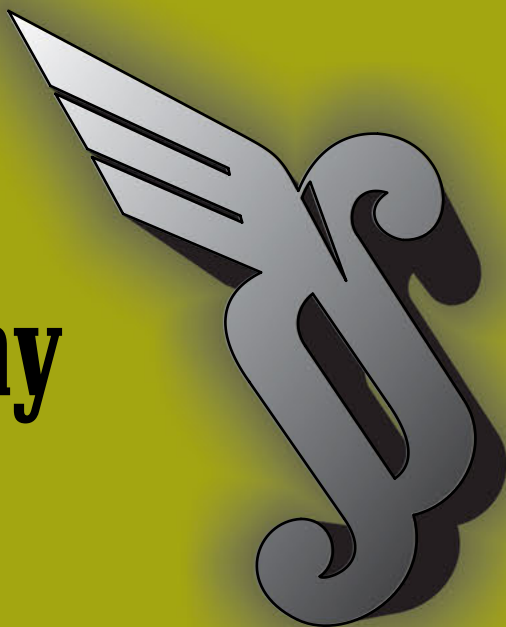


Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego



TOM 34



UNIWERSYTET ŚLĄSKI
WYDAWNICTWO

Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego

Tom 34

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)

Recenzenci

Joanna Buchalska (Akademia Leona Koźmińskiego), Łukasz Dyrda (Uniwersytet Jagiel-
loński), Dariusz Fuchs (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego), Ewa Kamarad
(Uniwersytet Jagielloński), Jakub Krysa (Akademia Leona Koźmińskiego), Paweł Księżak
(Uniwersytet Łódzki), Elwira Macierzyńska-Franaszczyk (Akademia Leona Koźmiń-
skiego), Marcin Margoński (Collegium Polonicum Słubice), Mateusz Pilich (Uniwersytet
Warszawski), Marek Świerczyński (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego),
Monika Wałachowska (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu), Michał Wojewoda
(Uniwersytet Łódzki), Anna Wysocka-Bar (Uniwersytet Jagielloński), Mariusz Załucki
(Akademia Frycza Modrzewskiego), Jacek Zralek (Uniwersytet Śląski w Katowicach),
Łukasz Żarnowiec (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego)

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

Piotr Mostowik: Jurysdykcja krajowa i prawo właściwe na tle konwencji haskiej o ochronie dorosłych z 2000 r. oraz projektu uzupełniającego rozporządzenia unijnego z 2023 r.	5
Łukasz Żarnowiec: Wyznaczanie statutu rzeczowego rzeczy ruchomych w stosunkach polsko-ukraińskich	59
Maksym Shcherbyuk: Zdolność prawna i zdolność do czynności prawnych osoby fizycznej w relacjach polsko-ukraińskich	85
Arkadiusz Gawron: W poszukiwaniu prawa właściwego dla pracy zdalnej	125
Uładzimir Atreshchankau: Przesłanki odpowiedzialności na gruncie Konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów (CISG). Uwagi na tle wyroku Sądu Arbitrażowego w Sztokholmie z dnia 19 października 2010 r., sprawa <i>IUGAS v. Naftogaz</i> , SCC, Case no. V007/2008	147
Yuliya Chernyak: Child Abduction and Cross-Border Child Protection in Times of Russian-Ukrainian War: Challenges and Comments on the Case-Law	183

Contents

Studies

Piotr Mostowik: Jurisdiction and Applicable Law in the Hague Convention of 2000 on International Protection of Adults and the Draft of the Supplementary EU Regulation of 2023	5
Łukasz Żarnowiec: Determining the Law Applicable to Proprietary Rights in Movable Property in Polish-Ukrainian Relations	59
Maksym Shcherbyuk: Legal Capacity and Capacity for Legal Actions of Natural Person in Polish-Ukrainian Relations	85
Arkadiusz Gawron: Searching for the Applicable Law to Remote Work	125
Uladzimir Atreshchankau: Prerequisites for Liability under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Comments against the Backdrop of the Stockholm Arbitration Court’s Judgment of October 19, 2010, IUGAS v. NAFTOGAZ, SCC Case No. V007/2008	147
Yuliya Chernyak: Child Abduction and Cross-Border Child Protection in Times of Russian-Ukrainian War: Challenges and Comments on the Case-Law	183



Piotr Mostowik^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0003-3548-1003>

Jurysdykcja krajowa i prawo właściwe na tle konwencji haskiej o ochronie dorosłych z 2000 r. oraz projektu uzupełniającego rozporządzenia unijnego z 2023 r.

Abstract: The subject of the considerations are drafts of: the EU regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of measures and cooperation in matters relating to the protection of adults, as well as the decision to authorize EU Member States to accede to the 2000 Hague Convention on the protection of adults concerning cross-border personal and care matters. The documents dated May 31, 2023 refer not only to the legal status of a person (e.g. partial incapacitation, guardianship, assistance in performing legal actions or functionally similar institutions under foreign law), but also the effects on civil law contracts with third parties (including rights and obligations within legal transactions). Detailed comments are presented about “measures of protection” for adults in legal transactions with foreign countries. The 2000 Hague Convention raises reflections on current trends in the sources of international civil procedure and private international law. They include, among others, the planned co-existence of the Hague convention and the EU “Brussels” and “Rome” regulations.

The attempt to increase the number of parties to the convention and the participation of EU Member States generally deserve a positive assessment, which also means the ratification of the 2000 Hague Convention by Poland. However, some doubts are cast by the intention for simultaneous modification through an EU regulation. The idea of a draft EU regulation of 2023, intended to supplement and modify an international agreement for the needs of a regional economic integration organization, could *prima facie* be assessed

^{a)} Dr hab., prof. ucz., Uniwersytet Jagielloński w Krakowie.

positively. However, a detailed look at the draft regulation of 2023 leads to the conclusion that it should be corrected, as it partly contains provisions that are both desirable for judicial cooperation between Member States and solutions that are unnecessary or questionable.

In particular, the proposed solution allowing for an unlimited choice of jurisdiction may raise doubts. It is not intended — as is typically the case in personal civil matters — that a jurisdiction can be chosen from among states that are in some way related to the adult's current or future situation (e.g. by citizenship, location of assets, past or future residence, circumstances relating to the guardian or curator). Thus, a country (and law) may be chosen that are completely unrelated to the actual situation. Additionally, the proposed Articles 6—7 are not compatible with the conventional catalog of circumstances that determine the transfer of jurisdiction, nor with the conflict of law rules (Article 15), which provide for the choice of the applicable law in a narrower range of situations (citizenship, previous habitual residence, location of property).

Under the proposed EU regulation the indirect possibility of choice of foreign law is possible through the choice of foreign jurisdiction. This makes it possible to achieve a substantive legal effect by the adult “selecting” the substantive law that he or she deems desirable at the time of choice, thus completely departing from the remaining provisions of the Convention and the Regulation in terms of jurisdiction and applicable law. There is no limitation to such an indirect choice from the perspective of the interests of third parties with whom the adult has personal or property relations. Moreover, such a solution may mean, in practice, a departure from the basic substantive legal principles of the country in which a given adult lives (habitually resides) or is a citizen, in favor of accepting the consequences resulting from a distant fact (i.e. unrelated to the actual situation) and legally (i.e. providing for axiologically different solutions concerning the broad category of ‘measures of protection’) of given law and state.

Taking into account the variants of legislative action described in the impact assessment report (document 10108/23ADD), it would be worth postulating a change to the proposed method of legislative action. It seems more rational to temporally distinguish the two planned activities (projects) under option 4. First, take steps to join the 2000 Hague Convention and gather several years of experience in its operation, also between Member States. And then, in the longer term, taking into account the experience of applying the convention on the territory of the EU, consider supplementing or modifying intra-EU judicial cooperation in these matters. The longer experience of applying the 2000 Hague Convention can — firstly — verify the thesis about the need to improve its functioning, and secondly — determine precisely in which areas it would be desirable for the welfare of adults and their guardians in cross-border cases.

Keywords: International jurisdiction of courts — prorogation of jurisdiction — international civil procedure — judicial co-operation in civil matters in the EU — applicable law — international private law — 2000 Hague Convention — protection of adults in cross-border situations — guardianship and curatorship — incapacitation — measures of protection of vulnerable adult

1. Kontekst wniosków legislacyjnych z 2023 r.

Przedmiotem poniższych uwag są — datowane na 31 maja 2023 r. — projekty: rozporządzenia¹ unijnego o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu i wykonywaniu środków oraz współpracy w sprawach dotyczących ochrony dorosłych, a ponadto decyzji² o upoważnieniu państw członkowskich UE do przystąpienia do konwencji haskiej z 2000 r. o ochronie dorosłych³, dotyczącej transgranicznych spraw osobowych i opiekuńczych. Obejmują one status sprawny nie tylko człowieka (np. częściowe ubezwłasnowolnienie, wspomaganie bądź asysta przy dokonywaniu czynności prawnych lub podobne funkcjonalnie instytucje prawa obcego)⁴ i jego opiekuna, kuratora lub pełnomocnika, lecz także skutków dla obrotu cywilnoprawnego z osobami trzecimi (w tym praw i obowiązków stron czynności prawnych). Lektura projektów nasuwa uwagi na temat takich „środków ochrony” dorosłego w obrocie prawnym z zagranicą, w tym, a nawet przede wszystkim, uwagi dotyczące — nieco zapomnianej w ostatnich latach w Polsce — konwencji haskiej z 2000 r.⁵ Ponadto nasuwa refleksje

¹ Wniosek rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania środków oraz współpracy w kwestiach dotyczących ochrony osób dorosłych, COM(2023) 280 final.

² Wniosek decyzja Rady upoważniająca państwa członkowskie, aby w interesie Unii Europejskiej stały się lub pozostały stronami Konwencji z dnia 13 stycznia 2000 r. o międzynarodowej ochronie dorosłych, COM(2023) 281 final.

³ Convention on the International Protection of Adults, concluded 13 January 2000, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=71> [Dostęp: 31.01.2024 r.]. Tłumaczenie konwencji na język polski znalazło się w publikacji Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego z 2007 r., przy okazji przekładu na kilka języków konwencji zrewidowanej wersji sprawozdania wyjaśniającego (*Konwencja z dnia 13 stycznia 2000 r. o międzynarodowej ochronie dorosłych. Sprawozdanie wyjaśniające Paula Lagarde’a. Konwencja i zalecenie przyjęte przez komisję specjalną o charakterze dyplomatycznym*, Haga, 2017 [dalej: sprawozdanie wyjaśniające]). Poniższe uwagi bazują na tym tłumaczeniu, przy czym w razie potrzeby uwzględniane jest w nim brzmienie wersji autentycznych konwencji oraz tłumaczenie P. Mostowika i P. Symelona, *Ochrona dorosłych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2002/2, s. 469 i n.

⁴ Odnosnie do ubezwłasnowolnienia w prawie kolizyjnym oraz międzynarodowej właściwości sądów, jak też różnic w prawach materialnych poszczególnych państw — zob. więcej M. Pazdan, *Zdolność do czynności prawnych osób fizycznych w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, nakł. Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków, 1967, s. 85 i n.

⁵ W polskim piśmiennictwie konwencja była dotychczas przedmiotem zaledwie kilku wypowiedzi o charakterze ogólnym. Uwagi wprowadzające do konwencji oraz tłumaczenie po jej przyjęciu ogłosili P. Mostowik, P. Symelon *Ochrona dorosłych...*, s. 469 i n. Ogólną charakterystykę przedstawiła A. Juryk, *The Protection of Adults in Private International Law*, „Silesian Journal of Legal Studies” 2016, vol. 8, s. 27 i n. Cele konwencji i jej treść normatywną, z perspektywy czasowej sprzed ogłoszenia omawianych

na temat obecnych tendencji w zakresie źródeł międzynarodowego postępowania cywilnego i prawa prywatnego międzynarodowego. Składają się na nie m.in. właśnie konwencje powstałe pod auspicjami haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego oraz unijne rozporządzenia „brukselskie” i „rzymskie”⁶.

Pierwszym celem projektów jest *de facto* doprowadzenie do obowiązywania we wszystkich państwach członkowskich konwencji haskiej z 2000 r. Jak dotąd weszła ona w życie w 14 państwach, głównie europejskich⁷. Polska podpisała konwencję dnia 18 września 2008 r., ale jej ratyfikacja dotychczas nie nastąpiła. Drugim celem omawianej inicjatywy unijnej, której wstępnym warunkiem jest właśnie obowiązywanie konwencji, jest wprowadzenie regionalnej modyfikacji rozwiązań konwencyjnych (odnośnie do jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania zagranicznych orzeczeń) oraz ich uzupełnienia (głównie w zakresie pomocy sądowej i współpracy międzypaństwowej) w umawiających się państwach, które są państwami członkowskimi UE. Po przyjęciu konwencji na forum

projektów rozporządzeń, omawia P. Mostowik, *Geneza i obszary regulacji Konwencji haskiej z 2000 r. o ochronie osób dorosłych z uwzględnieniem kontekstu międzynarodowego*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa, 2023, <https://iws.gov.pl/analizy-i-raporty/raporty> [Dostęp: 31.01.2024 r.], s. 179. Odnośnie do rozprzestrzeniania się konwencji na świecie w ostatnich latach — zob. R. Frimston, *The 2000 Adult Protection Convention — sleeping beauty or too complex to implement?*, in: *The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law*, eds. T. John, R. Gulati, B. Köhler, Edward Elgar Publishing, Cheltenham—Northampton, 2020, s. 226 i n.

⁶ Na temat współczesnych tendencji w zakresie źródeł prawa — zob. M. Szpunar, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2015, s. 136 i n. Zob. także K. Weitz, *Europejskie prawo procesowe cywilne — stan obecny i perspektywy rozwoju*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 2, s. 7 i n.; P. Mostowik, *Międzynarodowe prawo prywatne i postępowanie cywilne w dekadę po wejściu w życie Traktatu Amsterdamskiego*, „Przegląd Sądowy” 2010, nr 2, s. 33 i n.; M. Czepelak, *Would We Like to Have a European Code of Private International Law?*, „European Review of Private Law” 2010, vol. 18, issue 4, s. 705 i n.; P. Mostowik, M. Niedźwiedź, *International Conventions Concluded by the European Union after the ECJ ‘Lugano II Opinion’ of 2006. An Alternative or Complementary to EU Regulations Path to Unification of Private International Law?*, „Polish Review of International and European Law” 2012, vol. 1, issue 1—2, s. 9 i n.; H. Muir Watt, *The work of the HCCH and the path of the law: the politics of difference in unified private international law*, in: *The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law*, eds. T. John, R. Gulati, B. Köhler, Edward Elgar Publishing, Cheltenham—Northampton, 2020, s. 79 i n.; J. von Hein, *The role of the HCCH in shaping private international law*, in: *The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law*, eds. T. John, R. Gulati, B. Köhler, Edward Elgar Publishing, Cheltenham—Northampton, 2020, s. 112 i n.

⁷ Informacje na temat zakresu geograficznego obowiązywania konwencji są publikowane przez HKPPM na stronie internetowej: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=71> [Dostęp: 31.01.2024 r.].

unijnym pojawiła się sugestia, by państwa członkowskie do niej przystąpiły⁸. W ostatnich zaś latach w debacie naukowej i publicznej proponowano objęcie zakresu przedmiotowego nazwanego — nie do końca precyzyjnie — „ochroną dorosłych” dodatkową regulacją unijną. Jak się okazało, regulacją dość rozbudowaną⁹. W połowie 2023 r. ogłoszono dwa projekty, w tym kilkudziesięciostronicowy projekt rozporządzenia.

Poszczególne obszary regulacji konwencyjnej oraz projektowanego rozporządzenia unijnego uzupełniającego konwencję międzynarodową to — nawiązując do nomenklatury unijnej — „współpraca sądowa w sprawach cywilnych”¹⁰. Obejmuje ona następujące obszary: międzynarodową właściwość sądów, wskazanie prawa właściwego, uznawanie i wykonywanie zagranicznych rozstrzygnięć oraz pomoc sądową i współpracę między wymiarami sprawiedliwości *sensu largo* poszczególnych państw (w tym między sądami, organami i innymi instytucjami zajmującymi się sprawami osób dorosłych, które wymagają z jednej strony ochrony, a z drugiej pomocy, też w zakresie funkcjonowania w obrocie prawnym z innymi osobami).

⁸ W „Programie sztokholmskim: otwarta i bezpieczna Europa dla dobra i ochrony obywateli” z 2010 r. (Dz.Urz. C 2010, nr 115, s. 1) napisano: „Konieczność przedstawienia dodatkowych wniosków dotyczących podatnych na zagrożenia osób dorosłych należy oszacować w świetle doświadczeń zgromadzonych w związku ze stosowaniem Konwencji haskiej z 2000 roku o międzynarodowej ochronie dorosłych przez państwa członkowskie, które są stronami tej konwencji lub zostaną nimi w przyszłości. Zachęca się państwa członkowskie do jak najszybszego przyłączenia się do przedmiotowej konwencji” (s. 10).

⁹ Np. dokument autorstwa Parlamentu Europejskiego pt. *Protection of Vulnerable Adults European Added Value Assessment. Study*, PE 581.388, September 2016, s. 14—16, oraz konsultacje społeczne przeprowadzone w dniach 21 grudnia 2021 — 29 marca 2022 r. pt. „Ogólnounijna ochrona osób dorosłych szczególnej troski” (EU-wide protection for vulnerable adults), https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12965-Civil-judicial-cooperation-EU-wide-protection-for-vulnerable-adults/F_en [Dostęp: 31.01.2024 r.]. Zob. więcej P. Mostowik, *Geneza i obszary regulacji...*, s. 16, 150.

¹⁰ Za art. 81 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej; wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47 [dalej: TFUE] (ang. *judicial cooperation in civil matters*; niem. *justizielle Zusammenarbeit*; fr. *coopération judiciaire*). Wydaje się, że poprawniejsze byłoby tłumaczenie „współpraca sądowa”, ponieważ obszar regulacji — szerzej niż w umowach międzynarodowych z początku XX w. — obejmuje też jurysdykcję bezpośrednią, normy kolizyjne oraz współpracę między instytucjami państwowymi innymi niż sądy. Zob. P. Mostowik, *Refleksje o współczesnym prawie prywatnym międzynarodowym na tle ujęcia „jurysdykcji krajowej zewnętrznej” F. Słotwińskiego z 1838 r.*, w: *Prawne zagadnienia międzynarodowego obrotu cywilnego i handlowego*, red. E. Figura-Góralczyk, R. Flejszar, B. Gnella, P. Mostowik, C.H. Beck, Warszawa, 2023, s. 30—31.

2. Krajowy stan normatywny — wzmianka

Aktualny stan normatywny w Polsce nie jest przedmiotem niniejszego opracowania. Trzeba jednak podkreślić, że wpływ projektów na prawo krajowe jest potencjalnie szeroki. Jego całościowe przedstawienie i ocena wymaga pogłębionych i kompleksowych badań, w szczególności z perspektywy obecnych regulacji krajowych kodeksu postępowania cywilnego (tj. postępowania nieprocesowego oraz międzynarodowego postępowania cywilnego) i prawa prywatnego międzynarodowego oraz ustaw szczególnych, jak też kodeksu cywilnego (tj. głównie prawa osobowego, przy uwzględnieniu wpływu np. braku lub ograniczenia zdolności osoby fizycznej na sprawy rzeczowe, obligacyjne i spadkowe)¹¹ oraz kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (w tym dyskutowanej nowelizacji ubezwłasnowolnienia¹² oraz wprowadzenia pełnomocnictwa opiekuńczego¹³). Celem poniższych uwag, skreślonych krótko po ogłoszeniu projektów, jest wykonanie pierwszego — niełatwego — kroku w kierunku identyfikacji węzłowych kwestii międzynarodowej właściwości sądów i organów, wskazania prawa właściwego oraz uznawania i wykonywania zagranicznych orzeczeń; w szczególności tych zagadnień, które rodzą się w związku z planowanym

¹¹ Odębne zagadnienie stanowi przy tym wyznaczenie osobnego statutu zdolności (zwanego prawem personalnym), jak też ograniczenia jego zakresu zastosowania na rzecz innych statutów (prawa wskazanego normami kolizyjnymi posługującymi się innymi łącznikami). Zob. M. Pazdan, *Zdolność do czynności prawnych...*, s. 58 i n.

¹² Zob. T. Pajor, *Ochrona osób niepełnosprawnych a ubezwłasnowolnienie*, w: *Studium nad potrzebą ratyfikacji przez Rzeczpospolitą Polską Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych*, red. B.E. Abramowska, K. Kurowski, Wydawnictwo Kurza Stopka, Łódź, 2010, s. 84; M. Zima-Parjaszewska, *Artykuł 12 Konwencji ONZ o prawach osób z niepełnosprawnościami a ubezwłasnowolnienie w Polsce*, w: *Prawa osób z niepełnosprawnościami intelektualną lub psychiczną w świetle międzynarodowych instrumentów ochrony praw człowieka*, red. D. Pudziałowska, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa, 2014, s. 127 i n.; M. Domański, *Konwencja ONZ o prawach osób niepełnosprawnych w interpretacji Komitetu do spraw praw osób niepełnosprawnych a podstawowe instytucje prawa cywilnego*, „Prawo w Działaniu” 2019, t. 40, s. 123 i n.; M. Pyziak-Szafnicka, *Ubezwłasnowolnienie jako środek ochrony osób dotkniętych chorobami otępiennymi i chorobą Alzheimera — aktualna regulacja i projektowane zmiany*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2019, T. CXI, s. 63 i n.; J. Gudowski, *Ubezwłasnowolnienie — relikty normatywny czy przejaw prawnego obskurantyzmu?*, w: *Ius et Ratio. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Elżbiecie Skowrońskiej-Bocian*, red. W. Borysiak, A. Gołaszewska, M. Olechowski, J. Wierciński, Wolters Kluwer, Warszawa, 2022, s. 12 i n.

¹³ Np. wprowadzenia instytucji pełnomocnictwa opiekuńczego jako umocowania do czynności związanych z osobą i majątkiem mocodawcy. Zob. Projekt z 2023 r. ustawy o zmianie ustawy — Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, UD395, <https://www.gov.pl/web/premier/projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy--kodeks-cywilny-oraz-niektorych-innych-ustaw> [Dostęp: 31.01.2024 r.].

stosowaniem rozporządzenia w powiązaniu oraz jako uzupełnienie lub modyfikacja stosowania w państwach członkowskich konwencji haskiej z 2000 r. Trzeba mieć przy tym na względzie, że kwestie te rodzą się zarówno z perspektywy prawa krajowego (polskiego lub ogólniej — państwa członkowskiego UE), jak i — odmiennie — z perspektywy międzynarodowej (w tym regionalnego ujednolicenia norm jurysdykcyjnych i kolizyjnych oraz zasad wzajemnego uznawania orzeczeń, jak też innych form regionalnej współpracy sądowej).

Podstawowym źródłem prawa dla spraw osobowych i opiekuńczych są obecnie w państwach członkowskich UE, w tym w Polsce, kodeksy i ustawy krajowe. Niekiedy w praktyce mogą być one wyparte przez konwencję haską z 1905 r.¹⁴, o szczerbowym zakresie zastosowania, oraz przez konwencje bilateralne o obrocie w sprawach cywilnych z zagranicą¹⁵.

Dla określenia jurysdykcji krajowej w sprawach o ubezwłasnowolnienie kluczowe znaczenie ma cz. IV kodeksu postępowania cywilnego¹⁶. Obecnie w Polsce na tle art. 1106[1] k.p.c. międzynarodowa właściwość sądów polskich została ustanowiona szeroko. Opiera się albo na polskim obywatelstwie osoby dorosłej, albo na zamieszkanu lub zwykłym pobycie cudzoziemca w Polsce. W razie ścisłego powiązania sprawy z Polską (obywatelstwo i zamieszkanie) jurysdykcja ta jest wyłączna, co w praktyce wywołuje skutki nie w obszarze kompetencji, ale jako przesłanka skuteczności w Polsce zagranicznego orzeczenia wydanego w tych okolicznościach¹⁷.

Natomiast dla określenia kompetencji polskich sądów lub organów w sprawach opieki i innych zarządzeń opiekuńczych w sprawach osób dorosłych kluczowe znaczenie ma art. 1107 k.p.c. Przewiduje on jeszcze szerszą kompetencję sądów krajowych. Jurysdykcja opiera się na obywatelstwie polskim bądź zamieszkanu lub miejscu zwykłego pobytu cudzoziemca w Polsce. Mogą ją ustanawiać też dodatkowe okoliczności, w tym — jeżeli wystąpi taka potrzeba i będzie to w interesie danej osoby — miejsce

¹⁴ Konwencja dotycząca ubezwłasnowolnienia i analogicznych zarządzeń opiekuńczych, podpisana w Hadze dnia 17 lipca 1905 r., Dz.U. 1929, nr 23, poz. 228.

¹⁵ Zob. więcej — P. Mostowik, *Bilateralne umowy międzynarodowe o obrocie cywilnoprawnym z zagranicą*, w: *Międzynarodowe prawo rodzinne*, red. P. Mostowik, Wolters Kluwer, Warszawa, 2023, s. 537 i n.

¹⁶ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego, t.j. Dz.U. 2021, poz. 1805 ze zm. [dalej: k.p.c.].

¹⁷ Zob. więcej — K. Lubiński, *Jurysdykcja krajowa w sprawach o ubezwłasnowolnienie*, „Państwo i Prawo” 1978, nr 11, s. 98 i n.; J. Ciszewski, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. VI, *Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, red. T. Ereciński, wyd. V, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017, s. 166 i n.; A. Hrycaj, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. V, *Artykuły 1096—1217*, red. T. Wiśniewski, Wolters Kluwer, Warszawa, 2021, s. 132.

położenia majątku, a nawet „jakikolwiek związek z polskim obszarem prawnym”, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia ochrony cudzoziemcowi, który przebywa w Polsce¹⁸.

W zakresie norm kolizyjnych podstawową rolę odgrywają obecnie przepisy prawa prywatnego międzynarodowego z 2011 r.¹⁹, w sprawach o ubezwłasnowolnienie — art. 13 p.p.m., a odnośnie do opieki — art. 60 p.p.m. *Prima facie* dla określenia prawa właściwego posługują się one łącznikiem obywatelstwa. Jednak z przepisów tych wynika dodatkowe unormowanie, które w praktyce ogranicza działanie obcego prawa ojczystego. W istocie kreują one zasadę, że sąd polski stosuje własne prawo. Prawo polskie stosuje się bowiem, jeżeli sąd orzeka o ubezwłasnowolnieniu²⁰ albo o ustanowieniu opieki, kurateli lub innych środków ochronnych²¹ dla cudzoziemca.

3. Projektowany układ źródeł prawa

Skutek projektowanej decyzji o upoważnieniu państw członkowskich do przystąpienia do konwencji haskiej z 2000 r., tj. wejście w życie tej konwencji w państwach Unii Europejskiej (dokładniej: tych, które jeszcze do niej nie przystąpiły, np. w Polsce), a ponadto wejście w życie projektowanego rozporządzenia unijnego, trzeba widzieć jako dalsze rozbudowanie coraz bardziej złożonej mozaiki źródeł prawa prywatnego międzynarodowego oraz międzynarodowego postępowania cywilnego. Od dwóch dekad ten obszar prawa objęty jest procesem bardzo częstych zmian, które

¹⁸ Zob. więcej — J. Ciszewski, w: *Komentarz*, T. VI..., 2017, s. 222 i n. Zob. także K. Piasecki, *Regulacje prawne Unii Europejskiej w sprawach transgranicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa, 2013, s. 122; M.P. Wójcik, w: *Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego*, red. A. Jakubecki, J. Bodio, T. Demendecki, O. Marcewicz, P. Telenga, M.P. Wójcik, *Komentarz aktualizowany do art. 1107 k.p.c.*, LEX/el. 2020; A. Hrycaj, w: *Komentarz*, T. V..., 2021, s. 156.

¹⁹ Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe, t.j. Dz.U. 2023, poz. 503 [dalej: p.p.m.].

²⁰ Zob. więcej — M. Pilich, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. J. Poczobut, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017, s. 295 i n.; A. Koziół, K. Sznajder-Peroń, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2018, s. 190 i n.

