 134 of the FC of Ukraine). In cases when the original birth certificate was stolen, lost, damaged or destroyed, it is issued again (part 1 of Article 19 of the Law of Ukraine on State Registration of Acts of Civil Status). Since adoption is a procedure that is carried out as a part of separate proceedings in courts of general jurisdiction, the procedure of adoption is considered completed from the date of a relevant court decision entering into force. To make changes to the court record on the birth of an adopted child or an adult person, a copy of the court's decision must be sent to the state registration body of acts of civil status at the place where the decision was approved, and in cases where children are adopted by foreigners also to the authorised body of executive power (part 7 of Article 314 of the Civil Procedural Code of Ukraine¹⁷ (hereinafter: the CPC of Ukraine)).

This means that the main document confirming the (legal) capacity of parents (including adoptive parents) as legal representatives of the child is the birth certificate of the child, in addition to the court decision (if available). It should also be taken into account that short/abridged copies

¹⁵ Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children – URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=70> [accessed: 10.07.2023].

¹⁶ The Law of Ukraine on State Registration of Civil Status Acts dated 1 July 2010 № 2398-VI – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2398-17#Text> [accessed: 10.07.2023].

¹⁷ Civil Procedure Code of Ukraine dated 18 March 2004 № 1618-IV – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> [accessed: 10.07.2023].

can be obtained from the State Register of Acts of Civil Status, including information regarding the birth of a child and his or her parents (Article 11 of the Law of Ukraine on State Registration of Acts of Civil Status).

It should be noted that, in connection with the temporary occupation of certain territories of Ukraine, the issue of documents on the birth of a child by illegal authorities may occur. Thus, part 2 of Article 9 of the Law of Ukraine on Ensuring the Rights and Freedoms of Citizens, and the Legal Regime in the Temporarily Occupied Territory of Ukraine¹⁸ states that any bodies, their officials and officers in the temporarily occupied territory and their activities are considered illegal if these bodies or officials are created, elected or appointed in the manner not provided for by the Law of Ukraine.

However, in 2022, the article was amended to enumerate the exceptions to the general rule that any act (decision or document) issued by the occupation (Russian) authorities and/or persons provided for in part 2 of this article is invalid and does not create legal consequences. Exceptions to this rule are documents confirming the fact of birth, death, registration/dissolution of marriage of a person in the temporarily occupied territory, which are attached to the application for state registration of the corresponding act of civil status. Thus, a birth certificate issued by an illegal body will be considered valid, but the interpretation of this provision allows us to conclude that it is not a valid document per se (including confirmation of the legality of the representative office), but it is required to be attached to an application for state registration of the act of civil status and recognised as a proper document by the state registration bodies of acts of civil status to perform the appropriate registration action and issue a birth certificate in accordance with the legislation of Ukraine.

In turn, parents, as legal representatives, can instruct third parties to represent the interests of their children (e.g., according to part 3 of Article 59 of the Civil Procedure Code of Ukraine, legal representatives can entrust the conduct of the case in court to other persons) to accompany them, for example, children under the age of 16 are allowed to be left outside Ukraine if accompanied by individuals authorised by at least one of the parents with a written statement certified by the guardianship agency, without a notarised consent of the second parent and if there are documents on the basis of which the State Border Service of Ukraine will allow the state border to be crossed in accordance with the rules on

¹⁸ The Law of Ukraine on Ensuring the Rights and Freedoms of Citizens and the Legal Regime in the Temporarily Occupied Territory of Ukraine dated 15 April 2014 № 1207-VII – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1207-18#Text> [accessed: 10.07.2023].

crossing the state border by the citizens of Ukraine¹⁹ (Article 151 of FC of Ukraine), and to transfer them in order to be educated abroad.

In such cases, in order to determine the scope and content of the powers that the person authorised by legal representatives possesses, it should be familiar with the content of the relevant documents (e.g., a contract for legal assistance with a lawyer, a contract for participation in the upbringing of a child, a power of attorney or a written application). This may prove to be important in practice. For example, Mateusz Pilich indicates that in the situation of a mass influx of war refugees from Ukraine, Polish courts and public administration bodies – especially registry offices and social welfare centres – are currently very often faced with the need to assess who is a child's parent, who is entitled to parental authority and whether the possible custody of the child results in any limitation thereof.²⁰

Among the most common forms of arrangement for children with no parental care are custody and care. Guardians and carers are legal representatives of the children under their care. They are mostly individuals who are in a kinship relationship with the wards. In accordance with paragraph 42 of the Order of conduct by the guardianship institutions and custody of activities related to the protection of the rights of the child, matters like guardianship and care over the child is established by a decision of the local authority, namely, districts in the cities of Kyiv and the Sevastopol State Administration, the executive body of cities, district councils in the city (in case of formation), villages, and the settlement council of the united territorial community, in the presence of documents specified in paragraph 40 of the order,²¹ or the court. Thus, the main documents confirming the legal representation of a guardian or trustee are the decision of the relevant local governmental body or a court decision. In the latter case, the court may decide on the custody of a minor or an underage person if it is established during the case that the child is without parental care (Article 60 of the Civil Code of Ukraine).

¹⁹ The Rules of Crossing the State Border by Citizens of Ukraine, approved by The Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated 27 January 1995 № 57 (in the amended wording of the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated 25 August 2010 № 724 – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/164-2022-%D0%BF#Text> [accessed: 10.07.2023]).

²⁰ Mateusz Pilich: *Jurysdykcja i prawo właściwe dla stosunków między rodzicami a dzieckiem w relacjach polsko-ukraińskich*. “Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2022, Vol. 31, p. 8.

²¹ The Procedure of the implementation of guardianship and custody bodies related to the protection of the child's rights approved by The Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated 24 September 2008, № 866 – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/866-2008-%D0%BF#Text> [accessed: 10.07.2023].

The legal representatives of children with no parental care can also be foster parents of a family-type children's home. A family-type children's home is a separate family-type unit that is created at the request of a spouse or an individual who is not married, who takes on at least five orphans and children with no parental care to bring them up in his or her household (part 1 of Article 256⁻⁵ of the Family Code of Ukraine). Parents-educators of family-type children's homes are people who substitute for parents, they are legal representatives of their wards, and protect their rights and interests in front of public authorities, including judicial authorities, as guardians or carers without special powers. They cannot use their rights against the interests of the child.²² The relevant provision is also stipulated in part 4 of Article 256⁻⁵ of the Family Code of Ukraine. On the basis of the decision to create a family-type children's home, a contract is concluded between the foster parents and the institution that decides whether it should be established, the features of which, including during a state of emergency or martial law (e.g., the termination of the contract when refusing to evacuate), are determined by the Regulation on the family-type children's homes.²³

Foster parents are the legal representatives of foster children and act without special powers as guardians or carers in accordance with part 4 of Article 256⁻² of the Family Code of Ukraine. A foster family is a family that has voluntarily accepted to bring up from one to four orphans and children with no parental care (part 1 of Article 256⁻¹ of the Family Code of Ukraine) in their household. The procedure for creating a foster family is similar to that of a family-type children's home: the relevant institution makes a decision (e.g., the executive committee of the city council) and a contract for the arrangement of children in a foster family is concluded between the foster parents and the institution that decided that a foster family should be established.²⁴

Special attention should be paid to the legal regulation of relations in terms of representation under the conditions of martial law, in the event that the children are moved (evacuated from some area). Thus, in cases

²² Article 31 of The Law of Ukraine on Ensuring Organisational and Legal Conditions for the Social Protection of Orphans and Children Deprived of Parental Care dated 13 January 2005, № 2342-IV – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2342-15#Text> [accessed: 10.07.2023].

²³ The Regulation on family-type orphans approved by the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated 26 April 2002 № 564 On the approval of (as amended) – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/564-2002-%D0%BF#Text> [accessed: 10.07.2023].

²⁴ Article 256-4 of the Family Code of Ukraine, the Regulation on the Foster Family, approved by the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated 26 April 2002, № 565 – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/565-2002-%D0%BF#Text> [accessed: 10.07.2023].

of temporary movement (evacuation) within Ukraine to a place where there are no hostilities, or outside the borders of Ukraine, of children from round-the-clock stay institutions, then the head of the institution, or an accompanying person authorised by the head for the period of the temporary movement (evacuation from some areas) of children and individuals, is entrusted with the exercise of the powers of legitimate representatives of children and the performance of other duties determined by a special order.²⁵ This procedure sets out a wide range of institutions of various types, forms of ownership and subordination, that are subject to its action, as well as children and persons who can be temporarily moved (evacuated from some areas) and documents that should be issued, for example, an order on the temporary movement (evacuation from some areas) of children.

Special rules regarding the conduct of the heads of relevant institutions acting as legal representatives of the child follow directly from Article 30⁻¹ of the Law of Ukraine on the Protection of Childhood. This article regulates the protection of children who are in the zones of military operations and armed conflicts, as well as children who suffered as a result of armed hostilities and conflicts. Thus, the heads of the relevant institutions, employees who have been authorised by them, or anyone else appointed by the guardianship or custody authority, or the military administration/military-civilian administration at the location of the institution are legal representatives of such children, in particular if the head or the employee authorised by the head is removed from the duties or absent. The legislator limited their powers by excluding from that list the capacity to make actions on behalf and in the interest of the child related to housing and property rights, to consent to the adoption and the change of a child's citizenship. In addition, the legislator set the time limits for such a legal representation – before returning such a child to Ukraine or before their reunification with their family.

The provisions of the said article also apply to a foster parent, who is also the legal representative of the child, taking into account the above requirements and restrictions of Article 30⁻¹ of the Law of Ukraine on the Protection of Childhood.

At the same time, in accordance with the general rule, fostering a child concerns the temporary care, upbringing, and rehabilitation of

²⁵ The Order of temporary movement (evacuation) and provision of conditions for staying on the territory of Ukraine, where there are no hostilities, or outside Ukraine of the children and persons living or enrolled in institutions of different types, forms of ownership and submission to round-the-clock stay, approved by the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated 27 March 2022 № 385 – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/385-2022-%D0%BF#Text> [accessed: 10.07.2023].

a child in a foster family until the lapse of time when the child, the parents or other legal representatives overcome difficult life circumstances (part 1 of Article 252 of the FC of Ukraine) and due to the temporary and professional nature of such activities, it does not imply the establishment of a relationship of legal representation of the foster parents. However, for the period of martial law, or before the child's reunification with the family, these provisions of the law on legal representation should be taken into account. On the child joining a foster family, the guardianship and custody authority makes decisions/orders and concludes a contract on fostering a child, and during the introduction of a state of emergency or martial law in Ukraine alternative rules are effective for the decision of the guardianship and custody authority or the order of the head of the village, settlement, city council on the child joining the foster family, the extension of such a contract, etc.²⁶

It should be added that, under the conditions of martial law, the procedure of taking a child into the care/custody by relatives has been significantly simplified. The general procedure for establishing guardianship/custody of a child required a very large set of documents, which were almost impossible to collect under martial law. In addition, the legislation obliged the potential guardian/carer to take an education course at the local centre of social services for family, children and youth on bringing up such children, which further complicated the procedure for registering guardianship/custody. Currently, the list of documents that must be submitted for guardianship and caregiving has been reduced and the requirement for training has been removed.

The above applies only to the guardianship/custody procedure. At the same time, the procedure of adopting a child has not undergone any changes or simplification. It continues to be difficult and is implemented exclusively in court in accordance with the rules of Articles 310–314 of the Civil Procedure Code of Ukraine.²⁷ At the same time, restrictions have been introduced for Ukrainian citizens who temporarily or permanently

²⁶ Paragraphs 35–42 of the procedure order for the establishment and operation of the foster family, arrangement, stay of the child in the foster family, approved by the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated 20 August 2021 № 893 – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/893-2021-%D0%BF#Text> [accessed: 10.07.2023].

²⁷ I.V. Davydova holds the same opinion in her article: *Institute of Representation as an instrument of protection of another person interests under martial law*. “Legal Scientific Electronic Journal” 2022, No. 6, p. 509, DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/116>. Also S.S. Zhurilo and V.V. Vladyshevska draw attention to the issues of adoption under martial law and the simplification of the procedure of taking under guardianship/custody in their article *Protection of the rights and interests of the child under martial law*. “Precarpathian Law Journal” 2022, Vol. 43, No. 2, pp. 34–38, DOI <https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i2.1013> [accessed: 10.07.2023].

live (reside) outside the borders of Ukraine, as well as foreigners, to participate in the adoption process during martial law and within three months after its termination or cancellation. Exceptions include, for example, when the adoptive father/mother is a relative of the child, or where contact with the child through the National Social Service was established before the introduction of martial law in Ukraine.²⁸

5. Representation in court

According to the general rule, the rights of the child are protected in court by the child's legal representatives. If it is established during the proceedings that a minor or an underage person with no parental care does not have a legal representative, the court will establish a custody or guardianship under the submission of the guardianship and custody authority, appoint a guardian or trustee and involve them in proceedings as legal representatives (part 2 of Article 63 of the Civil Procedure Code of Ukraine). It should be noted that the court may appoint or replace a legal representative at the request of a minor or underage person, if it is in their best interests (part 4 of Article 63 of the Civil Procedural Code of Ukraine).

Paragraph 2 of part 1 of Article 1 of the Law of Ukraine on Free Legal Assistance provides a list of people who can be legal representatives. These are parents, foster parents, parents-caregivers, step-parents, guardians, carers and representatives of institutions that serve as guardians and carers.²⁹

Despite the fact that, according to Article 8 of this law, everyone under the jurisdiction of Ukraine has the right to free primary legal assistance under the Constitution of Ukraine and this law, people who have reached the age of majority still have to apply for free primary legal assistance, and in the case of appeals regarding children, they must be sent or submitted by their legal representatives (parts 1 and 2 of Article 10 of the

²⁸ Paragraph 134 of the Procedure order of providing the activity of adoption and supervision of the adopted children's rights, approved by the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated 8 October 2008, № 905 – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/905-2008-%D0%BF#Text> [accessed: 10.07.2023].

²⁹ The Law of Ukraine on Free Legal Assistance dated 2 June 2011 № 3460-VI – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17#Text> [accessed: 10.07.2023].

Law of Ukraine on Free Legal Assistance). This means, for example, that a minor cannot apply for such help independently.

However, the definition of a client, as set out in paragraph 7 of part 1 of Article 1 of the Law of Ukraine on the Bar and Legal Practice³⁰ does not contain any restrictions in terms of individuals, which implies that a client may be a minor, taking into account the legal capacity of a minor.

In this sense, it is interesting to look at the position of the Supreme Court and the opinion it formed in a case regarding the issue of a restrictive order. In this case, the court of first instance, referring to the Law of Ukraine on Prevention and Counteraction to Domestic Violence, pointed out a certain number of individuals who have the right to apply to the court with a statement about issuing a restrictive order against an offender in the case of domestic violence against a child, and the child itself is not entitled to apply personally to the court with the appropriate application. The appellate court returned the claim of the minor's lawyer because it had not remedied the shortcomings of the appellate claim on the provision of the contract for legal assistance.

As the appellate court established, which was confirmed by the case file, the original order issued by the lawyer and containing the signature of the lawyer was added as the confirmation of the powers to represent the interests of a minor by the lawyer. In this regard, the Supreme Court stated that the representative of the applicant – the attorney conducting the court case on behalf of a minor – has their authority confirmed by a warrant, which is the appropriate document confirming the authority to represent a person, in particular, to perform such a procedural action as filing and signing an appellate claim on behalf of a minor.

The Supreme Court, in essence, stated:

The court of appeal did not take into account that a minor who has reached the age of 14 may enter into an agreement with a lawyer only with the consent of the parents (adoptive parents) or guardians. However, the absence of such consent does not negate the legal consequences of concluding such a contract and granting the attorney with the authority of representation, except for cases where the contract is declared invalid in court.

In the case of representing a minor in court, the lawyer must provide the court with evidence of parental consent to conclude a contract for legal assistance. During the representation of a person who has reached the age of 14, the lawyer provides the court with documents confirming the authority on representation (a warrant and/or a power of attorney),

³⁰ The Law of Ukraine on Bar and the Legal Practice dated 5 July 2012 № 5076-VI – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text> [accessed: 10.07.2023].

without the need to submit the consent of the parents to conclude a contract with such a lawyer. At the same time, the court cannot demand the presentation of a contract for the provision of legal assistance to confirm the authority to represent a person who has reached the age of 14.

With reference to the European Convention on the Exercise of the Children's Rights of 1996, the Supreme Court stated that the European Convention on the Exercise of the Children's Rights regulates legal relations in the given case. The purpose of this convention is to give children procedural rights and to promote the exercise of these rights by ensuring the situation in which children are personally, or through other persons or bodies, informed and admitted to participate in the proceedings by the judicial authority in cases relating to them.

The European Convention on the Exercise of the Children's Rights notes in its Article 4 that, except as provided in Article 9, the child has the right to apply personally or through other individuals or bodies for the appointment of a special representative during the consideration by the judicial body of cases relating to it in situations where the internal legislation deprives the subjects of parental responsibility of the right to represent the child in a result of their conflict of interest with the latter (in the context noted in the international act, a special representative may be, in particular, a lawyer). Article 5 sets out, among other procedural rights, the right to request assistance from a certain person of their choice when expressing their own opinion; the right to request, independently or through other persons or bodies, for the appointment of a separate representative, and in appropriate cases an advocate; the right to appoint their own representative; and the right to implement all or some of the rights of parties in the process.

Therefore, these international acts, as having the highest interests of the child in mind, place the maximum obligation of the state, both at the legislative level and at the level of administrative and judicial protection to provide the child (a person under 18 years of age) to take direct part in cases of protection of their interests, especially in the presence of a conflict with the individuals holding parental responsibility, including the right to appoint/choose their own representative.³¹

The above-mentioned issues become especially important in cross-border issues. Based on the provisions of Article 5 and 6 of the 1996 HCCH on the Protection of Children³² administrative authorities of the Con-

³¹ The Resolution of the Supreme Court as a member of the Third Court Chamber of Judges of the Cassation Civil Court dated 16 June 2021 in case № 369/13467/20 – URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98267310> [accessed: 10.07.2023].

³² Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for

tracting State of the habitual residence of the child have jurisdiction to take measures directed to the protection of the child's person and thereby represent the interests of Ukrainian children in the country of their stay due to armed aggression.³³

6. Conclusions

The protection of children's rights under conditions of martial law includes the representation of their interests before the courts, the state and local bodies, to third parties both in Ukraine and abroad. In contrast to the usual conditions, representation in times of martial law is often accompanied by the need to take into account the special rules introduced during that period, as well as that the confirmation of authority can be complicated by transpiring events (such as evacuation) or the specific nature of regulating representation abroad. That is why the representation of the child's interests becomes even more important.

Legal representatives (parents, adoptive parents, guardians, carers, other individuals appointed in the manner and in the order prescribed by law) can represent the interests of children. The implementation of representation should be exercised with the maximum possible consideration of the child's best interests.

After more than a year from the moment of large-scale invasion, there is a palpable need in Ukraine to find the answers and remedies for resolving a number of questions in the international Law concerning the Ukrainian children's rights defense who were moved to the EU territory. At the same time, the work in this direction must be carried on, and specific attention have to be paid also to the thorny problem of representing and defending the rights of children who were forcibly deported to Russia.

the Protection of Children – URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=70> [accessed: 10.07.2023].

³³ Protecting the Rights of Ukrainian Children during [war] and in the post-war context – URL: <https://www.coe.int/en/web/kyiv/protecting-the-rights-of-ukrainian-children-during-and-in-post-war-context> [accessed: 10.07.2023].

Bibliography

- Children from Ukraine – civil judicial cooperation*, European Commission, 2023, https://e-justice.europa.eu/38593/EN/children_from_ukraine__civil_judicial_cooperation [last update: 10.07.2023].
- Civil Code of Ukraine dated 18 March 2004 № 1618-IV, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> [last update: 10.07.2023].
- Civil Procedure Code of Ukraine dated 18 March 2004 № 1618-IV, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> [last update: 10.07.2023].
- Convention on Civil Law Aspects of International Child Abduction from 25 October 1980, https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_188#Text [last update: 10.07.2023].
- Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation on Parental Responsibility and Child Protection Measures from 19 October 1996, https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/973_002#Text [last update: 10.07.2023].
- Council of Europe *Protecting the Rights of Ukrainian Children during and in post-war context*, Kyiv 2023, <https://www.coe.int/en/web/kyiv/protecting-the-rights-of-ukrainian-children-during-and-in-post-war-context> [last update: 10.07.2023].
- Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32019R1111> [last update: 10.07.2023].
- Davydova I.V.: *Institute of Representation as an instrument of protection of another person interests under martial law*. “Legal scientific electronic journal” 2022, No 6.
- European Convention on the Recognition and Enforcement of Child Custody Decisions and on the Renewal of Child Custody from 20 May 1980, https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_327#Text [last update: 10.07.2023].
- Family Code of Ukraine dated 10 January 2002, № 2947-III, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text> [last update: 10.07.2023].
- Law of Ukraine On Protection of Childhood, dated 26 April 2001, № 2402-III, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2402-14#Text> [last update: 10.07.2023].
- Law of Ukraine On State Registration of Civil Status Acts, dated 1 July 2010, № 2398-VI, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2398-17#Text> [last update: 10.07.2023].
- Law of Ukraine On Ensuring Civil Rights and Freedoms, and the Legal Regime on the Temporarily Occupied Territory of Ukraine dated 15 April 2014, № 1207-VII, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1207-18#Text> [last update: 10.07.2023].

- Law of Ukraine On Ensuring Organizational and Legal Conditions for the Social Protection of Orphans and Children Deprived of Parental Care, dated 13 January 2005, № 2342-IV, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2342-15#Text> [last update: 10.07.2023].
- Law of Ukraine On Free Legal Assistance, dated 2 June 2011, № 3460-VI, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17#Text> [last update: 10.07.2023].
- Law of Ukraine on the Bar and Legal Practice, dated 5 July 2012, № 5076-VI, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text> [last update: 10.07.2023].
- Pilich M.: *Jurysdykcja i prawo właściwe dla stosunków między rodzicami a dzieckiem w relacjach polsko-ukraińskich*. “Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2022, No 31.
- Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine On approval of the Procedure for returning to Ukraine the children deprived of parental care who are citizens of Ukraine, dated 23 April 2003, № 569, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/569-2003-%D0%BF#Text> [last update: 10.07.2023].
- Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine *Certain issues of returning of children who are temporarily moved (evacuated) outside Ukraine in order to receive temporary protection during martial law in Ukraine*, dated 7 July 2022, № 794, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/794-2022-%D0%BF#Text> [last update: 10.07.2023].
- Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine On the Establishment of the Coordination Staff for the Protection of Children's Rights under Martial Law, dated 17 March 2022, № 302, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/302-2022-%D0%BF#Text> [last update: 10.07.2023].
- Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine On Approval of the Rules of crossing the state border by citizens of Ukraine, dated 27 January 1995 № 57 (in the editorship of the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated 25 August 2010 № 724), <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/164-2022-%D0%BF#Text> [last update: 10.07.2023].
- Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine On Procedure of the implementation of guardianship and custody bodies related to the protection of the child's rights, dated 24 September 2008, № 866 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/866-2008-%D0%BF#Text> [last update: 10.07.2023].
- Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine On approval of the Regulation on family-type orphans (as amended), dated 26 April 2002, № 564, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/564-2002-%D0%BF#Text> [last update: 10.07.2023].
- Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine On approval of the Foster Family Regulations” (as amended), dated 26 April 2002, № 565, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/565-2002-%D0%BF#Text> [last update: 10.07.2023].
- Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine On approval of the Order of temporary movement (evacuation) and provision of conditions for staying on the territory of Ukraine, where there are no hostilities, or outside Ukraine of the children and persons living or enrolled in institutions of different types, forms of ownership and submission to round-the-clock stay, dated 27 March

2022, № 385, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/385-2022-%D0%BF#Text> [last update: 10.07.2023].

Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine On Procedure for the establishment and operation of a foster family, arrangement, stay of the child in the foster family, dated 20 August 2021, № 893, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/893-2021-%D0%BF#Text> [last update: 10.07.2023].

Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine On approval of the Procedure of providing the activity of adoption and supervision of the adopted children's rights, dated 8 October 2008, № 905, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/905-2008-%D0%BF#Text> [last update: 10.07.2023].

Resolution of the Supreme Court as a member of the Third Court Chamber of Judges of the Cassation Civil Court dated 16 June 2021 in case № 369/13467/20, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98267310> [last update: 10.07.2023].

The government settled the return of children displaced abroad from vulnerable categories in cases of contradictions regarding the legal representation of their interests, Kyiv, 2022, <https://www.msp.gov.ua/news/22026.html> [last update: 10.07.2023].

Ukrainian Parliament Commissioner for Human Rights Dmytro Lubinets, https://www.ombudsman.gov.ua/news_details/prichini-ta-plan-dij-yakshcho-v-yevropejskij-krayini-u-vas-viluchili-ditinu-poyasnyuye-ombudsman [last update: 10.07.2023].

Zhurilo S.S., Vladyshevska V.V.: *Protection of the rights and interests of the child under martial law*. "Precarpathian Law Journal" 2022, Issue 2(43).



Katarzyna Pokryszka^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0003-4975-7496>

Mediacja ewaluatywna w sprawach gospodarczych w prawie polskim z perspektywy prawa Unii Europejskiej i prawa międzynarodowego

Abstract: The 2015 amendment to the Polish Civil Procedure Code provided a legal basis for the evaluative mediation. The amendment intends to improve the effectiveness of mediation in civil and commercial cases in Poland. The aim of the article is to analyse the premises for conducting evaluative mediation under Polish law in the light of the provisions of international law and European Union law, which set forth the standards for conducting mediation in business disputes. The article discusses the concepts of facilitative and evaluative mediation and points out the controversies that may arise against the background of the application of evaluative techniques from the point of view of the basic principles of mediation as a dispute settlement method. The author focuses on the interpretation of the definitions of mediation. She presents fundamental principles of mediation as enshrined in the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018) and the EU Directive 2008/52 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, considering them as a point of reference for the analysis of the conditions enabling the mediator to propose to the parties the methods of resolving the dispute that have been adopted in Polish law.

Keywords: ADR — Alternative Dispute Resolution — mediation — evaluative mediation — facilitative mediation

^{a)} Dr hab., prof. UŚ, Uniwersytet Śląski w Katowicach.

1. Wprowadzenie

Alternatywne metody rozwiązywania sporów (Alternative Dispute Resolution — ADR)¹ jako sposoby rozwiązywania konfliktów prawnych zaczęły zyskiwać zastosowanie w latach siedemdziesiątych XX w. w Stanach Zjednoczonych, od początku budząc kontrowersje zarówno pod względem znaczenia pojęcia ADR, jak i samych form rozwiązywania i rozstrzygnięcia sporów, które powinny być nim objęte². Najczęściej mianem ADR określa się szerokie spektrum metod, których podstawowym celem jest rozwiązanie sporu przy pomocy neutralnej i bezstronnej osoby trzeciej, a cechą wspólną — umożliwienie stronom wykorzystania dla realizacji tego celu procedur alternatywnych wobec postępowania sądowego³.

¹ Alternative Dispute Resolution — alternatywne metody rozwiązywania sporów — jest najbardziej popularnym i najczęściej stosowanym w literaturze rozwinięciem akronimu ADR, które nawiązuje do „alternatywnego” charakteru tych metod rozwiązywania sporów wobec możliwości rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu przed sądem powszechnym. W literaturze przedstawia się jednak także inne propozycje rozwinięcia skrótu ADR, które podkreślają specyficzne cechy tych metod. Z uwagi na charakterystyczne cechy metod ADR proponowane jest m.in. przyjęcie nazw: Amicable Dispute Resolution, która nawiązuje do pojednawczego charakteru metod ADR; Appropriate Dispute Resolution, która wskazuje na to, że metody ADR powinny uwzględniać potrzeby i interesy stron oraz charakter sporu; Assisted Dispute Resolution, która kładzie nacisk na specyficzną dla metod ADR pomoc osoby trzeciej w rozwiązaniu sporu. Zob. R. Morek, *ADR — w sprawach gospodarczych*, C.H. Beck, Warszawa, 2004, s. 1—2, 5; E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym — zastosowanie w Europie i w Polsce*, C.H. Beck, Warszawa, 2007, s. 8—10; A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów w USA*, Wydawnictwo UMCS, Lublin, 1993, s. 85—87; A. Zienkiewicz, *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce*, Difin, Warszawa, 2007, s. 24 i powołana przez Autorów literatura.

² R. Morek, *ADR — w sprawach gospodarczych...*, s. 1—6; E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym...*, s. 4, 7, 10; R. Morek, *Wprowadzenie*, w: *Mediacje. Teoria i praktyka*, red. R. Morek, E. Gmurzyńska, Wolters Kluwer, Warszawa, 2014, s. 23—24; A. Mól, *Pojęcie i znaczenie alternatywnych metod rozstrzygnięcia sporów (ADR)*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2001, nr 12, s. 29—30.

³ R. Morek, *ADR — w sprawach gospodarczych...*, s. 1; A. Mól, *Pojęcie i znaczenie alternatywnych metod...*, s. 29. Analiza wskazywanych w literaturze metod ADR znacznie wykracza poza ramy tematyczne tego artykułu. Warto jednak zwrócić uwagę, że jedną z najistotniejszych wymienianych cech alternatywnych metod rozwiązywania sporów, która pozwala na ich odróżnienie od postępowania sądowego, jest oparcie metod ADR wyłącznie lub w przeważającej części na elementach koncyliacyjnych. Zgodnie z tym kryterium do podstawowych form ADR zalicza się przede wszystkim mediację i koncyliację. Zastosowanie tego kryterium prowadzi natomiast do wyłączenia arbitrażu z katalogu metod zaliczanych do ADR. Zob. K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska, *Mediacja w sprawach gospodarczych*, w: *System Prawa Handlowego*, red. S. Włodyka, T. 7, *Postępowanie sądowe w sprawach cywilnych z udziałem przedsiębiorców*, red. T. Wiśniewski,

Analizując pojęcie ADR w kontekście metod „alternatywnych”, warto jednak podkreślić, że aktualnie alternatywnych metod rozwiązywania sporów nie postrzega się jako metod konkurencyjnych wobec państwowego wymiaru sprawiedliwości. Są one traktowane jako instytucje, których podstawowym zadaniem jest uzupełnianie i wspieranie sądowego rozstrzygnięcia sporów. Z tego względu w doktrynie i praktyce prawniczej określane są mianem *Complementary Forms of Justice*⁴. Za podstawową metodę ADR, zwłaszcza w Unii Europejskiej, uznaje się mediację⁵, w literaturze określaną z tego powodu jako „królową ADR”⁶. W doktrynie oraz w systemach prawnych państw, które wprowadziły prawną regulację mediacji, konstruowane są różne jej definicje⁷. Ich analiza prowadzi jednak do wniosku, że w istocie stanowią one „warianty” wspólnej, uniwersalnej definicji mediacji, której konstrukcja opiera się na wskazaniu

C.H. Beck, Warszawa, 2013, s. 327—328. Pogląd taki prezentują m.in.: M. Piers, *Europe's Role in Alternative Dispute Resolution: Off to a Good Start?*, „Journal of Dispute Resolution” 2014, issue 2, s. 272—273, <https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2014/iss2/5/> [Dostęp: 14.02.2023 r.]; A. Mól, *Pojęcie i znaczenie alternatywnych metod...*, s. 29; R. Morek, *ADR — w sprawach gospodarczych...*, s. 1—4. W literaturze prezentowany jest także pogląd odmienny, którego zwolennicy uznają, że pojęcie ADR powinno być używane dla określenia alternatywnych metod rozwiązywania i rozstrzygnięcia sporów, które obejmują także arbitraż. Zob. K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska, *Mediacja w sprawach gospodarczych...*, s. 327—328. Zwolennikami takiego podejścia do pojęcia ADR w literaturze polskiej są przede wszystkim: A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 24—27, 54—60; A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów...*, s. 119—123; E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym...*, s. 10—11 i powołana przez Autorów literatura.

⁴ A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 16, 227—231; A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Mediacja sądowa i pozasądowa. Zarys wykładu*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa, 2014, s. 39; K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska, *Mediacja w sprawach gospodarczych...*, s. 328 i powołana przez Autorów literatura. Zob. także E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym...*, s. 9.

⁵ M. Białecki, *Mediacja w postępowaniu cywilnym*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa, 2012, s. 35 i powołana przez Autora literatura; K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska, *Mediacja w sprawach gospodarczych*, s. 329. Zob. także C. Esplugues, *Civil and Commercial Mediation in the EU after the transposition of Directive 2008/52/EC*, in: *Civil and Commercial Mediation in Europe: Cross Border Mediation*, vol. II, ed. C. Esplugues, Intersentia, Cambridge—Antwerp—Portland, 2014, s. 492; E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym...*, s. 11.

⁶ M. Białecki, *Mediacja w postępowaniu cywilnym...*, s. 35; R. Morek, *ADR — w sprawach gospodarczych...*, s. 75 i powołana przez Autora literatura.

⁷ Przegląd definicji mediacji zob. E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym...*, s. 30—31; M. Białecki, *Mediacja w postępowaniu cywilnym...*, s. 34—35; K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska, *Mediacja w sprawach gospodarczych...*, s. 330—332.

podstawowych cech tej metody rozwiązywania sporów⁸. Na podstawie ich analizy w literaturze proponuje się wprowadzenie tzw. złotych zasad mediacji (pięciu konstytutywnych cech mediacji), do których zalicza się: dobrowolność, poufność, bezstronność, neutralność i akceptowalność⁹. Jako istotne cechy mediacji podkreśla się również odformalizowany charakter jej procedury i związaną z tym jej elastyczność, a także szybkość i relatywnie niskie koszty postępowania. Specyficzną cechą mediacji jest ponadto możliwość zachowania przez strony kontroli nad organizacją i tokiem postępowania mediacyjnego oraz posiadanie przez nie wpływu na wybór mediatora¹⁰. „Złote zasady mediacji” określają istotę tej pozasądowej metody rozwiązywania sporu, a przy tym mają zastosowanie bez względu na jego przedmiot¹¹.

Trzeba podkreślić, że specyficzne cechy mediacji oraz będąca ich konsekwencją możliwość utrzymywania przez strony kontaktu również po zakończeniu konfliktu¹², a także szybkość, elastyczność i ekonomiczna efektywność postępowania mediacyjnego (czyli jego znacznie niższe koszty w porównaniu z tradycyjnym postępowaniem sądowym) zdecydowały o uznaniu mediacji za jedną z najbardziej atrakcyjnych dla przedsiębiorców metod rozwiązywania sporów gospodarczych¹³.

Dostrzeżenie korzyści, które wiążą się z zastosowaniem mediacji jako alternatywnej dla postępowania sądowego metody rozwiązywania sporów gospodarczych, spowodowało wzrost zainteresowania uregulowaniem mediacji w prawie międzynarodowym, w prawie Unii Europejskiej, a także w krajowych porządkach prawnych. W prawie polskim znalazło

⁸ K.J. Hopt, F. Steffek, *Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues*, in: *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*, eds. K.J. Hopt, F. Steffek, Oxford University Press, Oxford, 2013, s. 11.

⁹ K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska, *Mediacja w sprawach gospodarczych...*, s. 335; M. Białecki, *Mediacja w postępowaniu cywilnym...*, s. 43; A. Budniak-Rogała, *Mediacja w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego ustawą z 10 września 2015 r. a realizacja zasad postępowania mediacyjnego*, w: *Postępowanie cywilne w dobie przemian*, red. I. Gil, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017, s. 364—365.

¹⁰ K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska, *Mediacja w sprawach gospodarczych...*, s. 335.

¹¹ M. Białecki, *Mediacja w postępowaniu cywilnym...*, s. 43.

¹² C. Esplugues, *Civil and Commercial Mediation in the EU after the transposition of Directive 2008/52/EC...*, s. 492. Zob. także A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Mediacja w sprawach gospodarczych jako narzędzie wspierające sukces w biznesie*, Difin, Warszawa, 2020, s. 66—67, 86.

¹³ M. Makiela, *Mediacja gospodarcza*, w: *Mediacja w praktyce mediatora i pełnomocnika*, red. C. Rogula, A. Zemke-Górecka, Wolters Kluwer, Warszawa, 2021, s. 399, 401—402; R. Morek, *ADR — w sprawach gospodarczych...*, s. 79. Na temat zastosowania mediacji w rozwiązywaniu sporów związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej zob. A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Mediacja w sprawach gospodarczych jako narzędzie...*, s. 66—67, 86.

to odzwierciedlenie we wprowadzeniu regulacji mediacji w kodeksie postępowania cywilnego w 2005 r.¹⁴ Po kilku latach obowiązywania tych przepisów, na podstawie doświadczeń praktycznych związanych z ich stosowaniem, w doktrynie zaczęto przedstawiać postulaty dotyczące możliwości prowadzenia mediacji przez mediatorów w taki sposób, który pozwoli im na udzielenie stronom merytorycznego wsparcia w dążeniu do zawarcia ugody¹⁵. W celu poprawy skuteczności postępowań mediacyjnych w sprawach gospodarczych polski ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie w 2015 r. przepisów dających podstawy do stosowania jednego z najbardziej kontrowersyjnych rodzajów mediacji — tzw. mediacji ewaluatywnej, która polega na przyjęciu przez mediatora aktywnej postawy w procesie mediacji, która może wiązać się z przedstawieniem stronom oceny ich sytuacji prawnej, a nawet wskazaniem propozycji zawarcia ugody¹⁶. Uzasadniając wybór tematyki niniejszego opracowania, warto także podkreślić, że umożliwiając *expressis verbis* prowadzenie mediacji ewaluatywnej na podstawie przepisów k.p.c., ustawodawca wskazał, że inspiracją dla przyjęcia tych regulacji była definicja mediacji przyjęta w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych¹⁷.

Celem niniejszego artykułu jest analiza pojęcia mediacji ewaluatywnej oraz przesłanek i zasad jej prowadzenia w prawie polskim w świetle

¹⁴ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. 2023, poz. 1550 ze zm.) [dalej: k.p.c.]. Przepisy dające podstawę prowadzenia mediacji (art. 183.1—183.15 k.p.c.) wprowadzone zostały do regulacji k.p.c. mocą ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2005, nr 172, poz. 1438) [dalej: nowelizacja k.p.c. z 2005 r.].

¹⁵ T. Cyrol, *Facylitacja a koncyliacja — jak mediować, aby robić to skutecznie*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2013, nr 3, s. 24—25, 26—28.

¹⁶ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów, s. 14—15, Sejm VII kadencji, druk nr 3432, 22.05.2015, <https://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3432> [Dostęp: 14.05.2023 r.] [dalej: uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r.]. Przepisy dające podstawę prowadzenia mediacji ewaluatywnej (art. 183.3a k.p.c.) wprowadzone zostały do regulacji k.p.c. mocą ustawy z dnia 10 września 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów (Dz.U. 2015, poz. 1595) [dalej: ustawa nowelizująca k.p.c. z 2015 r.].

¹⁷ Uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 15. Zob. także A. Budniak-Rogala, *Mediacja w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego...*, s. 387; E. Stefańska, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I, Art. 1—477.16, red. M. Manowska, Wolters Kluwer, Warszawa, 2021, s. 659. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych, Dz.Urz. UE L 136 z 24.05.2008, s. 3—8 [dalej: Dyrektywa 2008/52].

przepisów prawa międzynarodowego i prawa Unii Europejskiej. Zagadnienia te przedstawione zostaną na tle regulacji Ustawy Modelowej UNCITRAL z 2018 r. o międzynarodowej mediacji gospodarczej i międzynarodowych ugodach zawartych w drodze mediacji¹⁸ oraz Dyrektywy 2008/52/WE. Wybór tych aktów prawnych podyktowany został faktem, że wywarły one znaczący wpływ na rozwój przepisów prawa państw Unii Europejskiej oraz państw należących do ONZ w zakresie regulacji mediacji w sprawach cywilnych i gospodarczych i uznawane są one za dwa najistotniejsze akty prawne o międzynarodowym zasięgu, które zdeterminowały rozwój regulacji dotyczących mediacji w pierwszej dekadzie XXI w.¹⁹ Państwa członkowskie UE miały obowiązek wprowadzenia przepisów umożliwiających wykonanie postanowień Dyrektywy 2008/52 przed dniem 20 maja 2011 r., a uchwalenie i implementacja tej dyrektywy stanowią kamień milowy w rozwoju prawa Unii Europejskiej i prawa krajowego wielu jej państw członkowskich w zakresie ADR²⁰. Ustawa Modelowa UNCITRAL (2018) została przyjęta w celu zapewnienia stosowania jednolitych zasad postępowania mediacyjnego i wprowadza ona wzorcowe w tym zakresie uregulowania, których inkorporowanie do wewnętrznych

¹⁸ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018) (amending the Model Law on International Commercial Conciliation, 2002) [dalej: Ustawa Modelowa UNCITRAL (2018)]. Ustawa Modelowa UNCITRAL (2018) jest zmienioną i uzupełnioną wersją Ustawy Modelowej z 2002 r., która jednak w swym tytule oraz treści wskazuje mediację (zamiast jak Ustawa Modelowa z 2002 r. koncyliację) jako rekomendowaną pozasądową metodę rozstrzygania sporów, podkreślając, że obydwa te pojęcia mogą być używane zamiennie, a zmiana terminologii miała na celu jedynie dostosowanie nazewnictwa stosowanego w przepisach Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018) do współczesnych standardów. Zob. UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018), UNITED NATIONS, Vienna, 2022, s. vii—viii, 13, 14—16, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/22-01363_mediation_guide_e_ebook_rev.pdf [Dostęp: 15.01.2023 r.] [dalej: UNCITRAL Model Law (2018) Guide to Enactment and Use]. Ustawa Modelowa UNCITRAL (2018) stanowi także uzupełnienie Konwencji Narodów Zjednoczonych o Międzynarodowych Ugodach Zawieranych w drodze Mediacji (the United Nations Convention on International Settlement Agreements resulting from Mediation), znanej także jako „Konwencja z Singapuru dotycząca Mediacji” („Singapore Convention on Mediation”), która została przyjęta 20 grudnia 2018 r., a jej celem było stworzenie jednolitych ram prawnych umożliwiających transgraniczne wykonywanie ugód zawartych w wyniku mediacji w sprawach gospodarczych o międzynarodowym charakterze (art. 1, 3 „Singapore Convention on Mediation”). Zob. UNCITRAL Model Law (2018) Guide to Enactment and Use, s. 58; <https://uncitral.un.org/en/texts/mediation> [Dostęp: 7.01.2024 r.].

¹⁹ K.J. Hopt, F. Steffek, *Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues...*, s. 107.

²⁰ Ibidem, s. 6—7. Zob. także art. 12 Dyrektywy 2008/52.

porządków prawnych jest rekomendowane państwom ONZ²¹. Zmierza ona do harmonizacji przepisów dotyczących mediacji w międzynarodowych sporach gospodarczych, a chociaż nie ma charakteru wiążącego i jej inkorporacja pozostaje w gestii ustawodawców krajowych, dla których Ustawa Modelowa UNCITRAL (2018) może stanowić inspirację do wprowadzenia nowych lub zmiany aktualnych przepisów, to wzorowane na jej regulacjach rozwiązania zostały przyjęte w porządkach prawnych wielu państw Europy i świata²². Regulacje Dyrektywy 2008/52 oraz Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018) określają uniwersalne kanony postępowania mediacyjnego w sprawach gospodarczych w sporach o charakterze transgranicznym. Warto jednak podkreślić, że państwa członkowskie mogą stosować przepisy obydwu tych aktów prawnych również do regulacji mediacji w sporach krajowych²³. Z tego względu interesująca może wydawać się analiza zasad prowadzenia mediacji ewaluatywnej wprowadzonych w prawie polskim w świetle standardów postępowania mediacyjnego przyjętych w prawie Unii Europejskiej oraz w przepisach Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018).

²¹ Inkorporując przepisy Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018) do wewnętrznych porządków prawnych, państwa mogą jednak dokonywać modyfikacji regulacji ustawy modelowej lub zrezygnować z wprowadzenia poszczególnych jej przepisów. Ponadto, z uwagi na fakt, że Ustawa Modelowa UNCITRAL (2018) nie jest konwencją międzynarodową, państwa, które zdecydują się na wprowadzenie przepisów wzorowanych na jej regulacjach, nie są zobowiązane do notyfikowania tego faktu Organizacji Narodów Zjednoczonych ani innym państwom. Zob. UNCITRAL Model Law (2018) Guide to Enactment and Use, s. 18–19.

²² K.J. Hopt, F. Steffek, *Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues...*, s. 8–9, 107. Przepisy oparte na regulacjach Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018) lub inspirowane nimi zostały aktualnie przyjęte w 33 państwach reprezentujących łącznie 46 jurysdykcji. Lista państw, które wprowadziły przepisy oparte na regulacjach Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018), dostępna jest na stronie internetowej UNCITRAL i jest stale aktualizowana: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_conciliation/status [Dostęp: 11.06.2023 r.].

²³ W postanowieniach pkt 8 Preambuły Dyrektywy 2008/52 ustawodawca unijny podkreślił, że przepisy Dyrektywy 2008/52 „powinny mieć zastosowanie wyłącznie do mediacji w sporach o charakterze transgranicznym, lecz nic nie powinno uniemożliwiać państwom członkowskim stosowania takich przepisów również do postępowania mediacyjnego w sprawach krajowych”. Zob. R. Morek, *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/EC z 21.5.2008 r. o niektórych aspektach mediacji w sprawach cywilnych i handlowych: nowy etap rozwoju mediacji w Europie*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2008, nr 3, s. 97. W przypisach do art. 3 Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018) wyjaśniono natomiast, że państwa mają możliwość zastosowania przepisów Sekcji 2 tej ustawy, dotyczącej międzynarodowej mediacji gospodarczej, do regulacji mediacji zarówno krajowych, jak i międzynarodowych.

2. Mediacja facylitatywna i mediacja ewaluatywna jako podstawowe modele prowadzenia mediacji

Wraz ze wzrostem zainteresowania zastosowaniem mediacji w sprawach cywilnych i gospodarczych w doktrynie prawniczej, zwłaszcza w Stanach Zjednoczonych, rozpoczęła się też dyskusja dotycząca praktycznych aspektów jej prowadzenia i związanych z tym rodzajów mediacji oraz ewentualnych zagrożeń, jakie rozwijające się modele mediacji mogą stwarzać dla podstawowych zasad, które decydują o jej istocie, w tym przede wszystkim dla zasady autonomii stron i ich świadomego udziału w mediacji oraz neutralności i bezstronności mediatora. Dyskusję tę zapoczątkował L.L. Riskin, który w swoim artykule poświęconym technikom i strategiom stosowanym przez mediatorów wyróżnił dwa podstawowe podejścia do prowadzenia mediacji — mediację facylitatywną (*facilitative mediation*) i mediację ewaluatywną (*evaluative mediation*)²⁴. Warto

²⁴ E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym...*, s. 39—40; eadem, *Rodzaje mediacji*, w: *Mediacje. Teoria i praktyka*, red. R. Morek, E. Gmurzyńska, Wolters Kluwer, Warszawa, 2014, s. 177. Na temat mediacji facylitatywnej i ewaluatywnej w literaturze zagranicznej zob. w szczególności L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, „Harvard Negotiation Law Review” 1996, vol. 1, no. 7, s. 7—51, <https://ssrn.com/abstract=1506684> [Dostęp: 15.12.2022 r.]; M. Brink, *Evaluative Mediation (Part I), an Analysis*, „Corporate Mediation Journal” 2021, no. 1, s. 12—19, https://www.elevenjournals.com/tijdschrift/cmj/2021/1/CMJ_2542-4602_2021_005_001_004 [Dostęp: 15.12.2022 r.]; idem, *Evaluative Mediation (Part II), Deployment*, „Corporate Mediation Journal” 2021, no. 2, s. 31—39, https://www.elevenjournals.com/tijdschrift/cmj/2021/2/CMJ_2542-4602_2021_005_002_002 [Dostęp: 15.12.2022 r.]; D. Golann, *Variations in Mediation: How-and Why — Legal Mediators Change Styles in the Course of a Case*, „Journal of Dispute Resolution” 2000, vol. 1, s. 41—61, <https://ssrn.com/abstract=1309771> [Dostęp: 15.12.2022 r.]; J.B. Stulberg, *Facilitative versus Evaluative Mediator Orientations: Piercing the „Grid” Lock*, „Florida State University Law Review” 1997, vol. 24, no. 4, s. 985—1005, https://ir.law.fsu.edu/lr/vol24/iss4/7/?utm_source=ir.law.fsu.edu%2F1r%2Fvol24%2Fiss4%2F7&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages [Dostęp: 15.12.2022 r.]; D. Quek, *Facilitative Versus Evaluative Mediation: Is There Necessarily a Dichotomy?*, „Asian Journal on Mediation” 2013, s. 66—75, <https://ssrn.com/abstract=2889142> [Dostęp: 15.12.2022 r.]. Na temat mediacji ewaluatywnej i facylitatywnej w literaturze polskiej zob. w szczególności R. Morek, *ADR — w sprawach gospodarczych...*, s. 75—76; M. Bialecki, *Mediacja w postępowaniu cywilnym...*, s. 55—56; T. Cyrol, *Facylitacja a koncyliacja...*, s. 21—28; A. Budniak-Rogala, *Mediacja w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego...*, s. 386—387; J. Plis, *Rodzaje mediacji*, w: *Zarys metodyki pracy mediatora w sprawach cywilnych*, red. A.M. Arkuszewska, J. Plis, Lex a Wolter Kluwer business, Warszawa, 2014, s. 63—64; M. Myślińska, *Mediator w polskim porządku prawnym*, C.H. Beck, Warszawa, 2018, s. 112—118.

zwrócić uwagę, że zaproponowany przez L.L. Riskina podział na mediację facylitatywną i ewaluatywną odnosi się nie do rodzajów czy typów mediacji, ale do strategii przyjmowanej przez mediatora oraz stosowanych przez niego technik prowadzenia mediacji²⁵. Pod pojęciem strategii L.L. Riskin rozumiał przyjmowany przez mediatora plan prowadzenia mediacji odzwierciedlający jego podejście do sposobu, w jaki powinien zostać osiągnięty cel, którym jest pomoc stronom w rozwiązaniu sporu (*orientation towards mediation*). Mianem technik natomiast L.L. Riskin określał pewne sposoby zachowania lub działania (*particular moves or behaviors*), które mediator podejmuje po to, by zrealizować przyjętą strategię prowadzenia mediacji²⁶.

Mediacja facylitatywna w literaturze określana jest również mianem mediacji klasycznej²⁷. W tego typu mediacji mediator koncentruje się na pomocy stronom w samodzielnym wypracowaniu porozumienia poprzez ułatwianie im samego procesu komunikacji, w szczególności przez łagodzenie emocji, udzielenie stronom wsparcia we właściwym sformułowaniu propozycji oraz kontrolę przestrzegania przyjętych zasad dyskusji. W literaturze wskazuje się, że istotą mediacji facylitatywnej jest odpowiedzialność mediatora za sam proces, a stron — za jego wynik²⁸. Realizując strategię, którą L.L. Riskin definiował jako „Facilitative-Narrow”, mediator zmierza do tego, by strony miały świadomość silnych i słabych aspektów swoich żądań oraz konsekwencji braku rozwiązania sporu. Mediacja facylitatywna prowadzona jest jednak z założeniem, że obowiązek podjęcia decyzji dotyczącej zawarcia ugody spoczywa wyłącznie na stronach. Z tego

²⁵ L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 23—35.

²⁶ Ibidem, s. 23—26. L.L. Riskin wyodrębnił cztery podstawowe podejścia mediatora do prowadzenia mediacji (The Four Orientations: Strategies and Techniques), których wskazanie opiera się na rozumieniu przez mediatora jego roli w mediacji i sposobu realizacji celu, którym jest pomoc stronom w rozwiązaniu sporu, a także na analizie założeń, które mediator przyjmuje w stosunku do oczekiwań stron wobec mediacji. Z określonym podejściem mediatora do mediacji wiąże się przyjęcie odpowiedniej strategii jej prowadzenia oraz zastosowanie charakterystycznych dla tej strategii technik. Wyodrębnione przez L.L. Riskina „podejścia” do mediacji, z którymi wiąże się przyjęcie określonych strategii i technik, to: „Evaluative-Narrow”, „Facilitative-Narrow”, „Evaluative-Broad” i „Facilitative-Broad”. Zob. L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 24—35. Zob. także A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 176—181.

²⁷ E. Gmurzyńska, *Rodzaje mediacji...*, s. 177; eadem, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym...*, s. 43—44; M. Białecki, *Mediacja w postępowaniu cywilnym...*, s. 55; M. Myślińska, *Mediator w polskim porządku prawnym...*, s. 112; J. Plis, *Rodzaje mediacji...*, s. 63.

²⁸ M. Myślińska, *Mediator w polskim porządku prawnym...*, s. 113; L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 24, 28; A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 173—174.

względu mediator nie prezentuje swojego stanowiska na temat sporu, nie przedstawia swoich ocen, opinii, przewidywań potencjalnego wyroku, który mógłby zapaść w sprawie, ani nie wskazuje propozycji zawarcia ugody. Techniki stosowane przez mediatora podczas mediacji facylitatywnej obejmują natomiast zadawanie pytań, których celem jest pomoc uczestnikom w zrozumieniu stanowisk prawnych obydwu stron oraz zdaniu sobie sprawy ze skutków braku powodzenia mediacji i związanych z tym kosztów rozstrzygnięcia sprawy przez sąd, które w tym kontekście powinny być rozumiane szeroko, nie tylko jako wydatki i opóźnienie w załatwianiu sprawy, ale także wszelkie inne wynikające z procesu niedogodności. Mediator pomaga stronom również w doprecyzowaniu ich własnych propozycji ugody oraz przedstawieniu ich stronie przeciwnej, a także w dokonaniu oceny ryzyka i korzyści, które wiążą się z akceptacją warunków proponowanych przez drugą stronę, zwłaszcza w kontekście skutków braku osiągnięcia konsensusu²⁹. Jak podkreślił L.L. Riskin, mediator, który prowadzi mediację facylitatywną, opiera się na założeniu, że strony — rozumiejąc swoją sytuację i współpracując ze sobą — są w stanie wypracować lepsze rozwiązanie niż to, które mógłby im zaproponować mediator. Z tego względu zasadniczym zadaniem mediatora jest poprawa samego procesu komunikacji pomiędzy stronami po to, by samodzielnie mogły podjąć decyzję dotyczącą sporu³⁰.

Mediacja ewaluatywna natomiast charakteryzuje się aktywną rolą mediatora w rozwiązaniu sporu, która wiąże się z jego merytorycznym udziałem w wypracowaniu porozumienia oraz przygotowaniu ugody³¹. W tego typu mediacji mediator pełni funkcję eksperta nie tylko w zakresie prowadzenia mediacji, lecz także w określonej dziedzinie, np. prawa, która daje mu podstawy do oceny sytuacji stron sporu³². W podejściu do mediacji, które L.L. Riskin określił jako „Evaluative-Narrow”, podstawową strategią mediatora, podobnie jak w przypadku mediacji facylitatywnej, jest pomoc stronom w zrozumieniu mocnych i słabych stron swojego stanowiska, ale ponadto także uświadomienie im, jakim dla nich wynikiem może zakończyć się postępowanie sądowe, jeżeli nie uda im się

²⁹ L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 28—29; A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 177—178.

³⁰ L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 24. Zob. także E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym...*, s. 43.

³¹ M. Myślińska, *Mediator w polskim porządku prawnym...*, s. 113; L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 24, 26—27; A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 174—175.

³² E. Gmurzyńska, *Rodzaje mediacji...*, s. 177—178; L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 24, 26—27.

osiągnąć porozumienia w ramach mediacji. Żeby osiągnąć te cele, mediator stosuje jednak całkowicie odmienne techniki. Przede wszystkim dokonuje oceny sytuacji prawnej stron oraz silnych i słabych punktów prezentowanych przez strony stanowisk, opierając swą ocenę na wiedzy dotyczącej przedmiotu sporu i własnym doświadczeniu. Pomoc mediatora w rozwiązaniu sporu może także wiązać się z przedstawieniem stronom swojego poglądu dotyczącego potencjalnego wyniku procesu, który będzie się toczył w sprawie, jeżeli mediacja nie zakończy się ugodą. W ramach mediacji ewaluatywnej mediator może również przedstawić stronom, w sposób mniej lub bardziej bezpośredni, określone możliwości rozwiązania sporu, które mogą obejmować nawet propozycje zawarcia ugody. Za najbardziej radykalną z technik ewaluatywnych (*the most evaluative*) L.L. Riskin uznaje „nakłanianie stron lub przekonywanie ich, by zawarły ugodę bądź zaakceptowały konkretną propozycję ugody lub pewien zakres proponowanych możliwości rozwiązania sporu”³³.

W literaturze polskiej w kontekście mediacji facylitatywnej i ewaluatywnej stosowany jest termin „strategie mediacyjne”, które rozumiane są jako ogólne koncepcje prowadzenia mediacji wyodrębniane na podstawie kryteriów uwzględniających główne cele postępowania mediacyjnego, a przede wszystkim stopień zaangażowania mediatora w pomoc stronom w poszukiwaniu rozwiązania sporu³⁴. W tym samym znaczeniu i w oparciu o te same kryteria mediacja facylitatywna i ewaluatywna wyodrębniane są także jako „style”, „modele” czy „rodzaje” mediacji³⁵. Mianem „technik mediacyjnych” określa się natomiast (tak jak proponował L.L. Riskin) konkretne sposoby zachowania mediatora wobec stron charakterystyczne

³³ L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 26—28; A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 177.

³⁴ A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 170—175. Warto zauważyć, że A. Zienkiewicz nie posługuje się w zasadzie pojęciami „mediacja facylitatywna” czy „mediacja ewaluatywna”, lecz wyodrębnia cztery podstawowe strategie/style mediacyjne: strategię mediacyjną facilitative, strategię mediacyjną evaluative, strategię transformatywną oraz strategię narracyjną. Pojęciem „strategia mediacyjna” posługuje się także M. Myślińska. Zob. M. Myślińska, *Mediator w polskim porządku prawnym...*, s. 111—122.

³⁵ A. Zienkiewicz stosuje termin „strategia mediacyjna” zamiennie z pojęciami „styl”, „model”, „rodzaj” mediacji. Zob. A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 170. Terminy „rodzaj”, „typ”, „model” mediacji dla wyróżnienia mediacji facylitatywnej i ewaluatywnej stosuje E. Gmurzyńska. Zob. E. Gmurzyńska, *Rodzaje mediacji...*, s. 176—180. R. Morek posługuje się pojęciem „style” prowadzenia mediacji. Zob. R. Morek, *ADR — w sprawach gospodarczych...*, s. 75—76. W podobnym znaczeniu wydaje się używać pojęć „forma” i „sposób” T. Cyrol, który na podstawie poziomu aktywności mediatora wyodrębnia mediację facylitacyjną i koncyliacyjną jako podstawowe formy (sposoby) prowadzenia mediacji. Zob. T. Cyrol, w: T. Cyrol, D. Fuchs, *Mediacja cywilna. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa, 2022, s. 46—50.

dla określonego modelu prowadzenia mediacji³⁶. W takim rozumieniu pojęcia mediacji ewaluatywnej i facylitatywnej oraz technik prowadzenia mediacji przyjęte zostały w niniejszym opracowaniu.

3. Mediacja ewaluatywna — skuteczny styl prowadzenia mediacji czy zagrożenie dla jej podstawowych zasad?

W literaturze i doktrynie prawniczej największe kontrowersje wzbudziła sama możliwość prowadzenia mediacji ewaluatywnej i przyjęcia przez mediatora aktywnej roli w postępowaniu mediacyjnym, zwłaszcza związanej z zaproponowaniem stronom treści ugody. Mediacja ewaluatywna, zdaniem krytyków, jest sprzeczna z samą ideą mediacji, gdyż nie pozwala na zachowanie bezstronności mediatora oraz stanowi zagrożenie dla zasady autonomii woli stron i możliwości zakończenia sporu w sposób zgodny z ich interesami³⁷. Ryzyko to zdawał się dostrzegać także sam L.L. Riskin, który opisując najbardziej, jego zdaniem, radykalną z technik ewaluatywnych (*the most evaluative*), polegającą na nakłanianiu stron lub wywieraniu na nie nacisku, by zawarły ugody lub zaakceptowały określone propozycje rozwiązania sporu, jednocześnie zwracał uwagę, że „jeżeli mediator dysponuje jakimkolwiek narzędziem wywierania wpływu na strony, to istnieje ryzyko, że z niego skorzysta”³⁸. L.L. Riskin podkreślał

³⁶ A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 170—175; A. Morek, *ADR — w sprawach gospodarczych...*, s. 75—76; T. Cyrol, w: T. Cyrol, D. Fuchs, *Mediacja cywilna. Komentarz...*, 2022, s. 50. Zob. także L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 26—38. A. Zienkiewicz posługuje się także pojęciami „metody” lub „taktyki” mediacji dla określenia technik jej prowadzenia (sposobów zachowania mediatora) charakterystycznych dla określonego stylu prowadzenia mediacji. Wydaje się, że w przepisach art. 183.3a k.p.c., który wskazuje możliwość stosowania przez mediatora różnych metod zmierzających do polubownego rozwiązania sporu, pojęcie „metody” (podobnie jak rozumie to pojęcie A. Zienkiewicz) odnosi się do sposobów zachowania mediatora w stosunku do stron sporu w znaczeniu stosowania określonych „technik” prowadzenia mediacji. Zob. A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 170; uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 15—16.

³⁷ M. Myślińska, *Mediator w polskim porządku prawnym...*, s. 113—114; E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym...*, s. 41—43; eadem, *Rodzaje mediacji...*, s. 179; D. Quek, *Facilitative Versus Evaluative Mediation: Is There Necessarily a Dichotomy?*, s. 68—69.

³⁸ „If the mediator has any sort of »clout«, she may threaten to use it. Or she may engage in »head-banging«”. Zob. L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 28, 31—32.

przy tym, że w mediacji ewaluatywnej zasadniczą rolę odgrywają dwie przesłanki związane z osobą mediatora — jego wiedza w zakresie przedmiotu sporu (*subject-matter expertise*) oraz bezstronność³⁹. Znaczenie tej ostatniej zwłaszcza wzrasta wprost proporcjonalnie do stopnia merytorycznego zaangażowania mediatora w rozwiązanie sporu⁴⁰.

Na korzyść mediacji ewaluatywnej przemawia jednak argument, że taki styl prowadzenia mediacji pozostaje w zgodzie z prawem stron do informacji na temat swojej sytuacji prawnej, a tylko taka wiedza może stanowić podstawę do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej przedmiotu sporu. Istotne jest przy tym, że mediacja ewaluatywna prowadzona zgodnie z ustalonymi zasadami etyki mediatorów nie powinna naruszać zasady dobrowolności mediacji, a jej efektem może być uzyskanie przez strony wiedzy niezbędnej do rozwiązania sporu⁴¹. Ponadto, co podkreślają zwłaszcza praktykujący mediatorzy, aktywna postawa mediatora, związana nawet z przedstawieniem stronom propozycji ugody, może spowodować, że mediacja będzie po prostu bardziej skuteczna, zwłaszcza w sytuacji, gdy strony samodzielnie nie potrafią osiągnąć porozumienia, nie mając do tego wystarczającej wiedzy merytorycznej i kompetencji do sporządzenia prawidłowej pod względem formalnym ugody, a przy tym zaproponowanie przez mediatora warunków ugody nie stoi w sprzeczności z zasadą dobrowolności mediacji, gdyż propozycja taka nie ma charakteru wiążącego⁴².

Trzeba podkreślić, że specyfika mediacji ewaluatywnej, która związana jest z aktywnym zaangażowaniem mediatora w pomoc stronom w poszukiwaniu rozwiązania sporu⁴³, powoduje, że powinni ją stosować wyłącznie mediatorzy posiadający specjalistyczną wiedzę, co jednak istotne, nie tylko w zakresie samych strategii i technik prowadzenia mediacji, ale przede wszystkim dotyczącą zagadnień stanowiących przedmiot sporu⁴⁴. Mediacja ewaluatywna prowadzona jest bowiem „z założeniem, że strony

³⁹ L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 46—48.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 47—48.

⁴¹ E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym...*, s. 42; T. Cyrol, *Facylitacja a koncyliacja...*, s. 25—26.

⁴² T. Cyrol, *Facylitacja a koncyliacja...*, s. 24—25. Zob. także L.L. Riskin, *Understanding Mediator's Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 24, 44—45.

⁴³ Takie zaangażowanie mediatora w aktywną pomoc stronom w rozwiązaniu sporu, zdaniem krytyków, zbliża mediację ewaluatywną do arbitrażu lub postępowania sądowego. Zob. E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym...*, s. 41—42.

⁴⁴ L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 24, 46—47; M. Brink, *Evaluative Mediation (Part I)...*, s. 13; *idem*, *Evaluative Mediation (Part II)...*, s. 32. Zob. także E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym...*, s. 43—44.

sporu chcą i oczekują, by mediator udzielił im wskazówek dotyczących zawarcia ugody — uwzględniających przepisy prawa, praktykę gospodarczą lub istotne dla sprawy kwestie techniczne, a mediator ma ku temu odpowiednie kwalifikacje wynikające z jego wykształcenia, doświadczenia i obiektywizmu⁴⁵. Wiedza i doświadczenie mediatora są także podstawami, na których opiera się wartość merytoryczna i wiarygodność mediacji ewaluatywnej⁴⁶. Mediator, który nie posiada odpowiedniej wiedzy, nie powinien stosować technik ewaluatywnych⁴⁷.

Potencjalne ryzyko, które niesie ze sobą mediacja ewaluatywna, a które wiąże się z możliwością naruszenia zasady autonomii stron oraz bezstronności i neutralności mediatora, prowadzi do poszukiwania rozwiązań, które umożliwią jej bezpieczne stosowanie. Prawnicy i mediatorzy zwracają uwagę na aspekt praktyczny i podkreślają, że mediacja ewaluatywna powinna być stosowana wyłącznie wtedy, gdy kumulatywnie spełnione zostaną dwa warunki⁴⁸. Po pierwsze, mediator powinien mieć możliwość prowadzenia mediacji ewaluatywnej tylko w tych sytuacjach, w których nieskuteczne okazały się wszystkie dotychczasowe próby pomocy stronom w osiągnięciu porozumienia podejmowane z wykorzystaniem technik facylitatywnych⁴⁹. Po drugie, prowadzenie mediacji ewaluatywnej musi być uzależnione od wyrażenia przez strony zgody na zastosowanie przez mediatora charakterystycznych dla niej technik. Strony powinny zgodzić się na mediację ewaluatywną świadomie, co oznacza, że powinny zdawać sobie sprawę z jej specyfiki oraz konsekwencji jej stosowania⁵⁰. Obawa przed ryzykiem naruszenia zasady dobrowolności mediacji oraz neutralności i bezstronności mediatora stała się podstawą do przyjęcia, zwłaszcza w Stanach Zjednoczonych, regulacji prawnych

⁴⁵ L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 24, 46. Zob. także E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym...*, s. 43—44.

⁴⁶ M. Brink, *Evaluative Mediation (Part I)...*, s. 13.

⁴⁷ Ibidem; M. Brink, *Evaluative Mediation (Part II)...*, s. 32. Zob. także M. Myślińska, *Mediator w polskim porządku prawnym...*, s. 225.

⁴⁸ E. Gmurzyńska, *Rodzaje mediacji...*, s. 179; M. Brink, *Evaluative Mediation (Part I)...*, s. 12, 16, 17—19; idem, *Evaluative Mediation (Part II)...*, s. 31—32, 33, 35. Zob. także L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 45; T. Cyrol, *Facylitacja a koncyliacja...*, s. 24.

⁴⁹ E. Gmurzyńska, *Rodzaje mediacji...*, s. 179; M. Brink, *Evaluative Mediation (Part I)...*, s. 17—18; idem, *Evaluative Mediation (Part II)...*, s. 33, 35; L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 45. Zob. także T. Cyrol, *Facylitacja a koncyliacja...*, s. 24.

⁵⁰ E. Gmurzyńska, *Rodzaje mediacji...*, s. 179; M. Brink, *Evaluative Mediation (Part I)...*, s. 12, 16, 18, 19; idem, *Evaluative Mediation (Part II)...*, s. 31—32; L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 40—42, 45, 48—49.

określających dopuszczalność i zakres stosowania technik ewaluatywnych w kontekście zasad etyki wykonywania zawodu mediatora, a także sprecyzowania reguł prowadzenia mediacji ewaluatywnej w kodeksach etyki przyjmowanych przede wszystkim przez organizacje zajmujące się prowadzeniem mediacji⁵¹.

Biorąc pod uwagę przedstawione wątpliwości powstające na tle stosowania mediacji ewaluatywnej, warto zadać pytanie o dopuszczalność jej prowadzenia w świetle definicji mediacji oraz jej podstawowych zasad przyjętych w przepisach Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018) oraz Dyrektywy 2008/52 o niektórych aspektach mediacji w sprawach cywilnych i gospodarczych.

4. Czy przepisy Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018) o międzynarodowej mediacji gospodarczej dopuszczają prowadzenie mediacji ewaluatywnej?

W definicji mediacji wprowadzonej w przepisach art. 1 ust 3 Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018) wskazane zostały podstawowe jej cechy, w tym przede wszystkim udział osoby trzeciej, której celem jest pomoc stronom w zawarciu ugody. W definicji tej wyraźnie podkreślono, że mediator nie ma uprawnień do zobowiązania stron do przyjęcia konkretnego

⁵¹ E. Gmurzyńska, *Rodzaje mediacji...*, s. 179. Warto podkreślić, że w USA zasady dotyczące prowadzenia mediacji ewaluatywnej wprowadzane są najczęściej przez poszczególne stany w postaci standardów postępowania mediacyjnego lub kodeksów etyki, które przyjmowane są przez stanowe komisje ds. rozwiązywania sporów. Dotyczą one sposobów prowadzenia mediacji oraz funkcji i roli mediatorów. Przepisy te koncentrują się na zagadnieniach związanych z zasadą dobrowolności i autonomii stron w mediacji (*self-determination*), niezależności i bezstronności mediatora oraz możliwości udzielania przez mediatora profesjonalnych porad (np. eksperckich lub prawnych) i wyrażania swoich opinii na temat sporu. Zagadnienia te mają oczywiście znaczenie dla prawidłowego prowadzenia mediacji ewaluatywnej, jednak nie odnoszą się do niej bezpośrednio, trudno zatem określić, jaki dokładnie wywierają wpływ na jej prowadzenie. Zob. M.S. Levin, *The Propriety of Evaluative Mediation: Concerns About the Nature and Quality of an Evaluative Opinion*, „Ohio State Journal on Dispute Resolution” 2001, vol. 16, issue 2, s. 273—286, https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/80085/OSJDR_V16N2_267.pdf?sequence=1 [Dostęp: 14.07.2023 r.]. Na temat możliwości stosowania mediacji ewaluatywnej w świetle kodeksów etyki przyjętych przez polskie organizacje zajmujące się mediacją zob. M. Myślińska, *Mediator w polskim porządku prawnym...*, s. 207—208; T. Cyrol, *Facilitacja a koncyliacja...*, s. 23—24.

rozwiązania. Definicja mediacji wprowadzona w przepisach Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018) powinna być interpretowana szeroko i obejmować wszelkie postępowania o dobrowolnym charakterze, których specyficzną cechą jest udział osoby trzeciej pomagającej stronom w rozwiązaniu sporu i nieposiadającej kompetencji władczych do narzucania im rozstrzygnięcia. W praktyce jednak postępowania spełniające te kryteria mogą być prowadzone z zastosowaniem różnych stylów i technik⁵². Pojęciem mediacji w rozumieniu ustawy modelowej mogą zostać objęte właściwie wszystkie procedury ADR, które te kryteria spełniają, w tym przede wszystkim: mediacja, koncyliacja, neutralna ocena (*neutral evaluation*), miniprocес (*mini-trial*) i podobne postępowania. W UNCITRAL Model Law (2018) Guide to Enactment and Use podkreślono, że choć w praktyce różnice pomiędzy wymienionymi metodami ADR mają duże znaczenie, gdyż wiążą się one ze stopniem zaangażowania osoby trzeciej w pomoc stronom w rozwiązaniu sporu, to jednak z punktu widzenia zastosowania Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018) różnice te nie są istotne, gdyż wszystkie wymienione metody opierają się na wspólnej dla nich zasadzie, która wiąże się z pozbawieniem osoby trzeciej prowadzącej postępowanie kompetencji władczych w zakresie rozstrzygnięcia sporu⁵³.

Co ciekawe, podkreślając, że mediacja jest postępowaniem pojednawczym i nie ma charakteru adjudykacyjnego, przepisy Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018) nie wskazują *expressis verbis* dobrowolnego charakteru tego postępowania. Zasada dobrowolności wynika jednak z interpretacji samej definicji mediacji, która wyraźnie akcentuje, że to strony decydują o jej przebiegu, a osoba trzecia, która pomaga stronom w osiągnięciu porozumienia, nie ma możliwości narzucenia im rozstrzygnięcia sporu⁵⁴. Ponadto dobrowolność mediacji jako jedna z podstawowych zasad tego postępowania wskazana jest także w postanowieniach UNCITRAL Notes on Mediation (2021)⁵⁵. W dokumencie tym podkreślono, że dobrowolność

⁵² UNCITRAL Model Law (2018) Guide to Enactment and Use, pkt 8—9, 32, s. 16—17, 24. Wyjaśnienia zawarte w UNCITRAL Model Law (2018) Guide to Enactment and Use sformułowane zostały na podstawie *travaux préparatoires* Ustawy Modelowej, przyjętej w 2002 r. i zmienionej w 2018 r. Przewodnik stanowi odzwierciedlenie obrad i decyzji Komisji podczas sesji, na których przyjęto Ustawę Modelową, oraz rozważań Grupy Roboczej II UNCITRAL (Arbitraż i Koncyliacja/Rozstrzyganie Sporów), która prowadziła prace przygotowawcze. Zob. UNCITRAL Model Law (2018) Guide to Enactment and Use, pkt 4—6, s. 15.

⁵³ UNCITRAL Model Law (2018) Guide to Enactment and Use, pkt 9, 32, s. 16—17, 24.

⁵⁴ Zob. UNCITRAL Model Law (2018) Guide to Enactment and Use, pkt 33, s. 24, pkt 10, s. 17.

⁵⁵ UNCITRAL Notes on Mediation (2021), UNITED NATIONS, Vienna, 2021, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mediation_notes.

mediacji wiąże się z zasadą autonomii stron, która powinna zapewniać im kontrolę nad ich uczestnictwem w postępowaniu mediacyjnym. W świetle UNCITRAL Notes on Mediation (2021) zasada dobrowolności mediacji obejmuje prawo stron do wyboru mediatora oraz sposobu prowadzenia postępowania, prawo do określenia zakresu spraw rozpatrywanych w ramach mediacji, a przede wszystkim prawo do rozwijania własnych koncepcji osiągnięcia porozumienia oraz do rozwiązywania sporu kompleksowo lub w części, a także do zakończenia mediacji w każdym momencie, który uznają za stosowny⁵⁶. Dobrowolność mediacji podkreślają także przepisy art. 12 Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018), który określając sposoby zakończenia postępowania mediacyjnego, wskazuje, że może to nastąpić również na skutek złożenia oświadczenia o zakończeniu mediacji przez strony postępowania lub jedną ze stron [art. 12, pkt c), d) Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018)].

Możliwość stosowania przez mediatora technik ewaluatywnych analizować można także na podstawie regulacji Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018) dotyczących sposobu prowadzenia mediacji. Po pierwsze, co do zasady, to strony decydują o tym, w jaki sposób postępowanie będzie prowadzone. Decyzję taką mogą podjąć, wskazując procedurę, która będzie miała zastosowanie, lub w inny sposób [art. 7 ust. 1 Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018)]. Jeżeli strony nie podejmą decyzji w tej sprawie, wybór sposobu prowadzenia mediacji pozostawiony zostaje mediatorowi. Wybierając go, mediator powinien wziąć pod uwagę okoliczności sprawy, życzenia, które w tym zakresie mogą wyrazić strony, oraz potrzebę szybkiego rozwiązania sporu. Prowadząc postępowanie, mediator jest

pdf [Dostęp: 15.12.2022 r.] [dalej: UNCITRAL Notes on Mediation (2021)]. UNCITRAL Notes on Mediation (2021) odnoszą się do podstawowych kwestii związanych z prowadzeniem mediacji. Przygotowano je z myślą, by były wykorzystywane przez mediatorów i strony sporu w takim zakresie, w jakim uznają to za stosowne. Nie nakładają one żadnych wymogów prawnych wiążących strony lub mediatora i nie powinny być traktowane jako zasady mediacji. Mają wyłącznie charakter objaśnień dotyczących organizacji postępowania mediacyjnego. Zob. UNCITRAL Notes on Mediation (2021), pkt 1, 3, s. 1; <https://uncitral.un.org/en/texts/mediation> [Dostęp: 9.06.2023 r.].

⁵⁶ UNCITRAL Notes on Mediation (2021), pkt 10, s. 2. Warto podkreślić, że uprawnienia stron związane z zasadą dobrowolności mediacji wskazane w UNCITRAL Notes on Mediation (2021) wymieniane są także w literaturze polskiej jako podstawowe elementy zasady dobrowolności mediacji w świetle art. 183.1 k.p.c. wraz z dobrowolnym przystąpieniem do mediacji. Zob. A. Budniak-Rogała, *Mediacja w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego...*, s. 367—368; T. Cyrol, w: T. Cyrol, D. Fuchs, *Mediacja cywilna. Komentarz...*, 2022, s. 25—31, 49—50; T. Ereciński, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. II, *Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, Wolters Kluwer, Warszawa, 2016, s. 28—29. Na temat zasady dobrowolności mediacji oraz zasady autonomii stron zob. K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska, *Mediacja w sprawach gospodarczych...*, s. 335—336, 345—346.

zobligowany do przestrzegania zasady uczciwego i sprawiedliwego traktowania stron [art. 7 ust. 3 Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018)]⁵⁷. W UNCITRAL Notes on Mediation (2021) podkreślono, że charakterystyczną cechą postępowania mediacyjnego jest elastyczność. W związku z tym style i metody prowadzenia mediacji oraz przyjęte przez mediatorów techniki, które sprzyjają osiągnięciu ugody, mogą być różne i opierać się na różnym stopniu wpływu mediatora na strony, który zależy od oczekiwań stron, okoliczności sprawy i stosowanych technik. Zadaniem mediatorów jest pomoc stronom i udzielenie im wskazówek podczas mediacji, czego wynikiem może być rozważenie takich rozwiązań, które nie byłyby możliwe do zastosowania w procesie sądowym lub podczas postępowania arbitrażowego⁵⁸. Po drugie, co bardzo istotne, przepisy Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018) wyraźnie zezwalają mediatorowi na przedstawianie stronom propozycji rozwiązania sporu. Mediator może przedłożyć stronom takie propozycje ugody na każdym etapie postępowania [art. 7 ust. 3 Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018)]. Do propozycji rozwiązania sporu składanych przez mediatora odnoszą się także przepisy art. 11 Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018). Przepisy te, w kontekście ochrony zasady poufności mediacji, wskazują informacje, które nie mogą zostać przedstawione jako dowód w jakimkolwiek późniejszym postępowaniu sądowym lub pozasądowym, które mogłyby się toczyć, gdyby mediacja nie zakończyła się ugodą, i wymieniają wśród takich informacji m.in. propozycje składane przez mediatora podczas mediacji oraz fakt, że jedna ze stron zgodziła się na przyjęcie propozycji ugody złożonej przez mediatora [art. 11 ust. 1, pkt d, e) Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018)]. Zgodnie ze wskazówkami zawartymi w UNCITRAL Model Law (2018) Guide to Enactment and Use zaproponowanie przez mediatora ugody, zakres takiej propozycji oraz etap postępowania, na którym mediator może ją przedstawić stronom, powinny być uzależnione od wielu czynników, w tym przede wszystkim od woli stron oraz od stosowanych przez mediatora technik, które uznał on za najbardziej sprzyjające zawarciu ugody⁵⁹. Co istotne, w objaśnieniach zawartych w UNCITRAL Notes on Mediation (2021)

⁵⁷ Zasada „fair and equal treatment of the parties” wyrażona w przepisach art. 7 ust. 3 Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018) odnosi się do konieczności zachowania przez mediatora minimalnych standardów w prowadzeniu mediacji, przejawiających się przede wszystkim w równym traktowaniu stron podczas postępowania mediacyjnego, i ma zastosowanie wyłącznie do samego prowadzenia mediacji, a nie do treści ugody. Zob. UNCITRAL Model Law (2018) Guide to Enactment and Use, pkt 62, s. 40.

⁵⁸ UNCITRAL Notes on Mediation (2021), pkt 2, s. 1, pkt 56, 57, s. 15–16.

⁵⁹ UNCITRAL Model Law (2018) Guide to Enactment and Use, pkt 64, s. 40.

podkreślono jednoznacznie, że mediator może zaproponować warunki ugody wyłącznie na wniosek stron⁶⁰.

Rozważając możliwość prowadzenia mediacji ewaluatywnej z punktu widzenia regulacji przyjętych w Ustawie Modelowej UNCITRAL (2018), warto także zwrócić uwagę na kryteria, którymi mogą kierować się strony przy wyborze mediatora. W UNCITRAL Notes on Mediation (2021) wskazano, że podejmując decyzję w sprawie wyboru mediatora, strony mogą wziąć pod uwagę m.in. jego doświadczenie zawodowe i kwalifikacje, obejmujące również wiedzę z zakresu przedmiotu sporu, dla którego rozwiązania prowadzona będzie mediacja, a także umiejętności językowe i techniczne⁶¹. Znajomość problematyki, której dotyczy spór, jak już podkreślono, jest niezbędnym warunkiem umożliwiającym prowadzenie mediacji ewaluatywnej i stosowanie charakterystycznych dla niej technik, które mogą wiązać się z dokonywaniem przez mediatora oceny sytuacji prawnej stron, prognozowaniem wyniku ewentualnego procesu sądowego lub postępowania arbitrażowego czy nawet przedstawieniem stronom propozycji zawarcia ugody⁶². Wyraźne zaakcentowanie w UNCITRAL Notes on Mediation (2021), że jednym z kryteriów wyboru mediatora przez strony może być także posiadanie przez niego wiedzy dotyczącej przedmiotu sporu, wskazuje na to, że strony mogą zdecydować się na takie postępowanie, w którym mediator będzie w stanie udzielić im również merytorycznego wsparcia w dążeniu do zawarcia ugody.

Na podstawie powołanych przepisów Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018) można zatem przyjąć, że mediacja może być prowadzona z zastosowaniem technik ewaluatywnych na skutek wyboru takiego sposobu prowadzenia mediacji przez strony [art. 7 ust. 1 Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018)] lub gdy tę metodę prowadzenia mediacji zaproponuje mediator, a strony wyrażą na to zgodę [art. 7 ust. 2 Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018), UNCITRAL Notes on Mediation (2021), pkt 10, s. 2]. Za szczególnie istotny aspekt prowadzenia mediacji ewaluatywnej w świetle przepisów Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018) uznać należy przede wszystkim przewidzianą w jej regulacjach możliwość przedstawienia przez mediatora stronom propozycji zawarcia ugody [art. 7 ust. 4 Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018)].

⁶⁰ UNCITRAL Notes on Mediation (2021), pkt 72, s. 19.

⁶¹ UNCITRAL Notes on Mediation (2021), pkt 32, s. 10.

⁶² L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 24, 46—47; M. Brink, *Evaluative Mediation (Part I)*..., s. 13; idem, *Evaluative Mediation (Part II)*..., s. 32. Zob. także E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym...*, s. 43—44.