²¹ Zob. więcej — N. Rycko, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. J. Poczobut, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017, s. 921 i n.; A. Koziół, P. Twardoch, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2018, s. 525 i n.

doprowadziły do swoistej fragmentaryzacji (polegającej na osobnej regulacji poszczególnych kategorii spraw cywilnych), zwiększenia znaczenia — bezpośrednio stosowanych i wypierających dotychczasowe rozwiązania krajowe — umów międzynarodowych i rozporządzeń unijnych, jak również znacznego rozbudowania przepisów (których liczba jest kilkadziesiąt razy większa niż dwie dekady temu). Niniejsze uwagi nie mają na celu oceny korzyści i wad tego procesu dla systemu prawa i funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Odnośnie do kompetencji zewnętrznej UE, która przyjmowana jest w omawianym zakresie po opinii TS UE w sprawie 1/03²², trzeba zauważyć, że na tle drugiego z projektów Unia niejako „zwraca ją” państwu członkowskiemu (tj. upoważnia je do ratyfikacji umowy międzynarodowej w jej imieniu).

Warto zauważyć, że z perspektywy krajowej projektowane rozwiązania oznaczają nie tyle wypełnienie luki normatywnej, co nowelizację prawa, które w omawianym zakresie przedmiotowym wynika obecnie z — nie tak dawno nowelizowanych — cz. IV kodeksu postępowania cywilnego (w wersji po systemowej zmianie w 2009 r.)²³ oraz prawa prywatnego międzynarodowego z 2011 r. Zjawiskiem pozytywnym nie może być zmiana prawa — z istoty wywołująca skutek w postaci poświęcenia czasu i sił (zasobów) przez strony stosunków cywilnoprawnych oraz sądy i inne organy stosujące prawo, jak też nie do końca przewidywalna w skutkach — ani zwiększenie liczby (żeby nie powiedzieć „ilości”) przepisów potrzebnych do odtworzenia stanu normatywnego. Na ocenę pozytywną zasługują takie nowelizacje, których finalne skutki (np. materialnoprawne, organizacyjne), w tym realizowane wartości, przeważają owe niedogodności z istoty wynikające ze zmian prawa, w tym dotyczącego statusu osobowego oraz toku postępowań sądowych.

Dodać trzeba, że z perspektywy nie krajowego systemu prawnego, ale z perspektywy międzynarodowej (np. obejmującej państwa europejskie) wejście w życie konwencji i rozporządzeń unijnych przynosi w omawianych obszarach prawa z istoty pozytywny skutek. Ujednolicenie reguł jurysdykcyjnych, kolizyjnych oraz wzajemnego uznawania i wykonywania orzeczeń oznacza większą przewidywalność prawa w relacjach transgranicznych oraz ograniczać może negatywne dla stron konsekwencje różnic

²² Zob. M. Niedźwiedź, P. Mostowik, *Wspólnota Europejska jako strona umów międzynarodowych w dziedzinie prawa prywatnego międzynarodowego. Uwagi na tle opinii Trybunału Sprawiedliwości WE w sprawie 1/03*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2009, vol. VII, z. 1, s. 71 i n.

²³ Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2008, nr 234, poz. 1571 [dalej: nowelizacja k.p.c. z 2009 r.].

między krajowymi systemami prawa prywatnego międzynarodowego i międzynarodowego postępowania cywilnego²⁴.

4. Zakres zastosowania konwencji i projektu rozporządzenia (i niestosowania prawa krajowego) oraz powiązanie z prawem publicznym

a) Konwencja haska z 2000 r.

Konwencja haska z 2000 r. ma w świetle art. 1 zastosowanie celem „zapewnienia ochrony” i „osobom dorosłym, które z powodu zaburzenia lub ograniczenia zdolności osobistych nie są w stanie chronić swoich interesów” w sytuacjach międzynarodowych²⁵. Wyznaczenie zakresu „środka ochrony”, kluczowego dla wyznaczenia zakresu przedmiotowego, ułatwia okoliczność, że w konwencji zamieszczono przykłady²⁶. W sprawozdaniu wyjaśniającym stwierdzono, że art. 2 ust. 1 konwencji „zawiera definicję osób dorosłych, do których konwencja ma zastosowanie. Logiczne jest, że są nimi osoby wymagające ochrony, lecz aby potrzeba ta była całkowicie jasna, komisja celowo unikała stosowania w tym ustępie terminów prawniczych, takich jak »strona ubezwłasnowolniona«, które mają różne znaczenie w zależności od rozważanego prawa. Uznano zatem, że bardziej wskazane będzie pozostanie przy konkretnym opisie osoby dorosłej wymagającej ochrony”. Podkreślono też, że „Osobami dorosłymi, które konwencja ma chronić, są osoby fizycznie lub umysłowo niesprawne, które cierpią wskutek »ograniczenia« swoich zdolności osobistych, jak rów-

²⁴ W tym tzw. pędu do sądu, co jest najbardziej widoczne w postępowaniach procesowych (spornych). Na przykładzie spraw rozwodowych ilustruje ten problem P. Mostowik, *Kwestia przystąpienia przez Polskę do rozporządzenia unijnego Rzym III*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2016, nr 10, s. 36 i n.

²⁵ W praktyce część z konwencyjnych regulacji ma zastosowanie bez potrzeby badania istnienia (a wcześniej zdefiniowania) sytuacji faktycznej o charakterze międzynarodowym. Zob. więcej — P. Mostowik, *Kwestia wymagania międzynarodowego charakteru sytuacji dla stosowania norm jurysdykcyjnych i kolizyjnych*, w: *Verba volant, scripta manent. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Bogusławie Gnelli*, red. A. Kaźmierczyk, K. Michałowska, M. Szaraniec, Wolters Kluwer, Warszawa, 2023, s. 693—702.

²⁶ Zob. D. Lush, *The Civil Law and the Common Law approaches to the protection of adults*, in: *The International Protection of Adults*, eds. R. Frimston, A. Ruck Keene, C. van Overdijk, A.D. Ward, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 37 i n.

niez osoby zwykle w podeszłym wieku, które cierpią wskutek zaburzenia tych samych zdolności osobistych, w szczególności osoby cierpiące na chorobę Alzheimera”. Stwierdzono, że przesłankę mówiącą, że osoba „nie jest w stanie chronić swoich interesów”, należy interpretować szeroko. Ma ona obejmować „nie tylko interesy majątkowe osoby dorosłej, które ze względu na jej stan fizyczny lub psychiczny mogą być przez nią niewłaściwie zarządzane, lecz także bardziej ogólnie interesy osobiste i zdrowotne danej osoby. Fakt, że osoba dorosła poważnie zaniedbuje interesy osobiste lub majątkowe swoje lub swoich krewnych, za których jest odpowiedzialna, również może wskazywać na zaburzenie zdolności osobistych”. Jednak Komisja uznała, że rozrzutność (która w myśl niektórych przepisów może stanowić powód ubezwłasnowolnienia) jako taka nie wchodzi w zakres stosowania konwencji. W połączeniu z innymi czynnikami mogłaby jednak wskazywać na zaburzenie zdolności osobistych osoby dorosłej, wymagające zastosowania środków ochrony w rozumieniu konwencji. Odnośnie do „zaburzenia lub ograniczenia zdolności osobistych” zauważono też, że konwencja nie ma zastosowania do ochrony ofiar przemocy zewnętrznej, co stanowi zagadnienie środków policyjnych²⁷.

Zakres zastosowania został doprecyzowany w art. 3, zgodnie z którym środki ochrony w szczególności²⁸ obejmują m.in.:

- a) określenie niezdolności oraz ustanowienia systemu ochrony²⁹;
- b) objęcie osoby dorosłej ochroną organu sądowego lub administracyjnego;
- c) opiekę, kuratelę i analogiczne instytucje;
- d) wyznaczenie i zakres zadań osoby lub jednostki, która jest odpowiedzialna za osobę dorosłą lub jej majątek, reprezentuje ją lub udziela jej pomocy³⁰;

²⁷ Sprawozdanie wyjaśniające, s. 46.

²⁸ W sprawozdaniu wyjaśniającym (s. 49) odnośnie do środków ochrony wyliczonych w art. 3 zauważono, że: „Ponieważ środki ochrony różnią się w każdym systemie prawnym, wykaz zawarty w tym artykule może mieć wyłącznie charakter przykładowy. Niemniej spróbowano mu nadać bardzo szeroki zakres, a niektóre z zawartych w nim elementów mogą się częściowo pokrywać, co nie ma większego znaczenia, ponieważ zbiór zasad, którym podlegają wszystkie te elementy, jest taki sam. Bezużyteczne jest w pewnym sensie rozważanie, czy na przykład konkretna instytucja, taka jak w prawie niemieckim *Betreuung*, jest »systemem ochrony« w rozumieniu lit. a), »instytucją analogiczną« w rozumieniu lit. c) czy »interwencją szczególną« w rozumieniu lit. g), ponieważ w każdym przypadku stanowi środek ochrony w rozumieniu konwencji”. Natomiast „ważność instrumentów wykorzystanych przez osobę, której zdolności osobiste są ograniczone, lecz której nie objęto środkami ochrony, pozostaje poza zakresem stosowania konwencji. Taka ważność w rzeczywistości znajduje się na pograniczu zdolności i zgody [...]”.

²⁹ W tłumaczeniu P. Mostowika i P. Symelona: „ustalenie braku zdolności i instytucji o charakterze ochronnym”.

³⁰ W tłumaczeniu P. Mostowika i P. Symelona: „wyznaczenia oraz określenia działań jakichkolwiek osób lub organów zobowiązanych do zajmowania się osobą dorosłego lub jego majątkiem, reprezentowania oraz pomagania dorosłemu”.

- e) umieszczenie osoby dorosłej w placówce lub innym miejscu, w którym ochrona może zostać zapewniona;
- f) zarządzanie, zabezpieczenie (utrzymania) lub dysponowanie majątkiem osoby dorosłej;
- g) zgodę na dokonanie szczególnej interwencji w celu ochrony osoby dorosłej lub jej majątku³¹.

W sprawozdaniu wyjaśniającym zauważono, że ochrona osoby dorosłej niekoniecznie wiąże się z orzeczeniem o pozbawieniu jej zdolności do czynności prawnych. Osoba dorosła może zachować kontrolę nad swoimi sprawami, w dalszym ciągu zarządzać nimi bez pomocy osoby trzeciej, ale zostać objęta „ochroną organu sądowego lub administracyjnego”, który w stosownych przypadkach może np. unieważnić pewne czynności dokonane w przeszłości przez osobę dorosłą lub doprowadzić do stwierdzenia ich nieważności. Jest to w szczególności cel francuskiej instytucji *placement sous sauvegarde de justice* (art. 491 i n. francuskiego k.c.)³².

Odnosnie do lit. d) w sprawozdaniu wyjaśniającym zauważono, że „Osobą lub podmiotem odpowiedzialnym za osobę dorosłą lub jej majątek, reprezentującą ją lub udzielającą jej pomocy” może być opiekun, kurator lub *Betreuer*, a w przypadkach, w których ustanowienia pełnej opieki nie uznano za konieczne, może być to opiekun zarządzający (np. art. 499 francuskiego k.c.) lub opiekun *ad litem* wyznaczony do reprezentowania osoby dorosłej w postępowaniu sądowym związanym z konfliktem interesów z przedstawicielem ustawowym, jak też placówka opiekuńczo-pielęgniarska lub dla osób w podeszłym wieku, wyznaczona do podejmowania decyzji medycznych w przypadku braku przedstawiciela ustawowego³³.

Na określenie zakresu zastosowania wpływ ma również art. 4, który — od strony negatywnej — określa, co nie mieści się w pojęciu konwencyjnego „środka ochrony”. I tak omawianej konwencji nie stosuje się m.in. do: „c) małżeńskich ustrojów majątkowych lub wynikających z podobnych związków; [...] e) zabezpieczenia społecznego; f) środków publicznych o charakterze ogólnym w zakresie ochrony zdrowia; g) środków podejmowanych wobec osoby w wyniku popełnionych przez nią czynów karalnych; h) decyzji w sprawie prawa do azylu i kwestii imigracyjnych; oraz i) środków stosowanych wyłącznie w interesie bezpieczeństwa publicznego”³⁴.

W sprawozdaniu wyjaśniającym podkreślono przy tym, że — mimo, iż w lit. b) i c) jest mowa o wyłączeniu zawierania małżeństwa oraz o mał-

³¹ W tłumaczeniu P. Mostowika i P. Symelona: „zatwierdzenia określonych działań mających na celu ochronę osoby lub majątku dorosłego”.

³² Sprawozdanie wyjaśniające, s. 49.

³³ Sprawozdanie wyjaśniające, s. 50.

³⁴ W tłumaczeniu P. Mostowika i P. Symelona: „środków służących wyłącznie zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego”.

żeńskich ustrojach majątkowych — konwencja ma jednak zastosowanie do niektórych skutków związku małżeńskiego lub podobnego związku. Komisja odrzuciła zgłoszone w trakcie prac wnioski mające na celu ich wyłączenie w omawianym fragmencie konwencji. Podkreślono, że „wszystkie postanowienia regulujące związki między partnerami, a w szczególności kwestię reprezentacji między partnerami, niezależnie od mającego zastosowanie małżeńskiego ustroju majątkowego, powinny być ujęte w konwencji, o ile służą ochronie niesprawnego partnera. [...] Zgoda na reprezentowanie swojego partnera niebędącego w stanie wskazać swoich życzeń, o którą partner może wnioskować do sądu (np. art. 219 francuskiego k.c.), jest zatem środkiem ochrony w rozumieniu konwencji, ponieważ jest ukierunkowana bezpośrednio na niesprawnego partnera. Natomiast zgoda, o którą zdrowy partner wnioskuje do sądu wyłącznie w celu zawarcia transakcji, w której konieczny byłby udział drugiego partnera (art. 217 francuskiego k.c.), służy interesom zdrowego partnera lub rodziny, ale nie interesom partnera niesprawnego. Tym samym pozostaje poza zakresem stosowania konwencji określonym w art. 1 ust. 1”. Taki pogląd, skutkujący *de facto* poszerzeniem zakresu zastosowania konwencji oraz redukcją wyłączenia opisanego w art. 4 lit. b) i c), trzeba tym bardziej odnieść też do relacji między małżonkami³⁵.

Natomiast odnośnie do wyłączenia środków ochrony zdrowia i medycznych (lit. f), ze sprawozdania wyjaśniającego wynika, że *de facto* nie ma ono absolutnego charakteru. Napisano w nim, że „z konwencji nie jest wyłączony cały obszar kształcenia i zdrowia, lecz tylko wchodzące w jego obręb środki publiczne o charakterze ogólnym, na przykład nakładające obowiązek szczepień. W zakres stosowania konwencji może wchodzić decyzja o umieszczeniu konkretnej osoby dorosłej w określonej placówce opieki lub decyzja o poddaniu tej osoby operacji chirurgicznej”³⁶. Po wzięciu pod uwagę różnych stanowisk państw³⁷ uznano, że czynności dotyczące ochrony zdrowia same w sobie należą do dziedziny nauk medycznych i do

³⁵ Sprawozdanie wyjaśniające, s. 53.

³⁶ Sprawozdanie wyjaśniające, s. 55.

³⁷ Niektóre państwa obawiały się, że „gdyby kwestie te włączono w zakres stosowania konwencji, państwa te zostałyby zobowiązane do uznawania, a nawet wykonywania, indywidualnych decyzji o charakterze medycznym wbrew swoim przekonaniom, jak w przypadku środków nakazujących sterylizację ubezwłasnowolnionych osób dorosłych lub aborcję. Inne państwa obawiały się, że w sytuacji, gdy przedstawiciele zawodu medycznego mieliby obowiązek uzyskania — przed przepisaniem leczenia lub przeprowadzeniem operacji, nawet w mniej pilnych przypadkach — niezbędnej zgody właściwych organów innego umawiającego się państwa pod rygorem odpowiedzialności, system opieki zdrowotnej mógłby zostać pozbawiony możliwości działania. Z drugiej strony przeciwnicy wyłączenia twierdzili, że gdyby kwestie medyczne zostały wyłączone z zakresu stosowania konwencji, to zasadniczo nie realizowałaby ona swojego celu, jakim jest ochrona

obowiązków przedstawicieli zawodu medycznego, niebędących organami w rozumieniu konwencji, i pozostają poza zakresem stosowania konwencji. Uznano przy tym, że nie ma potrzeby dokładniejszego wzmiankowania o tym w treści konwencji. Z kolei kwestie prawne dotyczące reprezentacji osoby dorosłej w związku z tymi czynnościami o charakterze medycznym (uzyskiwanie zgody bądź wyznaczanie przedstawiciela ustawowego lub *ad hoc*) wchodzi w zakres stosowania konwencji i muszą podlegać jej ogólnym zasadom, nie stanowiąc jednocześnie przedmiotu objętego zasadami dotyczącymi wyłączenia. Z tego powodu konwencja nie zawiera odniesień do kwestii medycznych lub zdrowotnych, z wyjątkiem art. 4 ust. 1 lit. f). W sprawach medycznych konwencyjną jurysdykcję, bez naruszania danemu systemowi opieki zdrowotnej możliwości działania, wyznaczać będą art. 10 i 11. Zastosowanie mogą mieć również art. 20, przewidujący możliwość zastosowania przepisów bezwzględnie obowiązujących, jak też art. 22 konwencji z 2000 r., umożliwiający nieuznawanie środka sprzecznego z porządkiem publicznym lub przepisami bezwzględnie obowiązującymi państwa, w którym wystąpiono o uznanie³⁸.

Trzeba więc przyjąć, że w zakresie konwencji haskiej z 2000 r. nie mieszczą się np. instytucje prawne, które charakteryzowane są jako oświadczenia *pro futuro* lub *living will* i zawierają dyspozycje na wypadek przyszłego leczenia. Jeżeli jednak ich częścią jest ustanowienie pełnomocnika medycznego (który — w zakresie nieobjętym przez samego pacjenta oświadczeniem — ma w przyszłości podejmować decyzje w sprawach opieki medycznej za pacjenta), to takie umocowanie można by traktować jako środek ochrony w zakresie omawianej konwencji³⁹.

Wyłączenie środków stosowanych wyłącznie w interesie bezpieczeństwa publicznego, w świetle sprawozdania wyjaśniającego, dotyczyć ma głównie ograniczania wolności osób dorosłych stanowiących zagrożenie dla osób trzecich z powodu zaburzeń psychicznych. Zarazem umieszczenie w placówce zostało wymienione w art. 3 lit. e) jako jeden ze środków, do których konwencja ma zastosowanie. Stąd środek polegający na

osób chorych i w podeszłym wieku, i byłaby sprowadzona do konwencji o majątku osoby dorosłej”. Zob. sprawozdanie wyjaśniające, s. 55.

³⁸ Zob. także A. Ruck Keene, *Health and Welfare aspects of the international protection of adults*, in: *The International Protection of Adults*, eds. R. Frimston, A. Ruck Keene, C. van Overdijk, A.D. Ward, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 59 i n.

³⁹ Np. powołanie w oświadczeniu *pro futuro*, zgodnie z sec. 2 ust. 1 kanadyjskiej ustawy z 2015 r., osoby do podejmowania decyzji w sprawie opieki zdrowotnej za pacjenta, który sporządził takie oświadczenie. Zob. A. Poglódek, P. Mostowik, *Oświadczenia na wypadek przyszłego leczenia (dyspozycje pro futuro) w Kanadzie i Stanach Zjednoczonych Ameryki — ujęcie prawnoporównawcze z perspektywy Polski*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa, 2018, s. 10, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2019/03/IWS-Mostowik-Pog%C5%82%C3%B3dek-pro-futuro.pdf> [Dostęp: 31.01.2024 r.].

przymusowym umieszczeniu w placówce orzeczonej zarówno w interesie bezpieczeństwa publicznego, jak i w interesie danej osoby dorosłej ma być jednak objęty jej zakresem zastosowania⁴⁰.

Jednak — w świetle ust. 2 art. 3 konwencji z 2000 r. — postanowienia ust. 1 (tj. wyłączenia, a *de facto* niewłączenia) „nie ograniczają prawa osoby do występowania w charakterze przedstawiciela osoby dorosłej”. W sprawozdaniu wyjaśniającym zauważono przy tym, że np. sprawy alimentacyjne nie wchodzą w zakres konwencji, jednak z ust. 2 jednoznacznie wynika, że konwencja będzie miała zastosowanie w zakresie ustalenia osoby, która będzie reprezentowała daną osobę dorosłą w postępowaniu zmierzającym do uzyskania środków utrzymania. Podobnie w zakres konwencji wchodzi jednak kwestie związane m.in. z ustaleniem — w stosownych przypadkach — przedstawiciela ustawowego, który może wyrazić zgodę na zawarcie związku małżeńskiego⁴¹.

b) Projekt rozporządzenia UE z 2023 r.

Projekt rozporządzenia zawiera przepisy o zakresie przedmiotowym (art. 2—3), które zasadniczo powielają rozwiązania konwencyjne. Powyższe motywy i wyjaśnienia przy pracach nad konwencją powinny mieć więc wpływ na rozumienie tego aktu normatywnego, *de facto* stanowiącego jej regionalne uzupełnienie i modyfikacje. Wśród definicji kluczowych pojęć zamieszczono też dodatkowe terminy, które mają znaczenie dla zakresu wykraczającego poza konwencję (tj. uzupełniającego ją, np. odnośnie do współpracy państw członkowskich).

Trzeba przy tym zauważyć, że istnieje pewna różnica między określeniem zakresu zastosowania konwencji i rozporządzenia. Państwa, które uczestniczą w rozporządzeniu, nie stanowią otwartego w skali świata kręgu, ale są sobie znane, jest och ograniczony krąg. A ponadto cechują się zacieśnioną integracją regionalną i pewnym zakresem regulacji zharmonizowanych lub ujednoliconych. Stąd można na tym forum więcej uzgodnić i doprecyzować. Warto zauważyć, że postanowienia te przeniesiono do rozporządzenia, z tym że na jego wstępie dodano, że ma zastosowanie do „spraw cywilnych”.

Odnosząc powyższe do prawa polskiego, można przyjąć, że zakres przedmiotowy projektów obejmuje ustanowienie lub uchylenie ubezwłasnowolnienia częściowego lub całkowitego, jak też zmianę ubezwłasnowolnienia całkowitego na częściowe i częściowego na całkowite (art. 559 k.p.c.).

⁴⁰ Sprawozdanie wyjaśniające, s. 57—58.

⁴¹ Sprawozdanie wyjaśniające, s. 58.

Osobno odnosi się do spraw z zakresu opieki i kurateli (art. 590 i n. oraz art. 599 i n. k.p.c.), w tym kurateli dla osoby ubezwłasnowolnionej częściowo (art. 16 § 2 k.c.) oraz opieki dla osoby ubezwłasnowolnionej całkowicie (art. 13 § 2 k.c.), jak też kurateli dla osoby niepełnosprawnej, jeżeli osoba ta potrzebuje pomocy do prowadzenia wszelkich spraw albo spraw określonego rodzaju lub do załatwienia poszczególnej sprawy (art. 183 k.r.o.), i kurateli dla ochrony praw osoby, która z powodu nieobecności nie może prowadzić swoich spraw, a nie ma pełnomocnika (bądź nie może on wykonywać swoich czynności albo wykonywa je nienależycie; art. 184 k.r.o.). Obejmuje też szereg innych sytuacji materialnych kurateli w sprawach dorosłego, która nie jest jednorodną instytucją w prawie polskim — przewiduje ją szereg postanowień k.c., k.r.o. i k.p.c. oraz ustaw. Na przykład zgodnie z art. 44 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, kurator może zostać ustanowiony dla osoby przebywającej w szpitalu psychiatrycznym albo osoby chorej psychicznie lub upośledzonej umysłowo, przebywającej w domu pomocy społecznej, jeżeli osoba ta w tym czasie potrzebuje pomocy do prowadzenia wszystkich swoich spraw albo spraw określonego rodzaju⁴². Trzeba mieć przy tym na względzie, że niektóre z tych instytucji — jak również podobne na tle praw obcych — podlegać mogą ocenie z szerszej perspektywy godności człowieka, proporcjonalności i ograniczeń zdolności oraz pozbawienia wolności⁴³. Wydaje się, że poza zakresem zastosowania są natomiast rozwiązania prawne dotyczące wad oświadczeń woli (np. przy dokonywaniu czynności prawnych), które mogą wynikać z braku świadomości spowodowanego okolicznościami podobnymi, lecz o mniejszej intensywności, lub epizodycznymi, jakie uzasadniają np. ubezwłasnowolnienie częściowe⁴⁴.

⁴² T.j. Dz.U. 2022, poz. 2123.

⁴³ Np. w wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 16.10.2012 (skarga nr 45026/07) w sprawie *Kędzior przeciwko Polsce* umieszczenie osoby całkowicie ubezwłasnowolnionej w domu pomocy społecznej, które miało miejsce w sprawie, uznano za równoznaczne z pozbawieniem wolności w rozumieniu art. 5 ust. 1 lit. e) EKPC (pkt 54—60 uzasadnienia); hudoc.echr.coe.int [Dostęp: 31.01.2024 r.].

⁴⁴ Odnośnie do różnych rozwiązań prawnych dotyczących wpływu stanu psychicznego innego niż rodzaje ubezwłasnowolnienie — zob. M. Pazdan, *Zdolność do czynności prawnych...*, s. 90 i n.

5. Konwencyjna międzynarodowa właściwość sądów oraz jej regionalna modyfikacja w projekcie rozporządzenia UE

a) Konwencja haska z 2000 r.

Zgodnie z zasadą określoną w art. 5 konwencji z 2000 r. do podejmowania środków zmierzających do ochrony osoby dorosłej lub jej majątku są kompetentne organy sądowe i administracyjne państwa jej zwykłego pobytu. W razie zmiany zwykłego pobytu na inne umawiające się państwo właściwe stają się organy tego państwa. Kwestię dalszego obowiązywania środków zastosowanych w pierwszym państwie reguluje też art. 12 konwencji. Środki podjęte zgodnie z art. 5—9 pozostają bowiem — z zastrzeżeniem art. 7 ust. 3 — w mocy, nawet jeżeli w wyniku zmiany okoliczności nie odpadła podstawa jurysdykcji, chyba że organy mające jurysdykcję je zmieniają, zastępują lub uchylają. To rozwiązanie zostało w art. 7 uzupełnione o kompetencję państwa, którego obywatelem jest osoba dorosła. W sprawozdaniu wyjaśniającym rozwiązanie to uznano za „pierwszy i najistotniejszy element kompromisu między zwolennikami niehierarchicznej jurysdykcji zbieżnej a zwolennikami jurysdykcji uzależnionej w pełni od zgody organów państwa miejsca zwykłego pobytu osoby dorosłej”⁴⁵. Z kolei rozwiązanie polegające na uwzględnieniu niestałego (jeszcze) pobytu stosuje się do uchodźców i osób, które wskutek rozruchów w ich kraju zostały przesiedlone za granicę, jak również subsydiarnie do osób dorosłych, których miejsce zwykłego pobytu jest niemożliwe do ustalenia (art. 6 ust. 2). W sprawozdaniu wyjaśniającym zauważono, że „sąd będzie musiał zaprzestać wykonywania takiej jurysdykcji w momencie ustalenia, że dana osoba dorosła posiada miejsce zwykłego pobytu w jakimś konkretnym miejscu na terytorium umawiającego się państwa”⁴⁶.

Jeżeli organy umawiającego się państwa, którego osoba dorosła jest obywatelem, uznają, że są w stanie lepiej ocenić, co leży w interesie danej osoby dorosłej, to — po powiadomieniu organów posiadających jurysdykcję na mocy art. 5 lub art. 6 ust. 2 — mają jurysdykcję w zakresie ochrony osoby lub majątku (ust. 1). Jednak jurysdykcja tak określona nie może być sprawowana, jeżeli organy kompetentne na mocy art. 5, art. 6 ust. 2 lub art. 8 powiadomiły organy państwa, którego osoba dorosła jest

⁴⁵ Doprecyzowano je przy tym słowami: „W ust. 1 ustanowiono zasadę jurysdykcji zbieżnej organów w państwie, którego obywatelstwo posiada osoba dorosła, oraz przewidziano warunki jej przyznawania. W ust. 2 i 3 zdefiniowano jednak pomocniczy charakter tej jurysdykcji”.

⁴⁶ Sprawozdanie wyjaśniające, s. 61.

obywatелем, o podjęciu środków koniecznych w danej sytuacji (w tym o powzięciu decyzji o niepodjęciu środków) bądź o toczących się przed nimi postępowaniach. Ponadto środki podjęte zgodnie z ust. 1 wygasają w momencie, w którym organy władne na podstawie art. 5, art. 6 ust. 2 lub art. 8 zastosują środki konieczne w danej sytuacji (w tym podejmą decyzję o niestosowaniu żadnych środków). Organy te przekazują odpowiednią informację do organów, które podjęły środki, stosownie sprawując jurysdykcję w trybie ust. 1.

W sprawozdaniu wyjaśniającym stwierdzono, że „trzy okoliczności mogą uniemożliwić wykonywanie tej jurysdykcji: jeżeli właściwe organy podjęły — zgodnie z art. 5, art. 6 ust. 2 lub art. 8 — wszystkie środki, jakie należało podjąć w danej sytuacji, jeżeli podjęły decyzję o niestosowaniu żadnych środków lub jeżeli toczy się przed nimi postępowanie w danej sprawie”⁴⁷. Stwierdzono też, że: „Nie do przyjęcia byłaby sytuacja, w której zbieżność jurysdykcji doprowadziłaby do stosowania środków ochrony w niekontrolowany lub sprzeczny sposób. W konwencji przyznano zatem pierwszeństwo decyzjom, które są ostatecznie podejmowane przez organy państwa miejsca zwykłego pobytu, które w normalnej sytuacji posiadają jurysdykcję na podstawie art. 5 lub art. 6 ust. 2 lub art. 8 — niezależnie od tego, czy decyzje te są pozytywne i obejmują środek ochrony, czy też negatywne, tj. wiążą się z uznaniem, że nie zachodzi konieczność zastosowania środka ochrony”⁴⁸.

Konwencja z 2000 r. przewiduje szeroką możliwość przekazania jurysdykcji z państwa zwykłego pobytu osoby dorosłej do innego państwa konwencyjnego, z którym istnieje związek określony w art. 8. Postanowienie to wzorowano na art. 8 i 9 konwencji z 1996 r. Organy państwa sprawującego jurysdykcję zgodnie z art. 5 lub 6 mogą, jeżeli uznają, że

⁴⁷ Zauważono przy tym, że „istnienie wcześniejszych decyzji podjętych przez organy państwa miejsca zwykłego pobytu osoby dorosłej, o których podjęciu organy krajowe miały nie zostać oficjalnie poinformowane, nie uniemożliwiałoby tym organom wykonywania jurysdykcji przysługującej im na podstawie art. 7 ust. 1, ponieważ sytuacja mogła się zmienić od czasu podjęcia tych decyzji”. Stwierdzono również, że „aby organ właściwy na podstawie art. 8 mógł poinformować organ krajowy o tym, że nie powinien on wykonywać swojej jurysdykcji, organ właściwy musi najpierw sam uzyskać informacje o zamiarach tego drugiego organu. Z tekstu konwencji wynika, że mógł on otrzymać takie informacje wyłącznie od organu właściwego na podstawie art. 5 lub art. 6 ust. 2, który z kolei sam musiał uzyskać odpowiednie informacje od organów krajowych na podstawie art. 7 ust. 1”.

⁴⁸ Sprawozdanie wyjaśniające, s. 64—65. Zob. więcej — J. Long, *Rethinking Vulnerable Adults' Protection in the light of the 2000 Hague Convention*, „International Journal of Law, Policy and the Family” 2013, vol. 27, issue 1, <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebs016>; M.A. Torné, *Current issues in the protection of adults from the perspective of Private International Law*, „Revista Electrónica De Estudios Internacionales” 2016, <https://doi.org/10.17103/reei.32.08>.

leży to w interesie tej osoby, wystąpić — z własnej inicjatywy lub na wniosek organu innego państwa konwencyjnego — o podjęcie środków ochrony osoby dorosłej lub jej majątku do organów państwa:

- a) którego osoba dorosła jest obywatelem;
- b) poprzedniego miejsca zwykłego pobytu osoby dorosłej⁴⁹;
- c) w którym znajduje się majątek osoby dorosłej;
- d) którego organy osoba dorosła wskazała na piśmie jako właściwe do stosowania środków służących zapewnieniu jej ochrony;
- e) miejsca zwykłego pobytu osoby bliskiej dla osoby dorosłej, która jest gotowa zapewnić jej ochronę;
- f) na którego terytorium przebywa osoba dorosła, w kontekście jej ochrony.

W sprawozdaniu wyjaśniającym podkreślono, że art. 8 to „drugi element kompromisu pomiędzy obydwoma podejściami do kwestii jurysdykcji”. Podano przykład osoby, która zamieszkiwała w innym państwie niż państwo ojczyste i znajdowała się pod opieką niedawno zmarłej osoby, a jej jedyny krewny zdolny do objęcia jej ochroną w przyszłości miał miejsce zwykłego pobytu w innym państwie. Wówczas organy tego ostatniego państwa można bez wątplenia uznać za najwłaściwsze, aby ocenić, czy taki krewny jest odpowiedni, oraz aby określić warunki korzystania z ochrony⁵⁰. Stwierdzono ponadto, że w rozumieniu tego przepisu osobą bliską, która jest gotowa zapewnić ochronę, jest też przyjaciel lub znajomy danej osoby dorosłej, który jest gotowy objąć ją ochroną, a brak jest między nimi więzi rodzinnych. Jurysdykcja ta podlega przy tym nadzorowi organów miejsca zwykłego pobytu osoby dorosłej⁵¹.

Zmiana (przekazanie) międzynarodowej właściwości uzależniona jest od przyjęcia jurysdykcji w innym państwie⁵². W przypadku nieprzyjęcia tej jurysdykcji przez wyznaczony organ, zgodnie z treścią ustępów poprzedzających, jurysdykcję zachowują organy umawiającego się państwa posiadające ją na mocy art. 5 lub 6. W sprawozdaniu wyjaśniającym przyjęto, że sytuacja opisana w ust. 3 ma miejsce nie tylko w razie odmowy przyjęcia jurysdykcji, lecz także w razie „przedłużającego się

⁴⁹ W sprawozdaniu wyjaśniającym (s. 67) napisano, że chodzi o „państwo ostatniego zwykłego pobytu, nie zaś któregośkolwiek uprzedniego zwykłego pobytu”. Art. 8 ust. 2 lit. b) odbiega od brzmienia art. 15 ust. 2 lit. b), w którym jest mowa o możliwości wskazania prawa „państwa wcześniejszego miejsca zwykłego pobytu osoby dorosłej” jako właściwego do uregulowania kwestii pełnomocnictwa na wypadek ubezwłasnowolnienia.

⁵⁰ Sprawozdanie wyjaśniające, s. 66.

⁵¹ Sprawozdanie wyjaśniające, s. 68.

⁵² Grupa robocza pod przewodnictwem M. Odile Baur z Francji opracowała wzór formularza, z którego mógłby korzystać organ występujący z takim wnioskiem i jego adresat (dokument roboczy nr 91). Został on zatwierdzony przez komisję, ale potem nie włączono go do treści konwencji. Stałe Biuro wyraziło jednak zamiar zarekomendowania jego stosowania umawiającym się państwom.

braku odpowiedzi na wniosek⁵³, co w takim ujęciu trzeba traktować jak dorozumiany brak zgody.

Częściowy wyjątek od zasady ustanowionej w art. 5 przewidziano — odnośnie do spraw dotyczących majątku osoby dorosłej — w art. 9 konwencji z 2000 r. Organy państwa położenia majątku mają kompetencję do podjęcia środków ochrony w zakresie, w jakim są one zgodne ze środkami już zastosowanymi przez organy wykonujące jurysdykcję na podstawie art. 5—8. W sprawozdaniu wyjaśniającym podano przykład, w którym zgodnie z prawem państwa położenia majątku „na potrzeby sprzedaży majątku lub, przeciwnie, przyjęcia spadku, w którego skład wchodzi taki majątek, bądź wydania pisma urzędowego w sprawie gruntów konieczna jest zgoda organu sądowego, a w prawie państwa miejsca zwykłego pobytu nie przewidziano konieczności uzyskania takiej zgody”, kiedy „za odpowiednie rozwiązanie należy uznać powierzenie danej sprawy bezpośrednio organom państwa, w którym znajduje się przedmiotowy majątek”⁵⁴.

Natomiast fakt przebywania osoby dorosłej (bez wymagania stałego pobytu) lub położenia jej majątku w danym państwie prowadzi do możliwości podjęcia koniecznych środków ochrony we wszystkich wypadkach niecierpiących zwłoki⁵⁵. O ile jest to możliwe, organy podejmujące wówczas środki informują o nich organy umawiającego się państwa miejsca zwykłego pobytu osoby dorosłej. W sprawozdaniu wyjaśniającym stwierdzono przy tym, że „gdyby nie przewidziano takiej jurysdykcji, opóźnienia wynikające z konieczności wniesienia wniosku do organów państwa miejsca zwykłego pobytu osoby dorosłej mogłyby zagrozić ochronie lub interesom osoby dorosłej”. Dodano, że „tego rodzaju jurysdykcja zbieżna będzie wykonywana na przykład w przypadku konieczności zapewnienia reprezentacji osobie dorosłej, która przebywa z dala od swojego miejsca zwykłego pobytu i która musi pilnie poddać się zabiegowi chirurgicznemu, a także w przypadku konieczności szybkiej sprzedaży łatwo psujących się towarów będących własnością osoby dorosłej”⁵⁶. Środki ochrony podjęte

⁵³ Sprawozdanie wyjaśniające, s. 68.

⁵⁴ Sprawozdanie wyjaśniające, s. 69.

⁵⁵ Zob. A. Ruck Keene, *Hague 35: Overview and Protective Measures*, in: *The International Protection of Adults*, eds. R. Frimston, A. Ruck Keene, C. van Overdijk, A.D. Ward, Oxford University Press, Oxford, 2015; idem, *Hague 35: Private Mandates and Other Anticipatory Measures*, in: *The International Protection of Adults*, eds. R. Frimston, A. Ruck Keene, C. van Overdijk, A.D. Ward, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 92 i n., 152 i n.

⁵⁶ Sprawozdanie wyjaśniające, s. 69—70. Zastrzeżono przy tym, że „nie można wykorzystywać jako ogólnego uzasadnienia jurysdykcji organów państwa, w którym przebywa osoba dorosła, zwłaszcza w kwestiach o charakterze medycznym”. Podano przy tym m.in. przykład „przerwania ciąży u młodej kobiety z ograniczonymi zdolnościami do czynności prawnych” i przyjęto, że „taki zabieg musi zostać wprawdzie przeprowadzony

w takich okolicznościach (i na ich podstawie) w stosunku do osoby dorosłej tracą jednak moc w momencie zastosowania adekwatnych do sytuacji środków przez organy innego umawiającego się państwa sprawującego jurysdykcję zgodnie z art. 5—9 konwencji z 2000 r. Ponadto środki tak podjęte w stosunku do osoby dorosłej mającej zwykły pobyt w państwie pozakonwencyjnym tracą moc z chwilą uznania w państwach konwencyjnych środków zgodnych z wymogami sytuacji podjętych przez organy innego państwa⁵⁷.

Warto przy tym zauważyć, że położenie majątku jako wyznacznik jurysdykcji zostało też — bez podobnego uwarunkowania, jakie wprowadzono w art. 9 — przewidziane jako uzasadnienie podejmowania środków tymczasowych na podstawie art. 10 konwencji z 2000 r. W sprawozdaniu wyjaśniającym (s. 70) napisano, że organy państwa położenia majątku w wypadkach niecierpiących zwłoki (nagłych) mają — zgodnie z art. 10 — jurysdykcję, która nie jest ograniczona do ochrony tego majątku. Uznano, że „możliwa jest sytuacja, w której konieczna jest pilna sprzedaż majątku osoby dorosłej znajdującego się w jednym państwie, dla zapewnienia jej niezbędnych środków utrzymania w państwie, w którym osoba ta aktualnie przebywa”.

Trzeba też zauważyć, że w art. 10 ust. 4 — podobnie jak na tle art. 7 ust. 1 — podkreślono nadrzędność jurysdykcji państwa miejsca zwykłego pobytu osoby dorosłej, przy czym w sposób mniej rygorystyczny, ponieważ swoiste „przebicie” następuje „w miarę możliwości” i tylko wtedy, kiedy odpowiednie środki (uzasadnione pilną potrzebą) zostały już zastosowane. Notabene wykonanie obowiązku przekazania informacji z wyprzedzeniem w takiej pilnej sytuacji byłoby trudne. Brak wypełnienia obowiązku przekazania informacji nie może stanowić podstawy do nieuznania środków uzasadnionych pilną potrzebą w niepoinformowanym państwie.

Okoliczność, że w danym państwie przebywa (znajduje się, bez wymagania stałości pobytu) osoba dorosła, daje też, zgodnie z art. 11, wyjątkową kompetencję do podejmowania środków ochrony tej osoby o charakterze tymczasowym i wywołującym skutek ograniczony do terytorium tego państwa⁵⁸. Również w tym wypadku wymagana jest zgodność ze środkami

w określonym czasie, jednak zazwyczaj nie uznaje się go za wypadek niecierpiący zwłoki w rozumieniu art. 10”.

⁵⁷ W sprawozdaniu wyjaśniającym (s. 71) podkreślono, że sąd działający w sytuacji niecierpiącej zwłoki, w której osoba dorosła nie ma miejsca zwykłego pobytu w umawiającym się państwie, nie ma powodu, żeby utrzymywać środki zastosowane w takich nadzwyczajnych okolicznościach, jeżeli organy państwa pozakonwencyjnego, w którym osoba dorosła ma miejsce zwykłego pobytu, zastosowały środki wymagane w danej sytuacji.

⁵⁸ W sprawozdaniu wyjaśniającym (s. 72—73) podkreślono, że treść art. 11 to wynik „długich dyskusji poświęconych kwestiom natury medycznej prowadzonych na forum

wcześniej podjętymi przez organy mające jurysdykcję z mocy art. 5—8 oraz po powiadomieniu organów mających jurysdykcję na mocy art. 5 konwencji z 2000 r. Takie środki tymczasowe w stosunku do osoby dorosłej mającej zwykły pobyt w umawiającym się państwie tracą moc w momencie, w którym organy posiadające jurysdykcję na podstawie art. 5—8 podejmą decyzję w kwestii środków ochrony, których zastosowanie jest wymagane w danej sytuacji.

W sprawozdaniu wyjaśniającym podkreślono, iż „w postanowieniach tego ustępu nie powierza się jednak państwu, w którym przebywa osoba dorosła, jurysdykcji do wyrażenia zgody na przeprowadzenie poważnych, nieodwracalnych zabiegów medycznych, takich jak aborcja, sterylizacja czy zabieg chirurgiczny polegający na usunięciu narządu lub amputacji kończyny”⁵⁹. Zauważono też, że środki dotyczą wyłącznie osoby — w odróżnieniu od art. 12 konwencji z 1996 r., w którym jest również mowa o ochronie majątku dziecka. Trzeba też mieć na względzie, że taka jurysdykcja jest uzależniona od przekazania z odpowiednim wyprzedzeniem stosownych informacji w tym zakresie organom miejsca zwykłego pobytu osoby dorosłej.

Tym samym uznanie przez państwo konwencyjne środków podjętych w pozakonwencyjnym państwie zwykłego pobytu osoby dorosłej (co nie jest regulowane postanowieniami konwencji) oznacza, że przestają obowiązywać takie środki wydane wcześniej w warunkach opisanych w art. 11. Treść tego ostatniego postanowienia nie pokrywa się z brzmieniem art. 12 ust. 3 konwencji z 1996 r., w którym brak podobnego rozwiązania.

W świetle art. 12 konwencji haskiej z 2000 r. środki podjęte zgodnie z art. 5—9 pozostają — z zastrzeżeniem art. 7 ust. 3 — w mocy w swoich granicach, nawet jeżeli w wyniku zmiany okoliczności wyeliminowana została podstawa, mocą której została ustalona jurysdykcja, dopóki organy

komisji dyplomatycznej”. Delegacje Stanów Zjednoczonych Ameryki, Finlandii i Szwajcarii zaproponowały zwykłą transpozycję postanowień art. 12 konwencji z 1996 r. w taki sposób, by odnosiły się one również do osób dorosłych (celem m.in. rozwiązania omawianych kwestii natury medycznej), ale wniosek ten został odrzucony. Następnie, „w duchu kompromisu”, przyjęto tekst bez odniesienia do opieki medycznej, natomiast wprowadzono w nim ponownie ograniczony skutek terytorialny. Dodano, że „naturalne wydaje się uznanie, że środki te mogą służyć celowi medycznemu. Należy jednak pamiętać o tym, że środki te mogą mieć wyłącznie tymczasowy charakter, a ich skutek terytorialny ogranicza się wyłącznie do danego państwa. Np. państwo, na terytorium którego tymczasowo przebywa młoda osoba dorosła o ograniczonych zdolnościach do czynności prawnych, podejmie decyzję — dążąc do zapewnienia tej osobie ochrony — o odizolowaniu tej osoby od niektórych osób z jej bezpośredniego otoczenia w trakcie jej pobytu w tym państwie lub zastosuje środek polegający na umieszczeniu jej w odpowiedniej placówce lub poddaniu tymczasowej hospitalizacji, nawet jeżeli dana sytuacja nie jest sytuacją niecierpiącą zwłoki”.

⁵⁹ Sprawozdanie wyjaśniające, s. 73.

mające jurysdykcję na podstawie Konwencji ich nie zmienia, nie zastępują lub nie uchylają. W sprawozdaniu wyjaśniającym postanowienie to scharakteryzowano jako utrzymanie w mocy środków zastosowanych przez właściwy organ, nawet jeżeli podstawy jurysdykcji tego organu w międzyczasie zniknęły, o ile organy sprawujące jurysdykcję po zmianie okoliczności (czyli miejsca zwykłego pobytu zgodnie z art. 5 ust. 2) sprawy nie zmodyfikowały, nie zastąpiły ani nie uchylily tych środków. Podano przykład ustanowienia opiekuna dla osoby dorosłej przez organy pierwszego miejsca zwykłego pobytu tej osoby, do czego konieczne jest, aby taki opiekun kontynuował pełnienie powierzonych mu funkcji w przypadku, gdyby osoba dorosła przeniosła swoje miejsce zwykłego pobytu do innego państwa. Zauważono przy tym, że konwencyjna zasada uznawania z mocy prawa (art. 22 ust. 1) nie byłaby wystarczająca do tego celu, ponieważ zagwarantowano w nim uznawanie środków pozostających w mocy, a właściwe organy mogą nie wiedzieć, czy środki pozostają w mocy po zmianie okoliczności⁶⁰.

b) Projekt rozporządzenia UE z 2023 r.

W projektowanym rozporządzeniu (rozdział II) przyjęto, że w państwach członkowskich obowiązywać będą zasady jurysdykcji przewidziane w konwencji haskiej z 2000 r. Jednak reguły te — w tym priorytet kompetencji państwa zamieszkania osoby dorosłej — znacznie zmodyfikowano. Przewidziano bowiem alternatywną opcjonalną podstawę jurysdykcji państw członkowskich UE, co wymaga przybliżenia i skomentowania. Na tle art. 6—7 projektu jurysdykcję określa też wybór dokonany przez osobę dorosłą, pod warunkiem poinformowania organu państwa, w którym osoba dorosła ma miejsce zwykłego pobytu, za pomocą stosownego formularza (aneks IV). Zgodnie z drobiazgowym unormowaniem wybór jurysdykcji, tzn. odejście od kompetencji państwa miejsca zwykłego pobytu osoby dorosłej, może nastąpić drogą oświadczenia złożonego w czasie, w którym dana osoba była w stanie dbać o swoje sprawy (chronić swój interes), a wykonywanie tak określonej jurysdykcji jest w jej interesie — pod warunkiem, że wcześniej jurysdykcji w sprawie nie wykonywały sąd lub organy określone przez zasadnicze konwencyjne normy jurysdykcyjne (art. 6—8 konwencji z 2000 r.). Wymagania formalne dla takiego wyboru jurysdykcji przewyższają nieco podobne rozwiązania w innych współczesnych instrumentach prawa międzynarodowego, ponieważ przewiduje się formę pisemną (lub trwały zapis elektroniczny) oraz oznaczenie daty i podpis osoby

⁶⁰ Sprawozdanie wyjaśniające, s. 74—75.

dorosłej⁶¹. Trzeba mieć przy tym na względzie, że — o czym będzie mowa niżej — taka umowa prorogacyjna nie tylko zmienia konwencyjne reguły jurysdykcji krajowej, lecz także pośrednio modyfikuje prawo właściwe w sprawie opiekuńczej (ponieważ sąd stosuje zasadniczo własne prawo).

c) Ocena projektu

Rozwiązanie pozwalające na nieograniczony wybór jurysdykcji w przyszłych specyficznych sprawach „środków ochrony” rodzić może wątpliwości. Wybór (derogacja i prorogacja) został bowiem ujęty szeroko. Nie projektuje się w szczególności — co typowo ma miejsce w sprawach cywilnych innych niż majątkowe — że można wybrać jurysdykcję spośród państw, które są w jakiś sposób związane z obecną lub przyszłą sytuacją osoby dorosłej (tj. np. przez obywatelstwo, położenie majątku, przeszłe lub przyszłe zamieszkanie, okoliczności dotyczące opiekuna lub kuratora). Tym samym wybrane może zostać państwo (i prawo), które zupełnie nie jest związane z dotychczasową oraz przyszłą sytuacją faktyczną osoby dorosłej lub jej opiekunów. Projekt nie współgra przy tym z konwencyjnym katalogiem okoliczności, które warunkują przekazanie sprawy do innego państwa, ani normami kolizyjnymi (art. 15 ust. 2), które przewidują w wąskim zakresie spraw wybór prawa właściwego: a) państwa, którego osoba dorosła jest obywatelem; b) państwa poprzedniego miejsca zwykłego pobytu osoby dorosłej; c) państwa, w którym znajduje się majątek osoby dorosłej, w odniesieniu do tego majątku. Pewnym zaskoczeniem może być też to, że omawiany wybór jurysdykcji został ujęty bez związku z zakresem wyboru prawa. Odnośnie do spraw spadkowych⁶² ustawodawca unijny dopuścił w wąskim zakresie umowę prorogacyjną, ale tylko nastąpił wybór prawa państwa członkowskiego, którego dana osoba jest obywatelem — dodatkowo bez podobnego założenia, że wybór może prowadzić do państwa w jakiś sposób związanego z osobą lub majątkiem osoby dorosłej. Za wymaganiem

⁶¹ Projektowane rozwiązanie nazwano *non-exclusive jurisdiction*, co ukazuje różnice między postanowieniami innych instrumentów międzynarodowych, w których co do zasady jurysdykcja wybrana ma charakter wyłączny. Tutaj w istocie przypomina umowną jurysdykcję przemianą o charakterze priorytetowym, z dookreśleniem powrotu do jurysdykcji opartej na okolicznościach obiektywnych w razie niewykonania lub rezygnacji z jurysdykcji przez państwo wybrane.

⁶² Tak art. 5 w zw. z art. 22 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. L 201 z 27.07.2012, s. 107.

poinformowania sądu państwa, któremu co do zasady przysługuje jurysdykcja (miejsca zwykłego pobytu osoby dorosłej), nie idą kompetencje tego państwa np. do możliwości orzekania w sytuacji braku poinformowania, albo choć wyrażenia wówczas stanowiska. Deklaruje się, że wykonywanie wybranej jurysdykcji ma służyć interesom osoby (lit. b) dorosłej, ale brak mechanizmu kontrolnego to wymaganie. Organy wybranego państwa mogłyby na tej podstawie w praktyce rezygnować z wykonywania jurysdykcji, jednak trudno taki mechanizm uznać za należyłą kontrolę takiej ogólnej deklaracji. Brak kontroli (z perspektywy dotychczasowego otoczenia prawnego i społecznego) sytuacji, w której odejście od jurysdykcji miejsca zamieszkania osoby dorosłej na rzecz wybranego innego państwa (i orzekania na podstawie jego prawa), rodzi pytanie o uwzględnienie priorytetu dobra osoby dorosłej w finalnym rozstrzygnięciu w takich okolicznościach⁶³. Zauważyć przy tym trzeba, że może być ono *de facto* nieodwracalne, kiedy sytuacja zacznie być oceniana na podstawie obcego prawa, a zerwane zostaną więzi z podstawowymi zasadami prawa państwa, w którym osoba dorosła dotychczas żyła.

Wydaje się, że warunek, by jurysdykcji w sprawie nie wykonywały wcześniej sądy lub organy określone przez zasadnicze konwencyjne normy jurysdykcyjne (tj. zasadniczo oparte na zwykłym pobycie osoby dorosłej), ma na celu ograniczenie możliwości wyboru sądu. Powstaje przy tym kwestia: jak rozumieć owo niewykonywanie? Czy chodzi o brak jakiegokolwiek orzeczenia w sprawie mieszczącej się w zakresie przedmiotowym konwencji i projektu? Czy też o brak „zadziałania” systemu prawnego, tj. wystąpienia środka ochrony z mocy prawa? W jaki sposób może nastąpić kontrola wystąpienia tego warunku, w szczególności czy organy państwa wybranego powinny czekać na odpowiedź po notyfikacji zgodnie z art. 6 ust. 2? W każdym razie sygnalizowane ograniczenie oznacza, że wybór jurysdykcji ma dotyczyć przyszłych spraw osoby, która na moment dokonywania wyboru nie musi podlegać środkom ochrony, a tym samym chodzi o sytuację faktyczną przyszłą oraz orzeczenia wydawane ze skutkiem na dalszą przyszłość. I z tej perspektywy razić może brak wymagania jakiegos powiązania wybranego państwa (a za tym jego prawa) z sytuacją faktyczną, w tym przyszłą, osoby dorosłej. Skutkuje to dopuszczeniem,

⁶³ Jako regionalną modyfikację konwencji haskiej w państwach członkowskich (co może być trudne do oddzielenia od jej stosowania w relacjach z państwami trzecimi, w których rozporządzenie z istoty nie może obowiązywać ani nie może oddziaływać na wcześniejsze obowiązki traktatowe państw unijnych w stosunku do takich państw) przewiduje się ponadto, że wewnętrzne odniesienia w konwencji do jej art. 5 należy w państwach unijnych rozumieć w sposób poszerzony, tj. nie tylko do tego postanowienia konwencji, lecz także jako odniesienie do art. 6 projektowanego rozporządzenia. Chodzi o art. 7 ust. 1, 2 i 3, art. 9—10 i art. 11 ust. 1—2 konwencji.

a właściwie „celowaniem” z omawianym wyborem jurysdykcji w przyszłe sytuacje faktyczne, które mogą być ściśle związane z zamieszkiwaniem w jednym państwie (w tym z relacjami majątkowymi i osobowymi z otoczeniem społecznym i uczestnictwem w obrocie prawnym). Wybór odległej od tych okoliczności jurysdykcji (i prawa właściwego z uwagi na zasadę właściwości *legis fori*) doprowadzić zaś może do rozstrzygania w okolicznościach faktycznych i na podstawie systemu prawnego niezwiązanych zupełnie ze sprawą, co z kolei oznaczać może zaskakujące rozstrzygnięcie. Przy ocenie projektowanej możliwości wyboru jurysdykcji trzeba mieć bowiem na względzie, że podstawową zasadą systemu konwencyjno-rozporządzeniowego jest zastosowanie przez sąd lub organ własnego prawa (właściwość *legis fori*), a tym samym postanowienia dotyczące jurysdykcji *de facto* pośrednio są również postanowieniami określającymi prawo materialne (np. kodeks cywilny lub rodzinny), które znajdzie zastosowanie w sprawie. Projektowane postanowienie pozwala osobie dorosłej na wybranie na potrzeby orzeczenia przyszłego „środka ochrony” systemu prawnego państwa, z którym on ani osoby sprawujące opiekę (a tym bardziej podmioty trzecie obrotu prawnego z jego udziałem) nie mają żadnego związku. Ponadto mechanizm ten pozwala na „dobranie” odpowiedniego prawa materialnego i przewidzianych w nim regulacji, które mogą być odległe od prawa zasadniczo właściwego według konwencji (miejsca zwykłego pobytu), a nawet z nim rażąco sprzeczne⁶⁴. Skutkom ewentualnej sprzeczności nie zapobiegają kolizyjna lub procesowa klauzula porządku publicznego, ponieważ ta pierwsza nie odnosi się do stosowania do własnego prawa, a ta druga ma zastosowanie jedynie w sytuacji, w której orzeczony środek miałby być uznany lub wykonywany w państwie innym niż to, w którym został on wydany.