5. Mediacja ewaluatywna w świetle przepisów Dyrektywy 2008/52 dotyczącej niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i gospodarczych

W przepisach Dyrektywy 2008/52 wprowadzono definicję legalną mediacji, która akcentuje zorganizowany, a przede wszystkim dobrowolny charakter postępowania mediacyjnego, w którym przynajmniej dwie strony sporu same dążą do osiągnięcia porozumienia, korzystając przy tym z pomocy mediatora [art. 3a) Dyrektywy 2008/52]⁶³. Przepisy Dyrektywy 2008/52 w definicji legalnej mediatora wyraźnie kładą nacisk na to, że postępowanie mediacyjne ma być prowadzone przez niego w sposób skuteczny, bezstronny i kompetentny [art. 3b) Dyrektywy 2008/52]⁶⁴. Definicja mediacji wprowadzona w przepisach Dyrektywy 2008/52 powinna być interpretowana szeroko, gdyż ma ona charakter ogólny i uniwersalny⁶⁵. Mogą jednak na jej tle powstać pewne wątpliwości dotyczące procedur mieszczących się w pojęciu mediacji⁶⁶.

W definicji mediacji wprowadzonej w przepisach Dyrektywy 2008/52 wyraźnie podkreślona została pełna autonomia stron w dążeniu do zawarcia ugody oraz związana z nią zasada dobrowolności mediacji⁶⁷. W literaturze wskazuje się, że mediacja w rozumieniu Dyrektywy 2008/52 jest

⁶³ K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska, *Mediacja w sprawach gospodarczych...*, s. 330.

⁶⁴ Zgodnie z przepisami art. 3b) Dyrektywy 2008/52 Mediator to osoba trzecia, do której zwrócono się o to, aby przeprowadziła mediację w sposób skuteczny, bezstronny i kompetentny, bez względu na jej nazwę lub zawód wykonywany w danym państwie członkowskim oraz sposób jej wyznaczenia lub formę, w której zwrócono się do niej o przeprowadzenie mediacji.

⁶⁵ K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska, *Mediacja w sprawach gospodarczych...*, s. 329; K. Gajda, *Alternatywne metody rozwiązywania sporów — projekt Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2006, nr 4, s. 83, <https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/handle/item/246899> [Dostęp: 15.02.2023 r.]. Zob. także uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 16.

⁶⁶ Zob. K. Gajda, *Alternatywne metody rozwiązywania sporów...*, s. 82—83. Wskazując na możliwość powstawania wątpliwości na tle interpretacji pojęcia mediacji w świetle art. 3a) Dyrektywy 2008/52 nie mam oczywiście na myśli procedur wyraźnie wyłączonych z zakresu zastosowania Dyrektywy na podstawie art. 3a) — czyli prób podejmowanych przez sąd lub sędziego rozstrzygającego spór w toku postępowania sądowego dotyczącego sporu będącego przedmiotem mediacji.

⁶⁷ C. Esplugues, *Civil and Commercial Mediation in the EU after the transposition of Directive 2008/52/EC...*, s. 505; K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska, *Mediacja w sprawach gospodarczych...*, s. 330. Zob. art. 3a) oraz Preambuła Dyrektywy 2008/52, pkt 10, 13.

procesem facylitatywnym („*facilitative process*” *tool*). Pojęcie to ma na celu podkreślenie różnicy pomiędzy mediacją a koncyliacją, która traktowana jest jako proces o charakterze doradczym („*advisory process*” *device*)⁶⁸. Rozróżnienie takie opiera się na założeniu, że mediacja jako proces facylitatywny to postępowanie, w którym mediator jedynie ułatwia komunikację pomiędzy stronami sporu i w ten sposób udziela im pomocy w podjęciu decyzji dotyczącej jego rozwiązania. Natomiast koncyliacja, rozumiana jako proces doradczy, to pojęcie obejmujące procedury, podczas których osoba prowadząca postępowanie może przedstawiać sugestie lub wydawać formalne zalecenia dotyczące przedmiotu spornej sprawy oraz właściwego rozwiązania sporu, które nie są dla stron wiążące. W takich postępowaniach wszystkie strony sporu muszą zaakceptować przedstawione im propozycje ugody i wyrazić na nie zgodę⁶⁹. C. Esplugues zwraca uwagę, że rozróżnienie to jest o tyle istotne, że w ustawodawstwach wielu państw Unii Europejskiej nie wskazano wyraźnej różnicy pomiędzy mediacją a koncyliacją⁷⁰. Można jednak — zarówno w prawie Unii Europejskiej,

⁶⁸ C. Esplugues, *Civil and Commercial Mediation in the EU after the transposition of Directive 2008/52/EC...*, s. 506 i powołana przez Autora literatura.

⁶⁹ *Ibidem* i powołana przez Autora literatura. K. Gajda, nie odnosząc się wprost do pojęcia koncyliacji, wskazuje jednak, że definicja mediacji w świetle projektu Dyrektywy 2008/52 nie obejmuje alternatywnych metod rozwiązywania sporów polegających na tym, że osoba trzecia sama znajduje rozwiązanie sporu i rekomenduje je stronom, choć nie jest ono dla stron wiążące. Zob. K. Gajda, *Alternatywne metody rozwiązywania sporów...*, s. 82—83.

⁷⁰ C. Esplugues podkreśla słusznie, że nawet w przepisach UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation 2002 pojęcia mediacji i koncyliacji używane były zamiennie. Zob. C. Esplugues, *Civil and Commercial Mediation in the EU after the transposition of Directive 2008/52/EC...*, s. 506. Mediacja i koncyliacja traktowane są jako pojęcia, które mogą być stosowane zamiennie również w przepisach Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018). Zob. art. 1 ust. 3 Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018) i przypisy do jego tekstu oraz wskazówki interpretacyjne zawarte w UNCITRAL Model Law (2018) Guide to Enactment and Use, s. 16. Warto jednak podkreślić, że rozróżnienie mediacji i koncyliacji może budzić kontrowersje, które wynikają z pewnego podobieństwa obydwu tych form pozasądowego rozwiązywania sporów, a także z braku jednolitego stanowiska w doktrynie wobec ich wzajemnej relacji. Przeglądu koncepcji dotyczących relacji mediacji i koncyliacji dokonuje A. Zienkiewicz, który wyróżnia w tym zakresie trzy podstawowe stanowiska. Zwolennicy pierwszego z nich traktują mediację i koncyliację jako terminy odnoszące się do tych samych procedur pozasądowego rozwiązywania sporów. W myśl poglądu przeciwnego — koncyliacja i mediacja to odrębne procedury, które różnią się rolą osoby prowadzącej postępowanie, gdyż mediator jedynie wspiera strony w znalezieniu rozwiązania sporu, a koncyliator ma za zadanie przedstawić stronom propozycję jego rozwiązania, która nie musi zostać przez strony przyjęta. A. Zienkiewicz wskazuje, że w myśl tego poglądu mediacja zbliżona jest do modelu *facilitative mediation*, natomiast koncyliacja nawiązuje do modelu *evaluative mediation*. Zgodnie natomiast z koncepcją trzecią — podstawowym zadaniem koncyliatora jest ułatwianie komunikacji pomiędzy stronami, co zbliża koncyliację do modelu *facilitative mediation*.

jak i w prawie polskim — znaleźć także przykłady regulacji nadających mediacji i koncyliacji odmienny charakter. Rozwiązanie, zgodnie z którym mediacja i koncyliacja uznawane są za dwie odrębne procedury ADR, przyjęte zostało w postępowaniach prowadzonych w celu polubownego rozwiązania sporów dotyczących własności intelektualnej przez Służbę Alternatywnego Rozstrzygania Sporów (ADRS — Alternative Dispute Resolution Service) działającą przy Izbach Odwoławczych Urzędu Unii Europejskiej ds. Własności Intelektualnej (EUIPO)⁷¹. Analizując ich przepisy, K. Grzybczyk słusznie podkreśla, że istotę mediacji stanowi wspólne poszukiwanie rozwiązania sporu przez same strony, podczas gdy mediator powinien koncentrować się przede wszystkim na ułatwianiu przebiegu tego procesu i wspomagać strony w formułowaniu przez nie propozycji ugodowych, a swoją koncepcję ugody może przedstawić im jedynie wyjątkowo. Zawarcie ugody nie jest bowiem jedynym celem mediacji, gdyż powinna ona także prowadzić do wzięcia przez strony odpowiedzialności za wynik postępowania oraz umożliwić im nawiązanie dialogu i podjęcie współpracy zmierzającej do wspólnego rozwiązania sporu, a wypracowanie porozumienia powinno dawać stronom szansę na pozostawanie w dobrych stosunkach i kontynuowanie relacji gospodarczych po zakończeniu mediacji⁷². W koncyliacji natomiast koncyliator jest odpowiedzialny nie tylko za kierowanie procesem koncyliacyjnym, ale ma on przede wszystkim obowiązek przygotowania propozycji ugody, jeżeli w jego ocenie może ona zostać przez strony zaakceptowana i w ten sposób spór może zostać zakończony. Różnice w funkcji pełnionej przez mediatora i koncyliatora znajdują także odzwierciedlenie w stosowanych wobec nich wymogach. Koncyliatorzy powinni bowiem posiadać wiedzę dotyczącą przedmiotu sporu, w przypadku mediatorów natomiast wiedza taka zasadniczo nie

Zob. A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 51—54 i powołana przez Autora literatura. Prezentowane w literaturze przeciwstawne poglądy dotyczące wzajemnej relacji pojęć mediacji i koncyliacji przedstawia również T. Cyrol, który nie zajmując stanowiska w tej kwestii, proponuje posługiwanie się terminem „mediacja koncyliacyjna” dla określenia rodzaju mediacji, w którym „dopuszczalna będzie duża aktywność mediatora w ustalaniu treści porozumienia”. Zob. T. Cyrol, *Facylitacja a koncyliacja...*, s. 22—23 i powołana przez Autora literatura.

⁷¹ K. Grzybczyk, *Rozwiązywanie sporów z zakresu prawa własności intelektualnej na drodze mediacji i koncyliacji*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2022, T. 30, s. 12—15, 20—22, 25—27. Autorka odnosi się także do zmian zaproponowanych w projekcie nowelizacji ustawy — Prawo własności przemysłowej (UD263); zob. <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12359055> [Dostęp: 12.11.2023 r.].

⁷² K. Grzybczyk, *Rozwiązywanie sporów z zakresu prawa własności intelektualnej...*, s. 13—14, 21—22 i powołana przez Autorkę literatura. Szerzej na temat celów mediacji i roli mediatora zob. A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Mediacja w sprawach gospodarczych jako narzędzie...*, s. 50—71, 82—83.

jest wymagana⁷³. Warto zwrócić uwagę, że podobne różnice występują pomiędzy mediacją i koncyliacją oraz wymaganiami stawianymi mediatorom i koncyliatorom w procedurach ADR prowadzonych na podstawie Regulaminu Sądu i postępowania przed Sądem Polubownym przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej⁷⁴. W świetle analizowanych regulacji zgodzić się także należy z poglądem, że zadanie koncyliatora związane przede wszystkim z przygotowaniem propozycji ugody powoduje, że w tym zakresie postępowanie koncyliacyjne wykazuje podobieństwo do arbitrażu, choć oczywiście propozycja taka w ramach koncyliacji nie ma dla stron charakteru wiążącego⁷⁵.

W literaturze wskazuje się, że ze względu na zasadnicze zadanie koncyliatora związane z zaproponowaniem stronom warunków ugody koncyliacja nawiązuje do stylu mediacji ewaluatywnej⁷⁶. Konieczność posiadania przez mediatora prowadzącego mediację ewaluatywną odpowiedniej wiedzy w zakresie przedmiotu sporu, która jest niezbędna, by mógł on aktywnie pomagać stronom w wypracowaniu porozumienia⁷⁷, faktycznie może pod tym względem upodabniać ten model mediacji do postępowania koncyliacyjnego⁷⁸. Jeżeli jednak pod pojęciem koncyliacji rozumie się określane tym mianem postępowania prowadzone przez ADRS działającą przy Izbach Odwoławczych Urzędu Unii Europejskiej ds. Własności Intelektualnej (EUIPO) oraz przez Sąd Polubowny przy Prokuraturii Generalnej RP, to należy podkreślić, że różnice między tak pojmowaną

⁷³ K. Grzybczyk, *Rozwiązywanie sporów z zakresu prawa własności intelektualnej...*, s. 14–15, 21, 25–27.

⁷⁴ Zob. § 3 pkt 2 i § 50 pkt 3 Regulaminu Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej RP dotyczący mediacji oraz § 3 pkt 3 i § 60 pkt 4 Regulaminu Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej RP dotyczący koncyliacji (Regulamin Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej RP tekst ujednolicony na dzień 16 września 2022 r. jest dostępny na stronie: <https://www.gov.pl/web/sp-prokuratoria/regulamin2> [Dostęp: 11.06.2023 r.]); podstawowe informacje o mediacji i postępowaniu koncyliacyjnym prowadzonych przed Sądem Polubownym przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, <https://www.gov.pl/web/sp-prokuratoria/podstawowe-informacje> [Dostęp: 12.11.2023 r.].

⁷⁵ K. Grzybczyk, *Rozwiązywanie sporów z zakresu prawa własności intelektualnej...*, s. 15; A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 51 i powołana przez Autora literatura; podstawowe informacje o mediacji i postępowaniu koncyliacyjnym prowadzonych przed Sądem Polubownym przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, <https://www.gov.pl/web/sp-prokuratoria/podstawowe-informacje> [Dostęp: 12.11.2023 r.].

⁷⁶ A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 51–52 i powołana przez Autora literatura; T. Cyrol, *Facylitacja a koncyliacja...*, s. 23.

⁷⁷ L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 24, 46–47.

⁷⁸ Na temat wymogów dotyczących koncyliatorów zob. K. Grzybczyk, *Rozwiązywanie sporów z zakresu prawa własności intelektualnej...*, s. 25–26. Zob. także § 3 pkt 3 Regulaminu Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej.

koncyliacją a mediacją ewaluatywną są zauważalne i dotyczą samej istoty tych postępowań, ich celu, udziału w nich stron oraz roli mediatora i koncyliatora, czyli kwestii, które K. Grzybczyk wskazuje jako zasadnicze różnice między mediacją a koncyliacją⁷⁹. Mediacja ewaluatywna jest jednym ze stylów prowadzenia mediacji, którego specyficzną cechą jest aktywny udział mediatora w wypracowywaniu porozumienia przez strony, co może pociągać za sobą ryzyko obniżenia stopnia samodzielności i decyzyjności stron sporu⁸⁰. Jako pewien model jej prowadzenia, mediacja ewaluatywna powinna jednak co do zasady odpowiadać wskazywanej w literaturze istocie mediacji, w której to strony samodzielnie starają się znaleźć rozwiązanie, a mediator je w tym wspomaga, stosując różne techniki, w tym wyjątkowo — proponując stronom warunki ugody⁸¹. W koncyliacji natomiast podstawowym celem tego postępowania jest przedstawienie przez koncyliatora propozycji rozwiązania sporu, która nie jest dla stron wiążąca⁸².

Jeżeli zatem przyjmie się założenie, że koncyliacja jest procedurą, w której zasadą jest, że koncyliator aktywnie uczestniczy w znalezieniu rozwiązania sporu, mając za zadanie przedstawienie stronom propozycji jego rozwiązania, to regulacja Dyrektywy 2008/52 wyraźnie podkreśla, że specyfika mediacji jest odmienna, co znajduje odzwierciedlenie w definicji mediacji przyjętej w przepisach tej dyrektywy, która kładzie nacisk na aktywne działanie stron i ich samodzielność w dążeniu do osiągnięcia

⁷⁹ Zob. K. Grzybczyk, *Rozwiązywanie sporów z zakresu prawa własności intelektualnej...*, s. 14—15, 21—22, 25—27. Na temat praktycznej zasadności rozróżnienia procedur mediacji i koncyliacji zob. także *Mediacja i inne sposoby polubownego rozwiązywania sporów w zamówieniach publicznych*, s. 11—13, https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0021/47019/mediacja-PZP.pdf [Dostęp: 15.11.2023 r.].

⁸⁰ L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 26—28, 29—32, 44—45; E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym...*, s. 41—42.

⁸¹ A. Budniak-Rogala, *Mediacja w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego...*, s. 386—387 i powołana przez Autorkę literatura; uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 15. Na temat istoty mediacji zob. K. Grzybczyk, *Rozwiązywanie sporów z zakresu prawa własności intelektualnej...*, s. 21—22. Na temat technik prowadzenia mediacji ewaluatywnej zob. L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 26—28, 29—32.

⁸² K. Grzybczyk, *Rozwiązywanie sporów z zakresu prawa własności intelektualnej...*, s. 14. Stanowisko koncyliacyjne może być wydane na podstawie przedstawionych przez strony dokumentów i oświadczeń. Zob. § 54 i § 59 Regulaminu Sądu i postępowania przed Sądem Polubownym przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej. Zob. także <https://www.gov.pl/web/sp-prokuratoria/podstawowe-informacje> [Dostęp: 12.11.2023 r.]; *Mediacja i inne sposoby polubownego rozwiązywania sporów w zamówieniach publicznych*, s. 12—13, https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0021/47019/mediacja-PZP.pdf [Dostęp: 15.11.2023 r.].

porozumienia i zawarcia ugody, w czym mediator powinien je jedynie wspierać, a to oznacza, że co do zasady nie ponosi on odpowiedzialności za treść zawartej ugody ani za niepowodzenie mediacji⁸³.

W świetle takiej interpretacji definicji mediacji w rozumieniu Dyrektywy 2008/52 można postawić pytanie, czy obejmuje ona także możliwość stosowania przez mediatora technik charakterystycznych dla mediacji ewaluatywnej. Trzeba zwrócić uwagę, że w definicji mediacji wyraźnie podkreślono, że w postępowaniu tym mediator powinien pomagać stronom, by mogły one „same osiągnąć porozumienie w celu rozwiązania ich sporu”⁸⁴. W Preambule Dyrektywy 2008/52 zaznaczono, że jej przepisy nie mają zastosowania do „postępowań prowadzonych przez osoby lub organy wydające formalne zalecenie, bez względu na jego prawną moc wiążącą” (Preambuła Dyrektywy 2008/52, pkt 11). Nie wydaje się jednak, by zawarte w definicji mediacji zastrzeżenie, że strony „próbują same osiągnąć porozumienie”, oraz wyłączenie procedur związanych z wydaniem „formalnych zaleceń” eliminowały możliwość prowadzenia mediacji ewaluatywnej. W mediacji tej bowiem mediator może przedstawić stronom propozycję zawarcia ugody, której nie można uznać za „formalne zalecenie”, o którym mowa w Preambule Dyrektywy 2008/52⁸⁵. Trzeba

⁸³ C. Esplugues, *Civil and Commercial Mediation in the EU after the transposition of Directive 2008/52/EC...*, s. 506—507 i powołana przez Autora literatura; K. Gajda, *Alternatywne metody rozwiązywania sporów...*, s. 82—83. K. Gajda wskazuje (w oparciu o projekt Dyrektywy 2008/52), że mediacja w rozumieniu Dyrektywy 2008/52 nie obejmuje alternatywnych metod rozwiązywania sporów polegających na tym, że osoba trzecia sama znajduje rozwiązanie i rekomenduje je stronom, a strony mogą je zaakceptować lub nie. Analizując natomiast proponowaną w toku prac nad ostateczną wersją tekstu Dyrektywy 2008/52 definicję mediacji, która podkreśla samodzielność stron w próbach znalezienia rozwiązania sporu z pomocą mediatora, Autorka ta zwraca uwagę, że zawężone w ten sposób pojęcie mediacji wyłącza z zakresu zastosowania dyrektywy formy hybrydalne takie jak med-arb czy arb-med oraz może prowadzić do ograniczenia zastosowania dyrektywy tylko do mediacji w jej klasycznym ujęciu. Zob. K. Gajda, *Alternatywne metody rozwiązywania sporów...*, s. 82—83.

⁸⁴ C. Esplugues, *Civil and Commercial Mediation in the EU after the transposition of Directive 2008/52/EC...*, s. 507; K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska, *Mediacja w sprawach gospodarczych...*, s. 330.

⁸⁵ W postanowieniach pkt 11 Preambuły Dyrektywy 2008/52 wyjaśniono, że nie powinna mieć ona zastosowania do negocjacji poprzedzających zawarcie umowy ani do postępowań rozstrzygających o wyniku sporu, takich jak niektóre rodzaje sądowego postępowania pojednawczego, postępowanie w sprawach o ochronę interesów konsumentów, arbitraż lub rozstrzygnięcie przez biegłego, ani też do postępowania prowadzonego przez osoby lub organy wydające formalne zalecenie, bez względu na jego prawną moc wiążącą. W postanowieniach Zielonej Księgi Komisji dotyczących pojęcia ADR i metod, które do ADR na potrzeby Zielonej Księgi zostały zaliczone, wskazano, że metody ADR obejmują także procedury, w których stronom przedstawiane są formalne zalecenia, które nie są jednak dla stron wiążące. Podkreślono, że chodzi tu o tego typu procedury jak te, które

także mieć na uwadze fakt, że w ramach mediacji ewaluatywnej mediator ma możliwość stosowania różnych technik, a przedstawienie stronom propozycji zawarcia ugody stanowi tylko jedną z nich⁸⁶. Ponadto przepisy Dyrektywy podkreślają, że postępowanie mediacyjne ma charakter dobrowolny. Znaczenie tej zasady doprecyzowują postanowienia preambuły wskazujące, że „strony same zajmują się przeprowadzeniem postępowania i mogą je organizować zgodnie ze swoim życzeniem oraz zakończyć je w dowolnym terminie” (Preambuła Dyrektywy 2008/52, pkt 13)⁸⁷. W świetle tych postanowień można zatem przyjąć, że strony mogą podjąć decyzję

prowadzone są przez Rady ds. Skarg Konsumentów działające w państwach skandynawskich (Commission of the European Communities GREEN PAPER on alternative dispute resolution in civil and commercial law, Brussels, 19.04.2002, COM/2002/0196 final, s. 7, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52002DC0196> [Dostęp: 18.02.2023 r.]). Procedury, które prowadzone są przez Krajową Radę ds. Sporów Konsumentkich (National Board for Consumer Disputes) w Szwecji na podstawie skarg konsumentów, nie przypominają jednak w niczym mediacji prowadzonej na podstawie przepisów Dyrektywy 2008/52, gdyż członkowie tego organu nie działają jak mediatorzy i nie „wspomagają” stron w staraniach ugodowego rozwiązania sporu. Procedura ta przypomina raczej postępowanie koncyliacyjne. Postępowanie prowadzone przez Krajową Radę ds. Sporów Konsumentkich bowiem ma formę w większości pisemną, strony mają prawo odnieść się nawzajem do swoich stanowisk przedstawionych Radzie na piśmie. Końcowym jego etapem jest przeprowadzenie dyskusji w gronie rozpatrujących skargę ekspertów — prawnika i przedstawicieli organizacji konsumenckich. Strony jednak nie mają prawa uczestniczyć w spotkaniu. Spotkanie członków Krajowej Rady ds. Sporów Konsumentkich kończy się wydaniem rekomendacji, które nie mają mocy wiążącej dla stron. Spory w prostych sprawach rozpatrywane są przez Sekretariat. Zob. <https://www.arn.se/om-arn/Languages/english-what-is-arn/> [Dostęp: 13.05.2023 r.]; <https://www.verksamst.se/web/international/running/if-a-dispute-arises/consumer-complaints> [Dostęp: 13.05.2023 r.]. W postanowieniach pkt 11 Preambuły Dyrektywy 2008/52 wskazano odrębnie zarówno postępowania w sprawach o ochronę interesów konsumentów, jak i postępowania prowadzone przez osoby lub organy wydające formalne zalecenia, bez względu na ich moc prawną. W świetle postanowień Zielonej Księgi wydaje się, że pojęcie „postępowań prowadzonych przez osoby lub organy wydające formalne zalecenie, bez względu na jego prawną moc wiążącą”, o których mowa w pkt 11 Preambuły Dyrektywy 2008/52 i które powinny być wyłączone z zakresu zastosowania Dyrektywy 2008/52, nie obejmuje mediacji ewaluatywnej, a odnosi się też właśnie do takich postępowań, jak te, które prowadzi Krajowa Rada ds. Sporów Konsumentkich w Szwecji, a także do tych, o których wspominała K. Gajda, jako o metodach, w których osoba prowadząca postępowanie przedstawia stronom propozycję zawarcia ugody, która nie jest wiążąca, a które C. Esplugues określa mianem koncyliacji. Zob. K. Gajda, *Alternatywne metody rozwiązywania sporów...*, s. 82—83; C. Esplugues, *Civil and Commercial Mediation in the EU after the transposition of Directive 2008/52/EC...*, s. 506.

⁸⁶ L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 26—27, 29—32; M. Brink, *Evaluative Mediation (Part II)...*, s. 31—36; T. Cyrol, *Facylitacja a koncyliacja...*, s. 22; A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 177—178.

⁸⁷ C. Esplugues, *Civil and Commercial Mediation in the EU after the transposition of Directive 2008/52/EC...*, s. 510—511; R. Morek, *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego*

o prowadzeniu mediacji ewaluatywnej, która przecież nie pozbawia ich możliwości wzięcia aktywnego udziału w wypracowywaniu porozumienia i rozwiązaniu sporu, który stanowi kluczowy element koncepcji mediacji w rozumieniu Dyrektywy 2008/52⁸⁸.

6. Mediacja ewaluatywna w sprawach cywilnych i gospodarczych w prawie polskim — przesłanki i zasady jej prowadzenia

Przepisy kodeksu postępowania cywilnego regulujące prowadzenie mediacji w sprawach cywilnych i gospodarczych, które zostały wprowadzone na mocy nowelizacji k.p.c. z 2005 r. i które określały podstawowe zasady mediacji, nie definiowały jednak samego jej pojęcia. Podstawowe cechy mediacji wskazać można w oparciu o treść przepisów art. 183.1—183.15 k.p.c., w świetle których z prawnego punktu widzenia charakter mediacji wyznacza przede wszystkim uczestnictwo w tym postępowaniu mediatora jako neutralnej osoby trzeciej, której rola polega na udzieleniu stronom sporu pomocy w znalezieniu akceptowalnego przez nie rozwiązania, a w szczególności w zawarciu ugody. Zasadniczą cechą mediacji jest dobrowolny udział stron w wypracowywaniu porozumienia⁸⁹. Przepisy k.p.c. dotyczące mediacji wprowadzone w 2005 r. nie odnosiły się także do kwestii sposobów i technik jej prowadzenia, a zwłaszcza nie precyzowały, czy powinna być ona prowadzona w formie klasycznej mediacji facyli-tatywnej, czy też dopuszczalne jest przyjęcie przez mediatora aktywnej roli w postępowaniu mediacyjnym i zastosowanie przez niego technik

i Rady 2008/52/EC z 21.5.2008 r. o niektórych aspektach mediacji w sprawach cywilnych i handlowych..., s. 98.

⁸⁸ Na temat pojęcia mediacji w Dyrektywie 2008/52 zob. C. Esplugues, *Civil and Commercial Mediation in the EU after the transposition of Directive 2008/52/EC...*, s. 506—507. C. Esplugues, interpretując pojęcie mediacji w rozumieniu Dyrektywy 2008/52, podkreśla, że niezależnie od wypracowania jednolitego i wspólnego znaczenia pojęcia mediacji w świetle przepisów tej Dyrektywy, należy mieć na uwadze, że w praktyce mediacja obejmuje wiele różnych „modeli” prowadzenia postępowania, których współistnienie jest związane z różnorodnością sporów, które mogą być rozpatrywane w ramach mediacji, oraz z istnieniem wielu stosowanych w celu rozstrzygnięcia tych sporów „narzędzi” ADR. Zob. także K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska, *Mediacja w sprawach gospodarczych...*, s. 329 i powołana przez Autorów literatura.

⁸⁹ T. Ereciński, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. II..., 2016, s. 24—25.

typowych dla mediacji ewaluatywnej⁹⁰. Taka regulacja wzbudzała wątpliwości interpretacyjne, czy przepisy k.p.c. dają mediatorowi podstawy do tego, aby w przypadku, gdy prowadzenie mediacji w sposób tradycyjny nie przynosi efektów, mógł on zaproponować stronom określone warianty rozstrzygnięcia sporu i czy nie stwarza to ryzyka naruszenia zasady dobrowolności mediacji oraz neutralności i bezstronności mediatora⁹¹. Mimo braku jednoznacznego wskazania w przepisach k.p.c., które z rodzajów i technik prowadzenia mediacji są preferowane, w literaturze, a także w przyjmowanych przez organizacje zajmujące się mediacją standardach postępowania i kodeksach etyki mediatorów przeważała jednak opcja stosowania mediacji facylitatywnej⁹².

Kwestia dopuszczalności stosowania technik ewaluatywnych w mediacji w prawie polskim przestała wzbudzać kontrowersje dopiero po uchwaleniu i wejściu w życie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r. Ustawa ta nie tylko *expressis verbis* wprowadziła możliwość stosowania mediacji ewaluatywnej w sprawach cywilnych i gospodarczych, lecz także określiła przesłanki jej stosowania w przepisach art. 183.3a k.p.c.⁹³ Celem ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r. było przede wszystkim zwiększenie skuteczności mediacji⁹⁴. Regulując wprost możliwość prowadzenia mediacji ewaluatywnej, ustawodawca zmierzał również do tego, by zwiększyć świadomość możliwości stosowania różnych metod prowadzenia mediacji, których wybór nie tylko powinien być dostosowany do rodzaju sprawy, lecz także wychodzić naprzeciw potrzebom i oczekiwaniom stron konkretnego sporu. W nowelizacji starano się ponadto uwzględnić szerokie pojęcie mediacji, które zostało przyjęte w przepisach Dyrektywy 2008/52⁹⁵.

⁹⁰ A.M. Arkuszewska, *Postępowanie mediacyjne — perspektywy (kilka uwag na tle Ustawy z dnia 10 września 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów)*, w: *Kodeks postępowania cywilnego z perspektywy pięćdziesięciolecia jego obowiązywania. Doświadczenia i perspektywy*, red. E. Marszałkowska-Krześ, I. Gil, Ł. Błaszczak, Currenda, Sopot, 2016, s. 308—309; A. Budniak-Rogała, *Mediacja w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego...*, s. 386—387; T. Cyrol, *Facylitacja a koncyliacja...*, s. 25—26.

⁹¹ T. Cyrol, *Facylitacja a koncyliacja...*, s. 24—26; A. Budniak-Rogała, *Mediacja w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego...*, s. 387.

⁹² T. Cyrol, *Facylitacja a koncyliacja...*, s. 22—23; A.M. Arkuszewska, *Postępowanie mediacyjne — perspektywy...*, s. 308.

⁹³ Uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 16.

⁹⁴ W znaczeniu ilości zawieranych ugód, gdyż w uzasadnieniu wskazano, że liczba ugód zawieranych w wyniku postępowania mediacyjnego nie przekracza 1% spraw cywilnych. Zob. uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 1.

⁹⁵ Uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 1, 15—16. W uzasadnieniu do ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r. wskazano, że przepisy te „uwzględniają dominującą obecnie tendencję do szerokiego określania granic znaczeniowych pojęcia »mediacji«,

Zgodnie z przepisami art. 183.3a k.p.c. mediator może prowadzić mediację, wykorzystując różne metody zmierzające do polubownego rozwiązania sporu, w tym poprzez wspieranie stron w formułowaniu przez nie propozycji ugodowych, lub na zgodny wniosek stron może wskazać sposoby rozwiązania sporu, które nie są dla stron wiążące. Warto podkreślić, że przepis ten nie rozstrzyga tego, w jaki sposób powinna być prowadzona mediacja⁹⁶. Regulacja art. 183.3a k.p.c. wskazuje, że mediator powinien przede wszystkim wspierać strony w formułowaniu przez nie propozycji ugodowych⁹⁷. Wsparcie takie oczywiście może wiązać się jedynie z zaproponowaniem przez mediatora konkretnej treści klauzuli w ugodzie w sytuacji, gdy strony nie potrafią samodzielnie poprawnie jej sformułować⁹⁸. Przepisy art. 183.3a k.p.c. dają jednak wprost mediatorowi podstawy do stosowania różnych sposobów i technik prowadzenia mediacji, dzięki którym strony powinny mieć możliwość polubownego rozwiązania sporu, do których należy także mediacja ewaluatywna⁹⁹. W świetle tego przepisu katalog technik, które wykorzystywać może mediator, jest otwarty¹⁰⁰. W szczególności mediator może wyjaśnić stronom ich sytuację prawną¹⁰¹. Mediator może także przedstawić swoją opinię na temat prognozowanego wyroku, który mógłby zostać wydany przez sąd powszechny lub trybunał arbitrażowy w przypadku, gdyby mediacja nie zakończyła się

czego wyrazem jest definicja zawarta w art. 3 lit. a Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52 z 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych”. W uzasadnieniu wyjaśniono, że definicja ta obejmuje także możliwość prowadzenia mediacji ewaluatywnej.

⁹⁶ A. Rutkowska, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz*, red. O.M. Piaskowska, Wolters Kluwer, Warszawa, 2020, s. 524.

⁹⁷ E. Stefańska, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I..., 2021, s. 658; uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 15.

⁹⁸ A. Rutkowska, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz...*, 2020, s. 524.

⁹⁹ T. Ereciński, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. II..., 2016, s. 42—43; uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 1, 15—16.

¹⁰⁰ T. Cyrol, w: T. Cyrol, D. Fuchs, *Mediacja cywilna. Komentarz...*, 2022, s. 49. Warto zwrócić uwagę, że w przypadku mediacji ewaluatywnej trudno w zasadzie określić ścisły katalog technik, o czym była już mowa w części artykułu poświęconej mediacji ewaluatywnej. Zob. L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 26—28.

¹⁰¹ M. Sychowicz, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I, Art. 1—366, red. A. Marciniak, K. Piasecki, C.H. Beck, Warszawa, 2016, s. 773; M. Sekuła-Leleno, *Mediacja jako nowoczesny sposób rozwiązywania sporów — analiza zmian wprowadzonych z dniem 1.01.2016*, „Rejent” 2016, nr 8, s. 97; A. Rutkowska, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz...*, 2020, s. 524; E. Stefańska, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I..., 2021, s. 658—659; uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 15.

zawarciem przez strony ugody¹⁰². W sporach, których charakter wymaga wiedzy eksperta, w ramach stosowania technik ewaluatywnych mediator może również zaprosić do udziału w mediacji biegłego, który przedstawi swoją opinię na sporny temat¹⁰³. Przepisy art. 183.3a k.p.c. także *expressis verbis* przewidują możliwość zastosowania przez mediatora budzącej największe kontrowersje techniki mediacji ewaluatywnej, która wiąże się z przedstawieniem stronom sposobów rozwiązania sporu. Przepis ten nie precyzuje, w jaki sposób mediator może zaproponować rozwiązanie sporu, wydaje się jednak, że w jego świetle propozycja taka może przybrać postać poparcia dla konkretnego wariantu rozwiązania¹⁰⁴ lub poddania pod dyskusję określonych opcji rozstrzygnięcia sporu, a nawet przedstawienia stronom gotowej propozycji zawarcia ugody¹⁰⁵.

Trzeba zauważyć, że w świetle art. 183.3a k.p.c. mediator nie ma obowiązku stosowania mediacji ewaluatywnej. Przepis ten pozostawia mediatorowi możliwość podjęcia decyzji, czy powinien on taki sposób prowadzenia mediacji zaproponować stronom¹⁰⁶. Styl i technika prowadzenia postępowania mediacyjnego powinny być przez mediatora wybrane w taki sposób, by jak najlepiej odpowiadały specyfice konkretnej sprawy¹⁰⁷. Jednak podejmując decyzję o ich wyborze, mediator powinien oczywiście wziąć pod uwagę także swoje umiejętności i doświadczenie w stosowaniu strategii i technik mediacyjnych oraz wiedzę dotyczącą przedmiotu sporu¹⁰⁸.

¹⁰² T. Cyrol, w: T. Cyrol, D. Fuchs, *Mediacja cywilna. Komentarz...*, 2022, s. 49—50; T. Ereciński, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. II..., 2016, s. 43.

¹⁰³ T. Cyrol, w: T. Cyrol, D. Fuchs, *Mediacja cywilna. Komentarz...*, 2022, s. 50.

¹⁰⁴ A.M. Arkuszewska, *Postępowanie mediacyjne — perspektywy...*, s. 308; A. Budniak-Rogała, *Mediacja w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego...*, s. 386—387 i powołana przez Autorkę literatura.

¹⁰⁵ T. Cyrol, w: T. Cyrol, D. Fuchs, *Mediacja cywilna. Komentarz...*, 2022, s. 48—49, 50; M. Sekuła-Leleno, *Mediacja jako nowoczesny sposób rozwiązywania sporów...*, s. 97; T. Ereciński, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. II..., 2016, s. 43; M. Sychowicz, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I..., 2016, s. 773; A. Rutkowska, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz...*, 2020, s. 524; E. Stefańska, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I..., 2021, s. 658; uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 15.

¹⁰⁶ Uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 15; A. Budniak-Rogała, *Mediacja w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego...*, s. 388; A. Rutkowska, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz...*, 2020, s. 524; E. Stefańska, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I..., 2021, s. 659.

¹⁰⁷ E. Stefańska, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I..., 2021, s. 659.

¹⁰⁸ M. Myślińska, *Mediator w polskim porządku prawnym...*, s. 118—119 i powołana przez Autorkę literatura. Konieczność posiadania przez mediatora odpowiedniej wiedzy dotyczącej spraw będących przedmiotem sporu (*subject-matter expertise*) jest podkreślana w literaturze jako niezbędny warunek prowadzenia mediacji ewaluatywnej, co zostało już

W uzasadnieniu do ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r. podkreślono, że prowadzenie przez mediatora mediacji z wykorzystaniem technik ewaluatywnych — w szczególności wyjaśnienie stronom ich sytuacji prawnej, przedstawienie alternatywnych rozwiązań lub zaproponowanie pod dyskusję różnych możliwości rozwiązania sporu — jest możliwe, ale wyłącznie po spełnieniu trzech przesłanek. Po pierwsze, może to nastąpić wyłącznie na zgodny wniosek stron. Po drugie, taką formułę mediacji musi zaakceptować mediator. Po trzecie, mediacja ewaluatywna może być prowadzona jedynie w ostateczności, czyli dopiero wtedy, gdy stronom nie uda się samodzielnie wypracować warunków ugody¹⁰⁹. Warto podkreślić, że przesłanki te odpowiadają przedstawianym w literaturze postulatowi, by mediacja ewaluatywna, z uwagi na związane z nią ryzyko naruszenia zasady dobrowolności mediacji oraz neutralności i bezstronności mediatora, stosowana była tylko wówczas, gdy mediator wykorzystał klasyczne metody prowadzenia mediacji i mimo tego strony nie zdołały osiągnąć porozumienia, a także gdy strony wyrażą zgodę na stosowanie technik ewaluatywnych¹¹⁰.

Kluczowe znaczenie dla możliwości prowadzenia mediacji ewaluatywnej w świetle art. 183.3a k.p.c. ma dobrowolność, jako jedna z podstawowych zasad mediacji w myśl art. 183.1 k.p.c.¹¹¹ Zasada dobrowolności mediacji obejmuje szereg istotnych aspektów związanych z prawem stron do podejmowania decyzji dotyczących mediacji, do których należą przede wszystkim: decyzja o dobrowolnym przystąpieniu do mediacji, jak również o jej przebiegu i zakończeniu w dowolnym momencie, decyzja dotycząca zakresu spraw rozpatrywanych w ramach mediacji, decyzja o wyborze mediatora oraz formy prowadzenia mediacji, a także zgoda stron na zawarcie ugody o określonej treści¹¹². Z punktu widzenia regulacji mediacji

wskazane w poprzednich częściach artykułu. Zob. L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 24, 46—47; M. Brink, *Evaluative Mediation (Part I)...*, s. 13; idem, *Evaluative Mediation (Part II)...*, s. 32; E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym...*, s. 43—44.

¹⁰⁹ Uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 15; E. Stefańska, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I..., 2021, s. 658; M. Budniak-Rogała, *Mediacja w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego...*, s. 387.

¹¹⁰ Na temat wskazywanych w doktrynie postulatów dotyczących warunków stosowania mediacji ewaluatywnej zob. M. Brink, *Evaluative Mediation (Part I)...*, s. 17—18; idem, *Evaluative Mediation (Part II)...*, s. 33, 35; L.L. Riskin, *Understanding Mediator's Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 45; E. Gmurzyńska, *Rodzaje mediacji...*, s. 179. Zob. także T. Cyrol, *Facylitacja a koncyliacja...*, s. 24.

¹¹¹ A. Budniak-Rogała, *Mediacja w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego...*, s. 388.

¹¹² Ibidem, s. 367—368 i powołana przez Autorkę literatura; T. Cyrol, w: T. Cyrol, D. Fuchs, *Mediacja cywilna. Komentarz...*, 2022, s. 25—31, 49—50; K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska, *Mediacja w sprawach gospodarczych...*, s. 335—337, 345—346;

ewaluatywnej zasada dobrowolności mediacji znajduje odzwierciedlenie w wyraźnym zaakcentowaniu w art. 183.3a k.p.c., że mediator może zaproponować sposoby rozwiązania sporu wyłącznie „na zgodny wniosek stron”, a warunek ten ma na celu zapobieżenie próbom narzucania przez mediatora swojej oceny stronom bez ich woli¹¹³. Zasada dobrowolności oznacza także, że strony powinny mieć możliwość określenia wspólnie z mediatorem najbardziej dogodnego dla nich sposobu prowadzenia mediacji ewaluatywnej¹¹⁴. Z tego względu wniosek o przedstawienie przez mediatora propozycji rozwiązania sporu może być przez strony zgłoszony w trakcie postępowania, ale dopuszczalne jest także, by strony, rozpoczynając mediację, w momencie ustalania sposobu jej prowadzenia, wyraziły zgodę na to, by mediator mógł przedstawić im propozycję zawarcia ugody w toku postępowania mediacyjnego¹¹⁵. Przepis art. 183.3a k.p.c. wyraźnie podkreśla konieczność przedstawienia przez strony „zgodnego wniosku” w przypadku, gdy chodzi o możliwość zaproponowania przez mediatora sposobów rozwiązania sporu¹¹⁶. W świetle literalnej wykładni tego przepisu wydaje się, że mediator mógłby zastosować inne techniki ewaluatywne z własnej inicjatywy, w tym w szczególności zaproponować stronom wyjaśnienie ich sytuacji prawnej, jeżeli samodzielne próby osiągnięcia przez strony porozumienia zakończyły się niepowodzeniem¹¹⁷. Zgodnie z zasadą

T. Ereciński, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. II..., 2016, s. 28—29. Warto zwrócić uwagę, że te same elementy zasady dobrowolności mediacji zostały wskazane w UNCITRAL Notes on Mediation (2021), pkt 10, s. 2.