Podsumowując, na tle projektu wybór prawa za pośrednictwem wyboru jurysdykcji umożliwia osiągnięcie skutku materialnoprawnego przez „dobranie” przez dorosłego prawa materialnego, które w momencie wyboru uzna on za pożądane, a tym samym zupełne odejście od pozostałych postanowień konwencji i rozporządzenia w zakresie jurysdykcji i prawa właściwego. Brak przy tym ograniczenia takiego pośredniego wyboru z perspektywy interesów osób trzecich, z którymi osoba dorosła pozostaje w stosunkach osobowych lub majątkowych. A ponadto takie rozwiązanie oznaczać może w praktyce odejście od podstawowych materialnoprawnych zasad państwa, w którym dana osoba dorosła mieszka lub którego jest obywatelem, na rzecz akceptacji skutków wynikających

⁶⁴ Zob. więcej — P. Mostowik, K. Sondel-Maciejewska, *Materialnoprawne rezultaty unijnej współpracy sądowej w sprawach rodzinnych?*, w: *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*, red. J. Poczobut, Wolters Kluwer, Warszawa, 2013, s. 172 i n.; R. Mańko, *Kompetencje Unii Europejskiej w dziedzinie prawa prywatnego w ujęciu systemowym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2016, nr 1, s. 5 i n.

z odległego faktycznie (tj. niepowiązanego z sytuacją faktyczną) i prawnie (tj. przewidującego odmienne aksjologicznie rozwiązanie dotyczące szerokiej kategorii „środków ochrony”) systemu normatywnego. Trudno znaleźć uzasadnienie w takich okolicznościach dla wydania orzeczenia o ubezwłasnowolnieniu lub podobnej instytucji albo ustanowieniu opieki lub podobnej instytucji przez organy państwa i na podstawie prawa, które nie jest związane z sytuacją faktyczną osoby dorosłej, a które jest diametralnie odmienne od prawa obowiązującego w państwie, w którym ma ona miejsce zamieszkania i z którym powiązane są okoliczności dotyczące majątku, uczestników dotychczasowego obrotu prawnego i podmiotów opiekuńczych. Niełatwo za racjonalne uznać w szczególności orzekanie o ubezwłasnowolnieniu lub podobnej instytucji oraz wyznaczanie opiekuna lub asystenta w państwie, w którym nie ma materiału dowodowego ani w którym osoba dorosła nie ma zamiaru zamieszkiwać w przyszłości.

Wątpliwość tę zwiększa okoliczność, że zakres przedmiotowy omawianych norm (tj. ujęcie środków ochrony) rozumiany jest bardzo szeroko. Nie tylko na potrzeby wyboru jurysdykcji, lecz także na potrzeby innych rozwiązań między państwami członkowskimi warto by go doprecyzować — szczególnie o zagadnienia na styku prawa prywatnego i publicznego oraz dotyczące leczenia, które mogą być diametralnie różnie regulowane (np. tzw. testamenty życia). Trzeba mieć na względzie, że przy tworzeniu konwencji niektóre kwestie pozostały niedopowiedziane, co miało miejsce jednak przy założeniu zasady zajmowania się sprawami dorosłego przez instytucje państwa, w którym ma on miejsce zamieszkania, ewentualnie we współpracy z nimi. Na tle projektu rozporządzenia założenie to odpada, skoro sprawami tymi mogą się zajmować instytucje odległego państwa (i prawa). Tym samym występuje potrzeba ścisłego unormowania zakresu (w tym przedmiotowego) zastosowania omawianego rozwiązania polegającego na wyborze innej jurysdykcji i prawa właściwego, np. ograniczenie go do instrumentów prawa cywilnego i wyłączenia spraw sensytywnych (np. oświadczeń *pro futuro* odnośnie do pełnomocnictwa medycznego i sposobu leczenia bądź jego zaniechania).

Wydaje się natomiast, że w rozporządzeniu można by za to dodać zasadę ciągłości jurysdykcji ze skutkiem dla braku jurysdykcji innego państwa członkowskiego. W konwencji haskiej z 2000 r., co może zaskakiwać z perspektywy współczesnych źródeł międzynarodowego postępowania cywilnego, nie przewidziano zasady *perpetuatio iurisdictionis*. Tym samym odpadnięcie podstawy jurysdykcji (np. wyjazd za granicę i zmiana miejsca zwykłego pobytu) skutkować będzie zakończeniem rozpoznawania sprawy (w polskim postępowaniu: umorzeniem). W sprawozdaniu wyjaśniającym podkreślono jednak, że w razie zmiany miejsca na pozakonwencyjne „nic nie stoi na przeszkodzie, aby rozpatrujący sprawę organ umawiającego się

państwa, w którym znajdowało się pierwsze miejsce zwykłego pobytu, zachował jurysdykcję zgodnie z krajowym prawem procesowym, chociaż pozostałe umawiające się państwa nie są zobowiązane konwencją do uznania środków, które mogą zostać zastosowane przez taki organ⁶⁵. Takie rozwiązanie uznano za przyjęte w konwencji haskiej z 1996 r., za czym przemawiać ma sprawozdanie wyjaśniające do tej konwencji (nota nr 30)⁶⁶. Wydaje się, iż na potrzeby obrotu wewnątrzunijnego byłoby ono jednak pożądane, co by oznaczało brak odpadnięcia podstaw jurysdykcji na rzecz właściwości państwa członkowskiego nowego miejsca zwykłego pobytu osoby dorosłej (lecz z możliwością przekazania mu sprawy), a ponadto uznawanie lub wykonywanie w innych państwach członkowskich wydanego orzeczenia.

Mając na względzie powyższe, wydaje się, że projektowany wybór jurysdykcji został ujęty tak szeroko, że w istocie burzy założenia jurysdykcyjne i kolizyjne, na których zbudowany jest system konwencyjny, a ponadto może prowadzić do nieprzewidywalnych skutków, w tym zagrażających prawom podstawowym osoby dorosłej oraz innych podmiotów opiekuńczych lub dotychczasowego obrotu. Wydaje się, że na potrzeby nietypowych sytuacji faktycznych wystarczająca jest możliwość współpracy między państwami członkowskimi, która w uzasadnionych sytuacjach (z perspektywy stanu faktycznego lub interesu osoby dorosłej lub osób sprawujących nad nią pieczę) mogłaby doprowadzić do przekazania sprawy do innego państwa. Artykuł 7 konwencji haskiej z 2000 r. mówi o takiej współpracy z państwem ojczystym, art. 8 zaś o przekazaniu jurysdykcji do innych państw powiązanych ze sprawą (np. czasowego pobytu, poprzedniego miejsca zwykłego pobytu, położenia majątku, zamieszkania opiekuna). Konwencja przewiduje też możliwość przekazania sprawy właśnie do państwa, którego organy osoba dorosła wskazała na piśmie jako właściwe do stosowania środków służących zapewnieniu jej ochrony (lit. d). Następuje to przy udziale państwa, któremu zasadniczo przysługuje jurysdykcja, a tym samym nie występują obawy, które zostały zidentyfikowane jako przyczyna projektowanego postanowienia. Taką współpracę można by w rozporządzeniu doregulować z uwzględnieniem interesu osoby dorosłej oraz np. z mechanizmem wnioskowania przez państwo członkowskie, które miałoby jurysdykcję sprawować. Stąd projektowane art. 6—8 rozporządzenia wydają się zbędne. Natomiast przydatne byłoby w rozdziale II projektowanego rozporządzenia wprowadzenie na potrzeby obrotu wewnątrzunijnego zasady ciągłości jurysdykcji, której konwencja haska z 2000 r. nie przewiduje.

⁶⁵ Sprawozdanie wyjaśniające, s. 61.

⁶⁶ P. Lagarde, *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention*, in: Hague Conference on Private International Law, *Proceedings of the Eighteenth Session, 30 September to 10 October 1996*, Tome II, *Protection of children*, Hague Conference of Private International Law, 1998, s. 534—605.

6. Zasada stosowania własnego prawa (*lex fori*) oraz pośrednie określenie prawa właściwego drogą umowy prorogacyjnej

a) Konwencja haska z 2000 r.

Zgodnie z art. 13 ust. 1 „przy wykonywaniu jurysdykcji przyznanej zgodnie z postanowieniami rozdziału II” organy umawiającego się państwa stosują przepisy własnego prawa. Tym samym na właściwość prawa pośredni wpływ mają normy jurysdykcyjne, określające państwo, którego instytucje są kompetentne do rozpoznania sprawy. W art. 13 ust. 2 przewidziano klauzulę korekcyjną. Jeżeli wymaga tego ochrona osoby dorosłej lub należącego do niej majątku, organy państwa konwencyjnego mogą „wyjątkowo zastosować lub wziąć pod rozwagę prawo innego państwa, z którym dana sytuacja ma ścisły związek”. Taka klauzula z jednej strony pozwala na dokonanie odstępstwa i dostosowanie właściwości prawa do nietypowej sytuacji (np. orzekania nie na bazie jurysdykcji wyznaczonej zwykłym pobytem, ale samym przebywaniem lub położeniem majątku). Z drugiej strony rodzi pewną niepewność co do prawa, któremu dana sytuacja życiowa podlega.

Osobna norma kolizyjna dotyczy podzakresu spraw regulowanych przez konwencję, tj. „warunków wdrożenia” środka ochrony. Zgodnie z art. 14 w sytuacji, gdy środek podjęty w jednym umawiającym się państwie ma zostać wdrożony w innym, warunki jego wdrożenia (wprowadzenia) podlegają przepisom obowiązującym w tym drugim państwie (swoistego wykonania środków).

W sprawozdaniu wyjaśniającym podano sytuację zmiany prawa, np. zmiana miejsca zwykłego pobytu osoby dorosłej w okresie między podjęciem decyzji o zastosowaniu środka ochrony a wdrożeniem tego środka, jak też sytuację w większym stopniu związaną z kwestią wykonywania uprawnień do reprezentacji — kiedy takie uprawnienia wynikają zarówno ze środka ochrony, jak i z pełnomocnictwa na wypadek ograniczenia zdolności do czynności prawnych udzielonego osobiście przez osobę dorosłą — w państwie innym niż to, na mocy prawa którego udzielono tych uprawnień. Napisano, że „sytuacja ta została uregulowana w taki właśnie zachowawczy sposób (procedura wykonywania takich uprawnień podlega przepisom państwa, w którym są one wykonywane)”⁶⁷.

⁶⁷ Sprawozdanie wyjaśniające, s. 78.

Natomiast dla obrotu prawnego między osobą dorosłą, której dotyczą środki ochrony, a innymi podmiotami prawa cywilnego znaczenie mają przepisy dotyczące reprezentacji tej osoby. Odnosić się do tej problematyki może rozwiązanie wynikające z art. 14, mówiącego o „warunkach wdrażania” środka ochrony. W sprawozdaniu wyjaśniającym napisano, że:

celem art. 14 w brzmieniu uzgodnionym przez komisję dyplomatyczną jest zapewnienie wdrażania środków ochrony w państwie innym niż to, w którym zostały one zastosowane, niezależnie od tego, czy taka sytuacja wynika ze zmiany prawa. Nie dotyczy to wykonywania uprawnień do reprezentacji powierzonych osobiście przez osobę dorosłą. [...] Jeżeli przepisy obowiązujące w takim innym państwie uzależniają czynność, którą ma podjąć opiekun, taką jak sprzedaż majątku, od uzyskania zgody sędziego sądu opiekuńczego, taki wymóg stanowi „warunek wdrażania”, który w związku z tym będzie musiał zostać spełniony. Z drugiej strony może się zdarzyć, że prawo państwa, zgodnie z którym ustanowiono opiekuna, wymaga uzyskania takiej zgody, natomiast prawo państwa, w którym dany środek ma być wdrażany, nie wymaga takiej zgody. Paralelizm tych sytuacji oznaczałby, że również w tym przypadku należałoby zastosować prawo państwa, w którym dany środek ma zostać zastosowany. Wymóg uzyskania zgody organu przewidziany w prawie państwa pochodzenia może być jednak postrzegany jako nieodzowny element samego istnienia uprawnień, dlatego też sugeruje się opiekunowi, że uzyskanie takiej zgody jest wymagane. Powinno to dotyczyć w szczególności przypadku, gdy opiekun jest posiadaczem świadectwa, o którym mowa w art. 38, wskazującego, że wykonywanie niektórych uprawnień wymaga uzyskania zgody⁶⁸.

Wydaje się więc, że intencją twórców konwencji było zastosowanie prawa, które przewiduje udział reprezentanta lub pomocnika osoby dorosłej ustanowionego w państwie innym niż wdrażanie środka. Przede wszystkim reguły rządzące udziałem osoby dorosłej w obrocie cywilnym wynikają z rozbudowanej regulacji w art. 15–17 konwencji haskiej z 2000 r. Tym postanowieniom, które warto widzieć łącznie, poświęcono sporo miejsca w sprawozdaniu wyjaśniającym.

Z art. 15 wynika, że istnienie, zakres, zmiana i wygaśnięcie uprawnień do reprezentacji przyznanych przez osobę dorosłą z mocy porozumienia lub jednostronnej czynności prawnej w celu ich wykonywania w sytuacji niezdolności tej osoby dorosłej do samodzielnej ochrony swych interesów podlegają przepisom państwa miejsca zwykłego pobytu tej osoby dorosłej w chwili zawarcia porozumienia lub podjęcia czynności prawnej (art. 15 ust. 1).

W sprawozdaniu najpierw — odnośnie do pełnomocnictwa na wypadek ubezwłasnowolnienia *sensu largo* — zauważono, że osoba dorosła może samodzielnie i z wyprzedzeniem organizować kwestie związane ze swoją ochroną na przyszły okres, kiedy prawdopodobnie nie będzie w stanie

⁶⁸ Ibidem.

należycie chronić swoich interesów. W tym celu może chcieć ustanowić kogoś do reprezentacji mocą umowy zawartej z tą osobą, ewentualnie drogą jednostronnej czynności prawnej⁶⁹. Podkreślono, że wykonywanie takich uprawnień może wymagać interwencji organu sądowego (np. w Quebecu wydaje on wówczas orzeczenie o ubezwłasnowolnieniu)⁷⁰.

Powierzane w ten sposób uprawnienia są bardzo zróżnicowane — mogą dotyczyć zarządzania majątkiem osoby dorosłej albo sprawowania nad nią osobistej opieki. Odnośnie do tego drugiego aspektu, może się na to składać, wydane reprezentantowi, polecenie odmowy poddawania osoby ubezwłasnowolnionej przedłużającemu się leczeniu w przypadku nieuleczalnej choroby. Takie pełnomocnictwo jest rozpowszechnione w Ameryce Północnej, a nie jest znane w wielu państwach europejskich (np. we Francji wygasa ono z chwilą orzeczenia ubezwłasnowolnienia)⁷¹.

Podkreślono w nim następnie, że zwykle pełnomocnictwo, o ile zostało udzielone z zastrzeżeniem wykonywania też po ubezwłasnowolnieniu, może podlegać konwencji z 2000 r., ale od chwili ubezwłasnowolnienia. Takie pełnomocnictwo, obejmujące też wypadek ubezwłasnowolnienia, różni się od zwykłego pełnomocnictwa, którego osoba dorosła posiadająca pełną zdolność do czynności prawnych udziela innej osobie, żeby mogła dbać o jej sprawy. To ostatnie, na tle większości systemów prawnych, wygasa wraz z ubezwłasnowolnieniem osoby dorosłej. Mają do niego ewentualnie zastosowanie postanowienia konwencji haskiej z 1978 r., która, w razie braku wyboru prawa, prowadzi do prawa państwa miejsca prowadzenia działalności gospodarczej lub miejsca zwykłego pobytu przedstawiciela (art. 6). Prawo to reguluje też chwilę ustania obowiązywania uprawnień przedstawiciela (art. 8 lit. a). Oznacza to, że podlega ono konwencji z 1978 r. do dnia orzeczenia ubezwłasnowolnienia. Podano przykład, w którym udzielono pełnomocnictwo na wypadek ubezwłasnowolnienia przez osobę posiadającą obywatelstwo francuskie, która ma miejsce zwykłego pobytu w Stanach Zjednoczonych (Nowym Jorku). Pozostaje ono ważne, jeżeli osoba taka zamieszka we Francji z zamiarem stałego pobytu. Z kolei w przypadku udzielenia takiego pełnomocnictwa przez obywatela amerykańskiego mającego miejsce zwykłego pobytu w Paryżu jest ono nieważne i pozostanie nieważne również wówczas, gdy obywatel ten przeniesie swoje miejsce zwykłego pobytu do Nowego Jorku.

⁶⁹ Zauważono przy tym, że w art. 16 ust. 2 konwencji z 1996 r. również odniesiono się do kwestii władzy rodzicielskiej ustanawianej w drodze umowy lub jednostronnej czynności prawnej rodziców dziecka.

⁷⁰ Sprawozdanie wyjaśniające, s. 78—79.

⁷¹ Z zastrzeżeniem szczególnego przypadku pełnomocnictwa udzielonego w przypadku lub w celu objęcia kuratelą (*sous la sauvegarde de justice*, zgodnie z art. 491 ust. 3 francuskiego k.c.).

W świetle konwencji z 2000 r. możliwe jest dokonanie wyboru prawa właściwego, co doprowadzi do zastosowania innego prawa materialnego. Wybór prawa może zostać dokonany w sposób wyraźny oraz na piśmie (art. 15 ust. 2) spośród ograniczonego katalogu: a) państwa, którego osoba dorosła jest obywatelem; b) państwa poprzedniego miejsca zwykłego pobytu osoby dorosłej; c) państwa, w którym znajduje się majątek osoby dorosłej, w odniesieniu do tego majątku⁷².

W toku prac zaproponowano też innego rodzaju ograniczenie. Delegacje państw nordyckich zaproponowały ograniczenie wyboru prawa właściwego do sytuacji, w których prawo państwa miejsca zwykłego pobytu osoby dorosłej przewiduje pełnomocnictwo na wypadek ubezwłasnowolnienia. Uzasadniono to tym, że w wielu państwach nie przewidziano tego rodzaju pełnomocnictwa, a nawet go zakazano. Wydaje się, że tę propozycję można widzieć jako rozwiązanie podobne do kolizyjnoprawnej semiimperatywności, która polega na tym, że skutki wyboru prawa nie mogą naruszać określonego materialnoprawnego standardu (tu: zakazu takiego pełnomocnictwa) wynikającego z prawa państwa wskazanego łącznikiem obiektywnym. Jego efekty byłyby też podobne (choć zaistniałyby na wcześniejszym etapie stosowania normy kolizyjnej) do skutku, jaki wywołałaby klauzula porządku publicznego skierowana w państwie *legis fori* przeciw obcemu prawu wybranemu. Komisja odrzuciła jednak taki wniosek.

W sprawozdaniu podkreślono, że delegacje te opowiedziały się za tym, aby państwa nieuznające takiej instytucji nie były zobowiązane do wprowadzenia jej do swojego porządku prawnego „tylnymi drzwiami”. W dyskusji pojawił się jednak głos, że takie rozwiązanie nadmiernie ograniczyłoby autonomię woli osoby dorosłej oraz sposób, w jaki pragnie ona uregulować kwestie na wypadek swojego ubezwłasnowolnienia. Podniesiono w szczególności, że „państwo miejsca zwykłego pobytu osoby dorosłej nie posiada uzasadnionego interesu w tym, aby uniemożliwiać wykonywanie za granicą, np. w państwie, w którym znajduje się majątek takiej osoby, uprawnień do reprezentacji wynikających z pełnomocnictwa na wypadek ubezwłasnowolnienia”. Ta ostatnia uwaga może rodzić wątpliwości, gdyż „miejscem wykonywania pełnomocnictwa” jest też w pewnym sensie miejsce zwykłego pobytu reprezentowanego, a z pewnością cała sprawa i jej skutki właśnie przede wszystkim wokół niego są zogniskowane⁷³.

⁷² W sprawozdaniu wyjaśniającym (s. 81) wspomniano, że komisja odrzuciła pomysł, żeby do wykazu praw, które można wybrać, dodać prawo państwa, na którego terytorium osoba dorosła zamierza ustanowić swoje miejsce zwykłego pobytu, oraz prawa państwa miejsca zwykłego pobytu krewnego osoby dorosłej, który wyraża gotowość do zapewnienia jej ochrony.

⁷³ Sprawozdanie wyjaśniające, s. 82.

W art. 15 ust. 3 omawianej konwencji przewidziano, że sposób wykonywania reprezentacji podlega prawu państwa, w którym są one wykonywane⁷⁴. Takie rozwiązanie stanowi „nowość” w stosunku do konwencji z 1996 r. W sprawozdaniu wyjaśniającym zauważono, że pojęcie „sposób wykonywania” jest węższe niż pojęcie „zakres” uprawnień (ust. 1); dotyczy wyłącznie zagadnień szczegółowych (*Art und Weise*), obejmując np. weryfikację istnienia i zakresu uprawnień zgodnie z procedurą lokalną, albo wymaganie uzyskania zgody, przewidziane w pełnomocnictwie na wypadek ubezwłasnowolnienia⁷⁵.

Również art. 16 i 17 konwencji haskiej z 2000 r. mają znaczenie dla obrotu prawnego między osobą dorosłą a osobą trzecią, który kreowany jest za pośrednictwem innej osoby (przedstawiciela, reprezentanta). Celem art. 17 jest zabezpieczenie interesów reprezentowanej osoby dorosłej. Jeżeli uprawnienia do reprezentacji, o których mowa w art. 15, nie są wykonywane w dostateczny sposób, mogą zostać wycofane lub zmienione przez środki podjęte przez organ posiadający jurysdykcję, aby zagwarantować ochronę osoby dorosłej lub jej majątku. W przypadkach wycofania lub zmiany uprawnień do reprezentacji prawo, o którym mowa w art. 15, powinno jednak zostać uwzględnione w możliwie najpełniejszym zakresie. Oznacza to w praktyce, że *lex fori* będzie mieć zasadnicze znaczenie, ale powinno nastąpić pewne „dostosowanie” z prawem wybranym dla reprezentacji lub państwa zwykłego pobytu osoby reprezentowanej.

Art. 16 konwencji z 2000 r. przewiduje możliwość wygaszenia lub zmiany uprawnień powierzonych przez osobę dorosłą zgodnie z art. 15 mocą decyzji organów posiadających jurysdykcję na mocy konwencji. Zmienić lub wygasić uprawnienia wynikające z pełnomocnictwa można w sytuacji, w której uprawnienia nie są wykonywane w sposób wystarczający do tego, aby zapewnić ochronę osoby lub majątku osoby dorosłej⁷⁶. To postanowienie ma na celu pogodzenie założenia poszanowania woli osoby dorosłej (tj. wyrażonej w czasie, gdy była ona w stanie dbać o swoje sprawy) z koniecznością zapewnienia tej osobie ochrony w momencie pogorszenia się jej stanu, kiedy konieczne będzie wykonanie uprawnień przez jej reprezentanta.

W sprawozdaniu wyjaśniającym zauważono ryzyko, że organy państwa miejsca zwykłego pobytu osoby dorosłej mogą zastąpić ochronę pożądaną przez osobę dorosłą. Stąd w celu jego zminimalizowania wprowadzono wymaganie, by organy w pierwszej kolejności ustaliły, że osoba, której

⁷⁴ W tłumaczeniu P. Mostowika i P. Symelona: „warunki korzystania z takiego upoważnienia do reprezentowania”.

⁷⁵ Sprawozdanie wyjaśniające, s. 83.

⁷⁶ W tłumaczeniu P. Mostowika i P. Symelona: „nie jest wykonywane w sposób dostateczny do zapewnienia ochrony osoby dorosłego lub jego majątku”.

udzielono pełnomocnictwa, wykonuje uprawnienia w sposób niewłaściwy lub nieodpowiedni⁷⁷.

Istotne znaczenie dla ochrony obrotu osoby dorosłej z osobami trzecimi ma art. 17 konwencji z 2000 r., który chroni interes podmiotów dokonujących czynności prawnej z osobą dorosłą za pośrednictwem jej reprezentanta, jak też ich uzasadnione oczekiwania, a pośrednio również poprawia bezpieczeństwo obrotu jako takiego. Obejmuje on sytuację, w której czynność prawna została dokonana między osobami przebywającymi (obecnymi) na terytorium jednego państwa. Wówczas ważność czynności prawnej dokonanej między osobą trzecią a inną osobą, która byłaby uprawniona do działania jako przedstawiciel osoby dorosłej według prawa państwa miejsca dokonania czynności (ale nie prawa zasadniczo właściwego dla zdolności), nie może być kwestionowana (a osoba trzecia nie może być pociągnięta do odpowiedzialności) z tego tylko powodu, że ta inna osoba nie była uprawniona do działania jako przedstawiciel przedmiotowej osoby dorosłej na podstawie prawa wskazanego w postanowieniach „kolizyjnego” rozdziału konwencji z 2000 r. To wyłączenie możliwości kwestionowania ważności czynności nie dotyczy jednak sytuacji, w której osoba trzecia była *de facto* w złej wierze, tj. wiedziała lub powinna była wiedzieć, że takie upoważnienie podlega temu prawu (a tym samym, że czynność mogłaby być na jego podstawie kwestionowana).

Postanowienie to jest inspirowane treścią art. 17 konwencji haskiej z 1996 r., na której się wzorowano (i podobne do rozporządzenia art. 13 „Rzym I”⁷⁸ oraz art. 12 p.p.m.⁷⁹). Ma ono na celu zapewnienie ochrony

⁷⁷ Sprawozdanie wyjaśniające, s. 83—84.

⁷⁸ Co do zasady zakres zastosowania rozporządzenia UE „Rzym I” dotyczącego zobowiązań umownych nie obejmuje umocowania przedstawiciela. Art. 1 ust. 2 stanowi, że „z zakresu zastosowania niniejszego rozporządzenia wyłączone są: [...] g) kwestie, czy przedstawiciel może wobec osób trzecich zaciągać zobowiązania w imieniu osoby przez siebie reprezentowanej lub czy organ spółki lub innego podmiotu posiadającego osobowość prawną lub jej nieposiadającego może wobec osób trzecich zaciągać zobowiązania w imieniu tej spółki lub podmiotu”. Jednak w świetle art. 13 „W przypadku umowy zawartej między osobami, które znajdują się w tym samym państwie, osoba fizyczna, która miałaby zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych na podstawie prawa tego państwa, może powołać się na brak zdolności prawnej lub zdolności do czynności prawnych wynikający z prawa innego państwa jedynie wówczas, gdy w chwili zawarcia umowy druga strona umowy wiedziała o tym braku lub nie wiedziała o nim z powodu niedbalstwa”. Zob. M. Czepelak, *Międzynarodowe prawo zobowiązań w Unii Europejskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2012, s. 55.