¹¹³ P. Telenga, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I, Art. 1—729, red. A. Jakubecki, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017, s. 337—338.

¹¹⁴ T. Cyrol, w: T. Cyrol, D. Fuchs, *Mediacja cywilna. Komentarz...*, 2022, s. 49—50.

¹¹⁵ Ibidem, s. 51. W kwestii wyrażania przez strony zgody na przedstawienie im przez mediatora propozycji zawarcia ugody zob. także L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 45.

¹¹⁶ Warto zwrócić uwagę, że w literaturze zwroty „zgodny wniosek stron” oraz „strony się zgodziły” lub „strony wyraziły zgodę” na zaproponowanie przez mediatora sposobów rozwiązania sporu stosowane są zamiennie, co można rozumieć jako intencję podkreślenia, że mediator może przedstawić stronom sposoby rozwiązania sporu na ich wyraźny wniosek, lecz także może sam zaproponować taką technikę prowadzenia mediacji ewaluatywnej, ale jej stosowanie jest uzależnione od zgody stron. Zob. T. Ereciński, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. II..., 2016, s. 42—43; T. Cyrol, w: T. Cyrol, D. Fuchs, *Mediacja cywilna. Komentarz...*, 2022, s. 51.

¹¹⁷ M. Sychowicz, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I..., 2016, s. 773. M. Sychowicz wskazuje, że „Na zgodny wniosek stron, ale i — widząc ich niepowodzenie w samodzielnym dojściu do porozumienia — z własnej inicjatywy mediator powinien wyjaśnić stronom ich sytuację prawną, a w szczególności uświadomić konsekwencje niepowodzenia mediacji i trwania w sporze”. Zob. M. Sychowicz, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I..., 2016, s. 773; T. Cyrol, w: T. Cyrol, D. Fuchs, *Mediacja cywilna. Komentarz...*, 2022, s. 48—51. W uzasadnieniu do ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r. podkreślono także, że to od woli mediatora zależy, czy proponuje stronom

dobrowolności mediacji oraz formułowanymi w literaturze przesłankami stosowania mediacji ewaluatywnej mediator może jednak zastosować takie techniki tylko wtedy, gdy strony wyrażą na to zgodę¹¹⁸. Stosowanie każdej z technik mediacji ewaluatywnej wymaga zatem akceptacji stron, która powinna przybrać postać złożenia zgodnego wniosku przez strony (co *expressis verbis* wskazują przepisy art. 183.3a k.p.c. w przypadku, gdy mediacja ewaluatywna polegać ma na wskazaniu przez mediatora stronom sposobów rozwiązania sporu) lub wyrażenia zgody na prowadzenie mediacji z zastosowaniem konkretnej techniki ewaluatywnej¹¹⁹. W tym kontekście trzeba także zwrócić uwagę, że wskazanie przez mediatora sposobów rozwiązania sporu bez zgodnego wniosku stron jest naruszeniem zasady dobrowolności mediacji i może stanowić podstawę do rezygnacji przez strony z postępowania mediacyjnego bez narażania się na sankcje finansowe związane z obowiązkiem poniesienia kosztów wynikających z nieuzasadnionej odmowy poddania się mediacji, o których mowa w art. 103 § 2 k.p.c.¹²⁰

Analizując zaakcentowany w przepisach art. 183.3a k.p.c. warunek złożenia przez strony zgodnego wniosku o przedstawienie przez mediatora sposobów rozwiązania sporu w świetle standardów prowadzenia mediacji przyjętych w Ustawie Modelowej UNCITRAL (2018) oraz Dyrektywie 2008/52, warto zauważyć, że wymóg ten odpowiada rekomendacjom wskazanym w UNCITRAL Notes on Mediation (2021), które wprowadzają taką samą przesłankę i precyzują w tym zakresie postanowienia Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018) przewidujące możliwość przedstawienia przez mediatora stronom propozycji zawarcia ugody¹²¹. Prawo stron do

prowadzenie mediacji ewaluatywnej, z czego można wnioskować, że to również mediator może wyjść z inicjatywą zastosowania konkretnych technik mediacji ewaluatywnej. Zob. uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 15. Zob. także T. Ereciński, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. II..., 2016, s. 43; M. Sychowicz, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I..., 2016, s. 773.

¹¹⁸ T. Cyrol, w: T. Cyrol, D. Fuchs, *Mediacja cywilna. Komentarz...*, 2022, s. 49, 51; uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 15. Na temat zgody stron jako obligatoryjnej przesłanki stosowania mediacji ewaluatywnej zob. M. Brink, *Evaluative Mediation (Part I)...*, s. 17–18; idem, *Evaluative Mediation (Part II)...*, s. 33, 35; L.L. Riskin *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 45; E. Gmurzyńska, *Rodzaje mediacji...*, s. 179.

¹¹⁹ T. Ereciński, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. II..., 2016, s. 42–43; T. Cyrol, w: T. Cyrol, D. Fuchs, *Mediacja cywilna. Komentarz...*, 2022, s. 49–51; M. Sychowicz, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I..., 2016, s. 773.

¹²⁰ P. Telenga, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I..., 2017, s. 337–338. Zob. także T. Cyrol, w: T. Cyrol, D. Fuchs, *Mediacja cywilna. Komentarz...*, 2022, s. 51.

¹²¹ Art. 7 ust. 4 Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018); UNCITRAL Notes on Mediation (2021), pkt 72, s. 19.

wyboru sposobu prowadzenia mediacji zostało ponadto wyraźnie wskazane w przepisach Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018) oraz postanowieniach UNCITRAL Notes on Mediation (2021) jako istotny aspekt jej dobrowolności¹²². Ten element zasady dobrowolności mediacji wydają się podkreślać także przepisy Dyrektywy 2008/52, w świetle których dobrowolność mediacji powinna być rozumiana również jako prawo stron do przeprowadzania i organizowania postępowania mediacyjnego zgodnie ze swoimi preferencjami oraz zakończenia go w wybranym terminie¹²³.

W świetle przepisów art. 183.3a k.p.c. należy podkreślić, że dobrowolność, jako podstawowa zasada postępowania mediacyjnego, w mediacji ewaluatywnej przejawia się przede wszystkim w tym, że propozycje rozwiązania sporu składane przez mediatora nie są wiążące dla stron¹²⁴. Możliwość stosowania przez mediatora technik ewaluatywnych nie zmienia charakteru mediacji jako postępowania opartego na zasadzie dobrowolności, w którym strony podejmują ostateczną decyzję o tym, czy ugoda zostanie zawarta i jakie będą jej warunki¹²⁵. Warto zauważyć, że ten kluczowy aspekt zasady dobrowolności został *expressis verbis* wskazany w definicji mediacji wprowadzonej w przepisach Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018), w której zaakcentowano, że mediator nie ma kompetencji władczych pozwalających mu na narzucenie stronom rozwiązania sporu. Prawo do samodzielnego rozwiązania sporu zostało wymienione także w postanowieniach UNCITRAL Notes on Mediation (2021) jako istotny element dobrowolności mediacji opartej na autonomii stron¹²⁶. W takim kontekście zasada dobrowolności została wskazana również w definicji mediacji wprowadzonej w przepisach Dyrektywy 2008/52, która podkreśla,

¹²² Art. 7 ust. 1, 2 Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018); UNCITRAL Notes on Mediation (2021), pkt 10, s. 2.

¹²³ Zob. art. 3a) oraz pkt 13 Preambuly Dyrektywy 2008/52; C. Esplugues, *Civil and Commercial Mediation in the EU after the transposition of Directive 2008/52/EC...*, s. 510—511; R. Morek, *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/EC z 21.5.2008 r. o niektórych aspektach mediacji w sprawach cywilnych i handlowych...*, s. 98.

¹²⁴ A. Budniak-Rogała, *Mediacja w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego...*, s. 388; uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 14—15; T. Ereciński, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. II..., 2016, s. 42—43; T. Cyrol, w: T. Cyrol, D. Fuchs, *Mediacja cywilna. Komentarz...*, 2022, s. 47.

¹²⁵ Uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 14—15; A. Budniak-Rogała, *Mediacja w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego...*, s. 388.

¹²⁶ Zob. art. 1 ust. 3 Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018); UNCITRAL Notes on Mediation (2021), pkt 10, s. 2, pkt 71, s. 18; UNCITRAL Model Law (2018) Guide to Enactment and Use, pkt 32, 33, s. 24.

że podczas mediacji strony „same próbują osiągnąć porozumienie w celu rozwiązania ich sporu, korzystając z pomocy mediatora”¹²⁷.

Analizując określone w przepisach art. 183.3a k.p.c. warunki decydujące o możliwości wskazania przez mediatora stronom sposobów rozwiązania sporu, trzeba zauważyć, że odzwierciedlają one istotne aspekty zasady dobrowolności mediacji¹²⁸, a także odpowiadają postulowanym w literaturze przesłankom prowadzenia mediacji ewaluatywnej dotyczącym konieczności wyrażenia przez strony zgody na stosowanie przez mediatora technik ewaluatywnych w mediacji¹²⁹.

Wprowadzeniu mocą ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r. regulacji wprost dopuszczających stosowanie przez mediatora technik ewaluatywnych towarzyszyło także znowelizowanie innych przepisów k.p.c., które stanowią wsparcie dla prowadzenia mediacji ewaluatywnej i wyraźnie podkreślają możliwość przyjęcia przez mediatora aktywnej roli w mediacji oraz wagę jego kompetencji związanych ze znajomością przedmiotu sporu. W tym zakresie trzeba wskazać przede wszystkim przepisy art. 183.9 § 1 k.p.c., które przyznają stronom pierwszeństwo w wyborze mediatora.

¹²⁷ C. Esplugues, *Civil and Commercial Mediation in the EU after the transposition of Directive 2008/52/EC...*, s. 506—507; K. Gajda, *Alternatywne metody rozwiązywania sporów...*, s. 82—83; K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska, *Mediacja w sprawach gospodarczych...*, s. 329—330. Zob. także art. 3a) Dyrektywy 2008/52 oraz Preambuła Dyrektywy 2008/52, pkt 10, 13.

¹²⁸ A. Budniak-Rogała, *Mediacja w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego...*, s. 388; uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 14—15.

¹²⁹ Do przesłanek prowadzenia mediacji ewaluatywnej, oprócz zgody stron na stosowanie technik ewaluatywnych, należy także wyczerpanie możliwości samodzielnego rozwiązania sporu przez strony. Zob. M. Brink, *Evaluative Mediation (Part I)*..., s. 17—18; idem, *Evaluative Mediation (Part II)*..., s. 33, 35; L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 45; E. Gmurzyńska, *Rodzaje mediacji...*, s. 179; T. Cyrol, *Facylitacja a koncyliacja...*, s. 24. W uzasadnieniu do ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r. wyjaśniono, że mediator może zaproponować stronom sposoby rozstrzygnięcia sporu, gdy strony wyrażą na to zgodę i sam mediator zaakceptuje taką możliwość, a także gdy strony nie były w stanie samodzielnie wypracować warunków ugody. Zob. uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 15. Druga i trzecia przesłanka nie zostały wprowadzone *expressis verbis* w przepisach art. 183.3a k.p.c. Wydaje się jednak, że konieczność wyrażenia przez mediatora zgody na wskazanie stronom warunków rozstrzygnięcia sporu może być analizowana w kontekście zasady dobrowolności mediacji, która obejmuje dobrowolność uczestniczenia w mediacji zarówno stron, jak i mediatora. Przesłanka wyczerpania przez strony możliwości samodzielnego znalezienia rozwiązania sporu również może znajdować oparcie w interpretacji zasady dobrowolności, która obejmuje zasadę samostanowienia stron, polegającą na tym, że to strony decydują o rozwiązaniu sporu i jego warunkach. Na temat elementów zasady dobrowolności zob. A. Budniak-Rogała, *Mediacja w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego...*, s. 367—368 i powołana przez Autorkę literatura.

Dzięki wprowadzeniu tego przepisu ustawodawca zamierzał podkreślić znaczenie samodzielności i woli stron w kształtowaniu procesu mediacji, a także ułatwić realizację jej podstawowego celu, jakim jest satysfakcja z ugodowego załatwienia sporu¹³⁰. W kontekście możliwości prowadzenia mediacji ewaluatywnej można zauważyć, że przepis ten daje stronom podstawy do dokonania wyboru mediatora, który będzie odpowiadał ich preferencjom nie tylko w kwestii sposobu prowadzenia mediacji, lecz także dotyczącym wiedzy i doświadczenia mediatora w zakresie znajomości przedmiotu sporu. Duże znaczenie kompetencji merytorycznych mediatora potwierdza również wyraźne zaakcentowanie w dalszej części tego przepisu, że wiedza i umiejętności mediatora w prowadzeniu mediacji danego rodzaju powinny stanowić podstawowe kryterium jego wyboru przez sąd, który kierując strony do mediacji, wyznacza mediatora, jeżeli strony go nie wybrały (art. 183.9 § 1 k.p.c.)¹³¹. Ustawodawca wyraźnie przy tym sprecyzował, że sąd powinien wziąć pod uwagę kompetencje mediatora w zakresie nie tyle znajomości technik prowadzenia mediacji, ile właśnie wiedzy dotyczącej „spraw danego rodzaju”, np. sporów o roboty budowlane, procesy inwestycyjne, sprawy konsumenckie czy rodzinne, co powinno sprzyjać skuteczności mediacji¹³². Zasadnicze znaczenie merytorycznego przygotowania mediatora do prowadzenia mediacji podkreślają także przepisy art. 183.9 § 2 k.p.c., które przyznają mediatorowi prawo do zapoznania się z aktami sprawy automatycznie, zaraz po przystąpieniu stron do mediacji (bez konieczności uprzedniego uzyskania upoważnienia sądu, które wymagane było przed nowelizacją k.p.c. z 2015 r.). Przyznanie mediatorowi tego uprawnienia ma na celu wzmocnienie jego wiarygodności w oczach stron i ich pełnomocników oraz zwiększenie ich zaufania do jego kompetencji¹³³. Warto przy tym zwrócić uwagę, że zapoznanie się przez mediatora z dokumentami dotyczącymi spornej sprawy stanowi jedną z czynności charakterystycznych dla prowadzenia mediacji ewaluatywnej, której skuteczność opiera się na wiedzy mediatora dotyczącej przedmiotu sporu (*subject-matter expertise*) oraz jego dobrej znajomości szczegółów analizowanej sprawy, co umożliwi mu aktywną pomoc stronom poprzez

¹³⁰ Uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 23.

¹³¹ M. Sychowicz, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I..., 2016, s. 784; A. Budniak-Rogała, *Mediacja w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego...*, s. 374—375.

¹³² Uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 22—23. Zob. także M. Sychowicz, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I..., 2016, s. 784; E. Stefańska, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I..., 2021, s. 671.

¹³³ Uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 23. Zob. także M. Sychowicz, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I..., 2016, s. 784; E. Stefańska, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I..., 2021, s. 672.

dokonanie oceny ich sytuacji prawnej lub zaproponowanie konkretnych rozwiązań¹³⁴. Zwraca na to uwagę także polski ustawodawca, podkreślając, że zapoznanie się z aktami sprawy powinno ułatwić mediatorowi prawidłowe sformułowanie treści ugody, tak aby jej zakres był zgodny z przedmiotem sporu, a ugoda była możliwa do wykonania¹³⁵.

7. Zakończenie

Regulacja postępowania mediacyjnego powinna uwzględniać z jednej strony dobrowolność mediacji oraz, stanowiącą jedną z podstawowych jej cech, elastyczność jej procedury, a jednocześnie nie zapominać o celach, których realizacji powinno służyć uregulowanie postępowania mediacyjnego, do których należy zagwarantowanie odpowiednich standardów jego prowadzenia. Konieczne jest przy tym zapewnienie zarówno stronom, jak i mediatorowi swobody działania w organizacji postępowania mediacyjnego oraz pozostawienie im wyboru metod prowadzenia mediacji¹³⁶. Na takiej koncepcji wydają się opierać przepisy Dyrektywy 2008/52 oraz Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018). Wprowadzają one szerokie i uniwersalne definicje mediacji, które określają podstawowe

¹³⁴ L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 24, 46—47; M. Brink, *Evaluative Mediation (Part I)*..., s. 13; idem, *Evaluative Mediation (Part II)*..., s. 32. Zob. także E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym...*, s. 43—44.

¹³⁵ Uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 23. W projekcie ustawy o zmianie ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nieodpłatnej pomocy prawnej, nieodpłatnym poradnictwie obywatelskim oraz edukacji prawnej oraz niektórych innych ustaw [dalej: projekt ustawy wprowadzającej Krajowy Rejestr Mediatorów] proponowana jest m.in. nowelizacja ustawy — Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. 2023, poz. 217, 289; Dz.U. 2022, poz. 2642) [dalej: p.u.s.p.], która związana jest z utworzeniem Krajowego Rejestru Mediatorów [dalej: KRM] — publicznego rejestru zawierającego informacje o mediatorach prowadzących mediacje pozasądowe oraz mediacje sądowe. Zgodnie z projektowanym art. 1571 § 1 p.u.s.p. w KRM powinny znaleźć się informacje dotyczące wykształcenia mediatora, odbytych szkoleń oraz jego specjalizacji, co w założeniu powinno ułatwić stronom wybór mediatora. Zob. Projekt z dnia 26 kwietnia 2023 r. ustawy o zmianie ustawy o nieodpłatnej pomocy prawnej, nieodpłatnym poradnictwie obywatelskim oraz edukacji prawnej oraz niektórych innych ustaw, s. 17, 48—49: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12371954/12969835/12969836/dokument618883.pdf> [Dostęp: 2.11.2023 r.].

¹³⁶ K.J. Hopt, F. Steffek, *Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues...*, s. 121. Zob. także E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym...*, s. 282.

zasady jej prowadzenia, w tym przede wszystkim zasadę dobrowolności¹³⁷. Analiza tych definicji pozwala przyjąć, że uwzględniają one także mediację ewaluatywną¹³⁸.

Przepisy Dyrektywy 2008/52 oraz Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018), szeroko definiujące pojęcie mediacji, pozostawiły ustawodawcom krajowym otwartą furtkę do wprowadzenia regulacji dających podstawy do prowadzenia mediacji ewaluatywnej, jednak z zachowaniem podstawowych zasad postępowania mediacyjnego przyjętych w tych aktach prawnych. Regulacje takie zostały wprowadzone w prawie polskim. W ramach nowelizacji k.p.c. z 2015 r. nie tylko *expressis verbis* uregulowana została możliwość prowadzenia mediacji ewaluatywnej, lecz także wskazane zostały przesłanki jej stosowania, w tym w szczególności konieczność złożenia przez strony zgodnego wniosku o przedstawienie im przez mediatora propozycji zawarcia ugody. Zaakcentowano także, że zaproponowane przez mediatora sposoby rozwiązania sporu nie mają charakteru wiążącego. Wprowadzenie takiej regulacji zasługuje na pozytywną ocenę. W literaturze podkreśla się, że za potrzebą regulacji dopuszczalności i zasad prowadzenia mediacji ewaluatywnej przemawia przede wszystkim konieczność ochrony stron postępowania przed ewentualnym naruszeniem zasady dobrowolności mediacji czy neutralności i bezstronności mediatora¹³⁹. Trzeba zauważyć, że w przepisach k.p.c. pojęcie mediacji nie zostało zdefiniowane¹⁴⁰, a zasada jej dobrowolności określona została

¹³⁷ Na temat definicji mediacji w przepisach Dyrektywy 2008/52 zob. K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska, *Mediacja w sprawach gospodarczych...*, s. 329—330; K. Gajda, *Alternatywne metody rozwiązywania sporów...*, s. 83; C. Esplugues, *Civil and Commercial Mediation in the EU after the transposition of Directive 2008/52/EC...*, s. 505. W kwestii definicji mediacji w przepisach Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018) zob. UNCITRAL Model Law (2018) Guide to Enactment and Use, pkt 8, 9, 10, 32, 33, s. 16—17, 24.

¹³⁸ W uzasadnieniu do ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r. podkreślono, że przepisy art. 183.3a k.p.c. inspirowane są szeroką definicją mediacji przyjętą w Dyrektywie 2008/52, która obejmuje także mediację ewaluatywną. Zob. uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 15; A. Budniak-Rogala, *Mediacja w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego...*, s. 387; E. Stefańska, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I..., 2021, s. 659.

¹³⁹ E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym...*, s. 43. Odmienne, jak się wydaje, T. Cyrol, który wskazuje, że zaproponowanie przez mediatora stronom warunków ugody nie stanowi zagrożenia dla zasady dobrowolności mediacji, gdyż propozycja taka nie ma charakteru wiążącego. Zob. T. Cyrol, *Facylitacja a koncyliacja...*, s. 25—27.

¹⁴⁰ T. Ereciński, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. II..., 2016, s. 24—25; A. Budniak-Rogala, *Mediacja w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego...*, s. 386; T. Cyrol, w: T. Cyrol, D. Fuchs, *Mediacja cywilna. Komentarz...*, 2022, s. 46.

w art. 183.1 k.p.c. w sposób dość lapidarny¹⁴¹, choć podstawowe elementy tej zasady są oczywiście wskazywane i analizowane w literaturze¹⁴². Z tego względu określenie w kodeksie postępowania cywilnego warunków prowadzenia mediacji ewaluatywnej jest uzasadnione. Regulacja taka nie stoi bowiem w sprzeczności z jedną z podstawowych cech postępowania mediacyjnego, jaką powinna być elastyczność tej procedury¹⁴³, natomiast w przypadku mediacji ewaluatywnej wydaje się stanowić skuteczniejszą gwarancję ochrony stron niż ogólnie sformułowana w przepisach zasada dobrowolności mediacji¹⁴⁴. Jasno i jednoznacznie regulacja ta podkreśla bowiem niezwykle istotne aspekty zasady dobrowolności, do których należy prawo stron do decydowania o sposobie prowadzenia mediacji, a przede wszystkim o jej wyniku¹⁴⁵. Uwzględnia ona również postulowane w literaturze przesłanki prowadzenia mediacji ewaluatywnej, do których należy w szczególności świadoma zgoda stron na stosowanie przez mediatora tej formy i technik mediacji¹⁴⁶. Zauważyć też można, że regulacja art. 183.3a k.p.c., choć odnosi się do metod prowadzenia mediacji, to

¹⁴¹ T. Ereciński zwraca uwagę, że zasada dobrowolności mediacji sformułowana w przepisach art. 183.1 k.p.c. znajduje swoje odzwierciedlenie także w przepisach art. 183.8 k.p.c. oraz 183.9 k.p.c. Zob. T. Ereciński, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. II..., 2016, s. 28–29, 55, 59. Szerzej na temat interpretacji zasady dobrowolności mediacji w przepisach k.p.c. zob. K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska, *Mediacja w sprawach gospodarczych...*, s. 345–346.

¹⁴² Na temat elementów zasady dobrowolności mediacji zob. A. Budniak-Rogała, *Mediacja w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego...*, s. 367–368 i powołana przez Autorkę literatura; T. Cyrol, w: T. Cyrol, D. Fuchs, *Mediacja cywilna. Komentarz...*, 2022, s. 25–31, 49–50; K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska, *Mediacja w sprawach gospodarczych...*, s. 335–337, 345–346; T. Ereciński, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. II..., 2016, s. 28–29.

¹⁴³ W kwestii odformalizowanego charakteru postępowania mediacyjnego zob. K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska, *Mediacja w sprawach gospodarczych...*, s. 337; K.J. Hopt, F. Steffek, *Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues...*, s. 121; E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym...*, s. 282.

¹⁴⁴ Warto zwrócić uwagę, że możliwość przedstawienia przez mediatora propozycji rozwiązania sporu lub warunków ugody wyłącznie wtedy, gdy wniosek o to złożą strony, podkreślana jest jako istotny aspekt zasady dobrowolności mediacji zarówno w postanowieniach UNCITRAL Notes on Mediation (2021), jak i w niektórych kodeksach etyki mediatorów przyjmowanych w poszczególnych stanach USA. Zob. UNCITRAL Notes on Mediation (2021), pkt 71–72, s. 18–19; M.S. Levin, *The Propriety of Evaluative Mediation...*, s. 284–285.

¹⁴⁵ Uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 14–15; A. Budniak-Rogała, *Mediacja w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego...*, s. 387–388.

¹⁴⁶ Na temat zgody stron jako warunku prowadzenia mediacji ewaluatywnej zob. M. Brink, *Evaluative Mediation (Part I)...*, s. 12, 16, 18, 19; idem, *Evaluative Mediation (Part II)...*, s. 31–32; L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies,*

podkreślając podstawowe założenie postępowania mediacyjnego, jakim jest rozwiązanie sporu przez same strony, brak uprawnień władczych mediatora, którego zadaniem jest wspomaganie stron w dążeniu do zawarcia ugody, a nie rozstrzygnięcie sporu, brak formalizmu, a przede wszystkim dobrowolność tego postępowania, w istocie wskazuje charakterystyczne cechy mediacji, których przed wprowadzeniem tego przepisu w kodeksie postępowania cywilnego bezpośrednio nie sformułowano¹⁴⁷. Trzeba także podkreślić, że wymienione w przepisach art. 183.3a k.p.c. aspekty dobrowolności mediacji — niezwykle istotne zwłaszcza w kontekście mediacji ewaluatywnej, a związane w szczególności z udziałem stron w formułowaniu propozycji ugodowych oraz z niewiążącym charakterem propozycji rozwiązania sporu przedstawianej przez mediatora — odpowiadają definicji mediacji wprowadzonej w przepisach Dyrektywy 2008/52, która akcentuje samodzielność stron w wypracowywaniu porozumienia¹⁴⁸, oraz definicji w Ustawie Modelowej UNCITRAL (2018), która *expressis verbis* wskazuje, że mediator nie ma kompetencji rozstrzygnięcia sporu¹⁴⁹.

Prowadzenie mediacji ewaluatywnej powinno opierać się na wiedzy i doświadczeniu mediatora związanych z przedmiotem rozstrzyganego sporu¹⁵⁰. Na pozytywne efekty mediacji ewaluatywnej, lecz także na ryzyko, które może się z nią wiązać, gdy mediator nie potrafi prawidłowo ocenić sytuacji prawnej stron, zwraca uwagę J. Lande, wskazując, że „jeżeli [...] przyjmujemy, że prawo (rozumiane jako wyrok, który prawdopodobnie zostałby wydany przez sąd) wyznacza standardy uczciwości i sprawiedliwości, to dobrze prowadzona mediacja ewaluatywna z pewnością może pomóc w wypracowaniu sprawiedliwych rozwiązań. Stanowisko to jednak oparte jest na założeniu, że prawo zapewnia sprawiedliwe rozstrzygnięcia,

and Techniques..., s. 40—42, 45, 48—49; E. Gmurzyńska, *Rodzaje mediacji...*, s. 179; M.S. Levin, *The Propriety of Evaluative Mediation...*, s. 284—285.

¹⁴⁷ A. Budniak-Rogała, *Mediacja w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego...*, s. 385—386, 388. Zob. także T. Cyrol, w: T. Cyrol, D. Fuchs, *Mediacja cywilna. Komentarz...*, 2022, s. 46—47.

¹⁴⁸ Zob. art. 3a) Dyrektywy 2008/52, pkt 10 i 13 jej preambuły. Na temat definicji i dobrowolności mediacji w przepisach Dyrektywy 2008/52 zob. C. Espluges, *Civil and Commercial Mediation in the EU after the transposition of Directive 2008/52/EC...*, s. 506—507 i powołana przez Autora literatura; K. Gajda, *Alternatywne metody rozwiązywania sporów...*, s. 82—83. Jak już wskazywano, ustawodawca podkreślił, że inspiracją do przyjęcia przepisów dotyczących mediacji ewaluatywnej w k.p.c. była definicja mediacji wprowadzona w przepisach Dyrektywy 2008/52. Zob. uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 15.

¹⁴⁹ Zob. art. 1 ust. 3 i art. 7 ust. 1—4 Ustawy Modelowej UNCITRAL (2018).

¹⁵⁰ L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques...*, s. 24, 46—47; M. Brink, *Evaluative Mediation (Part I)...*, s. 13; idem, *Evaluative Mediation (Part II)...*, s. 32; E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym...*, s. 43—44.

przepisy są dość jasno sformułowane, sędziowie oraz przysięgli je stosują, a mediatorzy potrafią trafnie przewidzieć wyniki procesu. Wszystkie te założenia są dyskusyjne¹⁵¹. Postulaty sprecyzowania wymogów stawianych mediatorom, w tym przede wszystkim posiadania odpowiedniego wykształcenia pozwalającego im na prowadzenie postępowań dotyczących określonych stosunków prawnych, a także znajomości form i technik rozwiązywania sporów, w celu poprawy skuteczności oraz jakości mediacji, były już niejednokrotnie w literaturze prezentowane¹⁵². Znaczenie merytorycznego przygotowania mediatora do prowadzenia mediacji zdaje się dostrzegać także polski ustawodawca, który podkreśla potrzebę dokonywania przez sąd wyboru mediatora z uwzględnieniem jego odpowiedniej wiedzy i umiejętności dotyczących prowadzenia określonego rodzaju spraw oraz gwarantuje mediatorom prawo zapoznania się z aktami sprawy (art. 183.9 § 1 i § 2 k.p.c.)¹⁵³. Kwestia przyjęcia regulacji kładących większy nacisk na sprecyzowanie kwalifikacji mediatorów w sprawach cywilnych i gospodarczych wydaje się jednak nadal otwarta, gdyż przepisy projektu ustawy wprowadzającej Krajowy Rejestr Mediatorów nie przewidują (przynajmniej na obecnym etapie procesu legislacyjnego) w tym zakresie zmian, dodając do katalogu aktualnie obowiązujących stałych mediatorów wymogów jedynie przesłankę dawania rękąmi należytego wykonywania obowiązków¹⁵⁴.

¹⁵¹ J. Lande, *Toward More Sophisticated Mediation Theory*, „Journal of Dispute Resolution” 2000, issue 2, s. 326 i powołana przez Autora literatura, <https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2000/iss2/7/> [Dostęp: 14.07.2023 r.].

¹⁵² Zob. T. Cyrol, *O potrzebie regulacji zawodu mediatora*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2014, nr 4, s. 104—105; K. Grzybczyk, *Rozwiązywanie sporów z zakresu prawa własności intelektualnej...*, s. 21; K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska, *Mediacja w sprawach gospodarczych...*, s. 351; T. Ciechoński, *Nie każdy umie doprowadzić do ugody*, „Dziennik Gazeta Prawna”, 11.04.2023, nr 70 (5984), s. B7.

¹⁵³ Zob. uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.c. z 2015 r., s. 23—24; M. Sychowicz, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I..., 2016, s. 784; A. Budniak-Rogała, *Mediacja w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego...*, s. 374—375.

¹⁵⁴ Podczas konsultacji publicznych dotyczących projektu ustawy o Krajowym Rejestrze Mediatorów Biuro Mediacji MEDIATOR.WAW.PL zwróciło uwagę, że w świetle proponowanych w tym projekcie przepisów art. 157h § 1 oraz art. 157j § 3 p.u.s.p. wymogi dotyczące stałych mediatorów i dające podstawę ich wpisu do KRM sformułowane są dość ogólnikowo i w zasadzie nie różnią się od tych, które określone są aktualnie w przepisach art. 157a p.u.s.p., poza sprecyzowaniem przesłanki znajomości języka polskiego w mowie i piśmie oraz dodaniem wymogu, że stały mediator powinien dawać rękąmi należytego wykonywania obowiązków. Projektodawca wyjaśnił, że „projektowane przepisy nie zakładają zmian w zakresie wymogów, które powinni spełniać stali mediatorzy”, z wyjątkiem dwóch wskazanych wyżej przesłanek, których wprowadzenie ma na celu standaryzację wymogów obowiązujących stałych mediatorów w sprawach cywilnych i w sprawach karnych oraz zapewnienie profesjonalizmu w prowadzeniu mediacji cywilnych. Zob. uwagi

Bibliografia

- Arkuszevska A.M., *Postępowanie mediacyjne — perspektywy (kilka uwag na tle Ustawy z dnia 10 września 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów)*, w: *Kodeks postępowania cywilnego z perspektywy pięćdziesięciolecia jego obowiązywania. Doświadczenia i perspektywy*, red. E. Marszałkowska-Krześ, I. Gil, Ł. Błaszczak, Currenda, Sopot, 2016.
- Bialecki M., *Mediacja w postępowaniu cywilnym*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa, 2012.
- Brink M., *Evaluative Mediation (Part I), an Analysis*, „Corporate Mediation Journal” 2021, no. 1, https://www.elevenjournals.com/tijdschrift/cmj/2021/1/CMJ_2542-4602_2021_005_001_004 [Dostęp: 15.12.2022 r.].
- Brink M., *Evaluative Mediation (Part II), Deployment*, „Corporate Mediation Journal” 2021, no. 2, https://www.elevenjournals.com/tijdschrift/cmj/2021/2/CMJ_2542-4602_2021_005_002_002 [Dostęp: 15.12.2022 r.].
- Budniak-Rogała A., *Mediacja w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego ustawą z 10 września 2015 r. a realizacja zasad postępowania mediacyjnego*, w: *Postępowanie cywilne w dobie przemian*, red. I. Gil, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017.
- Ciechoński T., *Nie każdy umie doprowadzić do ugody*, „Dziennik Gazeta Prawna”, 11.04.2023, nr 70 (5984).
- Cyrol T., *Facylitacja a koncyliacja — jak mediować, aby robić to skutecznie*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2013, nr 3.
- Cyrol T., *O potrzebie regulacji zawodu mediatora*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2014, nr 4.
- Cyrol T., w: Cyrol T., Fuchs D., *Mediacja cywilna. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa, 2022.
- Ereciński T., w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. II, *Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, Wolters Kluwer, Warszawa, 2016.
- Esplugues C., *Civil and Commercial Mediation in the EU after the transposition of Directive 2008/52/EC*, in: *Civil and Commercial Mediation in Europe: Cross Border Mediation*, vol. II, ed. C. Esplugues, Intersentia, Cambridge—Antwerp—Portland, 2014.

wniesione przez Biuro Mediacji MEDIATOR.WAW.PL oraz stanowisko projektodawcy przedstawione w dokumencie Zestawienie uwag z konsultacji publicznych ustawy o nieodpłatnej pomocy prawnej, nieodpłatnym poradnictwie obywatelskim oraz edukacji prawnej oraz niektórych innych ustaw (UD494), s. 71—72, 74, 78—81, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12371954/katalog/12969835#12969835> [Dostęp: 2.11.2023 r.]; uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o nieodpłatnej pomocy prawnej, nieodpłatnym poradnictwie obywatelskim oraz edukacji prawnej oraz niektórych innych ustaw z dnia 4 grudnia 2023 r., s. 45, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12371954/katalog/12969872#12969872> [Dostęp: 14.01.2024 r.]. Zob. także T. Ciechoński, *Nie każdy umie...*, s. B7.

- Gajda K., *Alternatywne metody rozwiązywania sporów — projekt Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2006, nr 4, <https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/handle/item/246899> [Dostęp: 15.02.2023 r.].
- Gmurzyńska E., *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym — zastosowanie w Europie i w Polsce*, C.H. Beck, Warszawa, 2007.
- Gmurzyńska E., *Rodzaje mediacji*, w: *Mediacje. Teoria i praktyka*, red. R. Morek, E. Gmurzyńska, Wolters Kluwer, Warszawa, 2014.
- Golann D., *Variations in Mediation: How-and Why — Legal Mediators Change Styles in the Course of a Case*, „Journal of Dispute Resolution” 2000, vol. 1, <https://ssrn.com/abstract=1309771> [Dostęp: 15.12.2022 r.].
- Grzybczyk K., *Rozwiązywanie sporów z zakresu prawa własności intelektualnej na drodze mediacji i koncyliacji*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2022, T. 30.
- Hopt K.J., Steffek F., *Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues*, in: *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*, eds. K.J. Hopt, F. Steffek, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- Kalisz A., Zienkiewicz A., *Mediacja sądowa i pozasądowa. Zarys wykładu*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa, 2014.
- Kalisz A., Zienkiewicz A., *Mediacja w sprawach gospodarczych jako narzędzie wspierające sukces w biznesie*, Difin, Warszawa, 2020.
- Korybski A., *Alternatywne rozwiązywanie sporów w USA*, Wydawnictwo UMCS, Lublin, 1993.
- Lande J., *Toward More Sophisticated Mediation Theory*, „Journal of Dispute Resolution” 2000, issue 2, <https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2000/iss2/7/> [Dostęp: 14.07.2023 r.].
- Levin M.S., *The Propriety of Evaluative Mediation: Concerns About the Nature and Quality of an Evaluative Opinion*, „Ohio State Journal on Dispute Resolution” 2001, vol. 16, issue 2, https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/80085/OSJDR_V16N2_267.pdf?sequence=1 [Dostęp: 14.07.2023 r.].
- Makiela M., *Mediacja gospodarcza*, w: *Mediacja w praktyce mediatora i pełnomocnika*, red. C. Rogula, A. Zemke-Górecka, Wolters Kluwer, Warszawa, 2021.
- Morek R., *ADR — w sprawach gospodarczych*, C.H. Beck, Warszawa, 2004.
- Morek R., *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/EC z 21.5.2008 r. o niektórych aspektach mediacji w sprawach cywilnych i handlowych: nowy etap rozwoju mediacji w Europie*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2008, nr 3.
- Morek R., *Wprowadzenie*, w: *Mediacje. Teoria i praktyka*, red. R. Morek, E. Gmurzyńska, Wolters Kluwer, Warszawa, 2014.
- Mól A., *Pojęcie i znaczenie alternatywnych metod rozstrzygania sporów (ADR)*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2001, nr 12.
- Myślińska M., *Mediator w polskim porządku prawnym*, C.H. Beck, Warszawa, 2018.

- Piers M., *Europe's Role in Alternative Dispute Resolution: Off to a Good Start?*, „Journal of Dispute Resolution” 2014, issue 2, <https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2014/iss2/5/> [Dostęp: 14.02.2023 r.].
- Plis J., *Rodzaje mediacji*, w: *Zarys metodyki pracy mediatora w sprawach cywilnych*, red. A.M. Arkuszewska, J. Plis, Lex a Wolter Kluwer business, Warszawa, 2014.
- Quek D., *Facilitative Versus Evaluative Mediation: Is There Necessarily a Dichotomy?*, „Asian Journal on Mediation” 2013, <https://ssrn.com/abstract=2889142> [Dostęp: 15.12.2022 r.].
- Riskin L.L., *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, „Harvard Negotiation Law Review” 1996, vol. 1, no. 7, <https://ssrn.com/abstract=1506684> [Dostęp: 15.12.2022 r.].
- Rutkowska A., w: *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz*, red. O.M. Piaskowska, Wolters Kluwer, Warszawa, 2020.
- Sekuła-Leleno M., *Mediacja jako nowoczesny sposób rozwiązywania sporów — analiza zmian wprowadzonych z dniem 1.01.2016*, „Rejent” 2016, nr 8.
- Stefańska E., w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I, Art. 1—477.16, red. M. Manowska, Wolters Kluwer, Warszawa, 2021.
- Stulberg J.B., *Facilitative versus Evaluative Mediator Orientations: Piercing the „Grid” Lock*, „Florida State University Law Review” 1997, vol. 24, no. 4, https://ir.law.fsu.edu/lr/vol24/iss4/7/?utm_source=ir.law.fsu.edu%2F1r%2Fvol24%2Fiss4%2F7&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages [Dostęp: 15.12.2022 r.].
- Sychowicz M., w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I, Art. 1—366, red. A. Marciniak, K. Piasecki, C.H. Beck, Warszawa, 2016.
- Telenga P., w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. I, Art. 1—729, red. A. Jakubecki, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017.
- UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018), UNITED NATIONS, Vienna, 2022, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/22-01363_mediation_guide_e_ebook_rev.pdf [Dostęp: 15.01.2023 r.].
- UNCITRAL Notes on Mediation, UNITED NATIONS, Vienna, 2021, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mediation_notes.pdf [Dostęp: 15.12.2022 r.].
- Weitz K., Gajda-Roszczyńska K., *Mediacja w sprawach gospodarczych*, w: *System Prawa Handlowego*, red. S. Włodyka, T. 7, *Postępowanie sądowe w sprawach cywilnych z udziałem przedsiębiorców*, red. T. Wiśniewski, C.H. Beck, Warszawa, 2013.
- Zienkiewicz A., *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce*, Difin, Warszawa, 2007.



Maciej Zachariasiewicz^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0002-2848-0216>

Jurysdykcja krajowa w sprawie roszczeń deliktowych z tytułu afery *dieseltgate* w świetle dotychczasowego orzecznictwa TSUE: uwagi na tle wyroku TSUE w sprawie C-343/19 *VKI v. Volkswagen* oraz postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2022 r., II CSKP 1506/22

Abstract: The article discusses the judgment of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in case C-343/19 *VKI v. VW* and the decision of the Polish Supreme Court of 12 May 2022, both connected with the infamous “dieseltgate”. The cases concerned claims of the owners of Volkswagen cars equipped with the “defeat devices” that manipulated the emissions tests. The question decided by both courts was whether claimants may enforce their tort claims for damages against the manufacturer in the Member States where the cars were acquired. CJEU found that they do and the Polish Supreme Court followed suit.