⁷⁹ Zgodnie z art. 12.1. p.p.m., dotyczącym spraw nieregulowanych w rozporządzeniach UE i konwencjach międzynarodowych, „Jeżeli umowę zawarły osoby znajdujące się w tym samym państwie, osoba fizyczna, która ma zdolność do jej zawarcia według prawa tego państwa, może się powołać na swoją niezdolność wynikającą z prawa wskazanego w przepisie art. 11 ust. 1 tylko wtedy, gdy w chwili zawarcia umowy druga strona

osobie trzeciej, która w dobrej wierze dokonała czynności prawnej z osobą, która nie jest uprawniona według prawa zasadniczo właściwego, ale „byłaby uprawniona do działania jako przedstawiciel osoby dorosłej na podstawie prawa państwa, w którym czynność została dokonana”. Warunkiem takiego pozytywnego skutku jest to, żeby osoba trzecia działała w dobrej wierze i dochowała należytej staranności. Przykładem takiego działania może być w sferze majątkowej: przekazywanie środków finansowych prawowitemu przedstawicielowi osoby małoletniej przez bank, a ze spraw dotyczących osoby: zabiegi chirurgiczne lub leczenie prowadzone na wniosek prawowitego przedstawiciela. W sprawozdaniu wyjaśniającym zauważa się, że gdyby osoba trzecia dokonała czynności prawnej bezpośrednio z osobą dorosłą, nie wiedząc o tym, że ta ostatnia została pozbawiona zdolności do czynności prawnych, to taka sytuacja nie podlega omawianemu postanowieniu, ale konwencji rzymskiej z 1980 r. (przez co dziś trzeba rozumieć art. 13 rozporządzenia „Rzym I”⁸⁰).

Kolejne postanowienia „kolizyjnej” części konwencji haskiej z 2000 r. dotyczą zagadnień zaliczanych do części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego. Odnoszą się kolejno do kwestii stosowania obcych norm kolizyjnych, tj. odesłania (art. 19), norm koniecznego zastosowania, nazywanych w doktrynie też przepisami wymuszającymi swoją właściwość (art. 20), oraz ochrony podstawowych zasad porządku prawnego forum drogą klauzuli *ordre public* (art. 21). Wspólną cechą tych rozwiązań jest to, że ich uwzględnienie może doprowadzić do tego, że finalnie prawem właściwym w sprawie będzie prawo innego państwa niż to, które jest — niejako *prima facie* — wskazane omówionymi wyżej przepisami kolizyjnymi.

o niezdolności wiedziała lub nie wiedziała z powodu niedbalstwa. [...] 3. Jeżeli osoba fizyczna działa za pośrednictwem przedstawiciela, przy ustalaniu przesłanek stosowania przepisów ust. 1 i 2 rozstrzygają okoliczności występujące po stronie przedstawiciela. 4. Przepisów ust. 1 i 2 nie stosuje się do czynności prawnych z zakresu prawa rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa spadkowego ani do rozporządzeń dotyczących nieruchomości położonych w innym państwie niż państwo, w którym czynność prawna została dokonana”. Zob. więcej — A. Maczyński, *Statut personalny osób fizycznych. Refleksje de lege lata i de lege ferenda*, w: *Leges Sapere. Studia i prace dedykowane Profesorowi Januszowi Sondłowi w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*, red. W. Uruszczak, P. Święcicka-Wystrychowska, A. Kremer, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków, 2008, s. 305.

⁸⁰ „W przypadku umowy zawartej między osobami, które znajdują się w tym samym państwie, osoba fizyczna, która miałaby zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych na podstawie prawa tego państwa, może powołać się na brak zdolności prawnej lub zdolności do czynności prawnych wynikający z prawa innego państwa jedynie wówczas, gdy w chwili zawarcia umowy druga strona umowy wiedziała o tym braku lub nie wiedziała o nim z powodu niedbalstwa”.

b) Projekt rozporządzenia UE z 2023 r.

W projektowanym rozporządzeniu nie wyrażono bezpośrednio zmian rozwiązań konwencyjnych, jednak taka modyfikacja pośrednio z niego wynika. Rozdział III projektowanego rozporządzenia (*Prawo właściwe*) odwołuje się do rozdziału III konwencji haskiej z 2000 r. o ochronie dorosłych⁸¹. Oznacza to, po pierwsze, że zastosowanie znajdują zreferowane wyżej normy kolizyjne, w tym zaliczane do części ogólnej, zawarte w konwencji, do której mają przystąpić państwa członkowskie. Podstawowe znaczenie ma na jej tle właściwość *legis fori*, co w praktyce oznacza pokrycie się podstaw jurysdykcji i łączników kolizyjnych (*Gleichlaufprinzip*) oraz stosowanie własnego prawa materialnego. Inaczej niż w rozdziale II, nie przewidziano przy tym drogą omawianego rozporządzenia uzupełnienia norm kolizyjnych w stosunku do zawartych w konwencji. Taki zabieg, oznaczający potrzebę rozgraniczenia norm kolizyjnych stosowanych w sytuacji unijnej oraz innej międzynarodowej, byłby przy tym wątpliwy teoretycznie i praktycznie. Notabene taka regionalna modyfikacja byłaby zabiegiem karkołomnym, ponieważ trudno na potrzeby kolizyjne rozgraniczyć zakresy sytuacyjne norm o takim samym zakresie przedmiotowym, tj. rozgraniczyć sytuacje międzynarodowe podlegające dwóm instrumentom — globalnemu oraz regionalnemu.

Konwencja haska z 2000 r. przewiduje bowiem rozwiązania kolizyjne, które co do zasady prowadzą do stosowania przez sąd lub organ własnego prawa (*lex fori*). W niektórych jedynie sytuacjach może nastąpić wskazanie prawa innego niż prawo sądu, tj. przeważnie prawo zwykłego pobytu osoby dorosłej. Może być to wówczas — o ile prawo właściwe nie opiera się jurysdykcji określonej inną podstawą — prawo każdego państwa na świecie, nie tylko państwa konwencyjnego. Taki potencjalny efekt opisano w art. 18 konwencji z 2000 r., zgodnie z którym konwencyjne postanowienia kolizyjne mają zastosowanie także wtedy, gdy prawem przez nie wskazanym jest prawo państwa niebędącego stroną omawianej umowy międzynarodowej. Z niektórych postanowień konwencji (np. art. 14) wynikać jednak może, że chodzi o prawo któregoś z umawiających się państw⁸².

Twierdzenie, że projekt nie modyfikuje konwencyjnych reguł wskazania prawa właściwego, byłoby jednak błędem. Z łącznego odczytania w projekcie zmodyfikowanych reguł jurysdykcyjnych (art. 6—7) oraz zasady właściwości *legis fori* wynika pośredni wpływ właściwości sądu na

⁸¹ Odnośnie do kolizyjnej regulacji konwencji haskiej z 2000 r. — zob. więcej P. Mostowik, *Geneza i obszary regulacji...*, s. 103 i n.

⁸² Zob. więcej — A. Ruck Keene, *The 2000 Hague Convention...*; J. Long, *Rethinking...*; M.A. Torné, *Current...*

właściwość prawa w omawianych sprawach. A tym samym następuje na jego tle modyfikacja skutku konwencyjnego rozdziału o prawie właściwym. Taka pośrednia modyfikacja właściwości prawa wynika w szczególności z projektowanych regionalnych zmian reguł jurysdykcyjnych, o których była mowa wyżej, w tym z szerokiej możliwości wyboru sądu (prorogacji). Wprowadzenie tej możliwości w projekcie rozporządzenia, w powiązaniu z zasadą stosowania przez sąd własnego prawa, oznacza w praktyce, że przy stosowaniu rozporządzenia dana sprawa opiekuńcza może podlegać innemu prawu właściwemu niż to, które byłoby w podobnej sprawie stosowane na podstawie konwencji haskiej z 2000 r. Na przykład na tle konwencji haskiej z 2000 r. w sprawie orzekałby sąd państwa zwykłego pobytu osoby dorosłej i stosowałby własne prawo, a na gruncie rozporządzenia w podobnym stanie faktycznym orzekałby sąd zagraniczny (wyznaczony umową o jurysdykcję), który zastosowałby prawo obce. A następnie, zgodnie z konwencją haską z 2000 r. lub projektowanym rozporządzeniem, orzeczenie zagraniczne zostałoby uznane w państwie zwykłego pobytu osoby dorosłej, co oznacza, że jego status prawny zostałby materialnoprawnie inaczej określony niż status osoby, która znajduje się w podobnym położeniu, lecz nie dokonała wyboru zagranicznego sądu.

7. Uznawanie i wykonywanie orzeczeń z połowicznie autonomiczną modyfikacją między państwami członkowskimi UE — wzmianka

Zarówno konwencja haska z 2000 r., jak i projekt rozporządzenia zawierają unormowanie uznawania i wykonywania zagranicznych orzeczeń w szerokim zakresie przedmiotowym „środków ochrony” dorosłego⁸³. Ta problematyka zasadniczo nie mieści się w ramach niniejszego opracowania, skoncentrowanego na jurysdykcji krajowej i prawie właściwym. Wymaga jednak zasygnalizowania z uwagi na to, że ukształtowanie zakresu skuteczności zagranicznych orzeczeń wpływa w praktyce na zakres wykonywania jurysdykcji krajowej. „Szeroko otwarte drzwi” na skutki

⁸³ Na temat konwencji haskiej z 2000 r. — zob. P. Mostowik, *Geneza i obszary regulacji...*, s. 128—135. Odnośnie do projektu rozporządzenia — zob. P. Mostowik, *Skuteczność zagranicznego ubezwłasnowolnienia oraz zarządzeń opiekuńczych i innych środków ochrony dorosłych na tle projektowanej koegzystencji konwencji haskiej z 2000 r. oraz rozporządzenia UE (KOM 280 i 281 z 2023 r.)*, „Polski Proces Cywilny” 2023, nr 4, s. 579 i n.

np. ubezwłasnowolnienia bądź opieki lub kurateli orzeczonych za granicą oznaczają w praktyce powagę rzeczy osądzonej i brak merytorycznego rozpoznawania sprawy w kraju (odrzućcie wniosku). Problematyka ta jest też powiązana z kwestią prawa właściwego, ponieważ skuteczność zagranicznego orzeczenia (wydawanego zasadniczo na podstawie *legis fori*, o czym była mowa) oznacza w praktyce przeniesienie do kraju skutków zastosowania materialnego prawa obcego.

W obecnym proceduralnym stanie normatywnym w Polsce zastosowanie mają art. 1145 i n. k.p.c. Orzeczenie sądu zagranicznego podlega w Polsce uznaniu z mocy prawa (*ex lege*), chyba że zostanie stwierdzone inaczej w oparciu o enumeratywny katalog przesłanek negatywnych (podstaw odmowy). Jeżeli orzeczenie podlega wykonaniu, to może to nastąpić (tj. stanowi ono tytuł wykonawczy) po — uproszczonym w nowelizacji z 2009 r.⁸⁴ — stwierdzeniu wykonalności (art. 1150 k.p.c.). W toku tego postępowania tamującą rolę mogą odegrać okoliczności podobne do tych, które zahamować mogą uznanie (art. 1146 k.p.c.). Kluczowe okoliczności uzasadniające odmowę uznania albo stwierdzenia wykonalności to wyłączna jurysdykcja sądów polskich (art. 1106[1] § 2 k.p.c.); brak należytego doręczenia pisma wszczynającego postępowanie, brak możliwości obrony, wcześniejsza zawisłość tej samej sprawy przed sądem krajowym, sprzeczność z wcześniej wydanym w sprawie prawomocnym orzeczeniem sądu polskiego albo innym orzeczeniem zagranicznym uznanym oraz klauzula porządku publicznego (tj. sprzeczność uznania z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego).

Warto przy tym zauważyć, że w obecnej regulacji kodeksowej brak wymagania wzajemności między Polską a państwem wydania orzeczenia, a ponadto w kodeksie wąsko ujęty jest zakres jurysdykcji wyłącznej, o której mowa w art. 1145 § 1 pkt 2 k.p.c. Tym samym nowelizacja k.p.c. z 2008 r. oznaczała szerokie „otwarcie drzwi” na skutki zagranicznych orzeczeń, w tym dotyczących spraw osobowych i opiekuńczych osób dorosłych⁸⁵. Stan normatywny w innych państwach członkowskich UE może być inny, stąd też inaczej wypadać w nich będzie ocena projektowanych w 2023 r. rozwiązań, których celem jest wprowadzenie wzajemnego uznawania.

W rozdziale IV konwencji haskiej z 2000 r. przewidziano po pierwsze uznawanie z mocy prawa zagranicznych środków ochrony (art. 22), a po

⁸⁴ Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2008, nr 234, poz. 1571 [dalej: nowelizacja k.p.c. z 2009 r.].

⁸⁵ Zob. J. Ciszewski, w: *Komentarz*, T. VI..., 2017, s. 222; M.P. Wójcik, w: *Komentarz aktualizowany do art. 1145 k.p.c.*, LEX/el. 2020; P. Ryłski, *Komentarz do art. 1145 k.p.c.*, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. V, *Artykuły 1096—1217*, LEX/el. 2020.

drugie ich egzekwowanie po stwierdzeniu wykonalności (art. 27). Organy państwa uznania co do zasady nie są uprawnione do dokonania rewizji prawa zastosowanego przez organ, który zastosował środek, ani do badania jego materialnoprawnej zasadności (*revision au fond*)⁸⁶. Wykonanie zagranicznych środków — tj. w sytuacjach, w których „nie wystarcza” samo uznanie *ex lege* — następuje zgodnie z prawem proceduralnym państwa wykonania „w granicach przewidzianych przez to prawo” (czyli art. 1150 i n. k.p.c.).

Odmowa uznania lub wykonania jest przy tym możliwa, jeżeli w sprawie orzekł zagraniczny organ, którego jurysdykcja nie ma oparcia w rozdziale II konwencji haskiej z 2000 r. (art. 22 ust. 2 lit. a), co oznacza, że rozdział ten wyraża konstrukcję jurysdykcji pośredniej, tj. przewiduje też warunki skuteczności za granicą podejmowanego środka⁸⁷. Konwencja przewiduje również proceduralną klauzulę porządku publicznego (lit. c) i umożliwia odmowę, jeżeli uznanie jest w sposób oczywisty sprzeczne z porządkiem publicznym państwa wezwanego lub „koliduje z obowiązkiem stosowania przepisu prawa tego państwa mającego zastosowanie niezależnie od możliwości zastosowania pozostałych przepisów”. Odmowa jest ponadto możliwa, jeżeli środek został podjęty, z wyjątkiem wypadków niecierpiących zwłoki, w ramach postępowania sądowego lub administracyjnego, bez umożliwienia osobie dorosłej jej wysłuchania, przez co naruszono istotne zasady postępowania państwa uznania lub wykonania (lit. b); także kiedy środka nie da się pogodzić ze środkiem później podjętym w państwie niebędącym stroną konwencji, który spełnia warunki konieczne do uznania go w państwie wezwanym (lit. d), bądź gdy nie przestrzegano postępowania określonego w art. 33 (tj. konsultacji związanych z umieszczeniem osoby dorosłej w placówce lub innym miejscu mogącym zapewnić jej ochronę w innym umawiającym się państwie)⁸⁸.

Natomiast uznawanie i wykonywanie zagranicznych orzeczeń między państwami unijnymi jest przedmiotem rozdziału IV projektowanego rozporządzenia. Stanowi on w istocie *lex specialis* w stosunku do rozwiązań przewidzianych między unijnymi stronami konwencji haskiej z 2000 r. Przewidziano w nim najpierw, że uznanie zagranicznego orzeczenia następuje *ex lege*, a zakres wyjątków (odmowy) ujęto wąsko. Dalej (sekcja 2) przyjęto, że na potrzeby wykonania orzeczenia (środka ochrony) w innym państwie unijnym nie jest potrzebne w nim stwierdzenie wykonalności.

⁸⁶ Zob. więcej — J. Long, *Rethinking...*, s. 51—73; M.A. Torné, *Current...*, s. 1—18.

⁸⁷ Sprawozdanie wyjaśniające, s. 87.

⁸⁸ W sprawozdaniu wyjaśniającym (s. 89) zauważono, że to postanowienie „pozwała uniknąć stawiania państwa, w którym środek polegający na umieszczeniu w placówce ma zostać wykonany, przed faktem dokonany i pozwala temu państwu odmówić uznania, jeśli nie zastosowano procedury konsultacji”.

Zawężono w stosunku do konwencji katalog sytuacji, w których zagraniczne rozstrzygnięcie może nie wywołać skutków w innym państwie unijnym (art. 10). Odmowa uznania lub wykonania może mieć miejsce w razie podjęcia środka bez umożliwienia osobie dorosłej bycia wysłuchaną (lit. a), jak też z uwagi na sprzeczność z porządkiem publicznym (*ordre public*) państwa uznania lub wykonania. W motywach wprowadzających projektu założono przy tym, że sytuacje odmowy uznania mają na celu w szczególności ochronę praw podstawowych osób dorosłych⁸⁹. Odmowa jest też możliwa (lit. c) w razie sprzeczności ze środkiem podjętym wcześniej w państwie trzecim (pozaunijnym), które ma jurysdykcję w oparciu o art. 5 lub 6 konwencji haskiej z 2000 r., a który to środek podlega uznaniu w danym państwie członkowskim, a ponadto (lit. d) w przypadku niezachowania w państwie wydania środka procedury określonej w art. 14, tj. braku przedłożenia formalnego dokumentu autentycznego oraz formularza określonego w zał. 1 („atestu”).

W dalszej części rozdziału IV projektu powielono — z drobnymi zmianami redakcyjnymi bądź dostosowaniem do innego modelu wykonywania — art. 22 konwencji⁹⁰ oraz art. 27 konwencji⁹¹. Nie zamieszczono zaś postanowień podobnych do art. 24⁹² i 26⁹³ konwencji haskiej z 2000 r., które wyrażają fundamentalne zasady współczesnego ujęcia uznawania i wykonywania zagranicznych orzeczeń.

Wydaje się, że rozdział IV projektu rozporządzenia wymaga dopracowania, w tym konwencji, która by polegała albo na wyłącznie uzupełniającym brzmieniu (i niepowielaniu niektórych postanowień konwencyjnych), albo na przeniesieniu do rozporządzenia wszystkich postanowień konwencyjnych, które mają mieć zastosowanie w relacjach wewnątrzunijnych⁹⁴.

⁸⁹ Explanatory Memorandum, s. 9.

⁹⁰ „Bez uszczerbku dla postanowień art. 22 ust. 1 każda osoba zainteresowana może wystąpić do właściwych organów umawiającego się państwa z wnioskiem o wydanie orzeczenia w sprawie uznania bądź odmowy uznania środka podjętego w innym umawiającym się państwie. Postępowanie jest określone przez prawo państwa wezwanego”.

⁹¹ „Środki podjęte w umawiającym się państwie, których wykonalność stwierdzono lub które zostały zarejestrowane w celu wykonania w innym umawiającym się państwie wykonuje się tak, jakby zostały podjęte przez organy tego drugiego państwa. Wykonanie środków następuje zgodnie z prawem państwa wezwanego, w granicach przewidzianych przez to prawo”.

⁹² „Organ państwa wezwanego jest związany ustaleniami faktycznymi, na podstawie których organ państwa, w którym podjęto środek, oparł swoją jurysdykcję”.

⁹³ „Z zastrzeżeniem koniecznego badania w celu stosowania artykułów poprzedzających, organ państwa wezwanego nie dokonuje merytorycznego badania podjętego środka”.

⁹⁴ Zob. więcej — P. Mostowik, *Skuteczność zagranicznego ubezwłasnowolnienia...*, s. 579 i n.

8. Konwencyjne zaświadczenie o upoważnieniu do działania w imieniu osoby dorosłej oraz projekt europejskiego poświadczenia reprezentacji — wzmianka

W praktyce ze stosowaniem materialnego prawa właściwego związana jest kwestia wykazania tytułu do działania w sprawach osoby dorosłej. W art. 38 konwencji haskiej z 2000 r. przewidziano, że organy państwa, w którym podjęto środek ochronny lub potwierdzono uprawnienie do reprezentacji osoby dorosłej, mogą wydać osobie, której powierzono ochronę osoby dorosłej lub jej majątku, na żądanie, „zaświadczenie o jej upoważnieniu do działania oraz przysługujących jej uprawnieniach”. Wydawanie zaświadczeń nie jest przy tym obowiązkowe dla umawiającego się państwa. Państwo ma wyznaczyć organy właściwe do jego wydawania. Ważne dla obrotu międzynarodowego, też z perspektywy prawa procesowego i materialnego, jest to, że upoważnienie i uprawnienia określone w zaświadczeniu traktuje się jako powierzone danej osobie od dnia wydania zaświadczenia, chyba że istnieją dowody, które temu przeczą⁹⁵. Trzeba mieć przy tym na względzie, że — podobnie jak przy uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń, o czym była mowa — zaświadczenie może obejmować rozwiązania prawne nieznane danemu państwu, np. pełnomocnictwa opiekuńczego, udzielanego na wypadek przyszłych zaburzeń psychicznych, i dotyczyć określonych działań o charakterze osobistym i majątkowym (którego wprowadzenie i w Polsce jest rozważane)⁹⁶. Dyskutowane jest też wprowadzenie instytucji pełnomocnika medycznego na wypadek przyszłego leczenia⁹⁷. Mimo że leczenie *prima facie* nie mieści się w zakresie zastosowania konwencji, to takie umocowanie (reprezentację) można by kwalifikować jako „środek ochrony” w rozumieniu art. 1, o czym była mowa.

⁹⁵ W tłumaczeniu P. Mostowika i P. Symelona: „1. Organy umawiającego się państwa, w którym środek ochrony został podjęty lub potwierdzone upoważnienie do reprezentowania, mogą wystawić każdej osobie, której powierzono ochronę osoby dorosłego lub jego majątku, na jej wezwanie, świadectwo wskazujące jej upoważnienie i uprawnienia, które zostały jej przyznane. 2. Upoważnienie i uprawnienia wykazane świadectwem uważane są za ustanowione od daty wystawienia świadectwa, gdy nie przedstawiono dowodu przeciwnego. 3. Każde umawiające się państwo wyznacza organy upoważnione do wystawienia świadectwa”.

⁹⁶ Zob. Projekt ustawy o zmianie ustawy — Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, UD395, <https://www.gov.pl/web/premier/projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy--kodeks-cywilny-oraz-niektorych-innych-ustaw> [Dostęp: 31.01.2024 r.].

⁹⁷ Np. Raport zespołu ds. ochrony praw człowieka w kontekście rozwoju nauk biologicznych i medycznych. Węzłowe problemy oświadczeń *pro futuro* ze szczególnym uwzględnieniem pełnomocnictwa medycznego, Warszawa, 22 czerwca 2017, s. 9—10.

Zaświadczenie wydaje się przydatne dla dokonywania czynności prawnych z udziałem osoby dorosłej oraz uczestniczących w nim osób trzecich, tj. z szerszej perspektywy obrotu cywilnoprawnego. Upoważnienie do działania zamiast lub wspólnie z osobą dorosłą może obejmować zarówno osoby specjalnie w tym celu ustanowione (np. opiekuna prawnego, kuratora, asystenta) lub samą osobę dorosłą (pełnomocnika na wypadek niesamodzielności i potrzeby pomocy w prowadzeniu spraw oraz ochrony w obrocie cywilnoprawnym i postępowaniach przed sądami i organami), jak i osoby, którym takie uprawnienia (i ewentualne obowiązki) przysługują z mocy prawa danego państwa konwencyjnego. Jako przykład tego ostatniego można by podać pozycję prawną małżonka lub partnera rejestrowanego związku. Podzielić trzeba stanowisko o sprzeczności co do zasady prawa niektórych państw z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego, w tym konstytucyjnego⁹⁸, np. małżeństwa rozumianego inaczej niż związek jednej kobiety oraz jednego mężczyzny. Należy jednak w tym miejscu wyrazić pogląd, że akurat przyznanie wyrzykowej skuteczności w zakresie omawianych praw i obowiązków (jako konwencyjnych środków ochrony), które zostałyby ujęte za granicą w omawianym zaświadczeniu, niekoniecznie byłoby z zasady sprzeczne z polskim *ordre public*. Z dużą dozą prawdopodobieństwa trzeba przyjąć, że druga strona np. rejestrowanego związku partnerskiego byłaby w praktyce odpowiednia do sprawowania opieki lub reprezentacji, a w razie potrzeby w konkretnym przypadku takie obowiązki lub uprawnienia mogłyby zostać *in casu* wyłączone⁹⁹.

W sprawozdaniu wyjaśniającym stwierdzono: „W przypadku gdy chodzi o osobę dorosłą, a tym bardziej jej majątek, praktycy odczuwają potrzebę posiadania pewnej gwarancji. Uznano, że zaświadczenie mające skutek dowodowy we wszystkich umawiających się państwach pozwoliłoby

⁹⁸ Zob. P. Mostowik, *Kilka uwag o ochronie małżeństwa na tle Konstytucji i prawa międzynarodowego*, w: *Wokół problematyki małżeństwa w aspekcie materialnym i procesowym*, red. J.M. Łukasiewicz, A.M. Arkuszewska, A. Kościółek, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń, 2017, s. 45 i n.

⁹⁹ Do podobnego skutku, jaki przewidywać mogą zagraniczne przepisy o małżeństwie, mogłoby prowadzić udzielone za granicą pełnomocnictwo, o którym mowa w art. 15 konwencji z 2000 r. Stąd skutek małżeństwa, zawartego drogą złożenia oświadczenia nakierowanego na wywołanie m.in. takiego upoważnienia (w istocie pobocznego), można by zaakceptować, mimo zasadniczego braku akceptacji innego rozumienia małżeństwa niż określone w art. 18 Konstytucji RP. Ponadto w danym stanie faktycznym niekiedy trudno będzie faktycznie wymagać, by zamężna osoba dorosła takiego pełnomocnictwa dodatkowo udzieliła, skoro przekonana jest o takim ustawowym skutku z mocy prawa i może nie spodziewać się potrzeby przedłożenia stosownego zaświadczenia w przyszłości za granicą w innym państwie konwencyjnym.

uniknąć zarówno kosztów, jak i sporów”¹⁰⁰. Jeżeli zaświadczenie nie zostanie zakwestionowane, to osoba trzecia może w pełni bezpiecznie zawierać umowy (dokonywać czynności prawnych) z osobą wskazaną w zaświadczeniu w granicach jej uprawnień. Skutek dowodowy jest przy tym ograniczony do dnia, w którym sporządzono zaświadczenie, ponieważ „nie może ono gwarantować, że uprawnienia, które wówczas istniały, pozostaną w mocy w przyszłości”¹⁰¹. Zauważono też, że potwierdzenie, w zależności od formy i treści, może być środkiem ochrony objętym zakresem art. 3 konwencji z 2000 r. Może być udzielane przez organ właściwy na mocy konwencji, ale wyjątkowo odnosić się do prawa państwa pozakonwencyjnego. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 2 pełnomocnictwo może zostać poddane prawu innemu niż państwa, którego organy mają jurysdykcję zgodnie z konwencją. Wówczas, za sprawozdaniem, „przedstawiciela nie wolno pozbawić możliwości uzyskania potwierdzenia jego uprawnień, na przykład przez właściwy organ państwa, którego prawo jest prawem właściwym w przypadku zaświadczenia”¹⁰².

Wzór (formularz) zaświadczenia nie został zawarty w samej konwencji haskiej z 2000 r. Grupa robocza opracowała wzór, który potem załączono do sprawozdania wyjaśniającego. Celowo nie włączono go do konwencji, żeby nie krępować praktyki. Założono, że wzór zaświadczenia zostanie przekazany państwom, a Stałe Biuro HKPPM zaleci umawiającym się państwom korzystanie z niego. Nie stanowi on jednak formalnie części konwencji haskiej z 2000 r.¹⁰³ W 2022 r. sporządzono natomiast dokument roboczy dotyczący sposobu potwierdzania upoważnienia na potrzeby omawianego zaświadczenia¹⁰⁴. Wśród delegatów pojawiła się przy tym wątpliwość dotycząca rozumienia sformułowania „potwierdzone upoważnienie do reprezentacji” (*a power of representation confirmed*). Stąd grupa robocza, która została powołana do opracowania podręcznika praktycznego do konwencji haskiej z 2000 r. (*practical handbook*), opracowała dokument z propozycjami wyjaśnień¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Dodano, że: „w stosownych przypadkach w zaświadczeniu można w negatywny sposób określić uprawnienia, których ta osoba nie posiada. Na przykład można określić, że przedstawiciel ustawowy osoby dorosłej mający miejsce zwykłego pobytu w Stanach Zjednoczonych nie jest uprawniony do zarządzania majątkiem, który ta osoba dorosła posiada w państwie trzecim”.