The article analyses both cases against the background of existing case law of the European Court under Article 7(2) of the Brussels I bis Regulation. According to the well-established case law of the Court, the place of harmful event is to be understood both as the place where the event leading to damage is located, as well as the place where the damage occurred. Regarding the place of damage, the author takes the view that it occurs not in the state where the car is acquired — as found by CJEU — but where it is registered and used. This in itself should not, however, suffice to establish the jurisdiction of the court at the place of damage. In each case (and not only when the damage is purely financial) the court must confirm under the individual circumstances of the case that this place is suitable as the forum for resolving the dispute. Among these circumstances

^{a)} Dr hab., Akademia Leona Koźmińskiego.

the most important is that of the foreseeability for the defendant that because of his or her actions, he or she can be sued at the given forum. This possibility to foresee should be established on the basis of defendant's actions undertaken in the forum. In cases where a defective product is the source of liability (such as in *VKI v. VW*) these are in particular: marketing products in that state or directing advertising activities thereto.

The paper also compares European solutions with those adopted in US. The author argues that the CJEU should be more bold in looking into an American standard that requires "some act by which the defendant purposefully avails itself of the privilege of conducting activities within the forum State, thus invoking the benefits and protections of its laws" and thus protect the defendant from being sued in a place of damage that is loosely connected with the case.

Keywords: Brussels I Regulation — torts — jurisdiction — place of harmful event — dieselgate — Volkswagen

1. Wprowadzenie: kilka słów o aferze *dieselgate*

18 września 2015 r. amerykańska Agencja Ochrony Środowiska ujawniła proceder koncernu Volkswagen polegający na instalowaniu w samochodach z silnikiem Diesla oprogramowania, które manipulowało wynikami pomiarów emisji spalin z układu wydechowego. Oprogramowanie instalowane w samochodach VW opracowane było w taki sposób, że w trakcie testów emisji spalin silniki osiągały bardzo dobre wyniki, spełniając wszystkie najnowsze standardy (w USA i w UE). Jednakże w trakcie normalnego korzystania z samochodów silniki emitowały do atmosfery nawet do 40 razy więcej szkodliwych substancji, niż wynikało to z testów. Innymi słowy, oprogramowanie oszukiwało w trakcie homologacyjnych testów emisji spalin. Rozpoznawało ono bowiem sytuację testową („samochód wiedział, że jest testowany”) i ograniczało emisję szkodliwych związków do atmosfery, choć w normalnym użytkowaniu była ona wielokrotnie wyższa niż deklarowana i wykazywana w trakcie testów. Nabywcy samochodów byli zatem przekonani, że nabywają samochody zgodne z homologacją, choć w rzeczywistości nie spełniały deklarowanych parametrów. Silniej zatruwały one środowisko i wykazywały większe spalanie¹. Dziś nie budzi żadnych wątpliwości, że oprogramowanie instalowane było przez koncern Volkswagen świadomie w celu manipulacji wynikami

¹ Warto jednak podkreślić, że nie istnieją prawne przeszkody, aby nabywcy samochodów z fałszującym oprogramowaniem — pomimo, że emitują one wielokrotnie więcej szkodliwych substancji niż deklarowane przez producenta i dopuszczalne — korzystali z nich w normalny sposób w ruchu publicznym. Innymi słowy, wykrycie oszustwa nie unieważnia testów homologacyjnych, na podstawie których samochody zostały dopuszczone do ruchu.

testów emisji spalin. Oprogramowanie to określa się z języka angielskiego jako *defeat device*. Szacuje się, że na świecie jest ponad 11 mln takich samochodów (wyprodukowanych między 2009 a 2015 r.), a w samej Polsce między 140—200 tys.²

Skandal towarzyszący ujawnionemu w 2015 r. oszustwu jest dziś powszechnie znany. Afera zyskała nawet miano „*dieselgate*”³. Volkswagen musiał zapłacić ogromne kary finansowe, szczególnie w USA, gdzie wykryto fałszerstwo. Zapadły także wyroki karne przeciwko menedżerom koncernu odpowiedzialnym za skandal. Współcześnie wina korporacyjna Volkswagena jako osoby prawnej nie budzi już żadnych wątpliwości. Wreszcie w wielu państwach nabywcy samochodów VW z zainstalowanym fałszującym oprogramowaniem dochodzą roszczeń przeciwko koncernowi z Wolfsburga na drodze cywilnej i to ten wątek jest istotny z perspektywy niniejszego opracowania.

Zasadniczą trudnością, jaką napotkali powodowie, stała się kwestia jurysdykcji krajowej w tych sprawach, a ściślej pytanie, czy mogą oni pozwać Volkswagena w państwie, w którym mają swoje miejsce zamieszkania, gdzie samochody nabyli i je użytkują. Jurysdykcja przysługuje oczywiście, zgodnie z art. 4 rozporządzenia Bruksela I bis, sądom niemieckim jako sądom mającym jurysdykcję ogólną względem pozwanego koncernu Volkswagena (mającego siedzibę w Niemczech). W wielu przypadkach nabywcy próbują jednak pozwać koncern we „własnych” państwach. Powstało zatem szalenie ciekawe zagadnienie prawne, czy przewidziane w rozporządzeniu Bruksela I bis podstawy jurysdykcji szczególnej to umożliwiają. Centralne znaczenie ma w tym względzie pojęcie „miejsce,

² Afera *dieselgate* jest gruntownie opisana zarówno w literaturze branżowej, w tym dostępnej w Internecie (np. <https://www.autodna.pl/blog/afera-dieselgate/> [Dostęp: 14.12.2023 r.], w źródłach encyklopedycznych (np. https://pl.wikipedia.org/wiki/Afera_Volkswagena [Dostęp: 14.12.2023 r.], jak i w innych raportach (np. *Seven years of Dieselgate: A never-ending story*, Bureau Européen des Unions de Consommateurs, 12.12.2022, https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/BEUC-X-2022-130_Dieselgate_7th_report.pdf [Dostęp: 14.12.2023 r.]).

³ Różne prawne wyzwania związane ze skutkami afery, jak również jej implikacje na przyszłość były przedmiotem zainteresowania doktryny prawniczej. Zob. np. M.F. Di Rattalma, *The Dieselgate: A Legal Perspective*, Springer International Publishing, Cham, 2017; T. Spapens, *The 'Dieselgate' scandal: A criminological perspective*, in: *Green Crimes and Dirty Money*, eds. T. Spapens, R. White, D. van Uhm, W. Huisman, Routledge, Abingdon, 2018; K. van Elten, B. Rehder, *How the Dieselgate scandal helped bring American-style legal conflict resolution to Europe*, „LSE European Politics and Policy (EUROPP) blog”, 3.12.2020, <https://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2020/12/03/how-the-dieselgate-scandal-helped-bring-american-style-legal-conflict-resolution-to-europe/> [Dostęp: 14.12.2023 r.]. W polskiej literaturze zob. np. Z. Mazur, *Dieselgate i konsekwencje prawne manipulowania emisją spalin*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny (iKAR)” 2020, t. 9, nr 7, s. 119 i n.

w którym wyrządzona została szkoda” na tle art. 7 ust. 2 rozporządzenia Bruksela I bis.

2. Pozwy austriackich nabywców volkswagenów

2.1. Stan faktyczny sprawy

W sprawie C-343/19 Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, rozstrzygając w przedmiocie pytania prejudycjalnego sformułowanego przez sąd austriacki, miał do czynienia z następującym stanem faktycznym. Powód w postępowaniu przed sądem krajowym — Verein für Konsumenteninformation [dalej: VKI] — jest organizacją ochrony konsumentów z Austrii, która zajmuje się m.in. prowadzeniem procesów sądowych w imieniu konsumentów, którzy swe roszczenia przelewają na VKI. W dniu 6 września 2018 r. VKI złożyła w sądzie w Austrii pozew przeciw Volkswagenowi „w imieniu” 574 nabywców samochodów VW. Samochody kupione zostały bądź od dilerów VW w Austrii, bądź z drugiej ręki przed 18 września 2015 r., tj. przed datą ujawnienia manipulacji⁴. VKI upatrywała szkody nabywców samochodów VW w szczególności w pomniejszonej wartości nabytych samochodów w stosunku do tej, którą miałyby, gdyby nie były wyposażone w manipulujące oprogramowanie. VKI podnosiła zatem, że szkodą nabywców volkswagenów jest różnica pomiędzy ceną zapłaconą za samochody a ich rzeczywistą wartością po odkryciu w 2015 r. faktu, że zainstalowano w nich oprogramowanie manipulujące emisją spalin. Ponadto zdaniem VKI szkoda wynika z podwyższonego zużycia paliwa oraz gorszej wydajności silnika. Wartość samochodów będzie także szybciej spadała, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę ryzyko wprowadzanych w przyszłości zakazów wjazdu lub cofnięcia dopuszczenia do ruchu. Ponieważ w chwili wniesienia powództwa niektórych ze szkód nie dało się jeszcze oznaczyć co do kwoty (albo w ogóle się nie urzeczywistniły), VKI żądała także ustalenia odpowiedzialności Volkswagena na przyszłość i w tym zakresie roszczenia miały charakter deklaratoryjny. Zważywszy, że roszczenia miały podstawę deliktową, sąd austriacki powziął wątpliwość, gdzie tak określoną szkodę należy lokalizować dla celów ustalenia jurysdykcji krajowej na podstawie art. 7 ust. 2 rozporządzenia Bruksela I bis.

⁴ Opinia Rzecznika Generalnego M. Camposa Sáncheza-Bordony z 2.04.2020 w sprawie C-343/19 *Verein für Konsumenteninformation v. Volkswagen AG*, ECLI:EU:C:2020:253 [dalej: opinia RG w sprawie VKI v. VW], pkt 12.

2.2. Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie C-343/19 *VKI v. Volkswagen*

Opinia RG Manuela Camposa Sáncheza-Bordony jest przykładem znakomitej i pogłębionej analizy wykładni art. 7 ust. 2 rozporządzenia Bruksela I bis. Zapoznając się z nią, warto jednak wyjść poza polską wersję językową, ponieważ tłumaczenie jest wyjątkowo niskiej jakości⁵.

Analizując przedstawiony przez sąd krajowy problem, Rzecznik Generalny dokonuje szerokiego przeglądu orzecznictwa Trybunału dotyczącego pojęcia „miejsce, w którym nastąpiło zdarzenie powodujące szkodę” na tle art. 7 ust. 2 rozporządzenia. W szczególności zaś Rzecznik analizuje, w jaki sposób w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału rozumiany był termin „miejsce, w którym szkoda wystąpiła”. Rzecznik przypomina, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą relewantne jako łącznik jurysdykcyjny jest wyłącznie miejsce pierwotnej (bezpośredniej), a nie wtórnej (pośredniej) szkody, jak również że znaczenie ma jedynie szkoda poniesiona przez bezpośredniego poszkodowanego, a nie szkoda poniesiona przez inną osobę „rykoszetem”. Znaczenie ma ponadto odróżnienie szkody materialnej od szkody czysto finansowej. Do orzecznictwa Trybunału w innych sprawach powrócę w dalszej części opracowania. W tym miejscu należy się natomiast przyjrzeć wnioskowi zaproponowanemu przez Rzecznika na tle sprawy Volkswagen.

Rzecznik dochodzi mianowicie do wniosku, że w sprawie zachodzi przypadek, w którym szkoda jest czysto finansową stratą i ma ona charakter pierwotny⁶. Rzecznik nie zgodził się w tym względzie z odsyłającym sądem krajowym, dla którego szkodą pierwotną jest defekt oprogramowania, a wynikające z tego faktu obniżenie wartości samochodu jest finansowym, ale i dalszym następstwem. Rzecznik podkreśla, że instalacja oprogramowania (manipulowanie) to zdarzenie powodujące szkodę, natomiast szkodą w majątku nabywców samochodów jest różnica między uiszczoną ceną a wartością dobra materialnego otrzymanego w zamian⁷. Powstaje ona w chwili nabycia pojazdu, choć wykrywana jest później. Jak wyjaśnia

⁵ W generalnie fatalnym tłumaczeniu już w 2 akapicie popełniono rażący błąd. Mianowicie zd. 1 akapitu 2 brzmiące po angielsku: „For the purpose of providing an interpretation which would be useful to the system for the allocation of international jurisdiction among the Member States, the Court retained the possibility of using both connecting factors” tłumaczy się jako: „W celu zapewnienia użytecznej wykładni dotyczącej podziału jurysdykcji międzynarodowej między państwami członkowskimi, Trybunał Sprawiedliwości wypowiedział się negatywnie co do możliwości korzystania z obu łączników”. Odwraca to sens wypowiedzi Rzecznika o 180 stopni.

⁶ Opinia RG w sprawie *VKI v. VW*, pkt 35.

⁷ Opinia RG w sprawie *VKI v. VW*, pkt 37.

Rzecznik: „Kiedy ujawniły się rzeczywiste cechy pojazdu, jego nabywcy nie odkryli, że mają mniej pojazdu lub, że mają inny pojazd, lecz odkryli, że mają pojazd o mniejszej wartości: ostatecznie, mniejszy majątek”⁸. Samochód, jako przedmiot fizyczny, jedynie symbolizuje uszczuplenie majątku⁹. Ten uszczerbek w majątku jest zatem pierwotny: wynika bezpośrednio ze zdarzenia wywołującego szkodę (manipulowanie silnikiem), a nie z jakiejś wcześniejszej (pierwotnej) szkody doznanej przez nabywców samochodów¹⁰. Defekt samochodu nie jest szkodą jego nabywcy. Szkodą nabywcy staje się dopiero po nabyciu samochodu przez użytkownika. Utrata wartości samochodu nie ujawniła się, dopóki manipulacja silnikami nie została upubliczniona¹¹. Z tego też powodu naprawienia szkody mogą dochodzić nabywcy volkswagenów na rynku zarówno pierwotnym, jak i wtórnym. Szkada dotyka bowiem dopiero tego nabywcę, który jest właścicielem samochodu w chwili ujawnienia faktu instalowania w silnikach Volkswagena oprogramowania manipulującego emisją spalin (tj. wrzesień 2015 r.). Użytkownik, który zbył samochód przed 18 września 2015 r., nie doznał żadnej szkody w swym majątku, bo fakt defektu samochodu był ukryty¹².

W dalszej kolejności Rzecznik Generalny przygląda się miejscu, w którym zlokalizować należy szkodę czysto finansową. Przypomina, że w kilku wcześniejszych wyrokach Trybunał wyjaśnił, że jest nim miejsce, gdzie manifestują się szkodliwe skutki zdarzenia będącego przyczyną powstania szkody¹³. Skoro zatem szkodliwym skutkiem nabycia samochodu z manipulującym oprogramowaniem jest strata w majątku równa różnicy między zapłaconą ceną a rzeczywistą wartością samochodu, to szkoda ta ujawnia się nie gdzie indziej jak w państwie, w którym doszło do nabycia samochodu, tj. w miejscu, w którym transakcja nabycia została zawarta¹⁴.

Ponieważ jednak chodzi tu o szkodę czysto finansową, możliwość przypisania jurysdykcji sądów miejsca nabycia samochodu jest zdaniem Rzecznika Generalnego warunkowana dalszymi okolicznościami. Szkada czysto finansowa nie uzasadnia bowiem w sposób klarowny — tak jak dzieje się to w przypadku szkody materialnej — faktycznego powiązania (bliskości) pomiędzy terytorium danego państwa a stanem faktycznym sprawy. Trzeba zaś przypomnieć, że jurysdykcję sądów miejsca szkody uznaje się za uzasadnioną właśnie z uwagi na istnienie owego powiązania z terytorium

⁸ Opinia RG w sprawie *VKI v. VW*, pkt 38.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Opinia RG w sprawie *VKI v. VW*, pkt 39.

¹¹ Opinia RG w sprawie *VKI v. VW*, pkt 41.

¹² *Ibidem*.

¹³ Opinia RG w sprawie *VKI v. VW*, pkt 45.

¹⁴ Opinia RG w sprawie *VKI v. VW*, pkt 74.

danego państwa. Stąd w przypadku szkody czysto finansowej miejsce jej zlokalizowania „nie jest automatycznie reprezentatywne dla wymaganych zasad bliskości i przewidywalności”, lecz „staje się punktem wyjścia, który musi zostać potwierdzony przez pozostałe szczególne okoliczności sporu”¹⁵. Natężenie owych „szczególnych okoliczności sporu” staje się przesłanką weryfikującą zasadność atrybucji jurysdykcji w miejscu, w którym zlokalizowana jest czysto finansowa szkoda w majątku poszkodowanego. Na tle art. 7 ust. 2 rozporządzenia Bruksela I bis analiza jest zatem dwuetapowa. Po pierwsze, wskazać należy miejsce urzeczywistnienia się szkody, a po drugie — potwierdzić przydatność tego miejsca jako kryterium ustalenia jurysdykcji przy łącznej ocenie okoliczności szczególnych sprawy¹⁶.

Choć w zależności od konkretnej sprawy może tu chodzić o różne okoliczności; Rzecznik wskazuje na dwa ich rodzaje. Pierwszym są elementy istotne dla prawidłowego administrowania wymiarem sprawiedliwości i organizacji procesu. Drugim natomiast — czynniki, które mogły przyczynić się do ukształtowania przekonania stron o miejscu prowadzenia postępowania sądowego bądź ewentualnie o miejscu, gdzie mogą być pozowane w następstwie swoich działań¹⁷.

W sprawie VW do owych szczególnych okoliczności należą zdaniem Rzecznika „nie tylko te dotyczące poszkodowanego, lecz również te określające cel pozwanego polegający na sprzedaży pojazdów w państwie członkowskim, którego jurysdykcja jest przedmiotem dyskusji”¹⁸. Wśród okoliczności dotyczących poszkodowanego Rzecznik wymienia „negocjowanie zakupu w tym samym miejscu, wydanie w nim pojazdu i [...] posiadanie w tym miejscu siedziby przez kupującego”¹⁹. Z kolei do okoliczności określających cel pozwanego należy zdaniem Rzecznika zaliczyć: „wprowadzenie (bezpośrednio lub przez głównego importera powiązanego z pozwanym) pojazdów do państwa członkowskiego, w którym jest pozwany; sprzedaż w państwie członkowskim dokonywana przez salony sprzedaży lub oficjalnych dystrybutorów; promowanie sprzedaży za pośrednictwem reklamy realizowanej przez pozwanego lub na jego rachunek w tym państwie członkowskim; lub emisję certyfikatów zgodności przetłumaczonych przez pozwanego na język tego państwa członkowskiego”²⁰.

W konsekwencji, choć zdaniem Rzecznika dla jurysdykcji sądów określonego państwa nie jest wystarczająca okoliczność, że w tym państwie

¹⁵ Opinia RG w sprawie *VKI v. VW*, pkt 56.

¹⁶ Opinia RG w sprawie *VKI v. VW*, pkt 70.

¹⁷ Opinia RG w sprawie *VKI v. VW*, pkt 67.

¹⁸ Opinia RG w sprawie *VKI v. VW*, pkt 75.

¹⁹ Opinia RG w sprawie *VKI v. VW*, przyp. 56.

²⁰ Opinia RG w sprawie *VKI v. VW*, przyp. 57.

doszło do nabycia i wydania samochodów²¹, to w jego ocenie okolicznością potwierdzającą jurysdykcję tych sądów jest przede wszystkim fakt, że Volkswagen był w stanie z łatwością przewidzieć, że jego pojazdy będą sprzedawane w Austrii i że w tym państwie mogą wystąpić problemy uzasadniające pozwy przeciwko koncernowi²². Należy tu jednak podkreślić w ślad za Rzecznikiem, że analiza pod kątem przewidywalności (lub jej braku) ma służyć nie wyborowi pomiędzy sądami państwa, w którym wystąpiła szkoda, i sądami państwa, w którym miało miejsce zdarzenie będące jej źródłem, lecz jedynie potwierdzeniu (lub zaprzeczeniu) jurysdykcji sądu państwa, w którym zmaterializowała się szkoda, ustalona w sprawie VW jako miejsce, w którym doszło do nabycia samochodu²³.

Ostatecznie zatem Rzecznik konkluduje, że na tle art. 7 ust. 2 rozporządzenia Bruksela I bis należy przyjąć, iż „szkoda urzeczywistnia się w miejscu położonym w państwie członkowskim, gdzie poszkodowany nabył produkt od osoby trzeciej, o ile pozostałe okoliczności potwierdzają przyznanie jurysdykcji sądom tego państwa członkowskiego. W każdym przypadku, wśród tych okoliczności musi znaleźć się co najmniej jedna, która pozwoliłaby pozwanemu racjonalnie przewidzieć, że przyszli nabywcy dokonujący zakupu w tym miejscu mogliby wystąpić z powództwem z tytułu odpowiedzialności cywilnej wynikającej z jego czynów”²⁴.

2.3. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-343/19 VKI v. Volkswagen

Na tle opinii Rzecznika Generalnego wyrok Trybunału w sprawie VKI v. Volkswagen²⁵ jest z reguły oceniany jako rozczarowujący²⁶. Choć

²¹ Opinia RG w sprawie VKI v. VW, pkt 79.

²² Opinia RG w sprawie VKI v. VW, pkt 80.

²³ Ibidem.

²⁴ Opinia RG w sprawie VKI v. VW, pkt 81.

²⁵ Wyr. TSUE z 9.07.2020 w sprawie C-343/19 *Verein für Konsumenteninformation v. Volkswagen AG*, ECLI:EU:C:2020:534 [dalej: wyr. TSUE w sprawie VKI v. VW].

²⁶ T. Marzal, *Le forum delicti à l'épreuve du Dieselgate: (CJUE, 9 juillet 2020, aff. C-343/19, Verein für Konsumenteninformation c/Volkswagen AG, ECLI: EU: C: 2020: 534)*, „Revue critique de droit international privé” 2021, no. 4, s. 878; J. Lee, *Pop Goes the Diesel! A Case Comment on Case C-343/19 Verein für Konsumenteninformation v Volkswagen AG*, „IALS Student Law Review” 2021, vol. 8, no. 2, s. 40 i n.; M. Dąbroś, *Wyrok w sprawie Volkswagen (C-343/19) — czy to już forum actoris?*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny (iKAR)” 2021, t. 10, nr 4, s. 93; E. Vallines García, *VKI v VW and the diesel scandal: final buyers may bring tortious claims before the courts for the place where the vehicle was purchased*, 2020, <https://eprints.ucm.es/id/eprint/68972> [Dostęp 14.12.2023 r.].

rezultat wyroku jest *in concreto* analogiczny do propozycji Rzecznika Generalnego (nabywcy volkswagenów mogą pozwać koncern w Austrii), to uzasadnienie dla takiej konkluzji jest nieco odmienne.

Trybunał podzielił oczywiście wniosek Rzecznika, że miejsce wystąpienia zdarzenia powodującego powstanie szkody znajduje się w państwie, w którym samochody wyposażono w oprogramowanie manipulujące emisją spalin²⁷. Podzielił również kierunek myślenia o szkodzie podnoszonej przez VKI, tj. że chodzi o różnicę między ceną zapłaconą przez nabywcę za samochód a jego rzeczywistą wartością wynikającą z faktu zainstalowania w nim oprogramowania manipulującego²⁸. Szkada taka urzeczywistnia się dopiero w chwili zakupu samochodu za cenę przewyższającą jego rzeczywistą wartość od osoby trzeciej i stanowi szkodę pierwotną²⁹. W konsekwencji miejscem, w którym szkoda ta następuje, jest państwo, na którego terytorium doszło do nabycia samochodów od osoby trzeciej³⁰.

Zdaniem Trybunału szkoda ta nie ma jednak charakteru szkody czysto finansowej. Jest to szkoda materialna, ponieważ choć polega ona na utracie wartości przez samochody, to jednak „chodzi o wadę obciążającą pojazdy, będące rzeczami”³¹. Skoro zaś Trybunał nie postrzega szkody doznanej przez nabywców volkswagenów jako czysto finansowej, to nie dostrzega konieczności badania, czy w sprawie zachodzą szczególne okoliczności, które potwierdzałyby przydatność miejsca urzeczywistnienia się szkody jako kryterium ustalenia jurysdykcji. TSUE w swym wyroku milczy zatem w tym przedmiocie.

Trybunał podkreśla jednak, że przyjęcie, iż omawiana szkoda urzeczywistnia się w państwie, w którym samochody zostały nabyte, spełnia wymogi przewidywalności. Producent samochodów instalujący oprogramowanie manipulujące w samochodach sprzedawanych w innych państwach członkowskich może wszakże racjonalnie przewidzieć, że zostanie pozwany przed sądami tych państw członkowskich³². Ponadto TSUE podkreśla, że przyjęte rozwiązanie jest zgodne z wymogami bliskości i prawidłowego sprawowania wymiaru sprawiedliwości, ponieważ sąd krajowy „może musieć dokonać oceny warunków panujących na rynku” państwa, w którym samochód nabyto, i to w tym państwie dostępny będzie materiał dowodowy potrzebny do dokonania takiej oceny³³.

²⁷ Wyr. TSUE w sprawie *VKI v. VW*, pkt 24.

²⁸ Wyr. TSUE w sprawie *VKI v. VW*, pkt 29.

²⁹ Wyr. TSUE w sprawie *VKI v. VW*, pkt 31—32.

³⁰ Wyr. TSUE w sprawie *VKI v. VW*, pkt 39.

³¹ Wyr. TSUE w sprawie *VKI v. VW*, pkt 33.

³² Wyr. TSUE w sprawie *VKI v. VW*, pkt 36—37.

³³ Wyr. TSUE w sprawie *VKI v. VW*, pkt 38.

Wreszcie Trybunał — dla wsparcia przyjętych wniosków — odwołuje się także do art. 6 rozporządzenia Rzym II³⁴, podkreślając, że pożądana jest spójność w wykładni pomiędzy rozporządzeniami z zakresu współpracy sądowej w sprawach cywilnych. W przepisie tym określono prawo właściwe dla roszczeń z tytułu czynów nieuczciwej konkurencji. Wskazano w nim, że prawem tym jest prawo państwa, w którym występuje lub jest prawdopodobne wystąpienie naruszenia stosunków konkurencyjnych lub zbiorowych interesów konsumentów. Działanie zaś koncernu Volkswagena mogło zdaniem Trybunału naruszać zbiorowe interesy konsumentów i stanowić czyn nieuczciwej konkurencji³⁵. Naruszenie to następuje w każdym państwie członkowskim, na którego terytorium wadliwy towar zostanie kupiony przez konsumentów³⁶.

3. Pozwy polskich nabywców volkswagenów

3.1. Stan faktyczny sprawy

W Polsce powództwo przed Sądem Okręgowym w Warszawie wytoczył przeciwko koncernowi Volkswagen reprezentant grupy w imieniu 54 posiadaczy samochodów marki VW: właścicieli i leasingobiorców. Powód domagał się zapłaty po 30 tys. zł za każdy samochód Volkswagena, co stanowiłoby — według biegłych — koszt doprowadzenia silników Diesla do stanu, w którym byłyby one zgodne z normami technicznymi, które deklarował Volkswagen jako producent przy sprzedaży samochodów. Z procesowego punktu widzenia roszczenia dochodzone były w ramach postępowania grupowego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 17 grudnia 2009 r. o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym [dalej: PostGrupU]³⁷. Jako materialnoprawną podstawę roszczeń powód wskazał przepisy o odpowie-

³⁴ Rozporządzenie (WE) nr 864/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych [dalej: Rzym II], Dz.Urz. UE L 199, s. 40.

³⁵ Trybunał przywołał w tym miejscu swój wyrok z 28.07.2016 w sprawie C-191/15 *Verein für Konsumenteninformation*, EU:C:2016:612. Należy jednak wyjaśnić, że w sprawie C-191/15 nie chodziło o *dieselgate*. Pozew skierowany był przeciwko Amazonowi, a sprawa dotyczyła umów sprzedaży zawieranych przez Internet z konsumentami zamieszkałymi w innych państwach członkowskich.

³⁶ Wyr. TSUE w sprawie *VKI v. VW*, pkt 39.

³⁷ T.j. Dz.U. 2020, poz. 446.

działności deliktowej: ogólny przepis art. 415 k.c. oraz przepisy o odpowiedzialności za produkt niebezpieczny (art. 449¹ i n. k.c.).

Warto zatem od razu zwrócić uwagę na dwie różnice zachodzące pomiędzy sprawami austriacką i polską. Po pierwsze, choć w obydwu sprawach podjęto próbę zbiorowego dochodzenia roszczeń nabywców Volkswagena, to zostały wykorzystane w tym celu różne instrumenty procesowe. Austriacy skorzystali z formy przelewu roszczeń w celu ich dochodzenia przez organizację reprezentującą prawa konsumentów (VKI)³⁸. Z kolei w Polsce zdecydowano się na skorzystanie z możliwości oferowanych przez PostGrupU, gdzie powodem w postępowaniu jest reprezentant grupy (art. 4 ust. 1 PostGrupU), który prowadzi postępowanie w imieniu własnym, ale na rzecz wszystkich członków grupy (art. 4 ust. 3 PostGrupU).

Po drugie — i istotniejsze z perspektywy prowadzonych tu rozważań — powodowie w Austrii inaczej zdefiniowali swoją szkodę, niż uczynili to dochodzący roszczenia w Polsce. W sprawie austriackiej dochodzili oni różnicy pomiędzy obiektywną wartością nabytych samochodów, którą mają one po ujawnieniu, że zainstalowano w nich oprogramowanie manipulujące, a ceną, którą nabywcy zapłacili za nie przed ujawnieniem tego faktu. Różnica ta stanowi procent wartości samochodów, według powodów nie mniejszy niż 30%. Z kolei w sprawie polskiej dochodzą oni kosztu doprowadzenia silników Diesla do stanu, w którym byłyby one zgodne z deklarowaną przez producenta charakterystyką techniczną dotyczącą emisji spalin — kosztu, który przez powoda został określony jako jednolita kwota 30 tys. zł dla każdego samochodu (tj. bez względu na zapłaconą cenę czy wartość samochodu).

3.2. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2022 r., II CSKP 1506/22

W sprawie polskiej sąd pierwszej instancji (Sąd Okręgowy w Warszawie)³⁹ oraz Sąd Apelacyjny przyjęły, że brak jest jurysdykcji krajowej polskich sądów do oceny roszczeń deliktowych nabywców Volkswagena kierowanych przeciwko koncernowi z Wolfsburga. W ocenie Sądu

³⁸ Wyr. TSUE w sprawie *VKI v. VW*, pkt 8.

³⁹ Post. SO w Warszawie z 27.11.2017, III C 1310/16. Postanowienie to komentowałem skrótowo w innym miejscu: <https://miedzynarodoweprawohandlowe.wordpress.com/2018/12/12/co-dalej-z-polskimi-pozwami-przeciwko-volkswagenowi-w-sprawie-diesel-gate> [Dostęp: 4.12.2023 r.]. Zwracałem wtedy uwagę z jednej strony na błędy popełnione przez Sąd Okręgowy w wykładni pojęcia „miejsce zdarzenia wywołującego szkodę” w rozumieniu art. 7 ust. 2 rozporządzenia Bruksela I bis, a z drugiej — na wadliwy sposób zdefiniowania szkody przez powoda w sprawie.

Okręgowego i Apelacyjnego odszkodowania za delikt wyrządzony przez koncern na skutek instalowania oprogramowania manipulującego emisją spalin można dochodzić wyłącznie w państwie miejsca wytworzenia produktu, a więc w Niemczech. Tylko tam bowiem — zdaniem SO i SA — materializuje się pierwotna (bezpośrednia) szkoda w majątku pokrzywdzonych, tj. wadliwość samochodów. Negatywne skutki odczuwane przez nabywców samochodów stanowią dalsze konsekwencje, a więc szkody następcze (pochodne) nieuzasadniające jurysdykcji.

Orzekając w przedmiocie skargi kasacyjnej — wypowiadając się już po wyroku TSUE w sprawie C-343/19 *VKI v. Volkswagen* — Sąd Najwyższy uchylił postanowienia Sądu Apelacyjnego i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. Sąd Najwyższy zgodził się z wnoszącym skargę kasacyjną powodem, że SO i SA w istocie nie uwzględniły, że na tle art. 7 ust. 2 rozporządzenia Bruksela I bis sprawca deliktu może być pozwany — wedle wyboru powoda — bądź w państwie, w którym nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę, bądź tam, gdzie wystąpiła szkoda, czyli uszczerbek w majątku powoda. SN wytknął także Sądowi Apelacyjnemu, że nie wyjaśnił, dlaczego uznał, że na terenie Polski nie wystąpiła szkoda pierwotna. Co więcej, SN podkreślił, że SA w ogóle nie zidentyfikował, w czym powód upatrywał szkody członków grupy, której kompensaty się domagał. W konsekwencji zdaniem SN „uniemożliwia to weryfikację, czy Sąd odwoławczy prawidłowo tę szkodę zakwalifikował, zwłaszcza że jej ujęcie przez samego powoda nie było oczywiste i wymagało interpretacji”.

W pozostałym zakresie uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego jest w istocie powtórzeniem motywów wyroku TSUE w sprawie C-343/19. W szczególności zaś SN wskazał na konkluzję TSUE, zgodnie z którą miejsce urzeczywistnienia się szkody znajduje się w państwie, w którym samochody z oprogramowaniem manipulującym emisją spalin zostały nabyte.

4. Analiza

4.1. Miejsce zdarzenia i miejsce szkody

W sprawach dotyczących odpowiedzialności deliktowej jurysdykcję szczególną określa art. 7 ust. 2 rozporządzenia Bruksela I bis. Zgodnie z tym przepisem „Osoba, która ma miejsce zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego może być pozwana w innym państwie członkowskim: [...] 2) w sprawach dotyczących czynu niedozwolonego lub czynu

podobnego do czynu niedozwolonego — przed sądy miejsca, w którym nastąpiło lub może nastąpić zdarzenie wywołujące szkodę”. Łącznikiem uzasadniającym jurysdykcję szczególną jest tu zatem miejsce, w którym nastąpiło „**zdarzenie wywołujące szkodę**” (ang. *harmful event*; fr. *fait dommageable*, niem. *schädliches Ereignis*). Pojęcie „miejsce zdarzenia wywołującego szkodę” podlega autonomicznej wykładni, w oderwaniu od znaczenia, jakie pojęciu temu nadawać mogą krajowe porządki prawne⁴⁰. Jego rolę w ustalaniu jurysdykcji uzasadnia się ścisłym związkiem pomiędzy roszczeniem a sądem krajowym państwa, w którym miejsce to się znajduje⁴¹.

Zgodnie z utrwalonym⁴² od dawna orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości obejmuje ono **zarówno** miejsce, w którym **zlokalizowane było zdarzenie (działanie lub zaniechanie), które było przyczyną szkody** (ang. *even giving rise to the damage*; fr. *l'évènement causal qui est à l'origine de dommage*; niem. *Handlungsort*) — tj. miejsce zdarzenia wywołującego szkodę *sensu stricto* — jak i **miejsce, w którym nastąpiła szkoda**, a więc gdzie zmaterializowały się skutki zdarzenia (ang. *place where damage occurred*; fr. *le lieu de la matérialisation du dommage*; niem. *Erfolgsort*). Jurysdykcja szczególna w sprawach deliktowych uzasadniona jest w obydwu tych miejscach, co oznacza, że to do powoda należy wybór, w którym państwie będzie dochodzić swych roszczeń⁴³ (jeśli miejsca te znajdują się w różnych państwach). Ujmując powyższe w tradycyjnej terminologii prawa prywatnego międzynarodowego, chodzi o przypadek tzw. wielomiejscowości deliktu, tj. sytuację, w której poszczególne elementy stanu faktycznego, jakim jest czyn niedozwolony wraz z jego skutkami, zlokalizowane są w różnych państwach⁴⁴.

⁴⁰ Zob. np. J. Gołaczyński, M. Zalisko, *Jurysdykcja krajowa szczególna w sprawach dotyczących czynu niedozwolonego lub czynu podobnego do czynu niedozwolonego w rozporządzeniu nr 1215/2012*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 4, s. 25; P. Rylski, *Pojęcie „miejsce zdarzenia wywołującego szkodę” w sprawach deliktowych na podstawie art. 5 pkt 3 Rozporządzenia nr 44/01*, „Studia Iuridica” 2007, vol. 47, s. 223; D. Wolski, *Jurysdykcja właściwa dla umów oraz deliktów i quasi-deliktów w świetle rozporządzenia 44/2001 (Bruksela I): wybrane zagadnienia*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2011, vol. 9, s. 114.

⁴¹ Opinia RG w sprawie VKI v. VW, pkt 21; J. Gołaczyński, M. Zalisko, *Jurysdykcja...*, s. 31; M. Dąbroś, *Wyrok...*, s. 93. Por. motyw 16 preambuły rozporządzenia Bruksela I bis.

⁴² Tak np. T. Marzał, *Le forum...*, s. 877.

⁴³ P. Rylski, *Pojęcie...*, s. 226; J. Gołaczyński, M. Zalisko, *Jurysdykcja...*, s. 26; T. Marzał, *Le forum...*, s. 877.

⁴⁴ Co do pojęcia wielomiejscowości deliktu zob. M. Sośniak, *Zobowiązania nie wynikające z czynności prawnych w prawie międzynarodowym prywatnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice, 1971, s. 29; P. Rylski, *Pojęcie...*, s. 224; M. Świerczyński, *Jurysdykcja krajowa w zakresie zobowiązań deliktowych*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 15, s. 693; J. Gołaczyński, w: *Jurysdykcja, uznawanie orzeczeń sądowych oraz ich*

Na potrzeby ustalenia jurysdykcji szczególnej w sprawach deliktowych Trybunał akceptuje zatem taką wielomiejscowość i traktuje jako (zasadniczo) równoważne miejsce zdarzenia i miejsce szkody.

Omawiając alternatywę między miejscem zdarzenia i miejscem szkody, warto powrócić do wyroku, w którym Trybunał ustanowił tę regułę, a więc do sprawy 21/76 *Handelskekerij G. J. Bier BV v. Mines de potasse d'Alsace SA*⁴⁵. Chodziło w niej o szkodę wyrządzoną holenderskim rolnikom w ich uprawach na skutek zanieczyszczeń spuszczonej do Renu przez francuską kopalnię potasu. Wyrażna była tu wielomiejscowość deliktu. O ile działanie szkodzące znajdowało się we Francji, to szkoda, ponad wszelką wątpliwość, zlokalizowana była w Holandii. W tej sytuacji Trybunał przyjął, że zdarzenie wywołujące szkodę znajduje się zarówno w miejscu szkodzącego działania (zaniechania), jak i w miejscu szkody. Holenderscy rolnicy mogli zatem pozwać francuską kopalnię z tytułu czynu niedozwolonego — wedle swego wyboru we Francji bądź przed „własnymi sądami” — w Holandii. Reguła wypracowana w sprawie *Bier* stała się paradygmatem⁴⁶ i była przypominana w licznych orzeczeniach Trybunału dotyczących wykładni art. 7 ust. 2 rozporządzenia Bruksela I bis i jego poprzedników (art. 5 ust. 3 rozporządzenia 44/2001⁴⁷ i art. 5 ust. 3 konwencji brukselskiej⁴⁸)⁴⁹.

4.2. Potrzeba ograniczenia jurysdykcji sądów państwa, w którym wystąpiła szkoda

Choć w chwili rozstrzygnięcia sprawy *Bier* w pełni uzasadnione wydawało się zrównanie miejsca zdarzenia i szkody (istniejące silne powiązanie faktyczne obydwu tych miejsc ze sprawą, lokalizacja dowodów w obydwu tych miejscach), to coraz bardziej skomplikowane stany faktyczne ujawniły potrzebę ograniczenia znaczenia miejsca szkody dla celów

wykonywanie w sprawach cywilnych i handlowych. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 1215/2012. Komentarz, red. J. Gołaczyński, C.H. Beck, Warszawa, 2015, kom. do art. 7, pkt 74.

⁴⁵ Wyr. TSUE z 30.11.1976.

⁴⁶ Opinia RG w sprawie *VKI v. VW*, pkt 2; M. Dąbroś, *Wyrok...*, s. 85.

⁴⁷ Rozporządzenie Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych, OJ L 12, 16.01.2001, s. 1 (specjalne wydanie polskie: rozdz. 19, t. 4, s. 42).

⁴⁸ Konwencja brukselska o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych z 27.09.1968 r. (Dz.Urz. WE z 1972, L 299, s. 32).

⁴⁹ Warto podkreślić, że zasadniczy łącznik „miejsca zdarzenia wywołującego szkodę” pozostaje bez zmian w kolejnych instrumentach reżimu „brukselskiego”.

ustalania jurysdykcji krajowej. Dość szybko bowiem okazało się, z jednej strony — że w niektórych stanach faktycznych szkoda może wystąpić w wielu państwach, co stwarzałoby powodom nieograniczone możliwości poszukiwania najkorzystniejszego forum dla dochodzenia ich roszczeń, z drugiej zaś — że szkoda, której poszkodowany może doznać, są także dalsze lub trudno uchwytnie następstwa deliktu, materializujące się w miejscach słabo powiązanych z czynem niedozwolonym i nieprzewidywalnych dla sprawy.

a) Reguła jurysdykcji mozaikowej

Istotna linia orzecznicza ukształtowała się na kanwie spraw dotyczących naruszeń dóbr osobistych. W sprawie *Shevill v. Press Alliance* z 1995 r.⁵⁰ Trybunał miał do czynienia z przypadkiem naruszenia czci (dobrego imienia) angielskiej obywatelki, która pracowała w kantorze walutowym w Paryżu. Powódka zarzucała, że francuski tabloid *France-Soir*, publikowany przez *Press Alliance*, naruszył jej dobra osobiste, drukując informację o praniu brudnych pieniędzy w kantorze *Chequepoint*, w którym była zatrudniona (publikacja wspominała panią *Shevill* z nazwiska). Zdaniem Trybunału miejsce szkody (krzywdy), polegającej na negatywnych skutkach dla dobrego imienia poszkodowanej, zlokalizowane jest w państwie, w którym publikacja jest dystrybuowana, o ile poszkodowana jest tam znana⁵¹. Jednocześnie jednak Trybunał przyjął, że przed sądami państwa miejsca szkody (krzywdy) poszkodowany/poszkodowana może doznać wyłącznie szkody (krzywdy) doznanej w tym państwie, z wyłączeniem szkód doznanych w innych państwach. Jeśli zatem miejsce szkody (krzywdy) zlokalizowane jest w kilku czy kilkunastu państwach (np. w przypadku osób powszechnie znanych), to poszkodowany musi doznać szkody (krzywdy) doznanej w poszczególnych państwach osobno w każdym z tych państw⁵². Mechanizm ten zaczęto określać jako regułę jurysdykcji mozaikowej⁵³. Reguła mozaikowa znajdu-

⁵⁰ Wyr. TSUE z 7.03.1995 w sprawie C-68/93 *Fionna Shevill i in. v. Press Alliance*, EU:C:1995:61.

⁵¹ Wyr. TSUE w sprawie *Shevill*, pkt 29.

⁵² Całej szkody doznanej we wszystkich tych państwach mógłby natomiast doznać jedynie w państwie miejsca zdarzenia będącego źródłem szkody, a także przed sądami siedziby pozwanego (którym zgodnie z art. 4 przysługuje jurysdykcja ogólna). W przypadku naruszenia dóbr osobistych miejsce zdarzenia i siedziba pozwanego będą się najczęściej pokrywały. Miejsce zdarzenia lokalizowane jest wszakże w państwie, w którym siedzibę ma wydawca szkodliwej publikacji. Zob. wyr. TSUE w sprawie *Shevill*, pkt 24.

⁵³ Zob. np. opinia RG M. Bobeka w sprawie C-800/19 *Mittelbayerischer Verlag KG*, pkt 28; opinia RG M. Bobeka w sprawie C-194/16 *Bolagsupplysningen OÜ i Ingrid Ilsjan v. Svensk Handel AB*, ECLI:EU:C:2017:554, pkt 28; J. Oster, *Rethinking Shevill*.

je zastosowanie również w odniesieniu do deliktów innych niż naruszenie dóbr osobistych⁵⁴.

Reguła mozaikowa była przedmiotem krytyki. Wskazywano zwłaszcza na jej nieadekwatność w przypadku naruszeń dóbr osobistych w Internecie⁵⁵. W wyroku *e-Date/Martinez*⁵⁶ Trybunał przyjął w konsekwencji rozumienie art. 7 ust. 2 rozporządzenia Bruksela I, zgodnie z którym poszkodowany naruszeniem dóbr osobistych w Internecie może dochodzić ochrony przed sądami miejsca, w którym ma centrum swoich interesów życiowych. W przypadku osoby fizycznej jest to zazwyczaj miejsce jej stałego pobytu. Warto jednak podkreślić, że to szczególne uprzywilejowanie powoda do pozywania we własnym centrum życiowym (*forum actoris*) — uzasadniane powszechnością Internetu — dostępne jest, w ramach wyjątku, tylko w sprawach o naruszenie dobra osobistego publikacją w Internecie⁵⁷. Ponadto — jak wynika z wyroku w sprawie *Mittelbayerischer Verlag* — jurysdykcja przysługuje sądom miejsca centrum interesów życiowych poszkodowanego, tylko jeżeli publikacja zawiera „obiektywne i możliwe do zweryfikowania elementy, pozwalające na bezpośrednie lub pośrednie indywidualne zidentyfikowanie” poszkodowanego⁵⁸.

b) Jedynie szkoda pierwotna uzasadnia jurysdykcję

Drugie z ograniczeń roli miejsca szkody na tle art. 7 ust. 2 rozporządzenia Bruksela I wiąże się z odrzuceniem znaczenia miejsca szkody wtórnej (niebezpośredniej) jako łącznika uzasadniającego jurysdykcję krajową. Regułę tę najlepiej wyjaśnić na prostym przykładzie wypadku narciarskiego. Wyobraźmy sobie, że Polak uległ wypadkowi na nartach w Austrii. Złamana w wypadku noga wymagała następnie leczenia — nie tylko na miejscu w Austrii, lecz także w Polsce. W Polsce też konieczna

Conceptualising the EU private international law of Internet torts against personality rights, „International Review of Law, Computers & Technology” 2012, vol. 26, s. 113 i n.

⁵⁴ Podobnie P. Ryłski, *Pojęcie...*, s. 238.

⁵⁵ Opinia RG Bobeka w sprawie *Bolagsupplysningen*, pkt 73 i n.; J. Oster, *Rethinking...*, s. 113 i n.

⁵⁶ Wyr. TSUE z 25.10.2011 w sprawach połączonych C-509/09 *eDate Advertising GmbH v. X* i C-161/10 *Olivier Martinez, Robert Martinez v. MGN Limited*, ECLI:EU:C:2011:685.

⁵⁷ Por. opinia RG w sprawie *VKI v. VW*, pkt 25.

⁵⁸ Wyr. TSUE z 17.06.2021 w sprawie C-800/19 *Mittelbayerischer Verlag KG v. SM*, ECLI:EU:C:2021:489, pkt 46. Publikacja obrażająca uczucia większej zbiorowości nie będzie zatem co do zasady uzasadniać jurysdykcji sądów państwa miejsca centrum interesów życiowych poszkodowanego, ponieważ pozwany nie ma możliwości przewidzenia tego miejsca w stosunku do konkretnego powoda, który twierdzi, że jego dobra osobiste zostały naruszone.

była rehabilitacja i poszkodowany utracił dochody z działalności zawodowej. Nie budzi wątpliwości, że szkoda pierwotna (złamana noga) miała miejsce w Austrii i tylko tam można pozwać sprawcę. Dalsze finansowe konsekwencje, które wystąpiły na terenie Polski, nie uzasadniają jurysdykcji polskich sądów (poszkodowany może ich dochodzić jedynie w Austrii)⁵⁹. W istocie zatem nie zachodzi tu wielomiejscowość, ale wszystkie relewantne z kolizyjnego punktu widzenia okoliczności faktyczne — zarówno szkodzące działanie, jak i jego skutki — znajdują się w Austrii⁶⁰.

W omawianym przykładzie wypadku narciarskiego granica pomiędzy szkodą pierwotną a wtórną jest czytelna. Ponadto czytelna jest też różnica pomiędzy fizykalną szkodą (złamana noga) a jej finansowymi konsekwencjami (koszty leczenia, utracony zarobek itd.). W wielu stanach faktycznych jest to jednak bardziej skomplikowane.

Omawiane ograniczenie zostało usankcjonowane w dwóch orzeczeniach TSUE. Po pierwsze, TSUE odrzucił możliwość wytoczenia powództwa w miejscu szkody następczej (wtórnej) w wyroku w sprawie *Antonio Marinari v. Lloyd Bank plc i Zubaidi Trading Company*⁶¹. W sprawie tej powód, na skutek donosu na policję przez pracowników banku Lloyd, został aresztowany w Anglii pod zarzutami prania brudnych pieniędzy. Skonfiskowano także weksle wystawione na rzecz spółki Zubaidi, które powód złożył w banku (co stanowiło szkodę pierwotną)⁶². Powód — obywatel włoski — podnosił, że na skutek wadliwych działań pracowników banku doznał negatywnych konsekwencji finansowych dla prowadzonej przez siebie we Włoszech działalności gospodarczej, czym uzasadniał jurysdykcję włoskich sądów. TSUE orzekł jednak, że takie wtórne konsekwencje finansowe (*consequential loss*) nie są objęte pojęciem zdarzenia wywołującego szkodę w rozumieniu art. 5 ust. 3 konwencji brukselskiej (obecnie art. 7 ust. 2 rozporządzenia Bruksela I)⁶³. Jak wyjaśnił Try-

⁵⁹ Zob. podobny przykład wypadku samochodowego podawany przez P. Ryłski, *Pojęcie...*, s. 227. Jak trafnie wskazuje ten autor, miejsce dalszych finansowych konsekwencji nie może stanowić podstawy jurysdykcji, ponieważ w tego typu sytuacjach chodzi o okoliczności w dużym stopniu zależne od poszkodowanego (gdzie zdecyduje się on podjąć leczenie). Sprawca nie może zaś być zmuszany do uczestniczenia w postępowaniu przed sądami, których jurysdykcja jest dla niego całkowicie nieprzewidywalna i zależna od czynności podjętych przez poszkodowanego po wyrządzeniu szkody.

⁶⁰ Podobnie P. Ryłski, *Pojęcie...*, s. 227.

⁶¹ Wyr. TSUE z 19.09.1995, C-364/93, ECR 1995, s. 2719.

⁶² M. Dąbroś, *Wyrok...*, s. 87.

⁶³ W doktrynie na ten temat por. P. Ryłski, *Pojęcie...*, s. 228; M. Wałachowska, *Prawo właściwe dla roszczeń odszkodowawczych osób pośrednio poszkodowanych*, w: *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*, red. J. Poczobut, Wolters Kluwer, Warszawa, 2013, s. 321 i n.; J. Gołaczyński, w: *Komentarz...*, 2015, kom. do art. 7, pkt 84; J. O'Brien, *Conflict of Laws*, Cavendish, London, 1999, s. 239.

bunał, pojęcie to „nie może być interpretowane w tak szeroki sposób, że obejmowałoby ono jakiegokolwiek miejsce, w którym mogą być odczuwane negatywne konsekwencje zdarzenia, które spowodowało już szkodę, która rzeczywiście wystąpiła w innym miejscu”⁶⁴. Powód mógł w konsekwencji pozwać jedynie w Anglii.

Po drugie, zasada, zgodnie z którą jurysdykcyjnie relewantna jest jedynie szkoda pierwotna (bezpośrednia), dotyczy również przypadku, w którym bezpośrednią szkodę ponosi inny podmiot, pośrednio zaś konsekwencje finansowe — powód w sprawie. Z takim przypadkiem Trybunał miał do czynienia w sprawie *Dumez France i Tracoba SARL v. Hessische Landesbank i inni*⁶⁵. Powód (francuska spółka) zarzucał, że pozwany (niemiecki bank) spowodował — poprzez wycofanie pożyczek na realizowany projekt nieruchomościowy — upadłość spółki zależnej powoda. Powód podnosił, że utrata wartości jego spółki zależnej stanowi szkodę także w jego majątku. Trybunał orzekł jednak, że powód nie może dochodzić roszczeń w miejscu, w którym doznał tak zdefiniowanego uszczerbku. Bezpośrednio poszkodowanym była wszakże spółka córka i tylko szkoda tego podmiotu jest relewantna dla celów ustalenia jurysdykcji. Przypadek tego typu zaczęto później określać jako szkoda rykoszetem (fr. *par ricochet*) doznana przez podmiot inny niż ten, który poniósł szkodę bezpośrednią⁶⁶.

c) Szkoda czysto finansowa nie zawsze uzasadnia jurysdykcję

Trzeci rodzaj ograniczenia jurysdykcyjnej roli miejsca szkody wiąże się z koncepcją szkody (straty) „czysto finansowej” (ang. *purely financial damage*; fr. *dommage purement financier*) rozwiniętej w orzecznictwie TSUE. Chodzi o takie przypadki, w których szkoda ma charakter wyłącznie czysto finansowej straty w tym sensie, że brak jest materialnej (fizycznej) szkody, która reprezentowałaby uszczerbek w jakimś materialnym przedmiocie (osobie lub składniku majątkowym). Szkoda polega wyłącznie na określonej negatywnej konsekwencji finansowej dla poszkodowanego.

W kilku sprawach (*Kronhofer v. Maier*⁶⁷, *Harald Kolassa v. Barclays Bank plc*⁶⁸, *Helga Löber v. Barclays Bank plc*⁶⁹) TSUE miał do czynienia ze szkodą wyrządzoną przez wprowadzanie do obrotu prospektu emisyjnego certyfikatów inwestycyjnych nabywanych przez inwestorów. Inwestorzy zarzucali, że prospekty zawierały wprowadzające w błąd informacje.

⁶⁴ C-364/93 *Marinari*, pkt 14.

⁶⁵ Wyr. Trybunału z 11.01.1990, C-220/88, ECR 1990, s. 49.

⁶⁶ Opinia RG w sprawie *VKI v. VW*, pkt 25; T. Marzal, *Le forum...*, s. 879.

⁶⁷ Wyr. TSUE z 10.06.2004, C-168/02, ECLI:EU:C:2004:364.

⁶⁸ Wyr. TSUE z 28.01.2015, C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37.

⁶⁹ Wyr. TSUE z 12.09.2018, C-304/17, ECLI:EU:C:2018:701.

Podnoszoną szkodą — czysto finansową (ale pierwotną) — była tu utrata wartości zakupionych certyfikatów. Trybunał przyjął, że inwestor zarzucający naruszenia po stronie emitenta może pozwać w państwie, w którym posiada rachunek bankowy, na którym zlokalizowane były certyfikaty inwestycyjne, to bowiem tam urzeczywistniła się szkoda w majątku powoda⁷⁰. Miejszem relewantnej jurysdykcyjnie szkody nie jest natomiast miejsce zamieszkania powoda z tej tylko przyczyny, że ekonomiczne konsekwencje odczuwalne są przez powoda właśnie w tym miejscu⁷¹.

W paru innych sprawach chodziło z kolei o szkody wyrządzone naruszeniami prawa konkurencji. Powodowie podnosili roszczenia odszkodowawcze, zarzucając pozwanym sprzeczne z prawem zachowania antykonkurencyjne. Szkoda polega w takich przypadkach bądź na utracie dochodu z prowadzonej działalności gospodarczej na skutek spadku sprzedaży produktów lub usług danego przedsiębiorcy (*Concurrence*⁷², *flyLAL-Lithuanian Airlines*⁷³), bądź na zwiększonych kosztach poniesionych na skutek zapłaty sztucznie (sprzecznie z prawem konkurencji) zawyżonej ceny (*Tibor-Trans*⁷⁴). Szkoda tego typu urzeczywistnia się w państwie, w którym powód doznał spadku sprzedaży (*Concurrence*), lub w państwie rynku, na który wpływ ma zarzucane antykonkurencyjne zachowanie (*flyLAL-Lithuanian Airlines*, *Tibor-Trans*).

Wreszcie w sprawie *Universal Music International*⁷⁵ szkoda polegała na konieczności uiszczenia wygórowanej ceny za udziały w nabywanej spółce na skutek błędu popełnionego przez prawników obsługujących transakcję (różnica pomiędzy planowaną przez powoda ceną sprzedaży a ceną sprzedaży wskazaną w umowie sporządzonej przez prawników). Powód zobowiązany został do uiszczenia na rzecz zbywców udziałów takiej wygórowanej ceny na podstawie ugody zawartej w postępowaniu arbitrażowym. Powód zapłacił cenę ze swojego konta w banku w Holandii, gdzie miał siedzibę, i podnosił, że to w tym państwie znajdowało się miejsce, w którym urzeczywistniła się szkoda. Jednak zdaniem TSUE szkoda wystąpiła w Czechach, bo to tam została zawarta ugoda w postępowaniu arbitrażowym i w związku z tym to tam nastąpiła utrata

⁷⁰ Kolassa, pkt 57.

⁷¹ Löber, pkt 24; Kronhofer, pkt 21.

⁷² Wyr. TSUE z 21.12.2016 w sprawie C-618/15 *Concurrence SARL v. Samsung Electronics France SAS i Amazon Services Europe Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:976.

⁷³ Wyr. TSUE z 5.07.2018 w sprawie C-27/17 *AB flyLAL-Lithuanian Airlines v. Starptautiskā lidosta »Rīga« VAS i Air Baltic Corporation AS*, ECLI:EU:C:2018:533.

⁷⁴ Wyr. TSUE z 29.07.2019 w sprawie C-451/18 *Tibor-Trans Fuvarozó és Kereskedelmi Kft. v. DAF Trucks NV*, EU:C:2019:635.

⁷⁵ Wyr. TSUE z 16.06.2016 w sprawie C-12/15 *Universal Music International Holding BV v. Michaelowi Tétreaultowi Schillingowi, Irwinowi Schwartzowi i Josefowi Brożowi*, ECLI:EU:C:2016:449.

składników majątkowych (tam powstało zobowiązanie powoda do zapłaty wygórowanej ceny)⁷⁶. Jednocześnie Trybunał podkreśla, że szkoda czysto finansowa (płatność z rachunku bankowego w Holandii) może nie być wystarczającym łącznikiem jurysdykcyjnym na tle art. 5 ust. 3 rozporządzenia 44/2001.

Choć orzecznictwo w sprawach, w których szkoda była kwalifikowana jako „czysto finansowa”, nie jest jednolite, Trybunał w nowszych wyrokach w tym obszarze zaczął formułować dodatkowy wymóg, który powinien być spełniony, aby powództwo mogło być wniesione w miejscu, w którym wyrządzona została szkoda „czysto finansowa”. Mianowicie w tego typu przypadkach „pozostałe szczególne okoliczności sporu” (okoliczności współprzyczyniające się do przyznania jurysdykcji) powinny potwierdzać, że miejsce, w którym urzeczywistniła się szkoda, spełnia wymogi bliskości pomiędzy sporem i sądem *fori*, jak również przewidywalności jurysdykcji tego sądu z perspektywy stron⁷⁷. Ustalenie zatem, że miejsce szkody znajduje się w określonym państwie, nie prowadzi automatycznie do przyznania jurysdykcji sądom tego państwa, lecz staje się punktem wyjścia — jedynie pierwszym krokiem analizy. Drugim krokiem tej analizy jest potwierdzenie — na podstawie pozostałych okoliczności — że miejsce to odpowiada wymogom i celom jurysdykcji szczególnej na tle rozporządzenia Bruksela I bis (bliskość, przewidywalność)⁷⁸. Jak była już o tym mowa wyżej, w ten właśnie sposób proponuje rozstrzygnąć sprawę *VKI v. VW* Rzecznik Generalny.

4.3. Orzecznictwo TSUE z zakresu odpowiedzialności za produkt niebezpieczny

Choć — jak zobaczymy dalej — w sprawie *VKI v. VW* nie chodzi *sensu stricto* o odpowiedzialność producenta z tytułu wprowadzenia na rynek

⁷⁶ *Universal*, pkt 31—32.

⁷⁷ *Löber*, pkt 36; *Universal*, pkt 39—40. W mojej ocenie w sprawie *Universal* Trybunał popada jednak w sprzeczność. Z jednej strony przyjmuje (pkt 31—32), że szkoda została wyrządzona w państwie, w którym powód zawarł niekorzystną dla siebie ugodę, i powstało zobowiązanie do zapłaty określonej kwoty (w Czechach), co w oczywisty sposób powinno wykluczać jurysdykcyjną relewantność miejsca dalszych finansowych konsekwencji w postaci płatności z rachunku bankowego w Holandii. Z drugiej jednak strony TSUE sugeruje (pkt 38—40), że miejsce prowadzenia rachunku bankowego, z którego nastąpiła płatność, mogłoby stanowić łącznik na tle art. 5 ust. 3 rozporządzenia 44/2001, jeżeli przemawiałyby za tym okoliczności sprawy współprzyczyniające się do przyznania jurysdykcji sądom tego miejsca.

⁷⁸ Zob. opinia RG w sprawie *VKI v. VW*, pkt 55—56; T. Marzal, *Le forum...*, s. 879.

produktu niebezpiecznego, to jednak mamy do czynienia z przypadkiem funkcjonalnie analogicznym (wadliwy produkt). Warto zatem w tym miejscu przyjrzeć się orzecznictwu Trybunału dotyczącemu jurysdykcji krajowej w sprawach z zakresu produktu niebezpiecznego. Dwa wyroki zajmują tu centralne miejsce: w sprawie *Andreas Kainz v. Pantherwerke*⁷⁹ oraz w sprawie *Zuid-Chemie BV v. Philippo's Mineralenfabriek*⁸⁰.

Sprawa *Kainz* dotyczyła wypadku, którego doznał Austriak, korzystając z roweru wyprodukowanego w Niemczech. Choć rower był kupiony w Austrii, wypadek miał miejsce w Niemczech. Nie budziło zatem wątpliwości, że w Niemczech znajdowało się miejsce pierwotnej szkody powoda. Powód, który próbował pozwać producenta w Austrii, nie mógł zatem uzasadnić jurysdykcji austriackich sądów miejscem szkody. Austriacki sąd nie pytał Trybunału o miejsce szkody. Wbrew mylnemu wrażeniu, które wydaje się niekiedy pokutować⁸¹, sprawa *Kainz* w ogóle nie dotyczyła miejsca szkody. Pytanie prejudycjalne i wyrok TSUE dotyczą wyłącznie miejsca, w którym zlokalizowane było działanie, które było przyczyną szkody. W sprawie *Kainz* powód próbował natomiast przekonać Trybunał, że wykładnia pojęcia „miejsce szkodzącego zdarzenia” powinna obejmować także miejsce, w którym produkt został wprowadzony do obrotu — a więc Austrię jako kraj, do którego producent rowerów sprzedawał swoje produkty. TSUE odrzucił tę propozycję i podkreślił, że miejscem zdarzenia w sprawach z zakresu odpowiedzialności za produkt niebezpieczny jest tylko miejsce, w którym produkt został wytworzony (wyprodukowany).

Wyrok w sprawie *Kainz* nie udziela żadnych wskazówek co do tego, jak lokalizować miejsce szkody wyrządzonej przez produkt niebezpieczny. W tym przedmiocie użyteczne jest natomiast orzeczenie w sprawie *Zuid-Chemie*. Trybunał wyjaśnia w nim, że „miejscem wystąpienia [zmaterializowania się] szkody [...] jest miejsce, gdzie zdarzenie będące powodem powstania szkody przejawiało swoje szkodliwe skutki, to znaczy miejsce, **gdzie szkoda spowodowana przez wadliwy produkt wyraźnie się zmanifestuje** [podkr. M.Z.]”⁸². W sprawie *Zuid-Chemie* chodziło o szkodę wyrządzoną powodowi — spółce Zuid-Chemie — na skutek poddania obróbce substancji chemicznej zwanej micromix (wadliwy produkt) i jej przekształcenia w nawóz sztuczny. W związku z wadliwością tego produktu powód doznał szkody polegającej na zepsuciu całej partii

⁷⁹ Wyr. TSUE z 16.01.2014 w sprawie C-45/13 *Andreas Kainz v. Pantherwerke*, ECLI:EU:C:2014:7.

⁸⁰ Wyr. TSUE z 16.07.2009 w sprawie C-189/08 *ZuidChemie BV v. Philippo's Mineralenfabriek NV/SA*, ECLI:EU:C:2009:475.

⁸¹ Zob. post. warszawskiego SO z 27.11.2017, III C 1310/16 (w sprawie VW rozstrzygniętej następnie post. SN z 12.05.2022, II CSKP 1506/22).

⁸² *Zuid-Chemie*, pkt 27.

produkowanego nawozu sztucznego. Trybunał skonkludował, że miejscem, w którym wystąpiła szkoda, jest położona w Holandii fabryka powoda, gdzie micromix został poddany obróbce, poprzez połączenie z innymi składnikami w celu wyprodukowania nawozu. Miejsce to jest bowiem miejscem „powstania szkody materialnej, poniesionej przez Zuid-Chemie, wykraczającej poza szkodę w samym micromiksie”⁸³.

4.4. Zasady i cele, jakimi kieruje się TSUE w swym orzecznictwie

W swym orzecznictwie dotyczącym wykładni art. 7 ust. 2 rozporządzenia Bruksela I bis (wcześniej art. 5 ust. 3 rozporządzenia 44/2001) Trybunał Sprawiedliwości regularnie odwołuje się do kilku kierunkowych zasad i celów, leżących u podstaw jurysdykcji szczególnej w sprawach deliktowych, a także właściwych reżimowi brukselskiemu w ogólności.

Po pierwsze, Trybunał nieomalże przy każdej okazji podkreśla, że przepis art. 7 ust. 2 powinien być wykładany w sposób ścisły, ponieważ wprowadza odstępstwo od ogólnej zasady jurysdykcji miejsca zamieszkania (siedziby) pozwanego.

Po drugie, TSUE zwraca uwagę, że miejsce „zdarzenia wywołującego szkodę” w rozumieniu art. 7 ust. 2 odpowiada (i odpowiadać powinno) wymogowi bliskości sądu tego miejsca w stosunku do przedmiotu sporu⁸⁴. Bliskość, tj. silny związek przedmiotu sporu z terytorium sądu *fori*, z jednej strony *per se* uzasadnia przyznanie jurysdykcji, stanowiąc wyraz zasady najściślejzego związku na płaszczyźnie reguł jurysdykcji krajowej. Jednocześnie zaś chodzi tu o bliskość w znaczeniu łatwości przeprowadzenia postępowania dowodowego w tym państwie⁸⁵ (dostępność dowodów na danym terytorium, możliwość ich przeprowadzenia i oceny przez sądy danego państwa). Leży to bowiem w interesie prawidłowego sprawowania wymiaru sprawiedliwości⁸⁶.

Po trzecie, miejsce „zdarzenia wywołującego szkodę” spełnia co do zasady (i spełniać powinno) wymogi przewidywalności. Przewidywalność rozumiana jest jednak dwojako. Z jednej strony chodzi tu o pewność prawną co do reguł jurysdykcji dla stron, pomiędzy którymi powstał spór i które muszą ocenić szanse (powód) lub ryzyko (pозwany), że postępowanie sądowe może toczyć się w określonym państwie. Tak rozumianą

⁸³ *Zuid-Chemie*, pkt 29.

⁸⁴ Zob. np. *fly-LAL*, pkt 40; *Tibor-Trans*, pkt 34; motyw 16 rozporządzenia Bruksela I bis.

⁸⁵ Zob. np. *Universal*, pkt 27; *Concurrence*, pkt 27.

⁸⁶ Zob. np. *Universal*, pkt 33; motyw 16 rozporządzenia Bruksela I bis.

przewidywalność wspiera przede wszystkim jednoznaczność wykorzystanych w rozporządzeniu łączników jurysdykcji, ich klarowna wykładnia w orzecznictwie i precyzyjne stosowanie przez sądy⁸⁷. Z drugiej strony kluczowe znaczenie ma możliwość przewidzenia przez pozwanego, gdzie może on zostać pozwany w następstwie swoich działań. Chodzi zatem o pytanie, czy pozwany mógł, rozsądnie rzecz biorąc, przewidzieć jeszcze na etapie podejmowania przez niego działań na terytorium określonego państwa, że zostanie pozwany przed sądy tego państwa⁸⁸. Przykładowo zatem TSUE przyjął, że sprawca deliktu prawa konkurencji, podejmujący działania mające wpływ na określony rynek, może „rozsądnie spodziewać się, że zostanie pozwany przed sądy miejsca, w którym jego zachowania zakłóciły zasady uczciwej konkurencji”, tj. w państwie tego rynku⁸⁹.

4.5. Rzut oka na amerykańskie zasady ustalania jurysdykcji w sprawach z zakresu odpowiedzialności pozaumownej

Ciekawe i pouczające jest spojrzenie na orzecznictwo amerykańskiego Sądu Najwyższego dotyczące jurysdykcji w sprawach z zakresu odpowiedzialności deliktowej, w szczególności zaś odpowiedzialności za produkt niebezpieczny. Amerykański SN wypracował bowiem nieco odmienne podejście do tego zagadnienia, kładąc nacisk na działania sprawcy (pozwanego) i marginalizując jednocześnie rolę miejsca szkody. Jak wyjaśnia T.C. Hartley, w USA w każdym wypadku, także w obszarze podstaw jurysdykcji szczególnej, wymaga się związków pozwanego z *fori*⁹⁰. Nie jest wystarczająca — tak jak na tle rozporządzenia Bruksela I bis — sama lokalizacja zdarzenia (szkody) w tym państwie. Odrywając się od niekiedy przypadkowego miejsca zdarzenia (szkody), pozwoliło to wypracować w Stanach Zjednoczonych reguły, które w większym stopniu biorą pod uwagę przewidywalność z perspektywy sprawcy (pozwanego).

Zanim jednak przejdziemy do omówienia orzecznictwa dotyczącego deliktów, należy poczynić kilka krótkich uwag wprowadzających polskiego czytelnika w meandry amerykańskich reguł ustalania jurysdykcji krajowej. Przede wszystkim trzeba zauważyć, że w USA brak jest jednolitej

⁸⁷ Do tak rozumianej przewidywalności odwołuje się, jak się wydaje, motyw 15 rozporządzenia Bruksela I bis.

⁸⁸ W tym znaczeniu, jak się wydaje, mowa jest o „możliwości rozsądnego przewidzenia” przez pozwanego w motywie 16 rozporządzenia Bruksela I bis.

⁸⁹ *Tibor-Trans*, pkt 34; *fly-LAL*, pkt 40.

⁹⁰ T.C. Hartley, *Basic principles of jurisdiction in private international law: The European Union, the United States and England*, „International & Comparative Law Quarterly” 2022, vol. 71, s. 213.

regulacji ustawowej w tym przedmiocie. Każdy stan samodzielnie ustanawia reguły jurysdykcji krajowej w sprawach cywilnych. Jednakże na podstawie klauzuli *Due Process* (rzetelnego procesu) Czternastej Poprawki do amerykańskiej konstytucji Sąd Najwyższy ukształtował ograniczenia w przyjmowaniu jurysdykcji przez poszczególne stany⁹¹. Objęcie pozwanego z innego stanu jurysdykcją musi zatem pozostawać w zgodzie z „tradycyjnymi przekonaniem co do zasad *fair play* i sprawiedliwości” (*traditional notions of fair play and substantial justice*). Ograniczenia te uzasadnione są w pierwszej kolejności potrzebą ochrony pozwanego przed koniecznością obrony poza miejscem swojego zwykłego miejsca zamieszkania lub siedziby. W przełomowej sprawie *International Shoe v. Washington* z 1945 r.⁹² przyjęto, że pozwany musi wykazywać wystarczająco silne związki (*minimum contacts*) z określonym stanem, aby sprawa przeciwko niemu mogła być rozstrzygana przez sądy tego stanu⁹³. Reguła ta dotyczy w takim samym stopniu spraw zarówno międzystanowych, jak i międzynarodowych. Chroni zatem również pozwanych spoza USA⁹⁴. Jest zewnętrznym, konstytucyjnym ograniczeniem (*outer limit*)⁹⁵ wiążącym prawodawców i sądownictwo stanowe w tym, na ile swobodnie mogą kształtować reguły jurysdykcji. Ponieważ jednak prawodawcy stanowi ustanawiają niekiedy jurysdykcję swych sądów tak dalece, jak tylko pozwala na to klauzula *Due Process*, to omawiana „super-reguła” stała się — niejako wprowadzona tylnymi drzwiami — konstytucyjną regułą jurysdykcji⁹⁶. Podlegała ona ewolucji i doprecyzowywaniu w orzecznictwie, w tym w zakresie odpowiedzialności deliktowej. W tym miejscu chciałbym poświęcić uwagę kilku wyrokom amerykańskiego SN.

W sprawie *Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court of Cal., Solano Cty*⁹⁷ pozew wniósł poszkodowany w wypadku, którego przyczyną była wada zaworu pneumatycznego w oponie motocykla. Pozwanym był japoński producent zaworów Asahi, którego produkty instalowano w oponach tajwańskiego producenta, które z kolei zakładane były w japońskich hondach. Motocykl Honda z zaworami Asahi uległ wypadkowi w Kalifornii. Poszkodowany motocyklista pozwał o naprawienie szkody wyrządzonej

⁹¹ Na ten temat zob. np. T.C. Hartley, *Basic principles...*, s. 211 i n.

⁹² 326 U.S. 310 (1945); T.C. Hartley, *International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials on Private International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, s. 136 i n.

⁹³ Zob. podsumowanie doktryny *minimum contacts* zawarte w wyroku SN w sprawie *Daimler AG v. Bauman et al.*, 571 U.S. 117 (2014). Por. np. S. Grossi, *Rethinking the Harmonization of Jurisdictional Rules*, „Tul. L. Rev.” 2011, vol. 86, s. 665.

⁹⁴ T.C. Hartley, *Basic principles...*, s. 212.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Ibidem, s. 138.

⁹⁷ 480 U.S. 102 (1987).

niebezpiecznym produktem (*product liability*). Asahi nie prowadził działalności w Kalifornii ani nie sprzedawał tam swoich produktów. Sprzedając je tajwańskiemu producentowi, miał jednak świadomość, że część z nich, jako część składowa motocykli Hondy, trafi do USA. Powstało pytanie, czy kalifornijskim sądom przysługuje jurysdykcja przeciwko Asahi. W omawianej sprawie Sąd Najwyższy był głęboko podzielony w tej kwestii i wydane rozstrzygnięcie nie zaowocowało klarowną regułą jurysdykcyjną⁹⁸. Pochodzi z niego jednak nieostra zasada, że wprowadzenie produktu do „strumienia handlu” (*stream of commerce*) może być wystarczające do ustalenia jurysdykcji sądu w stanie, w którym produkt ten się ostatecznie znajdzie (choć w sprawie *Asahi* brak było dostatecznych argumentów za taką konkluzją).

Okazja do ustanowienia nieco bardziej precyzyjnego standardu nadarzyła się w sprawie *J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro*⁹⁹. Powód — mieszkaniec stanu New Jersey — został poszkodowany w wypadku spowodowanym wadliwością maszyny do cięcia metalu wyprodukowanej w Anglii. Powód argumentował, że sądy New Jersey mają jurysdykcję krajową, wskazując na trzy okoliczności: po pierwsze, amerykański dystrybutor McIntyre (niezależny podmiot) prowadził sprzedaż w Stanach Zjednoczonych; po drugie, handlowcy spółki McIntyre brali udział w targach organizowanych na terenie USA (ale nie w New Jersey); po trzecie, cztery maszyny znalazły się w New Jersey (włączając w to maszynę, która spowodowała wypadek). Sądy stanowe uznały się za właściwe do orzekania w sprawie, opierając się na doktrynie „strumienia handlu” ze sprawy *Asahi*. Sąd Najwyższy — choć niewielką przewagą głosów — odwrócił jednak to rozstrzygnięcie. Skonkludował, że sądy New Jersey nie mają jurysdykcji, ponieważ kontakty pozwanej spółki z New Jersey nie są wystarczające do przyjęcia, że pozwany podjął w New Jersey czynności, poprzez które „celowo korzysta z przywileju prowadzenia działalności w tym stanie”. Sąd Najwyższy podkreślił, że nieostry standard *stream of commerce* nie uchyla podstawowego pytania w tego typu sprawach, tj. czy działania pozwanego wyrażają zamiar poddania się pod władzę suwerena

⁹⁸ Tak T.C. Hartley, *Basic principles...*, s. 218.

⁹⁹ 564 U.S. 873 (2011). Wyrok był w USA przedmiotem szerokiego zainteresowania doktryny: A.N. Steinman, *The Lay of the Land: Examining the Three Opinions in J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro*, „SCL Rev.” 2011, vol. 63, s. 484 i n.; E.A. Beal, *J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro: The Stream-of-Commerce Theory of Personal Jurisdiction in a Globalized Economy*, „U. Miami L. Rev.” 2011, vol. 66, s. 233 i n.; S.W. Quick, *Staying Afloat in the Stream of Commerce: Goodyear, McIntyre, and the Ship of Personal Jurisdiction*, „NCJ Int'l L. & Com. Reg.” 2011, vol. 37, s. 586 i n.; J.T. Parry, *Due Process, Borders, and the Qualities of Sovereignty—Some Thoughts on J. McIntyre Machinery v. Nicastro*, „Lewis & Clark L. Rev.” 2012, vol. 16, s. 827 i n.

(przed którego sądami wniesiono powództwo). Zauważmy, że Sąd Najwyższy za relewantne uznał jedynie związki pozwanego ze stanem New Jersey, a nie z USA w całości (co w zdaniu odrębnym krytykowała sędzia R.B. Ginsburg). Te zaś były zbyt nikłe, aby uzasadnić jurysdykcję sądów New Jersey, nawet biorąc pod uwagę, że tam wydarzył się wypadek i że w sprawie chodziło o ustalenie jurysdykcji szczególnej¹⁰⁰. Przy okazji można zauważyć, że na tle art. 7 ust. 2 rozporządzenia Bruksela I bis jurysdykcja New Jersey nie budziłaby wątpliwości, ponieważ tam niewątpliwie zlokalizowane było miejsce bezpośredniej szkody.

Amerykański SN potwierdził także w swym orzecznictwie (sprawa *Bristol-Myers Squibb*)¹⁰¹, że nawet szerokie związki pozwanego z forum mogą być niewystarczające, jeśli są one niepowiązane z faktyczną podstawą powództwa (z przedmiotem danego sporu). Wymóg celowego korzystania z przywileju prowadzenia działalności w stanie *fori* (*purposeful availment*) jest tu wykorzystywany jako uzasadnienie jurysdykcji szczególnej, a więc takiej, która dotyczy konkretnej sprawy i jest oparta na powiązaniach danego sporu z terytorium *fori*. Ogólne związki pozwanego z *fori* nie mają znaczenia, chyba że można wobec danego pozwanego ustalić jurysdykcję ogólną w danym stanie. Ta ostatnia — po przełomowych wyrokach w sprawach *Goodyear*¹⁰² i *Daimler* — opiera się jednak w USA na bardzo wysoko postawionej poprzeczce określanej jako standard *essentially at home* (co oznacza, że pozwany musi być tak silnie powiązany z danym porządkiem prawnym, że porządek ten stanowi w zasadzie jego „jurysdykcję domową”, w szczególności przez stałą siedzibę, główne miejsce prowadzenia działalności gospodarczej itp.). W sprawie *Bristol-Myers Squibb* Sąd Najwyższy nie pozwolił zatem na zatarcie różnicy pomiędzy jurysdykcją szczególną a ogólną.

Wreszcie w niedawno rozstrzygniętej sprawie *Ford Motor Co v. Montana Eight Judicial District Court*¹⁰³ Sąd Najwyższy miał do czynienia z jeszcze nieco innym przypadkiem. W sprawie nie budziło mianowicie wątpliwości, że pozwany (Ford) miał istotne związki ze stanem *fori* (Montana) i że celowo podejmował aktywność w tym stanie (sprzedawał i reklamował tam samochody). Jednakże konkretny samochód, który uległ wypadkowi, został sprzedany przez Forda w innym stanie, a poszkodowany nabył go następnie na rynku wtórnym i rozpoczął korzystanie w Montanie. Było zatem wysoce wątpliwe, czy można przyjąć, że szkoda wyniknęła z aktywności Forda zlokalizowanych w Montanie. Sąd Najwyższy

¹⁰⁰ Wyrok krytycznie ocenił T.C. Hartley, *Basic principles...*, s. 219.

¹⁰¹ *Bristol-Myers Squibb Company v. Superior Court of California, San Francisco County*, 582 U.S. ____ (2017).

¹⁰² *Goodyear Dunlop Tires Operations, S. A. v. Brown*, 564 U.S. 915 (2011).

¹⁰³ 592 U.S. ____ (2021).

przyjął jednakże, że sytuacja, w której poszkodowany był mieszkańcem stanu Montana i tam doszło do wypadku, stanowi — w połączeniu z wyrażnymi związkami Forda ze stanem Montana — wystarczającą podstawę dla jurysdykcji sądów tego stanu. Zdaniem T.C. Hartleya pokazuje to, że także w USA miejsce szkody odgrywa rolę w ustalaniu jurysdykcji krajowej w sprawach z zakresu odpowiedzialności deliktowej¹⁰⁴. Autor ten podkreśla, że przyczyną, dla której w *Bristol-Myers Squibb* Sąd nie zaakceptował jurysdykcji w stanie *fori*, był fakt, że ani powodowie nie mieli tam miejsca zamieszkania, ani szkoda nie została wyrządzona w tym stanie.

Podsumowując, zasadnicza idea przyświecająca ewolucji amerykańskich reguł jurysdykcji polega na tym, że wymaga się wykazania jakichś czynności pozwanego, poprzez które **celowo korzysta on z przywileju prowadzenia działalności w stanie *fori***, w ten sposób powołując się na korzyści i ochronę wynikające z prawa tego stanu („some act by which the defendant purposefully avails itself of the privilege of conducting activities within the forum State, thus invoking the benefits and protections of its laws”)¹⁰⁵. Dotyczy to również jurysdykcji szczególnej w sprawach z zakresu odpowiedzialności deliktowej. Nie wystarczy zatem, aby w stanie *fori* zlokalizowane było miejsce zdarzenia wyrządzającego szkodę (co jednak również „wspiera” jurysdykcję tego miejsca), lecz należy wykazać, że pozwany, w ramach swojej działalności, podejmował świadome czynności w tym stanie. Innymi słowy, ze stanem *fori* powiązane powinno być nie tylko zdarzenie, lecz także sam pozwany — poprzez świadome czynności, które podejmował na terytorium tego stanu (przy czym chodzi tu o czynności związane z podstawą faktyczną żądania, tj. z danym deliktem, ponieważ cały czas pozostajemy w obszarze jurysdykcji szczególnej). Może tu chodzić np. o sprzedaż produktów do tego państwa czy kierowanie do niego działań marketingowych i reklamowych. Oczywiście to, jakie czynności pozwanego w danym stanie zostaną *in concreto* uznane za wystarczające, aby uzasadnić ustalenie jurysdykcji sądów tego stanu, obarczone jest niepewnością. Indywidualne okoliczności stanu faktycznego będą tu rozstrzygające.

¹⁰⁴ T.C. Hartley, *Basic principles...*, s. 221.

¹⁰⁵ *J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro*, 564 U.S. 873 (2011); *Hanson v. Denckla*, 357 U.S. 235, 253 (1958).

4.6. Ocena wyroku TSUE w sprawie *VKI v. Volkswagen* i refleksje na jego tle

a) Charakter czynu niedozwolonego zarzucanego Volkswagenowi

Delikty, z którymi miał do czynienia Trybunał na tle art. 7 ust. 2 rozporządzenia Bruksela I bis (poprzednio art. 5 ust. 3), miały bardzo różny charakter. Na tle poszczególnych spraw Trybunał wykazał się elastycznością i kreatywnością w wykładni łącznika miejsca „zdarzenia wywołującego szkodę” w nawiązaniu do natury danego czynu niedozwolonego. Warto zatem rozważyć, o jaki przypadek deliktu chodziło w sprawie *VKI v. VW*. W doktrynie wskazywano, że wyrok TSUE jest rozczarowujący m.in. dlatego, że nie uwzględnia złożoności afery *dieseldgate* i jej istotnych skutków dla rynku motoryzacyjnego, środowiska i zbiorowych interesów konsumentów¹⁰⁶. Jednocześnie Trybunał był krytykowany w doktrynie z powodu słabo umotywowanego przywołania w uzasadnieniu wyroku art. 6 rozporządzenia Rzym II, dotyczącego prawa właściwego dla czynów nieuczciwej konkurencji¹⁰⁷.