¹⁰¹ Sprawozdanie wyjaśniające, s. 96—97.

¹⁰² Zob. więcej — sprawozdanie wyjaśniające, przyp. 95bis.

¹⁰³ Sprawozdanie wyjaśniające, s. 27—29.

¹⁰⁴ Permanent Bureau, Confirmation of powers of representation for the purposes of the certificate issued under Article 38, Prel. Doc. No 11 of October 2022, <https://assets.hcch.net/docs/60a4702a-6612-440d-b7d6-3007b3c857ec.pdf> [Dostęp: 31.01.2024 r.].

¹⁰⁵ Ibidem, pkt 7: „The SC recommended the use of the model form certificate (Art. 38) adopted by the 1999 Special Commission of a Diplomatic Character”.

W rozdziale VII projektu rozporządzenia UE z 2023 r. został natomiast przewidziany formularz „europejskiego zaświadczenia o reprezentacji”, wraz z rozbudowaną regulacją. Należy go widzieć jako element — wzmiankowanej niżej — pomocy sądowej oraz współpracy międzypaństwowej w toku międzynarodowego postępowania cywilnego. Jednak wywołuje on też pewne skutki materialnoprawne (powiązane z wyznaczeniem prawa właściwego), w tym w obrocie cywilnoprawnym z osobami trzecimi. Został ujęty jako dokument opcjonalny, który — podobnie jak we wcześniejszych rozporządzeniach „brukselskich” — nie zastępuje w państwach członkowskich dotychczasowych procedur i poświadczeń. Ma on przysłużyć się łatwemu i skutecznemu wykonywaniu praw i obowiązków przez podmioty upoważnione do ochrony dorosłych. Projekt stanowi *de facto* powrót do — omówionych wyżej — art. 38 konwencji haskiej z 2000 r. i debat toczonych przy okazji jej stosowania oraz późniejszych postulatów jej uzupełnienia. Zgodnie z art. 39—40 w zaświadczeniu wskazuje się, jakimi uprawnieniami dysponuje przedstawiciel osoby dorosłej, a także wszelkie ograniczenia takich uprawnień lub powiązane z nimi warunki. Zaświadczenie wywołuje skutki we wszystkich państwach członkowskich bez wymogu stosowania jakiegokolwiek szczególnej procedury. Przy tym domniemuje się, że stwierdza okoliczności, które ustalono na mocy prawa właściwego, a osoba wymieniona w zaświadczeniu jako przedstawiciel osoby dorosłej jest uprawniona, co ma skutki też dla osób trzecich¹⁰⁶.

9. Kwestia rejestru środków opiekuńczych — wzmianka

Również z uwagi na materialnoprawne skutki projektowanego rejestru w praktyce warto zasygnalizować rozdział VIII projektowanego rozporządzenia UE. Przewidziano w nim usprawnienie przekazywania informacji o ochronie osoby dorosłej właściwym organom w UE. Służyć temu ma „rejestr środków ochrony” podjętych przez władze danego państwa oraz uprawnień do reprezentacji potwierdzonych przez kompetentny organ, który wymaga osobnego zasygnalizowania. Ustandaryzowany formularz

¹⁰⁶ Zgodnie z art. 1144[1] k.p.c., jeżeli prawo Unii Europejskiej lub wiążąca Polskę umowa międzynarodowa przewiduje wydanie zaświadczenia lub wyciągu na potrzeby uznania lub stwierdzenia wykonalności orzeczenia (lub ugody, lub innego tytułu egzekucyjnego za granicą), zaświadczenie takie lub wyciąg taki wystawia, stosując formularz określony w tych przepisach, na wniosek zainteresowanego, przewodniczący w sądzie, który wydał orzeczenie (lub zatwierdził ugodę, lub przed którym ugoda została zawarta).

europiejskiego certyfikatu reprezentacji zawiera zał. III projektu rozporządzenia UE.

Zgodnie z art. 45 projektu rozporządzenia państwo członkowskie ma stworzyć rejestr „informacji dotyczących środków ochrony” oraz — jeżeli prawo krajowe tych państw przewiduje potwierdzenie uprawnień do reprezentacji przez właściwy organ — rejestr takich uprawnień. W informacjach zawartych w tych rejestrach uwzględnia się obowiązkowo m.in. dane osoby dorosłej oraz informacje o zastosowaniu środka ochrony (w przedmiotowym znaczeniu omówionym wyżej) albo przyznaniu uprawnienia do reprezentacji, wraz z odpowiednimi datami. Opcjonalnie mogą się w nim znaleźć dodatkowe dokumenty lub informacje, np. imię i nazwisko przedstawiciela lub charakter i zakres reprezentacji.

W uzasadnieniu projektu napisano, że państwo uczestniczące w rozporządzeniu jest zobowiązane „do utworzenia co najmniej jednego rejestru środków przyjętych przez ich organy”. Wyjaśniono tam też, że krajowe rejestry mają zostać połączone w sieć ogólnounijną:

Jeżeli w prawie krajowym przewidziano uprawnienia do reprezentacji potwierdzone przez właściwy organ, państwa członkowskie muszą ustanowić rejestr tych potwierdzonych uprawnień do reprezentacji. Państwa członkowskie muszą również zapewnić, by rejestry te, jak również wszelkie inne istniejące rejestry uprawnień do reprezentacji ustanowione na mocy prawa krajowego, połączono wzajemnie za pośrednictwem opracowanego przez Komisję systemu integracji. Do rejestru należy wprowadzić minimalny zbiór danych zapewniający właściwym organom innych państw członkowskich wystarczające informacje o istnieniu w odniesieniu do osoby dorosłej środka lub uprawnień do reprezentacji¹⁰⁷.

W projektowanych motywach wprowadzających 44—45 do rozporządzenia założono, że rejestr środków ochrony ma obejmować „obowiązkowe informacje na temat środków przyjętych przez organy państw członkowskich oraz — jeżeli ich prawo krajowe przewiduje potwierdzenie uprawnień do reprezentacji przez właściwy organ — obowiązkowe informacje dotyczące tych potwierdzonych uprawnień do reprezentacji”. Napisano też:

Aby zagwarantować odpowiedniość informacji przekazywanych za pośrednictwem systemu wzajemnego połączenia, nie należy zabraniać państwom członkowskim ujawniania za pośrednictwem systemu wzajemnego połączenia dodatkowych informacji oprócz informacji obowiązkowych. W szczególności państwa członkowskie powinny mieć możliwość udostępniania za pośrednictwem systemu wzajemnego połączenia informacji na temat charakteru środka, imienia i nazwiska przedstawiciela lub danych historycznych dotyczących środków i uprawnień do reprezentacji zarejestrowanych przed rozpoczęciem stosowania niniejszego rozporządzenia.

¹⁰⁷ KOM 280 z 2023 r., uzasadnienie projektu, s. 8.

Warto przede wszystkim odnotować, że z perspektywy prawa polskiego projektowany rejestr byłby sporą nowością. Brak bowiem obecnie publicznego rejestru ubezwłasnowolnień lub opiekunów. Na zakres przedmiotowy rejestru wpływa szerokie ujęcie konwencyjnych i członkowskich „środków ochrony” — którymi są zarówno orzeczenia sądowe (ubezwłasnowolnienie, ustanowienie opiekuna), jak i decyzje organów publicznych w pilnych sprawach — jak też jednostronne lub dwustronne czynności prawne (np. z umowy lub pełnomocnictwa), a nawet skutki z mocy prawa określonych instytucji prawa osobowego lub rodzinnego (np. małżeństwa). Warto zwrócić uwagę, że informacje, które projektuje się rejestrować i udostępniać — co najmniej pośrednio — są danymi sensytywnymi¹⁰⁸. Na podstawie generalnego faktu umieszczenia w takim rejestrze informacji o środku dotyczącym danej osoby można bowiem domniemywać, że dotknęły ją problemy zdrowotne (przeważnie o charakterze psychicznym). Jednocześnie mają one pozytywne wpływ na pewność obrotu prawnego z osobami trzecimi, które dzięki takim informacjom nie będą „zaskoczone” skutkami ograniczonej zdolności (lub jej braku) ich kontrahentów. *Prima facie* wydaje się, że gromadzenie tych danych, pochodzących nie tylko z orzeczeń sądowych, nie jest zadaniem prostym, informacje te mają bowiem różną genezę (tj. nie wynikają tylko z orzeczeń sądowych). Wydaje się, że z perspektywy danego państwa członkowskiego powstaje przy tym problem, czy w ten sposób rejestrowane miałyby być wszystkie takie okoliczności, czy tylko te, w których na jakimś etapie powstaje cecha transgraniczności i ewentualna potrzeba ich wykorzystania za granicą.

10. Uwagi końcowe

Szeroki zakres przedmiotowy konwencji i projektu rozporządzenia (pojęcia „środek ochrony”) oznacza, że omawiane rozwiązania mają znaczenie z perspektywy nie tylko ograniczenia zdolności osoby dorosłego (tj. jego ubezwłasnowolnienia całkowitego lub częściowego bądź podobnych instytucji) oraz jego reprezentacji w takiej sytuacji (w szczególności ustanowienia i funkcjonowania opiekuna lub kuratora), lecz także obrotu

¹⁰⁸ Wydaje się, że nie zapobiega temu art. 54 ust. 2 projektu (w rozdziale X *Ochrona danych*), zgodnie z którym „Przetwarzanie danych osobowych na podstawie rozdziału VIII ogranicza się do zakresu niezbędnego do celów usprawnienia transgranicznego przekazywania informacji dotyczących środków lub uprawnień do reprezentacji dotyczących konkretnej osoby dorosłej”.

cywilnoprawnego z osobami trzecimi w sprawach majątkowych. Odnoszą się bowiem też do reprezentacji, tj. przedstawicielstwa ustawowego albo pełnomocnictwa, bądź innego współudziału przy prowadzeniu spraw majątkowych (np. kiedy czynności prawne są dokonywane za pośrednictwem reprezentanta osoby dorosłej albo przez nią łącznie z inną osobą lub podmiotem instytucjonalnym), jak również toku postępowania sądowego w sprawach cywilnych.

W państwach-stronach konwencji haskiej z 2000 r. następuje ujednolicenie norm jurysdykcyjnych, kolizyjnych, zasad uznawania i wykonywania orzeczeń oraz współpracy międzypaństwowej w sprawach o ubezwłasnowolnienie oraz opiekę lub kuratelę bądź dotyczących podobnych funkcjonalnie instytucji prawnych. Projektowane rozporządzenie unijne te zasady uzupełnia lub modyfikuje w skali regionalnej, co skutkuje powstaniem dwóch płaszczyzn ujednolicenia — jednej globalnej i drugiej zmodyfikowanej regionalnie.

Konwencyjne szerokie ujęcie „środka ochrony” może stanowić z krajowej perspektywy pewne *novum*, ponieważ konwencja haska z 1905 r. jest rzadko stosowana, a na tle prawa krajowego ubezwłasnowolnienie oraz opieka i kuratela bywają postrzegane osobno (i materialnoprawnie, i procesowo). Jednak z perspektywy praktycznej i dobra osoby dorosłej może łącznie dobrze oddawać sedno sprawy. M. Pazdan zauważa, że „ubezwłasnowolnienie jest ze swej natury przedsięwzięciem o charakterze opiekuńczym”¹⁰⁹. Dodać można, że samo ubezwłasnowolnienie lub podobne orzeczenie (z krajowej perspektywy kojarzące się z sądem cywilnym) nie stanowi pełnego załatwienia życiowej sprawy (potrzeb) osoby dorosłej. Niejako „rewersem” (powiązany elementem, koniecznym w obrocie cywilnoprawnym) jest pomoc danej osobie dorosłej w „powrocie” do uczestniczenia w tym obrocie oraz jej ochrona (np. z pomocą lub za pośrednictwem opiekuna, kuratora lub asystenta), w tym funkcjonowanie instytucji kurateli i opieki (kojarzące się z sądem rodzinnym). We współczesnym prawie prywatnym nie występuje „śmierć cywilna” danej osoby, a ograniczenie lub pozbawienie zdolności do czynności prawnych nie ma na celu wykluczenia danej osoby (i jej majątku) z obrotu cywilnoprawnego z udziałem osób trzecich. Również dla tych osób takie wykluczenie wywoływałoby negatywne skutki, ponieważ nie mogłyby np. dochodzić wykonania umowy lub odszkodowania bądź dbać o własne sprawy majątkowe, które *in concreto* pozostawałyby w kolizji ze sprawami majątku osoby ubezwłasnowolnionej. Stąd niejako powiązaną i pożądaną częścią regulacji danej

¹⁰⁹ M. Pazdan, *Zdolność do czynności prawnych...*, s. 88 — przy okazji stanowiska o zaliczeniu na tle ustawy p.p.m. z 1965 r. ubezwłasnowolnienia do zakresu statutu opieki, a nie statutu zdolności. Trzeba jednak odnotować, że w ustawie p.p.m. z 2011 r. opiekę i ubezwłasnowolnienie regulują osobne przepisy, sygnalizowane wcześniej.

sytuacji życiowej jest ustanowienie dla osoby dorosłej opiekuna, kuratora lub asystenta oraz ich funkcjonowanie w obrocie cywilnoprawnym z osobami trzecimi. Być może to spostrzeżenie, wraz z pielęgnowaniem zasady, że prawo nie powinno mnożyć bytów ponad potrzebę, doprowadzi w przyszłości do materialnego i procesowego postrzegania tych aspektów jako jednej sprawy, określonej np. jako orzeczenie środków „ochrony” lub „wsparcia”.

Pomysł dodatkowego rozporządzenia UE (modyfikacji konwencji z 2000 r. „na potrzeby” państw unijnych) wydaje się bardziej uzasadniony w obszarze wzajemnego uznawania i wykonywania orzeczeń, jak też w obszarze wzajemnej pomocy sądowej i współpracy międzypaństwowej, które zostały powyżej jedynie wzmiankowane. W „klubie” państw unijnych, którego skład jest znany i opiera się m.in. na zaufaniu do funkcjonowania wymiarów sprawiedliwości, można — w stosunku do potencjalnie globalnego kręgu konwencji haskiej z 2000 r. — nieco więcej przewidzieć na przyszłość, a tym samym dokładniej omawiane kwestie uregulować. Z pewnością projektowane europejskie poświadczenie reprezentacji oraz krajowe rejestry środków ochrony wymagają dokładnego przemyślenia, w tym z perspektywy szerokiego zakresu przedmiotowego spraw, których mają dotyczyć, jak też wyzwań organizacyjnych. Rozdziały o pomocy sądowej i współpracy międzypaństwowej stanowią zasadniczo najwartościowszą część projektu rozporządzenia, ponieważ z istoty w tych obszarach możliwe jest uzyskanie „wartości dodanej” dla relacji między państwami członkowskimi. Można odnośnie do nich — podobne jak po lekturze przepisów o uznawaniu i wykonywaniu — mieć wrażenie, że niekiedy niepotrzebnie przeniesiono do nich rozwiązania i tak zawarte w konwencji haskiej z 2000 r. Wydaje się, że ta część projektu wymaga pewnego dopracowania redakcyjnego oraz redukcji przepisów (tj. pozostawienia w rozporządzeniu tych, które stanowią uzupełnienie lub modyfikację konwencji haskiej z 2000 r.).

W razie ratyfikacji przez Polskę konwencji haskiej z 2000 r. *de facto* nie nastąpiłaby gruntowna zmiana stanu normatywnego odnośnie do norm jurysdykcyjnych i kolizyjnych w sytuacjach orzekania w sprawie dorosłego przez sąd polski. Częściej jednak w sprawie, w tym ściśle związanej faktycznie (osobowo lub majątkowo) z Polską, orzekałby sąd innego państwa, a przy tym zastosowanie znajdowałoby prawo obce. Pewne różnice występują między krajowymi i konwencyjnymi regułami uznawania i wykonywania zagranicznych orzeczeń oraz w zakresie międzynarodowej pomocy sądowej. Dalej idące, częściowo dyskusyjne, zmiany prawa w tym obszarze wywołać może natomiast projektowane rozporządzenie unijne.

Obecne krajowe rozwiązania jurysdykcyjne cechują się szerokim ujęciem międzynarodowej właściwości polskich sądów, ponieważ przesądzić

o niej może nie tylko obywatelstwo osoby dorosłej, lecz także jej zamieszkanie i zwykły pobyt, a nawet — w sprawach opiekuńczych — samo przebywanie, położenie majątku lub inne powiązanie. Wykonywanie jurysdykcji jest powiązane z szerokim zastosowaniem w sprawie prawa polskiego. Na tle konwencji oraz projektu rozporządzenia kluczowe znaczenie ma zwykły (stały) pobyt osoby dorosłej, ale przewidziano możliwość przekazania sprawy. Krajowe normy jurysdykcyjne, z uwagi na ich jednokierunkowy charakter, nie mogą gwarantować skutecznej współpracy międzypaństwowej celem przekazania sprawy do innego państwa dla dobra osoby dorosłej, w tym z uwzględnieniem interesu osoby sprawującej pieczę. Z istoty taki wielostronny skutek może przynieść prawo jednolite, tj. umowa międzynarodowa lub rozporządzenie unijne. Wątpliwości wywołuje natomiast projektowana modyfikacja konwencyjnych norm jurysdykcyjnych przez rozporządzenie. *Prima facie* nieuzasadniony wydaje się projektowany wybór jurysdykcji państwa niezwiązanego ze sprawą (a za nim — z uwagi na zasadę stosowania własnego prawa — pośrednio wybór takiego prawa właściwego dla sprawy). Co prawda oddaje on tendencję poszerzania zakresu autonomii woli stron, ale nie będzie często wykorzystywany w praktyce¹¹⁰. Nie współgra on z konwencyjnymi regułami przekazania sprawy do innego państwa ani z przepisami dotyczącymi wyboru prawa, które określają katalog tylko tych państw, z którymi sytuacja faktyczna jest powiązana. Prowadzi przy tym do marginalizacji obszaru prawnego, z którym osoba dorosła jest najściślej związana. Z perspektywy krajowej warto dodać, że projekt znosi jurysdykcję wyłączną sądów polskich odnośnie do ubezwłasnowolnienia obywatela polskiego, który w kraju ma miejsce zamieszkania.

Zarówno krajowe, jak i konwencyjne normy kolizyjne prowadzą do zastosowania prawa polskiego dla ubezwłasnowolnienia oraz opieki i kurateli w razie orzekania przez sąd polski (też w sytuacji oparcia jurysdykcji na innej podstawie niż obywatelstwo, np. zamieszkanie lub zwykły pobyt). Podobny efekt — tj. właściwość *legis fori* — wynika z konwencji haskiej z 2000 r. Obowiązywanie w grupie państw takich samych norm kolizyjnych co do zasady może wywierać skutki pozytywne¹¹¹, ponieważ

¹¹⁰ Wydaje się, że nie są częste w praktyce sytuacje, w których dana osoba w okresie pełni sił (tj. braku potrzeby środków ochrony) będzie mieć interes w tym, żeby jej sprawami (np. ubezwłasnowolnieniem lub ustanowieniem opiekuna prawnego) zajmował się nie sąd państwa, w którym zamieszkuje teraz lub w przyszłości, ale sąd lub organ innego państwa.

¹¹¹ Zob. M. Czepelak, *The experience concerning the application of community instruments in the recent European Union Member States*, in: *Latest Developments in EU Private International Law*, eds. B. Campuzano Diaz, M. Czepelak, A. Rodriguez Benot, A. Rodriguez Vázquez, Intersentia, Cambridge—Antwerp—Portland, 2011, s. 49—61.

proceedzi do oceny sytuacji prywatnoprawnej (i orzekania przez sądy różnych państw) w danej sprawie (np. dorosłego) na podstawie tego samego prawa materialnego (cywilnego lub rodzinnego), tj. wyznaczonego tym samym „drogowskazem” kolizyjnym¹¹².

Powyższe uwagi uzasadniają wstępne stanowisko o zasadniczo pozytywnych skutkach przystąpienia Polski do konwencji haskiej z 2000 r., do czego państwa członkowskie mają być upoważnione na tle projektu zawartego w dokumencie KOM nr 281 z 2023 r. Natomiast projektowane dodatkowo (w dokumencie KOM nr 280 z 2023 r.) wydanie rozporządzenia uzupełniającego i modyfikującego konwencję rodzi uwagi zarówno pozytywne (w szczególności odnośnie do intensyfikacji pomocy sądowej i współpracy międzynarodowej), jak i krytyczne (np. odnośnie do projektowanej modyfikacji konwencyjnych zasad jurysdykcji oraz sposobu zredagowania przepisów o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń).

Podsumowując, na pozytywną ocenę zasługuje zasadniczo dążenie do zwiększenia kręgu państw konwencyjnych i uczestnictwo państw unijnych, co oznacza też ratyfikowanie konwencji haskiej z 2000 r. przez Polskę. Pewne wątpliwości rodzi natomiast dążenie do jednoczesnej modyfikacji drogą rozporządzenia unijnego. Pomysł projektu rozporządzenia unijnego z 2023 r., mającego uzupełnić oraz modyfikować umowę międzynarodową na potrzeby regionalnej organizacji integracji gospodarczej, można by *prima facie* ocenić pozytywnie. Jednak szczegółowe przyjrzenie się projektowi rozporządzenia z 2023 r. prowadzi do wniosku, że powinien on zostać „odciążony” i przeredagowany, ponieważ zawiera częściowo rozwiązania zarówno pożądane dla współpracy judycjalnej między państwami członkowskimi, jak i niepotrzebne lub dyskusyjne. Uwzględniając warianty działań legislacyjnych opisane w sprawozdaniu z oceny skutków (dokument 10108/23ADD), warto by postulować zmianę zaproponowanego sposobu działania legislacyjnego. Racjonalniejsze wydaje się temporalne rozróżnienie obu planowanych działań (projektów) w ramach wariantu 4: najpierw podejmowanie działań zmierzających do przystąpienia do konwencji haskiej z 2000 r. oraz zebranie kilkuletnich doświadczeń z jej funkcjonowania, też między państwami członkowskimi, a następnie, w dłużej

¹¹² Okoliczność, że różnice kulturowe, religijne i obyczajowe praw materialnych na świecie przemawiają za podjęciem działań unifikacyjnych dotyczących raczej norm kolizyjnych niż materialnych, zauważa T. Sokołowski, *Europejskie prawo rodzinne — pojęcie, zakres, źródła oraz wykładnia*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 5, s. 4 i n. Wówczas w każdym państwie podstawą rozstrzygnięcia (wyroku) takiej samej sprawy (a nawet — w razie przysługiwania kilku państwom jurysdykcji przemiennej — tej samej sprawy) byłoby to samo prawo materialne. Jest inaczej, ponieważ różne normy kolizyjne w różnych państwach mogą prowadzić do oceny materialnoprawnej danej sytuacji życiowej na podstawie innych (a tym samym potencjalnie różnych) kodeksów cywilnych lub rodzinnych.

perspektywie czasowej, wzięcie pod uwagę doświadczeń ze stosowania samej konwencji na terytorium UE oraz rozważenie wówczas uzupełnienia lub modyfikacji wewnątrzunijnej współpracy sądowej w tych sprawach. Doświadczenia stosowania konwencji haskiej z 2000 r. mogą bowiem — po pierwsze — zweryfikować tezę o potrzebie „poprawy” jej funkcjonowania, a po drugie — precyzyjnie określić, w których obszarach byłoby to pożądane dla dobra osób dorosłych i ich opiekunów oraz transgranicznego obrotu cywilnoprawnego.

Bibliografia

- Czepelak M., *The experience concerning the application of community instruments in the recent European Union Member States*, in: *Latest Developments in EU Private International Law*, eds. B. Campuzano Diaz, M. Czepelak, A. Rodriguez Benot, A. Rodriguez Vázquez, Intersentia, Cambridge—Antwerp—Portland, 2011.
- Czepelak M., *Międzynarodowe prawo zobowiązań w Unii Europejskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2012.
- Czepelak M., *Would We Like to Have a European Code of Private International Law?*, „European Review of Private Law” 2010, vol. 18, issue 4.
- Domański M., *Konwencja ONZ o prawach osób niepełnosprawnych w interpretacji Komitetu do spraw praw osób niepełnosprawnych a podstawowe instytucje prawa cywilnego*, „Prawo w Działaniu” 2019, t. 40.
- Ereciński T. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. VI, *Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, wyd. V, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017.
- Frimston R., *The 2000 Adult Protection Convention — sleeping beauty or too complex to implement?*, in: *The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law*, eds. T. John, R. Gulati, B. Köhler, Edward Elgar Publishing, Cheltenham—Northampton, 2020.
- Gudowski J., *Ubezważnowolnienie — relikty normatywny czy przejaw prawnego obskurantyzmu?*, w: *Ius et Ratio. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Elżbiecie Skowrońskiej-Bocian*, red. W. Borysiak, A. Gołaszewska, M. Olechowski, J. Wierciński, Wolters Kluwer, Warszawa, 2022.
- von Hein J., *The role of the HCCH in shaping private international law*, in: *The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law*, eds. T. John, R. Gulati, B. Köhler, Edward Elgar Publishing, Cheltenham—Northampton, 2020.
- Jakubecki A., Bodio J., Demendecki T., Marcewicz O., Telenga P., Wójcik M.P. (red.), *Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 17 listopada*

- 1964 r. — *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany do art. 1107 k.p.c.*, LEX/el. 2020.
- Juryk A., *The Protection of Adults in Private International Law*, „Silesian Journal of Legal Studies” 2016, vol. 8.
- Lagarde P., *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention*, in: Hague Conference on Private International Law, *Proceedings of the Eighteenth Session, 30 September to 10 October 1996*, Tome II, *Protection of children*, Hague Conference of Private International Law, 1998.
- Lagarde P., *Konwencja z dnia 13 stycznia 2000 r. o międzynarodowej ochronie dorosłych. Sprawozdanie wyjaśniające Paula Lagarde’a. Konwencja i zalecenie przyjęte przez komisję specjalną o charakterze dyplomatycznym*, Haska Konferencja Prawa Prywatnego Międzynarodowego, Haga, 2017.
- Long J., *Rethinking Vulnerable Adults’ Protection in the light of the 2000 Hague Convention*, „International Journal of Law, Policy and the Family” 2013, vol. 27, issue 1, <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebz016>.
- Lubiński K., *Jurysdykcja krajowa w sprawach o ubezwłasnowolnienie*, „Państwo i Prawo” 1978, nr 11.
- Lush D., *The Civil Law and the Common Law approaches to the protection of adults*, in: *The International Protection of Adults*, eds. R. Frimston, A. Ruck Keene, C. van Overdijk, A.D. Ward, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Mańko R., *Kompetencje Unii Europejskiej w dziedzinie prawa prywatnego w ujęciu systemowym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2016, nr 1.
- Maczyński A., *Statut personalny osób fizycznych. Refleksje de lege lata i de lege ferenda*, w: *Leges Sapere. Studia i prace dedykowane Profesorowi Januszowi Sondłowi w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*, red. W. Uruszczak, P. Święicka-Wystrychowska, A. Kremer, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków, 2008.
- Mostowik P., *Bilateralne umowy międzynarodowe o obrocie cywilnoprawnym z zagranicą*, w: *Międzynarodowe prawo rodzinne*, red. P. Mostowik, Wolters Kluwer, Warszawa, 2023.
- Mostowik P., *Geneza i obszary regulacji Konwencji haskiej z 2000 r. o ochronie osób dorosłych z uwzględnieniem kontekstu międzynarodowego*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa, 2023, <https://iws.gov.pl/analizy-i-raporty/raporty>.
- Mostowik P., *Kilka uwag o ochronie małżeństwa na tle Konstytucji i prawa międzynarodowego*, w: *Wokół problematyki małżeństwa w aspekcie materialnym i procesowym*, red. J.M. Łukasiewicz, A.M. Arkuszewska, A. Kościółek, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń, 2017.
- Mostowik P., *Kwestia przystąpienia przez Polskę do rozporządzenia unijnego Rzym III*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2016, nr 10.
- Mostowik P., *Kwestia wymagania międzynarodowego charakteru sytuacji dla stosowania norm jurysdykcyjnych i kolizyjnych*, w: *Verba volant, scripta manent. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Bogusławowi Gnelli*, red. A. Kaźmierczyk, K. Michałowska, M. Szaraniec, Wolters Kluwer, Warszawa, 2023.

- Mostowik P., *Międzynarodowe prawo prywatne i postępowanie cywilne w dekadę po wejściu w życie Traktatu Amsterdamskiego*, „Przegląd Sądowy” 2010, nr 2.
- Mostowik P., Niedźwiedź M., *International Conventions Concluded by the European Union after the ECJ ‘Lugano II Opinion’ of 2006. An Alternative or Complementary to EU Regulations Path to Unification of Private International Law?*, „Polish Review of International and European Law” 2012, vol. 1, issue 1—2.
- Mostowik P., *Refleksje o współczesnym prawie prywatnym międzynarodowym na tle ujęcia „jurysdykcji krajowej zewnętrznej” F. Słotwińskiego z 1838 r.*, w: *Prawne zagadnienia międzynarodowego obrotu cywilnego i handlowego*, red. E. Figura-Góralczyk, R. Flejszar, B. Gnela, P. Mostowik, C.H. Beck, Warszawa, 2023.
- Mostowik P., *Skuteczność zagranicznego ubezpieczania oraz zarządzeń opiekuńczych i innych środków ochrony dorosłych na tle projektowanej koegzystencji konwencji haskiej z 2000 r. oraz rozporządzenia UE (KOM 280 i 281 z 2023 r.)*, „Polski Proces Cywilny” 2023, nr 4.
- Mostowik P., Sondel-Maciejewska K., *Materialnoprawne rezultaty unijnej współpracy sądowej w sprawach rodzinnych?*, w: *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*, red. J. Poczobut, Wolters Kluwer, Warszawa, 2013.
- Mostowik P., Symełon P., *Ochrona dorosłych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2002/2.
- Muir Watt H., *The work of the HCCH and the path of the law: the politics of difference in unified private international law*, in: *The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law*, eds. T. John, R. Gulati, B. Köhler, Edward Elgar Publishing, Cheltenham—Northampton, 2020.
- Niedźwiedź M., Mostowik P., *Wspólnota Europejska jako strona umów międzynarodowych w dziedzinie prawa prywatnego międzynarodowego. Uwagi na tle opinii Trybunału Sprawiedliwości WE w sprawie 1/03*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2009, vol. VII, z. 1.
- Pajor P., *Ochrona osób niepełnosprawnych a ubezpieczanie*, w: *Studium nad potrzebą ratyfikacji przez Rzeczpospolitą Polską Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych*, red. B.E. Abramowska, K. Kurowski, Wydawnictwo Kurza Stopka, Łódź, 2010.
- 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, 2015.
- Pazdan M., *Zdolność do czynności prawnych osób fizycznych w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, nakł. Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków, 1967.
- Piasecki K., *Regulacje prawne Unii Europejskiej w sprawach transgranicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa, 2013.

- Poczobut J. (red.), *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017.
- Poglódek A., Mostowik P., *Oświadczenia na wypadek przyszłego leczenia (dyspozycje pro futuro) w Kanadzie i Stanach Zjednoczonych Ameryki — ujęcie prawoporównawcze z perspektywy Polski*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa, 2018, s. 10, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2019/03/IWS-Mostowik-Pog%C5%82%C3%B3dek-pro-futuro.pdf> [Dostęp: 31.01.2024 r.].
- Pyziak-Szafnicka M., *Ubezważnowolnienie jako środek ochrony osób dotkniętych chorobami otepiennymi i chorobą Alzheimera — aktualna regulacja i projektowane zmiany*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2019, T. CXI.
- Ruck Keene A., *Hague 35: Overview and Protective Measures*, in: *The International Protection of Adults*, eds. R. Frimston, A. Ruck Keene, C. van Overdijk, A.D. Ward, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Ruck Keene A., *Hague 35: Private Mandates and Other Anticipatory Measures*, in: *The International Protection of Adults*, eds. R. Frimston, A. Ruck Keene, C. van Overdijk, A.D. Ward, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Ruck Keene A., *Health and Welfare aspects of the international protection of adults*, in: *The International Protection of Adults*, eds. R. Frimston, A. Ruck Keene, C. van Overdijk, A.D. Ward, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Rylski P., *Komentarz do art. 1145 k.p.c.*, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. V, Artykuły 1096—1217, LEX/el. 2020.
- Sokołowski T., *Europejskie prawo rodzinne — pojęcie, zakres, źródła oraz wykładnia*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 5.
- Torné M.A., *Current issues in the protection of adults from the perspective of Private International Law*, „Revista Electrónica De Estudios Internacionales” 2016, <https://doi.org/10.17103/reei.32.08>.
- Weitz K., *Europejskie prawo procesowe cywilne — stan obecny i perspektywy rozwoju*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 2.
- Wiśniewski T. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. V, Artykuły 1096—1217, Wolters Kluwer, Warszawa, 2021.
- Zima-Parjaszewska M., *Artykuł 12 Konwencji ONZ o prawach osób z niepełnosprawnościami a ubezwłasnowolnienie w Polsce*, w: *Prawa osób z niepełnosprawnościami intelektualną lub psychiczną w świetle międzynarodowych instrumentów ochrony praw człowieka*, red. D. Pudzianowska, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa, 2014.



Łukasz Żarnowiec^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0001-7873-677X>

Wyznaczanie statutu rzeczowego rzeczy ruchomych w stosunkach polsko-ukraińskich

Abstract: The Agreement of May 24, 1993 between the Republic of Poland and Ukraine on legal assistance and legal relations in civil and criminal matters, apart from Article 34 (1), does not contain conflict of laws rules relevant to property law relations and possession of movable property. Then again, due to the ease of transporting movables between countries, the universality and much lower extent of formalization of the trade in them, difficulties in determining their owner or persons entitled under other property rights, susceptibility to actual dispositions not based on the will of the owner, and on the other hand, far-reaching differences in the way their legal regime is regulated in the substantive law of various countries, many practical problems arise. The solution to these problems requires first that the applicable law is determined. The probability of the occurrence of this type of issues in Polish-Ukrainian relations has recently intensified because of mass migration of people from Ukraine to Poland, which is accompanied by the transfer of movable items across the state border on an unprecedented scale. Given the lack of appropriate regulations in the provisions of the 1993 legal assistance agreement, Polish and Ukrainian courts must apply domestic conflict of laws rules relevant to proprietary matters. Differences between these rules may result in the application of substantive norms belonging to different legal systems, which poses the risk of forum shopping.

The article analyses the methods of determining the law applicable to property law relations and possession of movable property in Polish-Ukrainian relations against the backdrop of Polish and Ukrainian conflict of laws rules, the similarities and differences between them, the problems emerging from the differences in the substantive property law of both countries, and the means of overcoming them. It also includes a proposal to supplement the legal assistance agreement of 1993 with uniform conflict of laws rules

^{a)} Dr hab., prof. UKSW, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.

for determining the law applicable to proprietary rights in movable property, modeled on selected solutions taken from Polish and Ukrainian national laws.

Keywords: proprietary rights — applicable law — conflict rules — change of the applicable law — open state of facts — closed state of facts — adaptation

1. Uwagi wprowadzające

Umowa z dnia 24 maja 1993 r. między Rzeczpospolitą Polską a Ukrainą o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych i karnych¹, na podobieństwo innych podpisanych przez nasze państwo umów bilateralnych o pomocy prawnej, poza dotyczącym formy czynności prawnych art. 34 ust. 1², nie zawiera norm kolizyjnych miarodajnych dla stosunków prawnorzeczowych i posiadania rzeczy ruchomych³. W obszarze prawa rzeczowego ogranicza się ona do wyznaczenia w art. 32 prawa właściwego i jurysdykcji krajowej dla stosunków prawnych dotyczących nieruchomości, odwołując się w tym aspekcie do powszechnie respektowanej zasady właściwości *legis rei sitae*. Tymczasem to właśnie w przypadku rzeczy ruchomych — ze względu na łatwość ich przemieszczania między obszarami państw, powszechność i znacznie niższy stopień sformalizowania obrotu nimi, trudności w ustaleniu ich właściciela czy też osób uprawnionych z tytułu innych praw rzeczowych, podatność na dyspozycje faktyczne nieoparte na woli właściciela, a jednocześnie daleko idące różnice w sposobie ich regulacji w prawie merytorycznym poszczególnych państw — powstaje najwięcej problemów praktycznych, których rozwiązanie wymaga ustalenia prawa właściwego. W ostatnim czasie, w związku z inwazją Rosji na Ukrainę, problemy te uległy spotęgowaniu na skutek masowej migracji ludności⁴, której towarzyszy przemieszczanie

¹ Dz.U. 1994, nr 96, poz. 465 z późn. zm. [dalej: Umowa z 1993 r.].

² Zgodnie z wyrażoną tam normą kolizyjną, miarodajną także dla dotyczących rzeczy ruchomych czynności prawnych należących do zakresu zastosowania statutu rzeczowego, forma czynności prawnej podlega prawu tej Umawiającej się Strony, które właściwe jest dla samej czynności. Wystarczy jednak zachowanie formy przewidzianej przez prawo tej Umawiającej się Strony, na której terytorium czynność zostaje dokonana.

³ J. Górecki, *Prawa rzeczowe przysługujące obywatelom Ukrainy na tle obowiązujących w Polsce norm kolizyjnych*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2023, T. 32, s. 32.

⁴ Zjawisko to na mniejszą skalę było obserwowane także już wcześniej, mając wówczas jeszcze podłoże wyłącznie ekonomiczne — S. Lipiec, *Polish-Ukrainian Legal Services: A Sociological and Legal Study*, „Access to Justice in Eastern Europe” 2021, vol. 4, s. 26.

przez granicę państwową, na niespotykaną dotychczas skalę, rzeczy ruchomych — nie tylko przedmiotów osobistych, lecz także pojazdów, narzędzi pracy czy też towarów. Wobec braku stosownej regulacji w przepisach umowy o pomocy prawnej z 1993 r. sądy polskie i ukraińskie stają przed koniecznością stosowania w tej kategorii spraw własnych norm kolizyjnych p.p.m.⁵ To właśnie ujawniające się na tym tle problemy wraz z propozycją odnośnie do sposobów ich przewyciężenia, w tym także sugestią odpowiednich zmian w przepisach Umowy z 1993 r., będą przedmiotem rozważań zawartych w niniejszym artykule.

2. Wyznaczanie statutu rzeczowego rzeczy ruchomych w prawie prywatnym międzynarodowym polskim i ukraińskim

a) Kwalifikacja rzeczy jako nieruchomości lub rzeczy ruchomej

W związku z brzmieniem art. 32 Umowy z 1993 r.⁶ w rozważaniach nad poszukiwaniem prawa właściwego dla stosunków prawnorzeczowych i posiadania w odniesieniu do rzeczy ruchomych należy wyjść od rozróżnienia nieruchomości, objętych zakresem wyrażonej tam konwencyjnej normy kolizyjnej, oraz niebędących nieruchomościami dóbr, dla których statutu rzeczowego sądy polskie i ukraińskie zmuszone są poszukiwać za pośrednictwem nieujednoliconych krajowych norm kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego. Pojęcie nieruchomości nie ma charakteru uniwersalnego i może być definiowane odmiennie w zależności od systemu prawnego⁷. Dobra uznawane w prawie merytorycznym jednych państw za nieruchomości w innych systemach prawnych są postrzegane

⁵ W przypadku Polski chodzi o normy zawarte w przepisach ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe (t.j. Dz.U. 2023, poz. 503) [dalej: p.p.m. z 2011 r.], natomiast w przypadku Ukrainy — ustawa Nr 2709-IV z dnia 23 czerwca 2005 r. o prawie prywatnym międzynarodowym (Dziennik Urzędowy Rady Najwyższej Ukrainy z 2005 r., nr 32, art. 422 z późn. zm.) [dalej: UkrU].

⁶ Przepis ten poddaje stosunki prawne dotyczące nieruchomości właściwości prawa i sądów tej Umawiającej się Strony, na której terytorium nieruchomość jest położona.

⁷ J.J. Fawcett, J.M. Carruthers, P. North, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, s. 1193.

jako rzeczy ruchome albo części składowe innych nieruchomości⁸. Przykładów odmiennych sposobów rozumienia pojęcia nieruchomości dostarcza porównanie art. 181 k.c.Ukr.⁹ oraz art. 46 k.c.

Artykuł 32 Umowy z 1993 r., wyznaczając prawo właściwe oraz jurysdykcję krajową dla stosunków prawnych dotyczących nieruchomości, nie definiuje na swoje potrzeby tego pojęcia, nie zawiera wyraźnych wskazań odnośnie do sposobu jego rozumienia ani też nie wskazuje prawa właściwego dla kwalifikacji danej rzeczy jako nieruchomości albo rzeczy ruchomej¹⁰. W odróżnieniu od wielu współczesnych ustaw kolizyjnych¹¹ nie czyni tego także polska ustawa z 2011 r. Za to ustawa ukraińska w art. 38 ust. 2 poddaje kwalifikację danej rzeczy jako nieruchomości bądź ruchomości (podobnie jak i inne sposoby klasyfikacji rzeczy) prawu państwa jej położenia, co — jak wskazano — stanowi przejaw tendencji niemal powszechnie przyjmowanych w tej mierze we współczesnym prawie prywatnym międzynarodowym. Metodę tę — akceptowaną, pomimo

⁸ Na problemy towarzyszące kwalifikacji określonych rzeczy jako nieruchomości bądź rzeczy ruchomych w obszarze międzynarodowego prawa spadkowego na tle ustawy ukraińskiej zwraca uwagę I. Dikowska, *Laws Applicable to Succession Relations under Ukrainian Private International Law: Current State and Perspectives*, „Journal for Legal & Social Studies in South East Europe” 2018, vol. 7, s. 367—368.

⁹ Zgodnie z art. 181 ust. 1 k.c.Ukr. do nieruchomości zalicza się działki gruntowe oraz znajdujące się na nich przedmioty, których nie można przenieść bez ich uszkodzenia lub zmiany ich zakładanego przeznaczenia. Ustawa może rozszerzyć reżim nieruchomości także na statki powietrzne i morskie, statki żeglugi śródlądowej, obiekty kosmiczne i inne rzeczy, do których prawo jest przedmiotem państwowej rejestracji. Z kolei za rzeczy ruchome uważa się te, które można swobodnie przemieszczać w przestrzeni (art. 181 ust. 2 k.c.Ukr.).

¹⁰ Umowa z 1993 r. czyni to natomiast na potrzeby wyznaczenia prawa właściwego dla dziedziczenia. Zgodnie z art. 37 ust. 1 statutem spadkowym, gdy chodzi o dziedziczenie mienia ruchomego, jest prawo ojczyznie spadkodawcy z chwili jego śmierci. Prawo właściwe dla dziedziczenia nieruchomości stanowi natomiast, stosownie do art. 37 ust. 2, prawo państwa jej położenia. Stosownie do art. 37 ust. 3 o tym, czy rzecz wchodząca w skład spadku jest ruchomością czy nieruchomością, rozstrzyga prawo tej Umawiającej się Strony, na której terytorium rzecz ta się znajduje.

¹¹ Por. np. art. 94 ustawy belgijskiej z 2004 r. o prawie prywatnym międzynarodowym [dalej: BelgU]; art. 34 ustawy Liechtensteinu z 1996 r. o prawie prywatnym międzynarodowym [dalej: LiechtU]; art. 1276 ust. 2 kodeksu cywilnego armeńskiego z 1998 r. [dalej: KC arm.]; art. 1119 ust. 2 kodeksu cywilnego białoruskiego z 1998 r. [dalej: KC biał.]; § 31 ust. 2 ustawy austriackiej z 1978 r. o prawie prywatnym międzynarodowym [dalej: AustrU]; art. 1107 ust. 2 kodeksu cywilnego Kazachstanu z 1999 r.; § 153 ust. 2 ustawy estońskiej z 2002 r. o prawie prywatnym międzynarodowym [dalej: EstU]; art. 25 kodeksu cywilnego Kataru z 2004 r. [dalej: KC Kataru]; art. 20 ust. 2 ustawy Republiki Azerbejdżanu z 2000 r. o prawie prywatnym międzynarodowym [dalej: AzerU]; § 69 ust. 1 ustawy czeskiej z 2012 r. o prawie prywatnym międzynarodowym; art. 3536 kodeksu cywilnego Luizjany. Księga I: Konflikty praw z 1991 r. [dalej: KC Luizjany]; art. 17 kodeksu cywilnego algierskiego z 1975 r. [dalej: KC alg.].

braku wyraźnego rozstrzygnięcia przez krajowego ustawodawcę, także na tle polskiej ustawy z 2011 r.¹² — należy uznać za miarodajną również dla potrzeb kwalifikacji dokonywanej pod rządami art. 32 Umowy z 1993 r.¹³ Zatem o uznaniu danej rzeczy za nieruchomość, a w konsekwencji zastosowaniu wyrażonej tam normy kolizyjnej, zadecyduje prawo państwa, na którego terytorium rzecz ta jest położona.

b) Wskazanie prawa właściwego dla rzeczy ruchomych

W prawie prywatnym międzynarodowym dominującą rolę, gdy chodzi o wyznaczanie statutu rzeczowego, odgrywa wspólnie łącznik miejsca położenia przedmiotu praw rzeczowych i posiadania¹⁴. Znacznie rzadziej spotkać można natomiast rozwiązanie posługujące się rozpowszechnioną w przeszłości metodą¹⁵, uzależniającą sposób poszukiwania prawa właściwego od kategorii rzeczy, zgodnie z którą w odniesieniu do nieruchomości należy stosować prawo państwa ich położenia, podczas gdy rzeczy ruchome (bądź ich wybrane kategorie)¹⁶, zgodnie z zasadą *mobilia personam sequuntur*, podlegają, jako statutowi rzeczowemu, prawu wskazanemu za pośrednictwem łącznika personalnego osoby uprawnionej¹⁷.

¹² J. Górecki, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 20B, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2015, s. 957.

¹³ J. Górecki, *Prawa rzeczowe...*, s. 35.

¹⁴ J. Kosik, *Zagadnienia prawa rzeczowego w prawie prywatnym międzynarodowym z 1965 r.*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Wrocław, 1976, s. 30; F. Vischer, *Internationales Privatrecht*, Helbing & Lichtenhahn, Basel—Stuttgart, 1971, s. 652; H. Köhler, *Internationales Privatrecht*, Springer Verlag, Wien—New York, 1966, s. 110; J. Górecki, *Prawa rzeczowe i posiadanie w projekcie ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego”, vol. VII, A.D. MMIX, s. 7—8; Ch. Wendehorst, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Hrsg. J. von Hein, Bd. 11, C.H. Beck, München, 2015, s. 177; F. Kienle, *Internationales Privatrecht*, Verlag Franz Vahlen, München, 2010, s. 114. Co do systemów prawnych państw kręgu kultury prawnej *common law* zob. E.B. Crawford, J.M. Carruthers, *International Private Law in Scotland*, W. Green, Edinburgh, 2006, s. 507, 511.

¹⁵ W. Ludwiczak, *Międzynarodowe prawo prywatne*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa, 1961, s. 82.

¹⁶ Przykładowo art. 30 ustawy Czarnogóry z dnia 23 grudnia 2013 r. o prawie prywatnym międzynarodowym [dalej: CzarnogórU] do rzeczy osobistego użytku, znajdujących się w posiadaniu podróznego, każe stosować prawo państwa miejsca jego zwykłego pobytu.

¹⁷ M. Wolff, *Internationales Privatrecht*, Springer, Berlin, 1933, s. 106—107; K. Firsching, *Einführung in das internationale Privatrecht einschließlich der Grundzüge des internationalen Verfahrensrechts*, C.H. Beck, München, 1974, s. 223; J.J. Fawcett, J.M. Carruthers, P. North, *Cheshire...*, s. 1209; E. Drozd, *Nabytie i utrata praw rzeczowych na rzeczy ruchomej w prawie prywatnym międzynarodowym. (Wpływ zmiany*

Za jednolitą właściwością *legis rei sitae* w odniesieniu do wszystkich kategorii rzeczy (nie tylko nieruchomości, lecz także rzeczy ruchomych) przemawiają istotne argumenty. W przeszłości celem jej uzasadnienia odwoływano się do domniemanej woli właściciela wprowadzającego rzecz na określony obszar oraz do porządku publicznego państwa jej położenia¹⁸. Aktualnie bywa ona natomiast tłumaczona przede wszystkim ścisłym związkiem zachodzącym między rzeczą a prawem państwa jej położenia¹⁹. Z racji natury praw rzeczowych istotnego znaczenia nabiera także argument bezpieczeństwa obrotu oraz ochrony uzasadnionych interesów innych osób²⁰. Z uwagi na swój bezwzględny charakter i wynikającą stąd skuteczność *erga omnes* wiążą się one z istotnym stopniem ingerencji w sferę wolności innych uczestników obrotu. Dlatego w poszczególnych porządkach prawnych są ujmowane w zamknięty katalog (*numerus clausus* praw rzeczowych)²¹ i regulowane normami o charakterze *iuris cogens*. Ma to stanowić zabezpieczenie przed nadmierną ingerencją w sferę prawną osób zobowiązanych do poszanowania praw właściciela oraz

miejsca położenia rzeczy na właściwość prawa), nakł. Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków, 1977, s. 5; M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017, s. 260—261. Warto podkreślić, że wprowadzenie do prawa polskiego reguły *mobilis personam sequuntur* w odniesieniu do ruchomości rozważano jeszcze w okresie prac nad PrPrywM z 1965 r., jako metodę uniknięcia problemów towarzyszących zmianie statutu — J. Fabian, *Miejsce położenia ruchomości w prawie prywatnym międzynarodowym*, w: *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Kazimierza Przybyłowskiego*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Kraków, 1964, s. 57—65. Aktualnie zbliżone do tego modelu rozwiązanie występuje np. w ustawie argentyńskiej, która jedynie nieruchomości i ruchomości o stałym miejscu położenia poddaje właściwości *legis sitae*, natomiast przy wyznaczaniu statutu rzeczowego rzeczy ruchomych, nieposiadających tej cechy, każe kierować się domicylem ich właściciela — J. Samtleben, *Neukodifikation des Internationalen Privatrechts in Argentinien*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2016, Bd. 36, Heft 3, s. 298.

¹⁸ Krytyczną ocenę takiego uzasadnienia przedstawił E. Drozd, *Nabycie i utrata praw rzeczowych...*, s. 5—6.

¹⁹ K. Neumeyer, *Internationales Privatrecht*, Springer, Berlin, 1923, s. 24; F. Vischer, *Internationales...*, s. 652—653; Ch. Wendehorst, in: *Kommentar...*, 2015, s. 182, 188. Co do szczegółowych zalet i wad właściwości *legis rei sitae* jako statutu rzeczowego zob. E. Drozd, *Nabycie i utrata praw rzeczowych...*, s. 6 i n.; J.M. Carruthers, *The Transfer of Property in the Conflict of Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2005, s. 194—228.

²⁰ A.Ch. Ritterhoff, *Parteiautonomie im internationalen Sachenrecht: Entwicklung eines Vorschlags insbesondere für das deutsche Kollisionsrecht unter vergleichender Berücksichtigung des englischen Kollisionsrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, s. 56; F. Kienle, *Internationales...*, s. 114. Krytycznie w kwestii takiego uzasadnienia E. Drozd, *Nabycie i utrata praw rzeczowych...*, s. 7.

²¹ H. Koziol, R. Welser, *Grundriß des bürgerlichen Rechts*, Bd. II, *Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht*, Manz, Wien, 1976, s. 2—3; B. Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Intersentia, Cambridge, 2008.

uprawnionych z tytułu innych podmiotowych praw rzeczowych. Skutku tego nie dałoby się jednak osiągnąć bez stworzenia uczestnikom obrotu możliwości łatwego zorientowania się odnośnie do praw rzeczowych przysługujących innym osobom, a także bez wprowadzenia czytelnych domniemań prawnych chroniących dobrą wiarę. To z kolei wymaga zastosowania prostych metod ustalenia właściwości prawa dla stosunków prawnorzeczowych i posiadania, czemu nie sprzyja użycie w charakterze kryteriów podniesionych do rangi łącznika miarodajnej normy kolizyjnej okoliczności odnoszących się do osoby uprawnionej, z reguły trudnych do ustalenia w warunkach zwykłego obrotu.

Właściwość *legis rei sitae* bywa także uzasadniana — jak wskazuje się czasem: niesłusznie²² — dążeniem do zapewnienia wykonalności orzeczeń sądowych w miejscu położenia rzeczy, działaniem na rzecz międzynarodowej harmonii rozstrzygnięć, intuicyjną zgodnością właściwości *legis sitae* z oczekiwaniami stron, pewnością prawa, realizacją interesów gospodarczych państwa lokalizacji rzeczy czy po prostu względami praktycznymi.

Metoda wyznaczania statutu rzeczowego za pośrednictwem łącznika miejsca położenia rzeczy bez względu na jej charakter współcześnie zdecydowanie dominuje na świecie²³. Posługuje się nią tradycyjnie także

²² A.Ch. Ritterhoff, *Parteiautonomie...*, s. 57.