W szczególności interesujące jest pytanie, czy w sprawie mamy do czynienia z odpowiedzialnością za produkt niebezpieczny. Pomimo że skazania z odpowiedzialnością za produkt są uprawnione, na postawione pytanie należy odpowiedzieć przecząco. Oczywiście samochód zaopatrzony w oprogramowanie manipulujące emisją spalin ma potencjał, aby stać się produktem niebezpiecznym. Volkswagen mógłby ponosić tego typu odpowiedzialność, np. wobec poszkodowanych, którzy udowodniliby szkodę na zdrowiu spowodowaną zwiększoną emisją spalin. Jednak w sprawie zarówno austriackiej, jak i polskiej powodowie dochodzą wyłącznie szkody związanej z samym produktem i jego wartością. Trzeba zaś przypomnieć, że fundamentalnym założeniem odpowiedzialności za produkt niebezpieczny jest okoliczność, że szkoda wyrządzona przez produkt wykracza poza uszczerbek w nim samym¹⁰⁸. W ścisłym zatem znaczeniu roszczenia

¹⁰⁶ T. Marzal, *Le forum...*, s. 878.

¹⁰⁷ E. Vallines García, *VKI v VW...*, pkt. 6; M. Lehmann, *Remaining Questions About CJEU Judgment in VKI v Volkswagen*, 26.08.2020, <https://eapil.org/2020/08/26/remaining-questions-about-cjeu-judgment-in-vki-v-volkswagen> [Dostęp: 4.12.2023 r.]; G. Van Calster, *The CJEU's locus damni determination in Volkswagen dismisses a US style minimum contacts rule. Like the passat, it risks picking up suits and landing them almost anywhere*, 10.07.2020, <https://gavclaw.com/2020/07/10/the-cjeus-locus-damni-determination-in-volkswagen-dismisses-a-us-style-minimum-contacts-rule-like-the-passat-it-risks-picking-up-suits-and-landing-them-almost-anywhere> [Dostęp: 4.12.2023 r.].

¹⁰⁸ Zob. *Zuid-Chemie*, pkt 29; T. Marzal, *Le forum...*, s. 884. Por. w prawie polskim art. 449[7] KC.

przeciwko Volkswagenowi, o których mowa w niniejszym opracowaniu, nie są roszczeniami z tytułu odpowiedzialności za produkt niebezpieczny. Jednakże w szerszym, funkcjonalnym znaczeniu Volkswagen dopuścił się wprowadzenia na rynek wadliwego produktu, który potencjalnie może „nie zapewniać bezpieczeństwa, jakiego można oczekiwać, uwzględniając normalne użycie produktu”¹⁰⁹.

Należy jednocześnie zauważyć, że czyn niedozwolony popełniony przez Volkswagena nie tylko narusza indywidualny interes majątkowy każdego nabywcy samochodu, lecz także — poprzez wykorzystanie swojej pozycji na rynku i nadużywanie wysokiego zaufania, jakim był obdarzany — wyrządza szkodę zbiorowym interesom konsumentów. Wydaje się zatem, że trafne jest przyjęcie przez TSUE, że działanie Volkswagena, mogące naruszyć zbiorowe interesy konsumentów jako grupy, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji¹¹⁰.

Podsumowując, o ile czyn niedozwolony Volkswagena jest w relacji do indywidualnych nabywców samochodów „zwykłym” deliktem (powód dochodził naprawienia szkody z tytułu wad nabytego produktu), to nie można tracić z oczu, że chodzi tu o wprowadzenie na rynek wadliwego produktu i wywołanie u konsumentów błędnego przekonania co do jego rzeczywistych cech, co narusza także zbiorowe interesy konsumentów jako grupy. Stanowi on zatem równocześnie czyn nieuczciwej konkurencji.

b) Charakter szkody poniesionej przez powodów i ustalenie jej wysokości

Jednym z punktów niezgody między Rzecznikiem Generalnym i Trybunałem była kwestia, czy szkoda austriackich nabywców samochodów ma charakter szkody czysto finansowej (jak chce Rzecznik), czy też materialnej (jak przyjmuje TSUE). Kwestia ta była również przedmiotem rozbieżnych ocen w doktrynie¹¹¹.

Tytułem wstępu wypada przypomnieć, że szkoda to uszczerbek w dobrach prawnie chronionych czy też — jak ujmują to Rzecznik Generalny w sprawie *VKI v. VW* — „negatywne konsekwencje zdarzeń w obszarze chronionych interesów prawnych powoda”¹¹².

Rzecznik wyjaśnia, że w chwili, gdy ujawniono działania Volkswagena, „nabywcy nie odkryli, [...] że mają inny pojazd, lecz odkryli, że mają

¹⁰⁹ Por. art. 449[1] KC.

¹¹⁰ Wyr. TSUE w sprawie *VKI v. VW*, pkt 39.

¹¹¹ Klasyfikację szkody nabywców VW jako czysto finansową preferuje J. Lee, *Pop Goes the Diesel...*, s. 41 oraz, jak się wydaje, M. Lehmann, *Remaining...* Z kolei materialny charakter szkody przyjmują T. Marzal, *Le forum...*, s. 880—881 i E. Vallines García, *VKI v VW...*

¹¹² Opinia RG w sprawie *VKI v. VW*, pkt 33.

pojazd o mniejszej wartości”¹¹³. Nie jestem przekonany, czy teza ta jest trafna. Wydaje się, że w chwili, gdy nabywcy dowiedzieli się o instalowanym w samochodach VW oprogramowaniu manipulującym emisją spalin, odkryli właśnie, że mają inny — bo wadliwy — samochód. Samochód nie uległ zmianie, bo był wadliwy od początku. Zmieniła się jednak świadomość właścicieli co do jego wad — a także percepcja uczestników rynku (potencjalnych nabywców samochodu) w tym przedmiocie — i w konsekwencji spadła jego rynkowa wartość.

Dla porównania można posłużyć się przykładem, w którym nabywca domu po trzech latach od jego zakupu odkrywa zawilgocenia, które dotąd pozostawały niewidoczne. Załóżmy, że przyczyną jest wadliwe wykonanie warstw izolacyjnych piwnicy. Ostatecznym zaś skutkiem finansowym — spadek rynkowej wartości domu. Trudno jednak twierdzić, że w takim wypadku szkoda nabywcy domu jest wyłącznie czysto finansowa. Szkoda to zawilgocenie domu, a jej finansowy wymiar, czyli wysokość odszkodowania, którego może się domagać nabywca domu, zależy od roszczenia, z jakiego powód może skorzystać. Jeśli przysługuje mu roszczenie kontraktowe, to może domagać się kosztów usunięcia zawilgocenia (naprawy domu). Jeśli dostępne jest dla niego jedynie roszczenie deliktowe, to może dochodzić zmniejszonej wartości rynkowej domu. W obydwu jednak przypadkach szkoda jako określona wadliwość występuje w przedmiocie materialnym (domu). Oczywiście jest, że ostatecznie przekłada się to na wymiar finansowy i uszczerbek w majątku. Tak dzieje się jednak z każdą szkodą, także wyrządzoną na osobie (np. zdrowiu).

Analogicznie jest w przypadku instalowanego w samochodach VW oprogramowania manipulującego emisją spalin. Wydaje się, że Rzecznik Generalny przyjmuje zbyt szerokie rozumienie szkody „czysto finansowej”¹¹⁴. Moim zdaniem rację ma Trybunał, który pojęcie to kojarzy raczej ze zmniejszeniem środków finansowych posiadanych na koncie bankowym (*Kronhofer, Kolassa, Löber*)¹¹⁵. W sprawie *VKI v. VW* szkoda ma natomiast charakter materialny, ponieważ „chodzi o wadę obciążającą pojazdy, będące rzeczami”¹¹⁶. Sadzę, że sprawa *VKI v. VW* pokazuje też, że zaklasyfikowanie szkody jako czysto finansowej czy materialnej jest co najmniej trudne i zależy od poczynionych apriorycznych założeń.

Mam natomiast wątpliwości co do przyjętego przez Trybunał (w ślad za powodem w sprawie) sposobu ustalenia wysokości szkody w pieniądzu. Moim zdaniem uszczerbek nabywców volkswagenów liczony powinien być nie różnicą pomiędzy jego wartością rynkową a ceną zapłaconą zbywcy

¹¹³ Opinia RG w sprawie *VKI v. VW*, pkt 38.

¹¹⁴ Tak T. Marzal, *Le forum...*, s. 880—881.

¹¹⁵ Wyr. TSUE w sprawie C-343/19, pkt 33.

¹¹⁶ Wyr. TSUE w sprawie C-343/19, pkt 33 *in fine*.

(jak podnosi VKI)¹¹⁷, lecz różnicą pomiędzy rynkową wartością pojazdu przed wybuchem afery i po jej wybuchu.

c) Chwila urzeczywistnienia się szkody

Skoro dla potrzeb jurysdykcji znaczenie ma, gdzie wystąpiła szkoda pierwotna, to aby okoliczności te ustalić, należy także odpowiedzieć na pytanie, kiedy „urzeczywistniła się szkoda”, której dochodzą nabywcy volkswagenów.

Jak już powiedzieliśmy — wada w postaci manipulującego oprogramowania istniała w samochodach od początku, ale ujawniła się dopiero wraz z wybuchem skandalu i jego wpływem na rynkową wartość samochodów. Zdaniem Trybunału szkoda (polegająca na spadku wartości pojazdów wynikającym z różnicy między ceną zapłaconą przez nabywcę za taki pojazd a jego rzeczywistą wartością) urzeczywistnia się w chwili zakupu pojazdów za cenę przewyższającą ich rzeczywistą wartość¹¹⁸. Taki wniosek budzi wątpliwości. Zauważmy, że nabywcy volkswagenów, którzy zbyli samochody przed tą chwilą — choć przez jakiś czas posiadali wadliwe samochody — nie ponieśli żadnej szkody, ponieważ wada ta nie zdążyła wpłynąć na wartość samochodów. Nabywca nie ponosi zatem uszczerbku w chwili, gdy nabywa pojazd (bo nikt nie wie, że jest on wadliwy), ale gdy uszczerbek ten zostaje ujawniony (wybuch afery *dieselgate*), ponieważ dopiero wtedy urzeczywistnia się spadek wartości rynkowej samochodu. Dopiero bowiem w tym momencie poszkodowany nabywca samochodu może podjąć działania zmierzające do naprawienia szkody wyrządzonej przez sprawcę.

d) Miejsce urzeczywistnienia się szkody pierwotnej

Miejscem, gdzie urzeczywistnia się szkoda w rozumieniu art. 7 ust. 2 rozporządzenia Bruksela I bis, jest „miejsce, gdzie szkoda spowodowana przez wadliwy produkt wyraźnie się zmanifestuje”, a więc „miejsce, w którym wystąpiła pierwotna szkoda wskutek zwykłego użycia produktu w celu, dla którego był on przeznaczony”. Ujęcie to pochodzi z orzecznictwa dotyczącego odpowiedzialności za produkt niebezpieczny¹¹⁹, ale w mojej ocenie nadaje się do wykorzystania także w sprawach takich jak *VKI v. VW* (gdzie chodzi o przypadek zbliżony). Skoro szkoda, jak przyjąłem wyżej, urzeczywistniła się w chwili wybuchu afery *dieselgate*

¹¹⁷ Zob. wyr. TSUE w sprawie C-343/19, pkt 29.

¹¹⁸ Wyr. TSUE w sprawie C-343/19, pkt 30 i 35.

¹¹⁹ *Zuid-Chemie*, pkt 27 i 32.

u każdego z nabywców volkswagena (bo wtedy doszło do spadku wartości samochodów), to miejscem, w którym się ona manifestuje, jest nie tyle miejsce nabycia samochodu (jak przyjmują Rzecznik Generalny i TSUE), ile raczej państwo, w którym samochód jest zarejestrowany i w którym jego właściciel z niego korzysta (jest używany w celu, do którego był przeznaczony). To w tym państwie dochodzi do utraty wartości rynkowej samochodu poprzez ujawnienie jego wadliwości. Jest to szkoda pierwotna (bo dany powód nie doznał jakiegokolwiek innej szkody wcześniej w innym państwie) i ma charakter materialny (bo polega na ujawnieniu wady w pojeździe).

Przyjęcie, że szkoda urzeczywistnia się w państwie, w którym samochód jest zarejestrowany i w którym właściciel z niego korzysta, pozwala na uniknięcie wad miejsca nabycia samochodu, które wytykała Trybunałowi doktryna. W doktrynie podkreślano bowiem, po pierwsze, że nie wiadomo, co oznacza miejsce nabycia samochodu. Czy jest nim miejsce zawarcia umowy, czy może miejsce jej wykonania (wydania samochodu)?¹²⁰ Po drugie, wskazywano także, że miejsce nabycia jest przypadkowe i podatne na manipulację¹²¹. Miejsce nabycia przez ostatecznego użytkownika niekoniecznie zlokalizowane jest bowiem w państwie, w którym producent skierował samochody do sprzedaży.

Przy czym miejsce, w którym właściciel samochodu z niego korzysta, jako łącznik jurysdykcyjny także ma istotne wady. Po pierwsze, niebezpiecznie zbliża się do *forum actoris*, tj. do możliwości pozywania we własnym miejscu zamieszkania (w stopniu jeszcze większym niż miejsca nabycia samochodu). Po drugie, istnieje argument za wykluczeniem nabywców, którzy dokonali zakupu samochodu za granicą (i dokonali samodzielnego importu samochodu do swojego państwa)¹²². W takim wypadku mamy wszakże do czynienia z nabywcami aktywnymi, którzy podejmują działania poza granicami swojego państwa. To nie przedsiębiorca oferujący sprzedaż samochodów doprowadził swoim działaniem do transgraniczności stosunku prawnego, ale stało się to na skutek działań nabywcy. Jeśli poczynić analogię do reguł ustalania jurysdykcji w sprawach z zakresu umów konsumenckich¹²³, to można zauważyć, że tego rodzaju

¹²⁰ M. Dąbroś, *Wyrok...*, s. 882—883; M. Lehmann, *Remaining...*

¹²¹ T. Marzal, *Le forum...*, s. 883; M. Lehmann, *Remaining...*

¹²² Zob. wyrok austriackiego Sądu Najwyższego (OGH) z 24.03.2021, 3Ob24/21g, w którym odrzucono jurysdykcję austriackich sądów w sprawie, w której powód nabył samochód Volkswagena w Niemczech i następnie samodzielnie importował go do Austrii. Jest to konsekwencja przyjęcia przez TSUE, że miejscem urzeczywistnienia się szkody jest miejsce nabycia pojazdu. Gdyby przyjąć, że miejscem tym jest miejsce użytkowania samochodu, austriackie sądy miałyby jurysdykcję.

¹²³ Art. 17—19 rozporządzenia Bruksela I bis.

przypadek wyklucza możliwość dochodzenia roszczeń przez konsumenta w jego miejscu zamieszkania. Jednocześnie analogię tę należy traktować ostrożnie, ponieważ w sprawie *VKI v. VW* roszczenie oparte jest na podstawie deliktowej, a nie kontraktowej. To nie pozwany koncern Volkswagena zawierał umowy sprzedaży z nabywcami samochodów, lecz lokalny dystrybutor. W relacji dystrybutor (sprzedawca) — nabywca ten pierwszy nie może zostać pozwany w państwie miejsca zamieszkania nabywcy, jeśli to nabywca przyjechał do państwa sprzedawcy w celu nabycia samochodu. Jednakże w deliktowej relacji producent — nabywca (końcowy użytkownik) argument ten traci na znaczeniu. Producent mógł bowiem podjąć czynności zmierzające do sprzedaży swoich produktów zarówno w państwie dystrybutora, jak i w państwie, w którym ostateczny nabywca z produktu korzysta.

Wreszcie, po trzecie — i najważniejsze — powstaje pytanie, czy miejsce, w którym nabywca samochodu z manipulującym oprogramowaniem korzysta z samochodu, jest przewidywalne dla pozwanego producenta. Producent nie może bowiem odpowiadać za fakt, że samochód, który nabyto w państwie A, został następnie wywieziony do państwa B i tam jest używany. Okoliczność ta może być dla niego całkowicie nieprzewidywalna.

Z powyższych powodów — choć uważam, że z logicznego punktu widzenia szkoda nabywców volkswagenów urzeczywistniła się w miejscu, w którym samochody są zarejestrowane i używane (a nie w miejscu, w którym zostały nabyte) — okoliczność ta nie powinna być sama w sobie wystarczająca do przyjęcia jurysdykcji sądów tak zdefiniowanego miejsca szkody. Do kwestii tej powrócę niżej (pkt f), ale już teraz należy zasygnalizować, że w każdym wypadku konieczne powinno być potwierdzenie — w okolicznościach danego przypadku — że miejsce szkody było przewidywalne dla pozwanego.

e) Znaczenie klasyfikacji szkody jako materialnej lub finansowej

Zarówno Rzecznik¹²⁴, jak i część doktryny¹²⁵ podkreślają, że klasyfikacja szkody jako materialnej lub finansowej jest istotna, ponieważ tylko w przypadku szkody czysto finansowej wymagane są dodatkowe „szczególne okoliczności”, które mają potwierdzić przydatność łącznika miejsca szkody przy ustalaniu jurysdykcji.

¹²⁴ Opinia RG w sprawie *VKI v. VW*, pkt 59.

¹²⁵ M. Dąbroś, *Wyrok...*, s. 90. Odmiennie T. Marzal, *Le forum...*, s. 885 i J. Lee, *Pop Goes the Diesel...*, s. 41, których zdaniem Trybunał poddaje szkodę materialną takiemu samemu testowi okoliczności szczególnych, jaki konstruowany jest (bardziej wprost) w stosunku do szkody czysto finansowej.

W mojej ocenie nie można przyjąć, że taka reguła skryształizowała się w orzecznictwie TSUE. Oczywiście jest prawdą, że wymóg „szczególnych okoliczności” Trybunał sformułował w sprawach *Universal* i *Löber*, mówiąc o szkodzie czysto finansowej. Zauważmy jednak, że w sprawie *Universal* miejsce położenia rachunku bankowego powoda, z którego dokonał płatności, w zasadzie i tak zostało już odrzucone jako miejsce szkody dalszej, skoro Trybunał stwierdza w pkt 31—32, że szkoda wystąpiła w państwie, w którym zawarto ugodę arbitrażową, na podstawie której powstało zobowiązanie do zapłaty określonych kwot. Z kolei sprawa *Löber* jest o tyle problematyczna, że wymóg „szczególnych okoliczności” pojawia się, pomimo że nie został on sformułowany przez TSUE we wcześniejszym wyroku w sprawie *Kolassa*, choć stan faktyczny i roszczenia formułowane przez powodów w obydwu sprawach były niemalże identyczne. Sprawa *Löber* była jednak rozstrzygana już po wyroku w sprawie *Universal*. Trybunał podchwycił¹²⁶ tezę tam wypowiedzianą, zgodnie z którą gdy „szkoda obejmuje wyłącznie stratę finansową, która urzeczywistnia się bezpośrednio na rachunku bankowym powoda”, nie uzasadnia samodzielnie jurysdykcji państwa tego sądu. Takie twierdzenie jest jednak sprzeczne z wnioskami przyjętymi w wyroku *Kolassa*. W sprawie *Löber* Trybunał zresztą dość łatwo doszedł do wniosku, że szczególne okoliczności potwierdzają miejsce, w którym powódka miała rachunek bankowy i rozliczeniowy, z którego wykorzystaniem realizowała inwestycję w papiery wartościowe, które utraciły wartość.

Ponadto nie należy tracić z oczu, że w wielu sprawach, w których charakter szkody był klasyfikowany jako czysto finansowy, Trybunał uznawał jej znaczenie jurysdykcyjne na tle art. 7 ust. 2 rozporządzenia Bruksela I bis, nie stawiając dalszych wymogów¹²⁷.

Wreszcie w samej sprawie *VW* podział na szkodę materialną i czysto finansową nie miał wpływu na kierunek rozstrzygnięcia (skoro zarówno Rzecznik, jak i TSUE uznali, że jurysdykcja sądów austriackich zachodzi). Co więcej, choć nominalnie TSUE — w przeciwieństwie do Rzecznika — nie wymaga „szczególnych okoliczności” dla potwierdzenia jurysdykcji tych sądów, to w uzasadnieniu w istocie podnosi argumenty, które zaczerpnięte są z tego samego repertuaru (o czym niżej).

Moim zdaniem można nawet postawić tezę, że nigdy tak naprawdę nie chodziło o zdegradowanie jurysdykcyjnej roli szkody czysto finansowej. Zawsze chodziło raczej o pytanie, czy w państwie *fori* poniesiona została szkoda pierwotna, a Trybunał konsekwentnie odrzucał znaczenie szkody

¹²⁶ *Löber*, pkt 30.

¹²⁷ Zob. *Concurrence i flyLAL-Lithuanian Airlines* (utrata dochodu z prowadzonej działalności gospodarczej), *Tibor-Trans* (zapłata sztucznie zawyżonej ceny) oraz *Kolassa* (utrata wartości certyfikatów inwestycyjnych zgromadzonych na rachunku).

dalszej (następczej). Ta ostatnia zaś to właśnie często dalsze konsekwencje finansowe czynu niedozwolonego.

Zgadzam się natomiast z Rzecznikiem Generalnym¹²⁸ i z tymi przedstawicielami doktryny¹²⁹, którzy podnoszą, że miejsce szkody stanowi w niektórych przypadkach wątle powiązanie jurysdykcyjne. Miejsce to jest czasem przypadkowe (jak np. miejsce wypadku w podróży wadliwym pojazdem)¹³⁰, a niekiedy podatne na manipulację (gdy powód wskazuje rachunek bankowy, z którym powiązana jest szkoda); czasem trudno je określić (miejsce powstania zobowiązania obciążającego majątek powoda)¹³¹. W niektórych wypadkach szkoda może być zlokalizowana w wielu państwach (szczególnie przy naruszeniach dóbr osobistych oraz deliktów prawa konkurencji)¹³². Z kolei w jeszcze innych przypadkach dalsze skutki szkody pierwotnie doznanej w jednym państwie mogą się rozlewać na inne terytoria. Nie budzi wprawdzie wątpliwości, że szkody dalsze (wtórne) nie stanowią łącznika jurysdykcyjnego, ale odróżnienie, co stanowi szkodę pierwotną, a co wtórną, budzi częstokroć wątpliwości, co pokazuje już sama sprawa *VKI v. VW*. Wskazane trudności dotyczą nie tylko przypadków, w których szkoda ma charakter czysto finansowy, lecz także takich, gdy szkoda bez wątpienia ma charakter wyraźnie materialny.

f) Konieczność potwierdzenia użyteczności miejsca szkody za pomocą „szczególnych okoliczności”

Jak wynika z dotychczasowych rozważań, liczne niedoskonałości miejsca szkody usprawiedliwiły różne ograniczenia, jakie Trybunał ustanowił wobec tego łącznika jako powiązania uzasadniającego jurysdykcję krajową sądów. Także w sprawie *VKI v. VW* Rzecznik Generalny proponował, aby ustalenie miejsca urzeczywistnienia się szkody stanowiło jedynie pierwszy etap analizy. Sąd miejsca szkody powinien mieć możliwość przyjęcia swej jurysdykcji tylko wtedy, gdy można potwierdzić przydatność tego kryterium na podstawie łącznej oceny okoliczności szczególnych sprawy (zob. wyżej, pkt 2.2).

¹²⁸ Opinia RG w sprawie *VKI v. VW*, pkt 48.

¹²⁹ T. Marzał, *Le forum...*, s. 883.

¹³⁰ I tak w sprawie *Kainz* poruszający się wadliwym rowerem powód doznał wypadku i utraty zdrowia nie w państwie, w którym miał swoje miejsce zamieszkania i w którym zazwyczaj korzystał z roweru, lecz w sąsiednim państwie, co uniemożliwiło mu pozwanie w państwie miejsca swego zamieszkania.

¹³¹ Zob. *Universal*, pkt 31–32.

¹³² Zob. wyr. TSUE z 21.05.2015 w sprawie C-352/13 *CDC Hydrogen Peroxide*, EU:C:2014:2443, gdzie chodziło o szkodę polegającą na nadpłacie z powodu sztucznie zawyżonej ceny.

W mojej ocenie nie ma powodów, żeby ograniczać zastosowanie tej reguły wyłącznie do przypadków szkody czysto finansowej, jak czyni to Rzecznik w sprawie *VKI v. VW*. Niedoskonałości miejsca szkody jako łącznika jurysdykcyjnego dotyczą także przypadków szkody materialnej. Miejsce to powinno uzasadniać jurysdykcję, tylko jeśli w świetle „okoliczności szczególnych sprawy” jest to słuszne.

W komentarzach do wyroku w sprawie *VKI v. VW* wskazywano, że Trybunał — dokonując klasyfikacji szkody jako materialnej — odstąpił od wymogu potwierdzania przydatności miejsca szkody za pomocą „szczególnych okoliczności sprawy”¹³³. Bliższa analiza uzasadnienia wyroku podważa jednak to twierdzenie. Nasuwa się dylemat, co tak naprawdę chciał powiedzieć Trybunał.

Z jednej strony można przyjąć — w ślad za nominalnym brzmieniem uzasadnienia — iż Trybunał podnosi jedynie, że miejsce nabycia samochodów jest zgodne z wymogami przewidywalności, bliskości i prawidłowego sprawowania wymiaru sprawiedliwości. W takim jednak wypadku należałoby wyrazić zasadnicze wątpliwości co do trafności argumentacji Trybunału.

W zakresie przewidywalności Trybunał stwierdza mianowicie, że „producent samochodu mający siedzibę w jednym państwie członkowskim, dokonujący niezgodnych z prawem manipulacji w odniesieniu do samochodów **sprzedawanych w innych państwach** członkowskich, może racjonalnie przewidzieć, że zostanie pozwany **przed sądami tych państw członkowskich** [podkr. M.Z.]” (pkt 36 wyroku). Jeśli twierdzenie to rozumieć jako zasadę, to należałoby uznać, że zdaniem Trybunału każde miejsce, w którym samochód zostanie sprzedany i kupiony przez powoda, jest dla producenta przewidywalne. Tak byłoby zatem nawet wtedy, gdyby sprzedaż odbywała się poza jakąkolwiek kontrolą czy intencją producenta, np. w państwie, do którego samochód dotarł w ramach importu równoległego (komercyjnego lub indywidualnego). Trybunał uzasadnia takie stanowisko (pkt 37 wyroku) „świadomym naruszeniem przepisów prawa”, co jednak brzmi jak chęć ukarania (na płaszczyźnie jurysdykcyjnej) producenta za nielegalne i intencjonalne działania¹³⁴.

Z drugiej jednak strony być może powyższe twierdzenie należy rozumieć nieco inaczej — jako uzasadnienie *in concreto* potwierdzające przydatność łącznika miejsca nabycia samochodów w tej konkretnej sprawie¹³⁵. Innymi słowy, nie tyle miejsce nabycia samochodów zawsze

¹³³ M. Dąbroś, *Wyrok...*, s. 92; E. Vallines García, *VKI v VW...*

¹³⁴ Tak T. Marzal, *Le forum...*, s. 885 i J. Lee, *Pop Goes the Diesel...*, s. 42, którzy sceptycznie oceniają ten punitivny motyw.

¹³⁵ Tak też T. Marzal, *Le forum...*, s. 885, który rozumowanie TSUE określa jako „okolicznościowe i wieloczynnikowe”.

(w znaczeniu abstrakcyjnym) spełnia wymogi przewidywalności, ile dzieje się tak w sprawie *VKI v. VW*, ponieważ okoliczności tej konkretnej sprawy na to wskazują. Co więcej, być może nawiązanie do miejsca, w którym samochody są sprzedawane, nie miało w swym zamyśle obejmować każdego miejsca, w którym doszło do transakcji sprzedaży-kupna, ale jedynie takie miejsce, do którego producent kierował sprzedaż poprzez swoje intencjonalne działania¹³⁶ (czyli podejmował działania zmierzające do wprowadzenia samochodów do obrotu w określonym państwie)¹³⁷. W mojej ocenie takie podejście do kwestii przewidywalności jest prawidłowe.

Prawdą jest, że w przypadku producenta takiego jak Volkswagen w praktyce różnica nie zachodzi, bo jest oczywiste, że kieruje on sprzedaż do wszystkich państw członkowskich i w związku z tym powinien przewidzieć, że w każdym z nich będzie mógł zostać pozwany z tytułu produktu wyposażonego w manipulujące oprogramowanie. Inaczej może być jednak w przypadku producentów o mniejszej skali działalności. Moim zdaniem budzi wątpliwość, czy producenci, którzy sprzedaż swych produktów kierują tylko do niektórych państw członkowskich, powinni móc być pozywani w państwach, do których ich produkty zostały kupione poza zainicjowanym przez nich kanałem dystrybucji. Podobnie — nawet jeśli przyjąć (jak czynię to wyżej), że szkoda urzeczywistnia się w miejscu, w którym produkt (samochód) jest używany — nie oznacza to automatycznie, że takie miejsce jest zawsze przewidywalne dla producenta. Kwestię tę należy ocenić w okolicznościach konkretnego przypadku.

Warto też zwrócić uwagę na argument Trybunału, w którym podnosi on, że przyjęta przez niego wykładnia art. 7 ust. 2 rozporządzenia jest zgodna z celami bliskości i prawidłowego sprawowania wymiaru sprawiedliwości, ponieważ sąd krajowy „może musieć dokonać oceny warunków panujących na rynku danego państwa” (aby ocenić ubytek wartości pojazdu). Wydaje się, że również ten argument rezonuje z oceną *in concreto*, a nie jedynie z abstrakcyjną cechą miejsca nabycia samochodów jako miejsca, w którym urzeczywistniła się szkoda.

Wśród wspomnianych okoliczności szczególnych na czoło wysuwa się możliwość przewidzenia przez pozwanego, że na skutek swoich działań może on zostać pozwany w określonym państwie¹³⁸. Nie ma oczywiście

¹³⁶ Choć zatem TSUE formalnie odrzuca analizę *in concreto* „w amerykańskim stylu”, to w istocie jego argumenty do takiej się co najmniej zbliżają.

¹³⁷ Por. art. 5 rozporządzenia Rzym II, który dotyczy prawa właściwego dla odpowiedzialności za produkt i na którego tle istotne znaczenie odgrywa łącznik „wprowadzenia produktu do obrotu” w określonym państwie.

¹³⁸ Por. wspomniany wyżej wyrok w sprawie *Mittelbayerischer Verlag*, w którym Trybunał wprowadził wymóg możliwości indywidualnego zidentyfikowania poszkodowanego w sprawach dotyczących naruszenia dóbr osobistych właśnie z uwagi na potrzebę

konieczności dowodzenia, że pozwany rzeczywiście coś przewidywał. Przewidywalność jest tu powinnością wiedzy. Powinność ta wynika z rodzaju i natężenia działań, jakie pozwany podejmował na terytorium (lub w odniesieniu do terytorium) państwa *fori*. W przypadku czynów niedozwolonych polegających na wprowadzaniu do obrotu wadliwych (choć niekoniecznie niebezpiecznych) produktów (np. wyposażonych w manipulujące oprogramowanie) będzie chodziło zwłaszcza o różnego rodzaju działania reklamowe i marketingowe czy po prostu o kierowanie sprzedaży na rynek określonych państw (bezpośrednio lub za pośrednictwem łańcucha dystrybutorów, dilerów itp.). W istocie chodzi o wymóg podobny do formułowanego w orzecznictwie sądów amerykańskich w ramach koncepcji *purposeful availment*. Ważnym pytaniem jest, na ile pozwany — poprzez podejmowane przez siebie działania — „korzysta z przywileju” ochrony udzielanego tymże działaniom przez porządek prawny *fori*. Oceniamy więc nie tylko dość przypadkowe miejsce szkody, lecz także działania pozwanego: czy uzasadniają one potwierdzenie, że jest to kryterium przydatne dla celów ustalenia jurysdykcji. Inaczej jednak niż w USA (gdzie orzecznictwo koncentruje się przede wszystkim na działaniach pozwanego) punktem wyjścia jest miejsce szkody, a ocena przewidywalności, względnie innych jeszcze okoliczności sprawy, stanowi drugi krok, który ma potwierdzić zasadność przyznania jurysdykcji sądom państwa miejsca szkody¹³⁹. Jednak tylko holistyczna ocena okoliczności sprawy, jak celnie podkreśla M. Lehman, pozwala na sprawiedliwe zrównoważenie — na płaszczyźnie jurysdykcyjnej — interesów powoda i pozwanego¹⁴⁰.

Można też zauważyć, że taki sposób rozumowania — biorący pod uwagę działania pozwanego — nie jest obcy rozporządzeniu Bruksela I bis,

warunkowania jurysdykcji przewidywalnością osoby poszkodowanego z perspektywy sprawcy.

¹³⁹ Pozostanie przy wymogu ustalenia miejsca szkody bezpośredniej oznacza, że w przypadkach takich jak w sprawie *Kainz* (gdzie szkoda na osobie urzeczywistniła się w sposób przypadkowy poza terytorium, w którym konsument nabył wadliwy produkt i w którym zwyczajowo z niego korzystał) sądy państwa, w którym konsument ma miejsce swego zamieszkania, nie będą mogły objąć swą jurysdykcją jego roszczeń deliktowych, pomimo że producent wadliwego produktu do tego państwa kierował swą działalność sprzedażową. Zauważmy, że widoczny jest tu rozdźwięk z przypadkiem, w którym konsumenta łączy z producentem/sprzedawcą z innego państwa członkowskiego umowa. W tym bowiem wypadku dla uzasadnienia jurysdykcji sądów państwa miejsca zamieszkania konsumenta wystarczy, że producent/sprzedawca „w jakikolwiek sposób kieruje” do tego państwa swą działalność. Nie jestem pewien, czy brak stosunku umownego jest wystarczającym uzasadnieniem dla gorszego traktowania konsumenta (poszkodowanego) w sytuacji, w której producent prowadzi aktywną działalność sprzedażową i marketingową celowaną w terytorium państwa konsumenta. Takie rozróżnienie zachęca zresztą producentów do organizowania sprzedaży poprzez sieć lokalnych dystrybutorów.

¹⁴⁰ M. Lehmann, *Remaining...*

i to nawet pozostawiając na chwilę z boku orzecznictwo TSUE na tle art. 7 ust. 2. Przypomnieć mianowicie wypada, że w zakresie kontraktowych roszczeń konsumenckich przyznaje się jurysdykcję sądom miejsca zamieszkania konsumenta, jeżeli przedsiębiorca zawierający z nim umowę „prowadzi działalność zawodową lub gospodarczą lub taką działalność **w jakikolwiek sposób kieruje**” [podkr. M.Z.] do państwa członkowskiego konsumenta. Pojęcie „kierowanie” obejmuje wszakże różnego rodzaju działania, zwłaszcza o charakterze marketingowym i sprzedażowym, które celowane są w konsumentów określonego państwa członkowskiego¹⁴¹.

4.7. Ocena postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2022 r. i jego implikacje dla polskich pozwów w sprawie *dieselgate*

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2022 r. jest oczywiście konsekwencją ustaleń poczynionych w wyroku TSUE w sprawie *VKI v. VW*. Sąd Najwyższy oparł swe rozstrzygnięcie w znacznej mierze na wykładni art. 7 ust. 2 rozporządzenia Bruksela I bis przyjętej przez Trybunał Sprawiedliwości. W tym zakresie nie ma potrzeby, aby powielać komentarze poczynione w pkt. 4.6 niniejszego opracowania. Nie zapominając o zastrzeżeniach poczynionych wyżej, można wyrazić poparcie dla rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego. Należy zgodzić się z Sądem Najwyższym, że odrzucając jurysdykcję, sądy niższej instancji naruszyły art. 7 ust. 2 rozporządzenia, w szczególności w ten sposób, że w przyjętej przez nie wykładni doszło do zlania miejsca zdarzenia, będącego źródłem szkody, i miejsca, w którym szkoda się urzeczywistniła. Pozostaje to w sprzeczności z utrwalonym od czasu sprawy *Bier* rozumieniem tego przepisu, gwarantującym powodowi wybór między tymi miejscami.

Sąd Najwyższy wytknął również Sądowi Apelacyjnemu, że nie zidentyfikował, w czym powód upatrywał szkody członków grupy, której kompensaty się domagał, co uniemożliwiło prawidłową klasyfikację szkody (czy była to szkoda pierwotna itd.). SN odnotował w tym zakresie, że „ujęcie [szkody — przyp. M.Z.] przez samego powoda nie było oczywiste i wymagało interpretacji”. Tu tkwi sedno trudności omawianej sprawy. Powód początkowo zdefiniował swoją szkodę jako polegającą na nabyciu wadliwych samochodów, a jej wysokość jako koszt doprowadzenia silników Diesla do stanu, w którym byłyby one zgodne z normami technicznymi, które deklarował Volkswagen jako producent (30 tys. zł za każdy samochód).

¹⁴¹ Por. zwłaszcza wyr. TSUE z 7.12.2010 w sprawach połączonych C-585/08 *Peter Pammer v. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG* i C-144/09 *Hotel Alpenhof GesmbH v. Oliverowi Hellerowi*, ECLI:EU:C:2010:740.

Na dalszych etapach postępowania, w szczególności w skardze kasacyjnej (jak wynika z uzasadnienia postanowienia SN), powód podkreślał natomiast, że jego uszczerbek wyraża się w tym, że pojazdy nie miały cech wyspecyfikowanych w polskiej dokumentacji urzędowej i specyfikacji auta tudzież miały wady (wyższa emisja spalin, zabronione oprogramowanie manipulujące poziomem emisji spalin). Powód podkreślał też, że „brak świadomości wadliwości pojazdu spowodował, że cena sprzedaży została ustalona jak dla auta w pełni sprawnego i o wysokiej jakości”.

Błędy sądów niższej instancji i trudności powstające w sprawie, a zidentyfikowane przez Sąd Najwyższy, wymagają dwojakiego rodzaju komentarza.

Po pierwsze, jeśli szkodą powoda jest obciążająca pojazdy wadliwość, polegająca na wyposażeniu samochodów w manipulujące oprogramowanie, to szkoda taka ma charakter materialny i w sposób pierwotny urzeczywistnia się w miejscu, w którym dany samochód jest zarejestrowany i używany (zob. wyżej), ewentualnie — jak chce TSUE w wyroku w sprawie *VKI v. VW* — w miejscu, w którym samochody zostały nabyte. Fakt, że powodowie wadliwie (o czym poniżej) liczą wysokość takiej szkody (jako koszt modernizacji samochodu), nie zmienia charakteru samej szkody, skoro jej istotą jest wadliwość pojazdów będących rzeczami. Wadliwość pojazdów użytkowanych w Polsce ujawniona została w Polsce, a więc pierwotna szkoda urzeczywistniła się w Polsce. Tu znajduje się „miejsce, w którym wystąpiła pierwotna szkoda wskutek zwykłego użycia produktu w celu, dla którego był on przeznaczony” — jeśli posłużyć się ujęciem ze sprawy *Zuid-Chemie*. Zachodzi zatem jurysdykcja polskich sądów.

Drugą kwestią jest sposób ustalenia wysokości szkody i tym samym wysokości roszczenia. Wbrew argumentom powoda szkodą tą nie jest koszt doprowadzenia silników Diesla do stanu, w którym byłyby one zgodne z normami technicznymi, które deklarował Volkswagen jako producent (owe 30 tys. zł za każdy samochód). Zwrotu tak zdefiniowanego kosztu można by było dochodzić jedynie w oparciu o roszczenia kontraktowe, zwłaszcza z tytułu rękojmi. To na tej podstawie można domagać się doprowadzenia przedmiotu sprzedaży do stanu przyrzeczonego w umowie (art. 560—561 k.c. w zw. z art. 556¹ k.c.). Ewentualnie w ramach odszkodowania z tytułu nienależytego wykonania umowy (art. 471 k.c.) można domagać się przywrócenia majątku powoda do stanu, w jakim byłby, gdyby umowa została należycie wykonana, co mogłoby obejmować żądanie zrekompensowania kosztów modernizacji. Powód nie ma jednak roszczeń kontraktowych do koncernu Volkswagena, bo stron nie łączy umowa.

W perspektywie deliktowej koszt doprowadzenia silników Diesla do zgodności z normami technicznymi nie stanowi szkody właścicieli (leasingobiorców) volkswagenów. Koszt ten ani nie został rzeczywiście

poniesiony, ani — najprawdopodobniej — żaden z członków grupy nie miał zamiaru dokonania modernizacji auta. Przede wszystkim jednak wartość samochodów nie była niższa o 30 tys. zł na skutek omawianej wadliwości. Nie jest to realny ubytek majątku spowodowany przez delikt pozwanego koncernu. Szkoda, której na podstawie deliktowej właściciele samochodów VW mogą się domagać od Volkswagena, jest raczej — jak wiemy już z wyroku TSUE w sprawie *VKI v. VW* — obniżona wartość samochodu w stosunku do tej, jaką samochody miałyby, gdyby spełniały przyręczone przez Volkswagena standardy emisji spalin i nie posiadały manipulującego oprogramowania (hipotetyczny ubytek wartości handlowej pojazdu). Z pewnością jednak wyliczenie takiego ubytku musiałyby być dokonane osobno dla każdego samochodu jako procent tej wartości, a nie wskazane jako jednolita kwota identyczna dla wszystkich samochodów. Roszczenie o zasądzenie kosztu modernizacji samochodów powinno zatem zostać oddalone¹⁴².

5. Podsumowanie

Mało kto ma wątpliwości, że wyrok TSUE w sprawie *VKI v. VW* zasługuje na aprobatę, jeżeli chodzi o sam rezultat rozstrzygnięcia, tj. przyjęcie, że sądy austriackie mają jurysdykcję do oceny deliktowych roszczeń nabywców volkswagenów kierowanych przeciwko koncernowi. Jest tak również z powodów, które nie mieszczą się ściśle w analizie miejsca zdarzenia wywołującego szkodę na tle art. 7 ust. 2 rozporządzenia Bruksela I bis. Są to: wina koncernu, ogromna skala naruszeń, przemożny wpływ ujawnionych manipulacji na rynek motoryzacyjny oraz ochronę środowiska. Nie budzi również wątpliwości, że zasięg prowadzonej przez koncern VW sprzedaży, działań marketingowych i reklamowych obejmuje wszystkie państwa Unii. Uzasadnia to argument, że koncern „świadomie korzystał z przywileju prowadzenia działalności w tych państwach” (jeśli użyć terminologii zza Oceanu), w związku z czym powinien był liczyć się z koniecznością obrony przed roszczeniami nabywców produkowanych przez

¹⁴² Odszkodowania w takiej wysokości można by ewentualnie dochodzić także na podstawie deliktowej w przypadku, gdyby doprowadzenie silników do przyręczonych standardów było niezbędne do użytkowania samochodów w Polsce, tzn. samochód cechujący się taką emisją spalin, jaką cechowały się volkswageny, w ogóle nie mógłby być legalnie używany na polskich drogach (co, jak rozumiem, nie ma miejsca). W takim bowiem wypadku skutkiem manipulacji koncernu Volkswagen byłby nie tylko spadek wartości samochodów, lecz także niemożność korzystania z nich, na co jedynym remedium byłaby modernizacja samochodów.

siebie wadliwych samochodów (co mieści się już w ocenie „szczególnych okoliczności” potwierdzających jurysdykcyjne znaczenie miejsca szkody).

Często wskazywano jednak, że wyrok TSUE rozczarowuje na poziomie uzasadnienia, a nawet że stanowi straconą okazję, aby rozwinąć prawo w obszarze jurysdykcji szczególnej dla roszczeń deliktowych. Rzeczywiście, na tle wielu innych precedensowych rozstrzygnięć Trybunału (jak choćby w sprawach *Universal* i *Löber* czy starszych *Bier*, *Shevill* i *e-Date/Martinez*) wyrok w sprawie *VKI v. VW* wydaje się powściągliwy.

W mojej ocenie Trybunał powinien był w sprawie *VKI v. VW* i powinien w kolejnych sprawach w przyszłości w sposób bardziej otwarty przyznać, że miejsce szkody — nie tylko czysto finansowej, lecz także materialnej — jest niedoskonałym — bo częstokroć przypadkowym, podatnym na manipulację lub rozproszonym — łącznikiem sprawy z państwem *fori*. Nie odrzucając paradygmatu ze sprawy *Bier* (zarówno miejsce zdarzenia, jak i miejsce szkody stanowią „miejsce zdarzenia wywołującego szkodę”), należałoby jednak w każdym przypadku wymagać, aby jurysdykcja sądów państwa, w którym szkoda się urzeczywistniła, została potwierdzona za pomocą szczególnych okoliczności sprawy, ocenianych holistycznie i w nawiązaniu do konkretnego stanu faktycznego. Odmienne niż Rzecznik Generalny sądzę, że nie należy wymogu tego ograniczać do przypadków szkody czysto finansowej. Wśród okoliczności tych na czoło wysuwa się możliwość przewidzenia przez pozwanego, że na skutek swoich działań może on zostać pozwany w określonym państwie. Pytać zatem należy, na ile świadomie pozwany „korzystał z przywileju prowadzenia działalności” w państwie *fori*, w ten sposób będąc beneficjentem ochrony prawnej udzielanej przez system tego państwa. W przypadku czynów niedozwolonych polegających na wprowadzaniu do obrotu wadliwych produktów będzie chodziło zwłaszcza o różnego rodzaju działania reklamowe i marketingowe czy po prostu kierowanie sprzedaży na rynek określonych państw (bezpośrednio lub za pośrednictwem łańcucha dystrybutorów, dilerów itp.).

Inaczej jednak niż w USA (gdzie orzecznictwo koncentruje się przede wszystkim na działaniach pozwanego) punktem wyjścia nadal powinno być miejsce pierwotnej szkody — rozumiane jako terytorium, na którym pierwotna szkoda się urzeczywistniła. Ocena zaś przewidywalności, względnie innych jeszcze okoliczności sprawy, stanowić powinna — jak przyjęto już zresztą w sprawie *Löber* i na marginesie sprawy *Universal*, oraz jak sugeruje rozstrzygnąć sprawę *VKI v. VW* Rzecznik Generalny — drugi krok, który ma potwierdzić zasadność przyznania jurysdykcji sądom państwa miejsca szkody. Moim zdaniem taki drugi krok należy przyjąć w odniesieniu do szkód zarówno czysto finansowych, jak i materialnych. W ten sposób z jednej strony zachowana zostanie względna pewność prawa — poprzez zakorzenienie analizy jurysdykcyjnej

w miejscu szkody — a z drugiej strony reguła będzie na tyle elastyczna, aby uwzględnić indywidualne okoliczności każdego przypadku, i pozwoli ocenić *in concreto*, na ile słuszne jest objęcie jurysdykcją w tym miejscu roszczeń deliktowych skierowanych przeciwko określönemu pozwanemu.

Bibliografia

- Beal E.A., *J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro: The Stream-of-Commerce Theory of Personal Jurisdiction in a Globalized Economy*, „U. Miami L. Rev.” 2011, vol. 66.
- Dąbroś M., *Wyrok w sprawie Volkswagen (C-343/19) — czy to już forum actōris?*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny (iKAR)” 2021, t. 10, nr 4.
- Di Rattalma M.F., *The Dieselgate: A Legal Perspective*, Springer International Publishing, Cham, 2017.
- van Elten K., Rehder B., *How the Dieselgate scandal helped bring American-style legal conflict resolution to Europe*, „LSE European Politics and Policy (EUROPP) blog”, 3.12.2020, <https://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2020/12/03/how-the-dieselgate-scandal-helped-bring-american-style-legal-conflict-resolution-to-europe/> [Dostęp: 4.12.2023 r.].
- Gołaczyński J. (red.), *Jurysdykcja, uznawanie orzeczeń sądowych oraz ich wykonywanie w sprawach cywilnych i handlowych. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 1215/2012. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa, 2015.
- Gołaczyński J., Zalisko M., *Jurysdykcja krajowa szczególna w sprawach dotyczących czynu niedozwolonego lub czynu podobnego do czynu niedozwolonego w rozporządzeniu nr 1215/2012*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 4.
- Grossi S., *Rethinking the Harmonization of Jurisdictional Rules*, „Tul. L. Rev.” 2011, vol. 86.
- Hartley T.C., *Basic principles of jurisdiction in private international law: The European Union, the United States and England*, „International & Comparative Law Quarterly” 2022, vol. 71.
- Hartley T.C., *International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials on Private International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Lee J., *Pop Goes the Diesel! A Case Comment on Case C-343/19 Verein für Konsumenteninformation v Volkswagen AG*, „IALS Student Law Review” 2021, vol. 8, no. 2.
- Lehmann M., *Remaining Questions About CJEU Judgment in VKI v Volkswagen*, 26.08.2020, <https://eapil.org/2020/08/26/remaining-questions-about-cjeu-judgment-in-vki-v-volkswagen> [Dostęp: 4.12.2023 r.].

- Marzal T., *Le forum delicti à l'épreuve du Dieselgate: (CJUE, 9 juillet 2020, aff. C-343/19, Verein für Konsumenteninformation c/Volkswagen AG, ECLI: EU: C: 2020: 534)*, „Revue critique de droit international privé” 2021, no. 4.
- Mazur Z., *Dieselgate i konsekwencje prawne manipulowania emisją spalin*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny (iKAR)” 2020, t. 9, nr 7.
- O'Brien J., *Conflict of Laws*, Cavendish, London, 1999.
- Oster J., *Rethinking Shevill. Conceptualising the EU private international law of Internet torts against personality rights*, „International Review of Law, Computers & Technology” 2012, vol. 26.
- Parry J.T., *Due Process, Borders, and the Qualities of Sovereignty—Some Thoughts on J. McIntyre Machinery v. Nicastro*, „Lewis & Clark L. Rev.” 2012, vol. 16.
- Quick S.W., *Staying Afloat in the Stream of Commerce: Goodyear, McIntyre, and the Ship of Personal Jurisdiction*, „NCJ Int'l L. & Com. Reg.” 2011, vol. 37.
- Rylski P., *Pojęcie „miejsce zdarzenia wywołującego szkodę” w sprawach deliktowych na podstawie art. 5 pkt 3 Rozporządzenia nr 44/01*, „Studia Iuridica” 2007, vol. 47.
- Sośniak M., *Zobowiązania nie wynikające z czynności prawnych w prawie międzynarodowym prywatnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice, 1971.
- Spapens T., *The 'Dieselgate' scandal: A criminological perspective*, in: *Green Crimes and Dirty Money*, eds. T. Spapens, R. White, D. van Uhm, W. Huisman, Routledge, Abingdon, 2018.
- Steinman A.N., *The Lay of the Land: Examining the Three Opinions in J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro*, „SCL Rev.” 2011, vol. 63.
- Świerczyński M., *Jurysdykcja krajowa w zakresie zobowiązań deliktowych*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 15.
- Vallines García E., *VKI v VW and the diesel scandal: final buyers may bring tortious claims before the courts for the place where the vehicle was purchased*, 2020, <https://eprints.ucm.es/id/eprint/68972> [Dostęp: 4.12.2023 r.].
- Van Calster G., *The CJEU's locus damni determination in Volkswagen dismisses a US style minimum contacts rule. Like the passat, it risks picking up suits and landing them almost anywhere*, 10.07.2020, <https://gavclaw.com/2020/07/10/the-cjeus-locus-damni-determination-in-volkswagen-dismisses-a-us-style-minimum-contacts-rule-like-the-passat-it-risks-picking-up-suits-and-landing-them-almost-anywhere> [Dostęp: 4.12.2023 r.].
- Wałachowska M., *Prawo właściwe dla roszczeń odszkodowawczych osób pośrednio poszkodowanych*, w: *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*, red. J. Poczobut, Wolters Kluwer, Warszawa, 2013.
- Wolski D., *Jurysdykcja właściwa dla umów oraz deliktów i quasi-deliktów w świetle rozporządzenia 44/2001 (Bruksela I): wybrane zagadnienia*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2011, vol. 9.



Jacek Górecki^{a)}

<https://orcid.org/0000-0002-0812-1654>

Czy do zakresu statutu formy pełnomocnictwa należy udział świadka potwierdzającego czynność mocodawcy własnym podpisem? Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2022 r. (III CZP 22/22)¹

Abstract: The District Court in Kielce asked the Supreme Court to resolve the following legal question: “Does the participation of a witness, confirming the principal’s action with his signature, belongs — pursuant to Article 25(1), second sentence, of the Act of 4 February 2011 Private International Law (i.e. Journal of Laws 2015, item 792) — to the scope of the law applicable to the form of the power of attorney granted in the State of Illinois (USA) concerning the transfer of ownership of real property located in Poland?”. The Supreme Court refused to deal with the question, but indicated at the same time that, in the light of Articles 23 and 25 PIL Act, the applicable law for the assessment of a power of attorney is the law of the State of Illinois being the law of the place where it was made (the law of the place where the legal act was performed — *lex loci actus*). Furthermore, the Court pointed out that in posing the question, the Regional Court did not make exhaustive findings as to the content of the applicable law.

The decision of the Supreme Court raises unease. In particular, doubts concern the Court’s finding that, for the purposes of resolving the legal issue presented to it, it is necessary to first prejudge the meaning and function of the requirement under consideration and the reasons for its establishment, as well as the consequences of the failure to comply with it under the law applicable to the form. The legal issue presented to the Supreme Court could have been resolved on the basis of the qualification made against the background of Article 25(1) PIL Act. For it was not necessary to undergo a detailed

^{a)} Prof. dr hab., Uniwersytet Śląski w Katowicach.

¹ Lex nr 3303278, Legalis nr 2657901.

analysis of the provisions of the Illinois Power of Attorney Act and to determine the role of a witness to the granting of a power of attorney regulated by these provisions. The participation of witness in the legal act performed by the principal falls within the scope of the law applicable to the form of the legal act within the meaning of Article 25(1), sentences 1 and 2 PIL Act. The role of a witness in the case under consideration is to confirm with his/her signature that a power of attorney has been granted in his/her presence and that the principal has affixed his/her signature to the content of the declaration by which he/she grants this power of attorney. In this legal action, the witness plays a role similar to that of a notary public, whose participation in the execution of the action is also required, which is not disputed as a requirement covered by the law applicable to the form.

Keywords: power of attorney — the form of the power of attorney — witness to the legal action — the law applicable to the form of the legal action — qualification

1. Wstęp

Postanowieniem z dnia 25 listopada 2020 r. Sąd Okręgowy w Kielcach zwrócił się do Sądu Najwyższego o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego: „Czy do wskazanego na podstawie art. 25 ust. 1 zd. 2 ustawy z dnia 4 lutego 2011 roku Prawo prywatne międzynarodowe (t.j. Dz. U. 2015, poz. 792) statutu formy pełnomocnictwa udzielonego w stanie Illinois (USA) do przeniesienia własności nieruchomości położonej w Polsce należy udział świadka, potwierdzającego czynność mocodawcy własnym podpisem?”. Pojawiło się ono w związku z rozpoznaniem przez Sąd Okręgowy apelacji od postanowienia Sądu Rejonowego, który z kolei oddalił wniosek o wpis prawa własności nieruchomości wcześniej oddalony przez referendarza sądowego. Oddalając wniosek, Sąd Rejonowy wskazał, że pełnomocnictwo do zawarcia umowy przenoszącej własność nieruchomości położonej w Polsce musi zostać udzielone w formie aktu notarialnego przewidzianej przez prawo polskie lub też w formie określonej przez prawo miejsca, gdzie zostało udzielone. Przedłożone w sprawie pełnomocnictwo nie spełniało wymagań przewidzianych przez prawo polskie, gdyż nie zostało udzielone w formie aktu notarialnego ani w formie aktu równoważnego polskiemu aktowi notarialnemu. W rozpatrywanej sprawie pełnomocnictwo do dokonania umownego zniesienia współwłasności nieruchomości położonej w Polsce zostało udzielone przez uczestniczkę w stanie Illinois (USA) w formie pisemnej, a następnie potwierdzone przez tamtejszego notariusza (*notary public*). Brak było na nim podpisu świadka obecnego przy złożeniu podpisu przez mocodawcę. Sąd Okręgowy rozpoznający sprawę powziął wątpliwość dotyczącą tego, czy przewidziane w prawie właściwym

wymaganie udziału świadka w czynności udzielenia pełnomocnictwa jest elementem formy tej czynności.

Sąd Najwyższy odmówił podjęcia uchwały rozstrzygającej zagadnienie prawne przedstawione przez Sąd Okręgowy w Kielcach, wskazując jednocześnie, że w świetle art. 23 i 25 p.p.m. prawem właściwym do oceny udzielonego pełnomocnictwa jest prawo stanu Illinois jako prawo miejsca jego wystawienia (prawo miejsca dokonania czynności prawnej — *lex loci actus*). Ponadto zwrócił uwagę, że przedstawiając wskazaną wątpliwość do rozstrzygnięcia jako zagadnienie prawne, Sąd Okręgowy nie dokonał wyczerpujących ustaleń w zakresie treści prawa właściwego. Zdaniem Sądu Najwyższego ustalenia takie są jednak nieodzowne, gdyż niezależnie od tego, jaka metoda kwalifikacji pojęcia formy (autonomiczna, według *legis fori* albo według *legis causae*) zostanie przyjęta dla celów rozstrzygnięcia przedstawionej kwestii, czy wymaganie udziału świadka w udzieleniu pełnomocnictwa jest elementem formy tej czynności, konieczne jest przesądzenie tego, jakie jest znaczenie i jaka jest funkcja rozpatrywanego wymagania oraz przyczyny jego ustanowienia, a także skutki jego niedochowania. Bez takiej dogłębnej analizy wskazanego wymagania, której dokonać powinien po szczegółowym ustaleniu treści prawa właściwego sąd rozpoznający sprawę, a nie Sąd Najwyższy rozpatrujący zagadnienie prawne, nie jest możliwe podjęcie uchwały rozstrzygającej przedstawione przez Sąd Okręgowy wątpliwości.

Mimo braku rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy w Kielcach postanowienie Sądu Najwyższego wywołało spory oddźwięk². Zwracano uwagę, że poprzez objęcie udziału świadków zakresem statutu formy obrót prawny z USA realizowany przy wykorzystaniu pełnomocnictw zagranicznych uległby całkowitemu wypaczeniu, spowolnieniu, a nawet całkowitemu zawieszeniu na pewien czas³. Dopatrywano się też w uzasadnieniu komentowanego postanowienia przesądzenia wskazanego zagadnienia i opowiedzenia się przez Sąd Najwyższy za potraktowaniem udziału świadka jako okoliczności niemieszczącej się w zakresie statutu formy⁴. Kwestia, której ostatecznie Sąd Najwyższy nie rozstrzygnął, od dawna budzi wątpliwości i jest przedmiotem ożywionej dyskusji⁵, dlatego warto do niej powrócić i podjąć kolejną próbę jej wyjaśnienia.

² Zob. np. W. Fabrowska, *Kwalifikacja pojęcia formy pełnomocnictw z państw obcych — uwagi na marginesie odmowy rozstrzygnięcia przez Sąd Najwyższy zagadnienia prawnego w sprawie III CZP 22/22*, „Nowy Przegląd Notarialny” 2022, nr 1, s. 17 i n.

³ Ibidem, s. 18.

⁴ Ibidem, s. 19 (przyp. 4), s. 27—28.

⁵ Dyskusję, która toczyła się na łamach „Rejenta”, trafnie podsumował M. Celi-chowski, *Kilka uwag do dyskusji na temat formy pełnomocnictwa z USA*, „Rejent” 2017,

2. Istota zagadnienia prawnego przedstawionego Sądowi Najwyższemu

W rozpatrywanej sprawie przedstawiony przez Sąd Okręgowy w Kielcach problem sprowadzał się do rozstrzygnięcia, czy do wymagań formalnych (zakresu zastosowania statutu formy) należy zaliczyć udział świadka przewidziany przez przepisy obowiązujące w stanie Illinois dotyczące udzielania pełnomocnictw (*Illinois Power of Attorney Act*). Uregulowano w nich dwa zasadnicze rodzaje pełnomocnictw w sprawach majątkowych, w tym odnoszących się do nieruchomości. Pierwsze obejmuje pełnomocnictwo udzielane zgodnie ze szczegółowo opisanym w ustawie wzorcem (*statutory property power* — art. III sekcja 3-3 lit. A). Drugie udzielane jest z pominięciem tego wzorca (*nonstatutory property power* — art. III sekcja 3-3 lit. B). Niezastosowanie ustalonego w ustawie wzorca nie powoduje nieważności pełnomocnictwa, jeżeli spełnia ono określone minimalne wymagania. Musi być udzielone przez mocodawcę oraz wskazywać pełnomocnika i jego uprawnienia, a także zawierać poświadczenie przez notariusza własnoręcznego podpisu mocodawcy oraz zostać podpisane przez co najmniej jednego świadka obecnego przy złożeniu podpisu przez mocodawcę⁶. Podobne rozwiązania przyjmuje się jeszcze w innych stanach USA⁷, dlatego omawiana kwestia ma szerszy zasięg i dotyczy także pełnomocnictw pochodzących z tych innych stanów.

Aby wyżej wskazane zagadnienie rozstrzygnąć, należy najpierw przesądzić, w jaki sposób kwalifikuje się pojęcie formy czynności prawnej (a w szczególności formy pełnomocnictwa), a następnie ustalić, czy zakresem tego pojęcia użytego w treści art. 25 ust. 1 p.p.m. objęty jest udział świadka obecnego przy składaniu podpisu przez mocodawcę oraz złożenie przez tegoż świadka podpisu na dokumencie, w którym utrwalono oświadczenie mocodawcy. Należy bowiem podkreślić, iż zakresem pytania Sądu Okręgowego w Kielcach objęte były dwa wymagania wynikające z *Illinois Power of Attorney Act*, tzn. udział świadka przy składaniu przez mocodawcę podpisu pod treścią udzielanego przez niego upoważnienia oraz złożenie podpisu przez tegoż świadka na dokumencie, w którym znajduje się oświadczenie mocodawcy obejmujące udzielenie pełnomocnictwa.

nr 8, s. 110 i n. Zob. także J. Szewczyk, *Forma prawna zagranicznego pełnomocnictwa*, „Monitor Prawa Handlowego” 2015, nr 2, s. 25 i n.

⁶ Zob. M.M., „Biuletyn Izby Cywilnej Sądu Najwyższego” 2021, z. 3, s. 13—14.

⁷ Zob. W. Kwiatkowski, *Odpowiedź na tekst Pawła Czubika zamieszczony w nr. 9 „Rejenta” z 2015 r., a dotyczący artykułów opublikowanych przeze mnie w tymże periodyku w nr. 6 i 7, „Rejent” 2016, nr 4, s. 138 i n.*

3. Kwalifikacja pojęcia formy czynności prawnej oraz udziału świadka przy dokonywaniu czynności prawnej

Jako preferowaną w Polsce metodę kwalifikacji wskazuje się najczęściej kwalifikację dokonywaną według kolizyjnej *legis fori* zwaną też kwalifikacją funkcjonalną⁸. Zgodnie z jej założeniami wykładnia pojęć użytych w normach kolizyjnych powinna być dokonywana samodzielnie na użytek tych norm przez organ je stosujący, niezależnie od tego, jak są one rozumiane zarówno we własnym prawie, jak i w prawie obcym, w tym także prawie właściwym. Przyjmuje się, że pojęcia używane w normach kolizyjnych do wyznaczania ich zakresu mają własną kolizyjnoprawną treść, choćby nawet ustawodawca posługiwał się dla jej wyrażenia pojęciami znanymi z prawa merytorycznego. W ramach zabiegów kwalifikacyjnych należy wykorzystywać wyniki badań prawno porównawczych prowadzonych na tle prawa merytorycznego i kolizyjnego⁹.

Budzą zatem wątpliwości rozważania Sądu Najwyższego, w których wskazano, że dla rozstrzygnięcia przedstawionej mu kwestii, czy wymaganie udziału świadka przy udzielaniu pełnomocnictwa potwierdzone złożeniem przez niego podpisu jest elementem formy tej czynności, konieczne jest uprzednie przesądzenie tego, jakie jest znaczenie i jaka jest funkcja rozpatrywanego wymagania oraz przyczyny jego ustanowienia, a także skutki jego niedochowania w prawie właściwym dla formy. Tymczasem na potrzeby kwalifikacji funkcjonalnej takie ustalenia nie są konieczne. Podobny wniosek pojawi się wówczas, gdy jako metodę kwalifikacji przyjmie się metodę autonomiczną. Opiera się ona bowiem na dążeniu do uniezależnienia norm kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego od prawa merytorycznego (materialnego), a także na badaniach prawno porównawczych¹⁰. Kolejna metoda kwalifikacji (według merytorycznej *legis fori*) też nie wymaga sięgania do norm merytorycznych prawa właściwego, opiera się bowiem na wskazówkach zaczerpniętych z własnego prawa merytorycznego. Sąd, stosując tę metodę, powinien pojmować pojęcia występujące we własnych normach kolizyjnych, tak jak są one

⁸ Zob. M. Pazdan, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2014, s. 774; idem, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017, s. 78–79.

⁹ Zob. J. Pazdan, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H., Beck, Warszawa, 2014, s. 774 i dalszą przywołaną tam literaturę.

¹⁰ M. Pazdan, *Prawo...*, s. 78.

rozumiane we własnym prawie merytorycznym¹¹. Jedyne w razie wykorzystania kwalifikacji według *legis causae* wskazane przez Sąd Najwyższy wątpliwości mogłyby być uzasadnione. Ta metoda kwalifikacji jest jednak krytykowana i odrzucana jako oparta na błędzie logicznym typu *petitio principii*, gdyż zakłada posługiwanie się prawem właściwym dla ustalenia, czy jest ono właściwe. Takie rozwiązanie prowadzi do zatarcia różnicy pomiędzy kwalifikacją zakresu norm kolizyjnych a stosowaniem prawa właściwego¹².

W konkluzji przyjąć należy, że kwestia przedstawiona do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu nie wymagała podjęcia dodatkowych zabiegów związanych z ustalaniem treści i znaczenia przepisów prawa właściwego dla formy obowiązujących w miejscu udzielenia pełnomocnictwa, a dotyczących udziału świadka przy dokonywaniu tej czynności prawnej. Z tego względu można twierdzić, że uzasadnienie przyjęte przez Sąd Najwyższy było tylko pretekstem do uniknięcia rozstrzygnięcia przedstawionego mu zagadnienia prawnego. Tym samym nadal nie jest przesądzone, jak należy kwalifikować wymóg udziału świadka przy udzielaniu pełnomocnictwa.

Dalsze rozważania zmierzają do rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego przedstawionego Sądowi Najwyższemu, w związku z którym odmówił on podjęcia uchwały, nie podając przy tym przekonującego uzasadnienia dla tej odmowy.

W rozpatrywanym przypadku kwalifikacji pojęcia formy należy dokonać na tle art. 25 ust. 1 zd. 2 p.p.m., który pozostaje w związku z art. 25 ust. 1 zd. 1 p.p.m. stanowiącym o prawie właściwym dla „formy czynności prawnej”. Kwestie dotyczące formy pełnomocnictwa nie są bowiem objęte ani zakresem zastosowania statutu stosunku prawnego stanowiącego podstawę pełnomocnictwa (o ile taki istnieje), ani zakresem statutu czynności prawnej dokonywanej przez pełnomocnika¹³. Podlegają one prawu właściwemu dla pełnomocnictwa (ustalonemu na podstawie art. 23 p.p.m.), wystarczy jednak przy udzieleniu pełnomocnictwa zacho-

¹¹ O zaletach i wadach tej metody zob. M. Pazdan, *Prawo...*, s. 77. Za stosowaniem tej metody w rozpatrywanym stanie faktycznym opowiada się W. Fabrowska, *Kwalifikacja...*, s. 20. Jednocześnie autorka dyskwalifikuje pozostałe metody kwalifikacji jako „teoretyczny pomysł o zerowym walorze użytkowym w procesie stosowania prawa” (W. Fabrowska, *Kwalifikacja...*, s. 20). W innym jednak miejscu twierdzi, że „Dokonując kwalifikacji statutu formy, należy przede wszystkim wziąć pod uwagę cel zastosowania danych zabiegów w prawie *loci actus* i ewentualny cel takich zabiegów w prawie *fori*” (W. Fabrowska, *Kwalifikacja...*, s. 24). Zob. także P. Czubik, *Kwalifikacja pojęcia „formy” pełnomocnictw amerykańskich (replika w odpowiedzi na teksty dra Wojciecha Kwiatkowskiego w nr 4 i 9 „Rejenta” z 2016 r.)*, „Rejent” 2017, nr 4, s. 107 i n.

¹² Zob. M. Pazdan, *Prawo...*, s. 77–78.

¹³ Zob. M. Pazdan, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2018, s. 277.

wać formę wymaganą przez prawo państwa, w którym mocodawca udziela pełnomocnictwa (*lex loci actus*).

W polskiej literaturze kolizyjnoprawnej pod pojęciem formy czynności prawnej kwalifikuje się zwykle wymagania dotyczące sposobu ucieleśnienia oświadczenia woli, udziału organu państwowego (publicznego) lub świadka/świadków przy dokonaniu czynności prawnej oraz uwierzytelnienia (np. urzędowego potwierdzenia podpisu lub daty)¹⁴. To statut pełnomocnictwa, a nie statut formy, przesądza jednak o tym, czy oświadczenie woli o udzieleniu pełnomocnictwa powinno być skierowane do określonego adresata¹⁵.

Zatem zarówno udział świadków przy dokonywaniu czynności prawnej, jak i urzędowe poświadczenie podpisu stron czynności prawnej są bez wątpienia obejmowane zakresem statutu formy, a obie te kwestie pojawiły się w rozpatrywanej przez Sąd Okręgowy sprawie¹⁶. Należy jeszcze dodać, że do statutu formy zalicza się także przesłanki dopuszczalności występowania określonej osoby w roli świadka przy dokonaniu danej czynności prawnej. Zwykle bowiem świadkiem nie może być np. osoba zainteresowana treścią/skutkami dokonywanej czynności prawnej albo związana z jej stronami¹⁷.

Jako jeden z argumentów podnoszonych przeciwko kwalifikowaniu wymogu uczestnictwa świadka przy udzielaniu pełnomocnictwa jako objętego statutem formy podawano, że w przepisach obowiązujących w USA regulujących sposób udzielania pełnomocnictwa z udziałem świadka/świadków nie chodzi o kwestię formy pełnomocnictwa, lecz o szczególne wymogi dowodowe związane z dokumentem¹⁸. W związku z tym należy zauważyć, iż wymagania pojawiające się przy dokonywaniu czynności prawnych służące celom dowodowym także obejmowane są zakresem statutu formy¹⁹.

¹⁴ M. Pazdan, *Prawo...*, s. 163—164; J. Gołaczyński, *Prawo prywatne międzynarodowe*, C.H. Beck, Warszawa, 2017, s. 207; M. Tomaszewski, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. J. Poczobut, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017, s. 439; J. Pazdan, w: *Komentarz...*, 2018, s. 288; K. Bagan-Kurluta, *Prawo prywatne międzynarodowe*, C.H. Beck, Warszawa, 2021, s. 242—243. Zob. także J. Pazdan, *Pełnomocnictwo w prawie prywatnym międzynarodowym*, Zakamycze, Kraków, 2003, s. 131; J. Górecki, *Forma umów obligacyjnych i rzeczowych w prawie prywatnym międzynarodowym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice, 2007, s. 160 i n.

¹⁵ Zob. J. Pazdan, *Pełnomocnictwo...*, s. 132.

¹⁶ Zob. także M. Celichowski, *Kilka uwag...*, s. 116—117.

¹⁷ Zob. J. Górecki, *Forma umów...*, s. 162.

¹⁸ Zob. P. Czubik, *Uwagi na kanwie tekstów Wojciecha Kwiatkowskiego zamieszczonych w „Rejencie” 2015, nr 6 i 7, dotyczących „notariatu” w USA*, „Rejent” 2015, nr 9, s. 152—153; idem, *Kwalifikacja pojęcia...*, s. 112—113.

¹⁹ Dotyczy to w szczególności wymogu dochowania formy pod rygorem ograniczeń dowodowych. Zob. szerzej J. Górecki, *Forma umów...*, s. 140 i n.; idem, *Statut formy*

Na kwalifikowanie obowiązku udziału świadka przy udzielaniu pełnomocnictwa i złożenia przez niego podpisu pod treścią oświadczenia mocodawcy wpływ może mieć też status notariusza (*notary public*) w państwach opartych na *common law*. Pełni on tam inną funkcję niż w państwach zrzeszonych w Międzynarodowej Unii Notariatu, w tym m.in. w Polsce. Z tego względu poświadczenie podpisu mocodawcy dokonane przez notariusza może być uznawane za niewystarczające, dlatego konieczny jest jeszcze udział świadka w czynności prawnej udzielenia pełnomocnictwa, który składa przy tym swój podpis i w ten sposób poświadcza, że w jego obecności doszło do udzielenia pełnomocnictwa i złożenia pod jego treścią podpisu przez mocodawcę. Należy zauważyć, że świadek jest w tym przypadku osobą, która dodatkowo (obok notariusza) potwierdza udzielenie pełnomocnictwa przez mocodawcę. Warto też podkreślić, że podpis świadka nie jest już poświadczony przez notariusza. Udział świadka w dokonywaniu czynności prawnej (udzieleniu pełnomocnictwa) jest niezależny od udziału notariusza²⁰, a jego obecność jest dodatkowo potwierdzana składanym przez niego podpisem. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że są to wymagania, od dochowania których uzależnione jest skuteczne udzielenie pełnomocnictwa. Nie ingerują one w treść oświadczenia mocodawcy. Podkreślają jedynie znaczenie dokonywanej przez niego czynności prawnej, nadając jej sformalizowany charakter. Takie usytuowanie roli świadka wskazuje, że jego udział przy dokonywaniu czynności prawnej powinien być objęty zakresem zastosowania statutu formy.

Kwalifikowanie udziału świadka jako wymogu objętego zakresem norm kolizyjnych dotyczących formy czynności prawnej przyjmowane jest także w innych państwach. Przykładowo w Niemczech udział świadków przy dokonywaniu czynności prawnych podlega statutowi formy wyznaczanemu na podstawie art. 11 EGBGB²¹, mimo że zwraca się też uwagę, iż

a lex fori processualis, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2008, T. 3, s. 108—112.

²⁰ Potwierdza to także formuła zawarta w ustawowym wzorcu pełnomocnictwa (*statutory property power* — art. III sekcja 3-3 lit. A *Illinois Power of Attorney Act*) podpisywanym przez świadka, według której świadek potwierdza tożsamość mocodawcy, jego stawiennictwo przed notariuszem i świadkiem oraz złożenie podpisu pod treścią oświadczenia o udzieleniu pełnomocnictwa.

²¹ Ch. von Bar, *Internationales Privatrecht*, Zweiter Band, Besonderer Teil, C.H. Beck, München, 1991, s. 439; D. Looschelders, *Internationales Privatrecht — Art. 3—46 EGBGB*, Springer, Berlin—Heidelberg, 2004, s. 158; J. Fetsch, in: *Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis*, Hrsg. G. Schotten, C. Schmellenkamp, C.H. Beck, München, 2007, s. 391; R. Suß, in: *JurisPraxisKommentar, BGB*, Bd. 6, *Internationales Privatrecht*, Hrsg. I. Ludwig, Juris, Saarbrücken, 2011, s. 158.

ich udział pełni przede wszystkim funkcję dowodową²². Podobnie traktuje się udział świadków na tle art. 11 rozporządzenia Rzym I, określającego prawo właściwe dla formy umów obligacyjnych i czynności prawnych jednostronnych odnoszących się do umowy już zawartej lub takiej, która dopiero ma być zawarta²³. Nie budzi też wątpliwości, że udział świadków przy sporządzaniu testamentu jest objęty zakresem statutu formy²⁴, a nie prawa właściwego do oceny materialnej ważności testamentu²⁵ albo *legis fori processualis*. Co więcej, istotna w tym zakresie konwencja haska²⁶ w art. 5 zd. 2 wyraźnie wskazuje, że także przymioty, jakie powinni posiadać świadkowie wymagani dla ważności formalnej rozrządzenia testamentowego, są objęte zakresem statutu formy²⁷.

4. Podsumowanie

Podane powyżej argumenty wskazują, że rozpatrywane przez Sąd Najwyższy zagadnienie prawne można było rozstrzygnąć, opierając się na kwalifikacji dokonanej na tle art. 25 ust. 1 zd. 1 i 2 p.p.m. Nie było do tego konieczne poddawanie szczegółowej analizie przepisów *Illinois Power of*

²² Zob. np. U. Spellenberg, in: *Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch*, Bd. 10, *Internationales Privatrecht I*, Hrsg. J. von Hein, C.H. Beck, München, 2015, s. 2209—2210.

²³ Zob. np. P. Winkler von Mohrenfels, in: *J. von Staudingers Kommentar zum BGB mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Internationales Vertragsrecht 2*, Hrsg. U. Magnus, Sellier. De Gruyter, Berlin, 2011, s. 24; J. Górecki, w: *Komentarz...*, 2018, s. 732.

²⁴ Zob. np. M. Lunzer, in: *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*, Hrsg. A. Deixler-Hübner, M. Schauer, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2015, s. 257; R. Suß, in: *Internationales Erbrecht*, Hrsg. A. Dutta, J. Weber, C.H. Beck, München, 2021, s. 264.

²⁵ Zob. art. 26 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego, Dz.Urz. UE L nr 201, s. 107.

²⁶ Konwencja haska z dnia 5 października 1961 r. o prawie właściwym dla formy rozrządzeń testamentowych, Dz.U. 1969, nr 34, poz. 284. W stosunku do Polski weszła ona w życie 2 listopada 1969 r. Zob. oświadczenie rządowe z dnia 19 listopada 1969 r., Dz.U. 1969, nr 34, poz. 285.

²⁷ Szerzej zob. A. Mączyński, *Dziedziczenie testamentowe w prawie prywatnym międzynarodowym. Ustawowe i konwencyjne unormowanie problematyki formy*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa—Kraków, 1976, s. 96 i n.

Attorney Act i ustalenie roli świadka obecnego przy udzielaniu pełnomocnictwa regulowanego tymi przepisami. Jego udział w czynności prawnej dokonywanej przez mocodawcę dodatkowo potwierdzany podpisem należy do zakresu statutu formy czynności prawnej w rozumieniu art. 25 ust. 1 zd. 1 i 2 p.p.m. Rolą świadka w rozpatrywanym przypadku jest bowiem potwierdzenie swoją obecnością i podpisem, że doszło do udzielenia pełnomocnictwa i złożenia podpisu przez mocodawcę pod treścią oświadczenia, w którym udziela on tego pełnomocnictwa. Jest to wymóg formalny. Świadek pełni w tym przypadku funkcję podobną do *notary public*, którego udział także jest wymagany przy udzielaniu pełnomocnictwa, co nie jest kwestionowane jako wymóg objęty zakresem zastosowania statutu formy, mimo że pozycja *notary public* nie odpowiada pozycji notariusza w Polsce i innych państwach zrzeszonych w Międzynarodowej Unii Notariatu.

Bibliografia

- Bagan-Kurluta K., *Prawo prywatne międzynarodowe*, C.H. Beck, Warszawa, 2021.
- von Bar Ch., *Internationales Privatrecht, Zweiter Band, Besonderer Teil*, C.H. Beck, München, 1991.
- Celichowski M., *Kilka uwag do dyskusji na temat formy pełnomocnictwa z USA*, „Rejent” 2017, nr 8.
- Czubik P., *Kwalifikacja pojęcia „formy” pełnomocnictw amerykańskich (replika w odpowiedzi na teksty dra Wojciecha Kwiatkowskiego w nr 4 i 9 „Rejenta” z 2016 r.)*, „Rejent” 2017, nr 4.
- Czubik P., *Uwagi na kanwie tekstów Wojciecha Kwiatkowskiego zamieszczonych w „Rejencie” 2015, nr 6 i 7, dotyczących „notariatu” w USA*, „Rejent” 2015, nr 9.
- Deixler-Hübner A., Schauer M. (Hrsg.), *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2015.
- Dutta A., Weber J. (Hrsg.), *Internationales Erbrecht*, C.H. Beck, München, 2021.
- Fabrowska W., *Kwalifikacja pojęcia formy pełnomocnictw z państw obcych — uwagi na marginesie odmowy rozstrzygnięcia przez Sąd Najwyższy zagadnienia prawnego w sprawie III CZP 22/22*, „Nowy Przegląd Notarialny” 2022, nr 1.
- Gołaczyński J., *Prawo prywatne międzynarodowe*, C.H. Beck, Warszawa, 2017.
- Górecki J., *Forma umów obligacyjnych i rzeczowych w prawie prywatnym międzynarodowym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice, 2007.
- Górecki J., *Statut formy a lex fori processualis*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2008, T. 3.

- von Hein J. (Hrsg.), *Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch*, Bd. 10, *Internationales Privatrecht I*, C.H. Beck, München, 2015.
- Kwiatkowski W., *Odpowiedź na tekst Pawła Czubika zamieszczony w nr. 9 „Rejenta” z 2015 r., a dotyczący artykułów opublikowanych przez mnie w tymże periodyku w nr. 6 i 7, „Rejent” 2016, nr 4.*
- Looschelders D., *Internationales Privatrecht — Art. 3—46 EGBGB*, Springer, Berlin—Heidelberg, 2004.
- Ludwig I. (Hrsg.), *JurisPraxisKommentar, BGB*, Bd. 6, *Internationales Privatrecht*, Juris, Saarbrücken, 2011.
- M.M., „Biuletyn Izby Cywilnej Sądu Najwyższego” 2021, z. 3.
- Magnus U. (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum BGB mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Internationales Vertragsrecht 2*, Sellier. De Gruyter, Berlin, 2011.
- Mączyński A., *Dziedziczenie testamentowe w prawie prywatnym międzynarodowym. Ustawowe i konwencyjne unormowanie problematyki formy*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa—Kraków, 1976.
- Pazdan J., *Pełnomocnictwo w prawie prywatnym międzynarodowym*, Zakamycze, Kraków, 2003.
- Pazdan M. (red.), *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa, 2018.
- Pazdan M. (red.), *System Prawa Prywatnego*, T. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, C.H. Beck, Warszawa, 2014.
- Pazdan M., *Prawo prywatne międzynarodowe*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017.
- Poczobut J. (red.), *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017.
- Schotten G., Schmellenkamp C. (Hrsg.), *Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis*, C.H. Beck, München, 2007.
- Szewczyk J., *Forma prawna zagranicznego pełnomocnictwa*, „Monitor Prawa Handlowego” 2015, nr 2.

Redakcja i korekta: Anna Piwowarczyk (teksty polskie), Krystian Wojcieszuk (tekst angielski)

Projekt okładki: Grzegorz Nowak

Przygotowanie okładki do druku: Paulina Dubiel

Łamanie: Ireneusz Olsza

ISSN 2353-9852

Czasopismo wcześniej ukazywało się w formie drukowanej
ISSN 1896-7604

Publikacja na licencji Creative Commons Uznanie autorstwa-Na tych samych warunkach
4.0 Międzynarodowe (CC BY-SA 4.0)



Wersją pierwotną (referencyjną) czasopisma jest wersja elektroniczna, ukazująca się na platformie www.journals.us.edu.pl

W formie elektronicznej publikacja dostępna jest również w zasobach Central and Eastern European Online Library (www.ceeol.com)

Wydawca

Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego

ul. Bankowa 12B, 40-007 Katowice

www.wydawnictwo.us.edu.pl

e-mail: wydawnictwo@us.edu.pl

Wydanie I. Ark. druk. 12,25. Ark. wyd. 14,5.

Egzemplarz bezpłatny

ISSN 2353-9852



9 772353 985303

Więcej o książce