²³ Ch. Wendehorst, in: *Kommentar...*, 2015, s. 182, 188; K. Siehr, *Internationales Privatrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2001, s. 269. Wśród wielu zob. m.in.: ustawa włoska: art. 51 ustawy włoskiej z 1995 r. o prawie prywatnym międzynarodowym [dalej: WłoskaU]; ustawa belgijska: art. 87 BelgU, z zastrzeżeniem poddania rzeczy w transporcie prawu państwa ich przeznaczenia (art. 88), natomiast środków transportu ujawnionych w publicznych rejestrach — prawu państwa rejestracji (art. 89), a także odrębnych regulacji wyznaczających prawo właściwe dla dóbr kultury (art. 90), papierów wartościowych (art. 91), rewindykacji skradzionych dóbr (art. 92), praw własności intelektualnej (art. 93); ustawa Liechtensteinu: art. 31—37 LiechtU; ustawa słoweńska: art. 18 ust. 1 ustawy słoweńskiej z 1999 r. o prawie prywatnym międzynarodowym, jednak z zastrzeżeniem wyjątku w postaci stosowania do rzeczy w transporcie prawa państwa przeznaczenia (ust. 2), natomiast do środków transportu — prawa państwa ich przynależności (ust. 3); ustawa Stanu Luizjana: art. 3535 KC Luizjany — w odniesieniu do nieruchomości położonych na własnym obszarze, prawa rzeczowe do nieruchomości położonych za granicą przepis ten nakazuje bowiem oceniać na podstawie prawa, które zastosowałby sąd państwa ich położenia oraz art. 3536 KC Luizjany w odniesieniu do ruchomości; ustawa Estonii: § 153 EstU z zastrzeżeniem jednak odrębnej regulacji dla rzeczy w transporcie, gdzie w braku odmiennych ustaleń stron zastosowanie znajduje prawo państwa przeznaczenia (ust. 3), oraz statków i samolotów podlegających wpisowi do rejestru, dla których właściwe jest prawo państwa rejestracji (ust. 4). Jednak w odniesieniu do ochrony praw rzeczowych § 155 EstU pozostawia uprawnionemu wybór między właściwością *legis rei sitae* a prawem siedziby sądu, a w przypadku środków transportu — także państwa rejestracji; ustawa Czarnogóry: art. 26 i 27 CzarnogórU. Jednak stosownie do art. 30, w odniesieniu do rzeczy w transporcie stosować należy prawo państwa ich przeznaczenia, natomiast do rzeczy osobistego użytku, znajdujących się w posiadaniu podróżnych — prawo państwa

polski ustawodawca²⁴. Łącznik *situs rei* uznano za miarodajny tak dla nieruchomości, jak i dla rzeczy ruchomych, pod rządami zarówno art. 6 PrPrywM z 1926 r.²⁵, jak i art. 24 PrPrywM z 1965 r. Obecnie stanowi on podstawowe kryterium przy wyznaczaniu statutu rzeczowego (niezależnie od kwalifikacji rzeczy jako nieruchomości albo rzeczy ruchomej) na tle przepisów ustawy z 2011 r. Zgodnie art. 41 ust. 1 p.p.m. z 2011 r.

miejsca zwykłego pobytu. Szczególnej regulacji poddano również prawa rzeczowe na środkach transportu (art. 31) oraz dobra kultury (art. 33); ustawa Azerbejdżanu: art. 20 oraz 21 AzerU; ustawa białoruska: art. 1119 ust. 1 KC biał., z tym jednak zastrzeżeniem, że zgodnie z art. 1120 powstanie lub wygaśnięcie własności oraz innych praw rzeczowych do rzeczy wskutek czynności prawnej, w braku wyboru prawa przez strony, oceniać należy na podstawie prawa państwa dokonania czynności. Odrębną regulację prawną poświęcono tam również prawom na rzeczach podlegających rejestracji, rzeczach w transporcie oraz prawu właściwemu dla ochrony własności i innych praw rzeczowych na rzeczach ruchomych, do której stosować należy, w zależności od wyboru uprawnionego, *lex rei sitae* albo *lex fori* — art. 1123 ust. 1 KC biał.; ustawa kazachska: art. 1107—1111 KazachU wprowadzają rozwiązania zasadniczo zbliżone z białoruskimi; ustawa armeńska: art. 1276—1279 KC arm. wprowadzają rozwiązania nader zbliżone do białoruskich oraz kazachskich, z tą jednak zmianą, że nie tylko treść i wykonywanie, lecz także ochrona własności i praw rzeczowych podlega tu prawu państwa położenia rzeczy, natomiast nabycie lub utrata własności i innych praw rzeczowych w drodze czynności prawnej podlega — w braku odmiennych ustaleń stron — prawu dla tej czynności właściwemu; ustawa algierska: art. 17 KC alg.; ustawa japońska: art. 13 ustawy japońskiej z 2006 r. o ogólnych regułach stosowania prawa [dalej: JapU]; ustawa koreańska: § 19 ustawy Republiki Koreańskiej z 2001 r. o prawie prywatnym międzynarodowym [dalej: RkorU], z zastrzeżeniem poddania praw rzeczowych na statkach powietrznych prawu państwa ich przynależności, natomiast na pojazdach szynowych — prawu państwa ich dopuszczenia do ruchu (§ 20) oraz stosowania do rzeczy w transporcie prawa państwa ich przeznaczenia (§ 22); ustawa chińska: w odniesieniu do nieruchomości (§ 36 ustawy chińskiej z 2010 r. o prawie prywatnym międzynarodowym [dalej: ChińskaU]), natomiast w odniesieniu do rzeczy ruchomych: o ile strony nie dokonały wyboru prawa innego państwa (§ 37). Odrębną regulację ustawa chińska wprowadza dla praw rzeczowych na rzeczach w transporcie, poddając je prawu wybranemu przez strony, natomiast w braku wyboru — prawu państwa ich przeznaczenia (§ 38); ustawa rumuńska: art. 49 kodeksu cywilnego rumuńskiego z 2011 r., z zastrzeżeniem jednak, że rzeczy w transporcie uznawać należy — w braku szczególnego przepisu albo odmiennego wyboru przez strony — za położone w państwie nadania (art. 53), a także z uwzględnieniem odrębnej regulacji prawa właściwego dla środków transportu, papierów wartościowych, praw własności intelektualnej; ustawa katarska: art. 25 i 26 kodeksu cywilnego Kataru z 2004 r. [dalej: KC Kataru]; ustawa turecka: art. 21 ust. 1 ustawy tureckiej z 2007 r. o prawie prywatnym międzynarodowym [dalej: TurU z 2007 r.], z zastrzeżeniem jednak, że do praw rzeczowych na rzeczach w transporcie stosować należy prawo państwa ich przeznaczenia.

²⁴ K. Przybyłowski, *Kodyfikacyjne zagadnienia polskiego prawa międzynarodowego prywatnego*, „Studia Cywilistyczne” 1964, T. 5, s. 26—27.

²⁵ W kwestii szczegółów przyjętego tam rozwiązania zob. J. Kosik, *Zagadnienia prawa rzeczowego...*, s. 18—23.

własność i inne prawa rzeczowe²⁶ podlegają prawu państwa, w którym znajduje się ich przedmiot, co oznacza właściwość każdorazowej *legis rei sitae*. Odmienne rozwiązanie przyjęto natomiast w odniesieniu do oceny zdarzeń prawnych pod kątem ich wpływu na nabycie, utratę lub zmianę treści albo pierwszeństwa praw rzeczowych. Zgodnie z art. 41 ust. 2 p.p.m. z 2011 r. o tym, czy określone zdarzenie skutkowało nabyciem, utratą lub zmianą treści albo pierwszeństwa prawa rzeczowego, decyduje prawo państwa, w którym znajdował się jego przedmiot w chwili, gdy zdarzenie to nastąpiło²⁷. Ujęty w ten sposób subokreślnik temporalny normy kolizyjnej pozwala w znacznym stopniu ograniczyć niedogodności towarzyszące zjawisku zmiany statutu. Sprawia, że w przypadku przemieszczenia rzeczy przez granicę państwową zdarzenie, które — według statutu dotychczasowego — wywołało skutki prawnorzeczowe, nie podlega ponownej ocenie pod tym kątem z punktu widzenia przepisów prawa obowiązujących w miejscu, do którego rzecz przeniesiono, a dokonane pod rządami dotychczasowego statutu nabycie (utrata, zmiana) prawa powinno być respektowane²⁸.

Zgodnie z tendencjami obserwowanymi współcześnie w prawie prywatnym międzynarodowym łącznik *legis rei sitae* został uznany przez twórców polskiej ustawy za nieprzydatny do wyznaczenia statutu rzeczowego wybranych kategorii dóbr wyróżniających się na tle innych pod względem podatności na przemieszczanie między terytoriami różnych państw. Są nimi statki powietrzne i wodne oraz pojazdy szynowe, jak również rzeczy w transporcie. Poddanie ich — zgodnie z regułą ogólną — właściwości

²⁶ Na podstawie art. 45 także posiadanie.

²⁷ Tak też np. art. 100 ust. 1 ustawy szwajcarskiej z 1987 r. o prawie prywatnym międzynarodowym [dalej: SzwajcU z 1987 r.]; § 37 ChińskaU (w braku wyboru prawa przez strony); art. 17 ust. 2 KC alg.; art. 26 KC Kataru; art. 87 § 1 BelgU.

²⁸ Tak na tle art. 24 § 2 ustawy z dnia 12 listopada 1965 r. — Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. nr 46, poz. 290 ze zm.) — K. Przybyłowski, *Kodyfikacyjne zagadnienia...*, s. 28; idem, *Nowe polskie prawo prywatne międzynarodowe*, „Państwo i Prawo” 1966, nr 1, s. 30; J. Kosik, *Zagadnienia prawa rzeczowego...*, s. 27; J. Górecki, *Prawa rzeczowe i posiadanie w projekcie...*, s. 10. Tak też w prawie niemieckim na tle art. 43 ust. 2 EGBGB — F. Kienle, *Internationales...*, s. 117; M.J. Lipsky, *Statutenwechsel im italienischen Sachenrecht — Auswirkungen auf den Im- und Export von Mobiliarsicherheiten*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011, s. 90; A. Swienty, *Der Statutenwechsel im deutschen und englischen internationalen Sachenrecht unter besonderer Betrachtung der Kreditsicherungsrechte*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011, s. 66; w prawie austriackim: H. Köhler, *Internationales...*, s. 112, a w związku z treścią § 31 IPRG — B. Verschraegen, *Internationales Privatrecht*, Manz Verlag, Wien, 2012, s. 165; na tle art. 100 ust. 1 SzwajcU z 1987 r. — P. Fisch, in: *Basler Kommentar, Internationales Privatrecht*, Hrsg. H. Honsell, A.K. Schnyder, N.P. Vogt, S.V. Berti, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2007, s. 653; K. Siehr, *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*, Schulthess, Zürich, 2002, s. 192.

każdoczesnej *legis rei sitae* prowadziłoby do skutków trudnych do zaakceptowania z punktu widzenia potrzeb praktyki, choćby w aspekcie ustanowionych na nich zabezpieczeń rzeczowych. Dlatego też do tych pierwszych — stosownie do art. 42 — jako statut rzeczowy stosuje się prawo państwa ich rejestracji, a w jego braku — prawo państwa macierzystego portu, stacji lub innego podobnego miejsca. Z kolei w myśl art. 43 w odniesieniu do praw rzeczowych na *rei in transitu* stosować należy prawo państwa, z którego rzecz wysłano (*lex loci expeditionis*)²⁹, a gdy z okoliczności sprawy wynika, iż prawa te są związane ściślej z prawem innego państwa (np. miejsca przeznaczenia) — jego prawo³⁰.

Jeśli chodzi z kolei o prawo kolizyjne ukraińskie, to problematyka właściwości prawa dla stosunków prawnorzeczowych została uregulowana w rozdziale V UkrU. Jej art. 38 poddaje — identycznie jak art. 41 ust. 1 p.p.m. z 2011 r. — prawo własności i inne prawa rzeczowe, w odniesieniu zarówno do nieruchomości, jak i do rzeczy ruchomych, właściwości prawa państwa położenia ich przedmiotu, o ile inny przepis ustawy nie stanowi inaczej.

Podobnie jak w polskiej ustawie rozwiązano również kwestię prawa właściwego do oceny zdarzeń skutkujących powstaniem lub wygaśnięciem praw rzeczowych. Zgodnie z art. 39 ust. 1 UkrU stosować do nich należy prawo państwa położenia rzeczy z chwili wystąpienia zdarzenia stanowiącego źródło nabycia lub utraty danego prawa podmiotowego, o ile nic odmiennego nie wynika z ustawy lub umowy międzynarodowej, której stroną jest Ukraina. W związku z powyższym wyłączeniem zakresem wskazanej normy kolizyjnej nie należy obejmować formy czynności prawnych przynależnych do zakresu zastosowania statutu rzeczowego, a mających za przedmiot rzeczy ruchome. Prawo właściwe wyznacza bowiem w tym wypadku norma z art. 34 ust. 1 Umowy z 1993 r., poddająca formę czynności prawnej prawu właściwemu dla danej czynności, zadowalając się jednak zachowaniem wymagań odnośnie do formy wynikających z przepisów *legis loci acti*³¹.

²⁹ Warto zaznaczyć, że podczas prac nad projektem ustawy o p.p.m. z 1965 r. pojawiła się propozycja poddania rzeczy w transporcie właściwości prawa państwa przeznaczenia, z czego jednak ostatecznie zrezygnowano — K. Przybyłowski, *Kodyfikacyjne zagadnienia...*, s. 28.

³⁰ M. Pazdan, *Prawo...*, s. 263.

³¹ Jak trafnie zauważa J. Górecki, norma ta ma pierwszeństwo przed art. 31 ust. 3 UkrU, wyłączającym alternatywną właściwość *legis loci acti* w odniesieniu do formy kontraktów międzynarodowych zawieranych z udziałem strony będącej obywatelem Ukrainy lub ukraińską osobą prawną (art. 32 ust. 3 *in fine* UkrU) — J. Górecki, *Prawa rzeczowe...*, s. 32—33. Stoi jednak zarazem na przeszkodzie zastosowaniu bardziej liberalnego rozwiązania z art. 31 ust. 1 UkrU, zadowalającego się (w braku odmiennego postanowienia umowy) — gdy chodzi o formę umów zawieranych między stronami znajdującymi się

W odróżnieniu jednak od prawa polskiego art. 39 ust. 2 UkrU dopuszcza wybór prawa właściwego do oceny nabycia lub utraty własności i innych praw rzeczowych będących przedmiotem czynności prawnej, przy czym nie może on naruszać praw osób trzecich.

Ponadto reguła ogólna z art. 39 ust. 1 UkrU została dodatkowo doprecyzowana w odniesieniu do nabycia prawa własności przez zasiedzenie. Artykuł 39 ust. 3 UkrU każe w takim wypadku stosować prawo państwa, w którym znajdowała się rzecz w chwili upływu terminu zasiedzenia. Nie pozostawia tym samym wątpliwości odnośnie do sposobu rozumienia subokreślnika temporalnego normy kolizyjnej operującej kryterium *situs rei*, uznając w tym wypadku za miarodajny moment zamknięcia się stanu faktycznego ocenianego w kategoriach zdarzenia będącego źródłem nabycia prawa własności.

Inaczej niż w prawie polskim, odrębnie na tle ustawy ukraińskiej potraktowane zostały własność i inne prawa rzeczowe podlegające ujawnieniu w rejestrze publicznym. Zgodnie z art. 40 UkrU podlegają one prawu państwa rejestracji.

Rozwiązanie to — w zakresie, w jakim odnosi się do podlegających rejestracji statków powietrznych i wodnych oraz pojazdów szynowych — pokrywa się z przyjętym w art. 42 p.p.m. z 2011 r. W obu przypadkach zastosowanie znajdują przepisy *legis registrationis*. Inaczej natomiast przedstawia się sprawa w przypadku wskazanych kategorii środków transportu nieobjętych rejestracją. O ile według polskiej ustawy ich statutem rzeczowym będzie prawo państwa macierzystego portu, stacji lub innego podobnego miejsca, co pozwoli uniknąć komplikacji towarzyszących zmianie statutu, o tyle pod rządami ustawy ukraińskiej ich własność i inne prawa rzeczowe na nich, a także realizowane względem nich posiadanie, należy oceniać — zgodnie z zasadą ogólną — na podstawie prawa państwa ich położenia.

Podobnie jak w przypadku polskiej ustawy, także ustawodawca ukraiński zdecydował się wyodrębnić na płaszczyźnie kolizyjnej kategorię rzeczy w transporcie. Zgodnie z art. 41 UkrU podlegają one jako statutowi rzeczowemu *legi loci expeditionis*. Rozwiązanie to — zbieżne z przyjętym w prawie polskim — znajdzie jednak zastosowanie jedynie wówczas, gdy strony nie postanowiły inaczej. Oznacza to dopuszczenie w powyższym zakresie wyboru prawa, na co w tej kategorii spraw nie zezwala nasza ustawa.

W odróżnieniu od polskiego ustawodawcy prawodawca ukraiński zdecydował się uregulować odrębnie na płaszczyźnie kolizyjnej problematykę prawa właściwego dla ochrony prawa własności i innych praw rzeczowych.

w różnych państwach — dopełnieniem wymogów wynikających z przepisów prawa państwa siedziby lub położenia strony składającej ofertę.

Zgodnie z art. 42 ust. 1 UkrU w odniesieniu do rzeczy ruchomych została ona wyłączona poza zakres normy kolizyjnej ogólnie miarodajnej dla stosunków prawnorzeczowych i poddana — wedle wyboru podmiotu dochodzącego ochrony — właściwości prawa państwa położenia rzeczy albo *legis fori*. Z kolei w art. 42 ust. 3 UkrU przyjęto jednostronną normę kolizyjną poddającą właściwości prawa ukraińskiego ochronę własności i innych praw rzeczowych podlegających państwowej rejestracji w Ukrainie.

Na tle analizy i porównania przedstawionych powyżej rozwiązań staje się zatem jasne, że pomimo tożsamości zasadniczej metody wyznaczania statutu rzeczowego przyjętej w obu ustawach różnią się one od siebie znacząco w niektórych aspektach szczegółowych rozwiązań. W konsekwencji o zastosowaniu w konkretnym przypadku — odnoszącym się do własności, innych praw rzeczowych albo posiadania rzeczy ruchomych — prawa merytorycznego polskiego albo ukraińskiego może zadecydować to, w którym państwie rozstrzygany jest spór. Dotyczy to:

- prawa właściwego do oceny nabycia lub utraty własności i innych praw rzeczowych w następstwie czynności prawnej, które w świetle ustawy ukraińskiej może stać się przedmiotem wyboru dokonanego przez strony, na co nie zezwala ustawa polska;
- prawa właściwego do oceny własności i innych praw rzeczowych podlegających ujawnieniu w rejestrze publicznym, do których prawo ukraińskie każe stosować *legem registrationis*, podczas gdy ustawa polska rozwiązanie takie przyjmuje w odniesieniu do podlegających rejestracji statków powietrznych i wodnych oraz pojazdów szynowych;
- niezarejestrowanych statków powietrznych i wodnych oraz pojazdów szynowych, dla których statutem rzeczowym jest w świetle polskiej ustawy prawo państwa ich macierzystego portu, stacji lub innego podobnego miejsca, w odróżnieniu od ustawy ukraińskiej, poprzestającej w powyższym zakresie na ogólnej właściwości *legis rei sitae*;
- rzeczy w transporcie, w przypadku których ustawa ukraińska pozwala na wybór prawa będącego statutem rzeczowym, mający w tym wypadku pierwszeństwo przed tożsamą dla obu ustaw normą kolizyjną operującą łącznikiem obiektywnym odwołującym się do kryterium *loci expeditionis*;
- prawa właściwego dla ochrony własności i innych praw rzeczowych na rzeczach ruchomych, które to sprawy w świetle ustawy polskiej należą do zakresu zastosowania ogólnego statutu rzeczowego, podczas gdy ustawa ukraińska pozostawia podmiotowi dochodzącemu ochrony prawo wyboru między *lege rei sitae* albo *lege fori* z wyłączeniem ochrony własności i innych praw rzeczowych przedmiotów objętych obowiązkiem państwowej rejestracji w Ukrainie, podlegającej właściwości prawa ukraińskiego.

W zakresie, w jakim obie ustawy przy wyznaczeniu statutu rzeczowego rzeczy ruchomych odwołują się do odmiennych kryteriów, polski sąd w procesie poszukiwania prawa właściwego powinien wziąć również pod uwagę ewentualność odesłania zwrotnego ze strony prawa ukraińskiego (art. 5 ust. 1 p.p.m. z 2011 r.). Jak się wydaje, ze względu na treść art. 42 ust. 3 UkrU, odesłanie takie należałoby uwzględnić także, gdy chodzi o prawo właściwe dla ochrony własności i innych praw rzeczowych przedmiotów objętych obowiązkiem państwowej rejestracji na terenie naszego kraju. Aspekt ten będzie natomiast pozbawiony znaczenia z perspektywy sądu ukraińskiego, a to z uwagi na węższy zakres dopuszczalności odesłania zwrotnego w ustawie ukraińskiej, nieobejmujący spraw ze stosunków prawnorzeczowych i posiadania (art. 9 UkrU).

W odniesieniu do kryterium miejsca położenia rzeczy, do którego w charakterze łącznika odwołuje się ustawa zarówno polska, jak i ukraińska, w nauce p.p.m. zwraca się niejednokrotnie uwagę na problem właściwego sposobu jego rozumienia. Powstaje mianowicie pytanie, czy chodzi tu o czysto faktyczne miejsce położenia danego przedmiotu w znaczeniu przestrzennym, bez względu na czas jego trwania oraz zgodność z wolą osoby uprawnionej, a także jakikolwiek związek między rzeczą a danym miejscem (*situs naturalis*)³², czy może raczej należy dążyć do wypracowania normatywnego sposobu jego rozumienia, opierającego się na fikcji położenia rzeczy w państwie, z którym jest ona najściślej powiązana, bez względu na to, czy w chwili miarodajnej dla dokonywania oceny rzecz ta faktycznie się tam znajduje (*situs civilis*)³³. Mimo że obie ustawy kwestii tej wyraźnie nie rozstrzygają, w braku szczególnej normy kolizyjnej modyfikującej kryterium przestrzenne podniesione do rangi łącznika (np. poprzez odwołanie się do miejsca rejestracji, miejsca wysyłki, macierzystego portu, stacji lub innego podobnego miejsca) kierować się należy tym pierwszym sposobem rozumienia³⁴.

³² J. Górecki, *Prawa rzeczowe...*, s. 41. Na tle prawa polskiego niejednokrotnie podawano jednak w wątpliwość słuszność bezwzględnego trzymania się *situs naturalis* niezależnie od okoliczności i kategorii rzeczy — zob. K. Przybyłowski, *Prawo prywatne międzynarodowe. Część ogólna*, nakł. Księgarni Gubrynowicza i Syna, Lwów, 1935, s. 130—131; W. Ludwiczak, *Międzynarodowe prawo...*, s. 83. Na problemy towarzyszące zastosowaniu tak rozumianego łącznika w odniesieniu do niektórych kategorii dóbr (papiery wartościowe) zwraca uwagę, w kontekście założeń rekodyfikacji ukraińskiego prawa prywatnego międzynarodowego — O. Vygovsky, *Regulation of New Private International Law Institutions in the Updated Civil Law Codification of Ukraine*, „Legal Journal (Ukrainian)” 2020, vol. 6, s. 85.

³³ Odnośnie do obu koncepcji zob. W. Ludwiczak, *Międzynarodowe prawo...*, s. 83; J. Górecki, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2018, s. 381.

³⁴ J. Górecki, w: *Komentarz...*, 2018, s. 381.

W odróżnieniu od niektórych regulacji kolizyjnoprawnych na świecie zarówno ustawa polska, jak i ustawa ukraińska nie określają zakresu zastosowania prawa wskazanego za ich pośrednictwem w charakterze statutu rzeczowego. Artykuł 41 ust. 2 p.p.m. z 2011 r. oraz art. 39 UkrU czy art. 38 ust. 2 UkrU pozwalają jedynie zorientować się co do jego wybranych elementów, tj. nabycie i utrata własności, jak również nabycie i utrata oraz zmiana treści lub pierwszeństwa innych praw rzeczowych³⁵, a w przypadku ustawy ukraińskiej — także klasyfikacja rzeczy. Pomimo to w nauce prawa zdaje się zasadniczo panować zgodność co do zakresu spraw podlegających właściwości statutu rzeczowego. Do najistotniejszych z nich zaliczyć należy:

- status prawny poszczególnych kategorii dóbr (ich uznanie za rzeczy bądź dobra innego rodzaju, kwalifikacja jako nieruchomości bądź rzeczy ruchome), w tym także ich części, jak również możliwość występowania ich w obrocie w roli przedmiotu praw rzeczowych i posiadania³⁶;
- katalog praw rzeczowych, ich treść, w tym wynikające z nich uprawnienia i obowiązki oraz istnienie bądź brak powiązania z innymi prawami podmiotowymi, ich wykonywanie oraz ochronę (z zastrzeżeniem szczególnej normy kolizyjnej poświęconej aspektowi ochrony praw rzeczowych w ustawie ukraińskiej)³⁷;
- powstanie, zmianę, przeniesienie i wygaśnięcie praw rzeczowych³⁸ w drodze zarówno czynności prawnej (w takim wypadku prawu temu podlega także sama czynność prawna wywołująca skutki prawnorzeczowe)³⁹ — przy czym należy przypomnieć, że w odróżnieniu od ustawy polskiej ustawa ukraińska dopuszcza w powyższym zakresie wybór prawa — jak i zdarzeń innego rodzaju (zasiedzenie, przemilczenie, znalezienie, przetworzenie, połączenie, pomieszczenie, nabycie od osoby nieuprawnionej, zawłaszczenie), w tym moment wystąpienia takiego skutku, przesłanki niezbędne do jego wywołania oraz wykluczające jego wystąpienie, jednak z wyłączeniem samego tytułu nabycia (np. w postaci umowy obligacyjnej), a także nabycia w warunkach

³⁵ J. Górecki, w: *System...*, T. 20B, s. 966; idem, *Prawa rzeczowe...*, s. 36.

³⁶ A. Junker, *Internationales Privatrecht*, C.H. Beck, München, 1998, s. 404; N. Rozenhalova, K. Drlickova, *Czech Privat International Law*, Masaryk University, Brno, 2015, s. 180; M. Wolff, *Internationales...*, s. 105.

³⁷ H. Stoll, *Internationales Privatrecht*, Bd. 1, Lfg. 5, *Internationales Sachenrecht*, Berlin, 1976, s. 80; G. Kegel, in: G. Kegel, K. Schurig, *Internationales Privatrecht*, C.H. Beck, München, 2000, s. 663; E.B. Crawford, J.M. Carruthers, *International...*, s. 508—509; M. Wolff, *Internationales...*, s. 108—109.

³⁸ M. Wolff, *Internationales...*, s. 109; A.Ch. Ritterhoff, *Parteiautonomie...*, s. 66.

³⁹ Jednak z wyłączeniem oceny zdolności stron do ich dokonania oraz formy, do których — jako tzw. kwestii wycinkowych — stosować należy prawo wskazane za pośrednictwem odrębnej, miarodajnej dla nich, normy kolizyjnej *forum*.

sukcesji uniwersalnej w związku z wystąpieniem zdarzeń ujętych w zakresach odrębnych norm kolizyjnych, tj. dziedziczenie, podział majątku wspólnego małżonków i inne, które — patrząc na sprawę z perspektywy polskiej ustawy — oceniać należy na podstawie przepisów prawa właściwego, zgodnie z naturą danego zdarzenia;

- reżim prawny rzeczy niczych;
- domniemania prawne dotyczące własności⁴⁰;
- wymóg i materialnoprawne skutki ujawnienia praw rzeczowych w rejestrach publicznych;
- źródła, charakter prawny, reżim oraz zniesienie współwłasności, jak również ewentualnej wspólności innych praw rzeczowych⁴¹.

3. Zmiana statutu

Przy wszystkich wspomnianych wcześniej zaletach poddania stosunków prawnorzeczowych i posiadania rzeczy ruchomych właściwości *legis rei sitae* odwołanie się do tego łącznika posiada istotną wadę w postaci podatności wyznaczonego w ten sposób statutu rzeczowego na zmiany. Pojęcie zmiany statutu używa się w prawie prywatnym międzynarodowym na określenie zjawiska polegającego na dojściu kolejno do głosu, w charakterze prawa właściwego dla danej sytuacji życiowej, norm merytorycznych przynależących do różnych systemów prawnych. Na skutek zmiany jurysdykcji krajowej, zmiany norm kolizyjnych *forum*, zmiany przynależności państwowej danego terytorium, najczęściej jednak zmiany odnoszącej się do elementu podlegającego ocenie stosunku, odpowiadającego kryterium podniesionemu do rangi łącznika miarodajnej normy kolizyjnej, miejsce

⁴⁰ G. Kegel, in: G. Kegel, K. Schurig, *Internationales...*, s. 663; A.Ch. Ritterhoff, *Parteiautonomie...*, s. 66.

⁴¹ W kwestii szczegółowego zakresu zastosowania statutu rzeczowego zob. zwłaszcza: J. Kosik, *Zagadnienia prawa rzeczowego...*, s. 32—33; E. Drozd, *Nabycie i utrata praw rzeczowych...*, s. 5—16; G. Kegel, in: G. Kegel, K. Schurig, *Internationales...*, s. 663—664; H. Stoll, *Zur gesetzlichen Regelungen des internationalen Sachenrechts in Art. 43—46 EGBGB*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2000, s. 259—269; J. Górecki, w: *System...*, T. 20B, s. 966—975; idem, *Prawa rzeczowe...*, s. 37—40; M. Pazdan, *Prawo...*, s. 267—269; Ch. Wendehorst, in: *Kommentar...*, 2015, s. 211; B. Verschraegen, *Internationales...*, s. 165—167.

prawa, któremu dotychczas podlegał dany stan faktyczny, zajmują normy merytoryczne innego państwa⁴².

Zważywszy na cechującą rzeczy ruchome łatwość ich przemieszczania między terytoriami różnych państw, nietrudno zorientować się, że wykorzystanie w charakterze łącznika normy kolizyjnej służącej wyznaczeniu statutu rzeczowego kryterium *situs rei* spowoduje, że każdorazowa zmiana państwa położenia danego przedmiotu będzie skutkowałą zmianą ustalonego w ten sposób prawa właściwego. Dojście kolejno do głosu, w charakterze *legis causae*, norm merytorycznych należących do różnych systemów prawnych rodzi tymczasem pytanie, które z nich w konkretnym przypadku zastosować, zwłaszcza gdy z ocenianym stosunkiem wiążą one różne skutki prawne. Problem dotyczy przede wszystkim znaczenia skutków zdarzeń prawnych i stanów faktycznych ukształtowanych pod rządami dawnego statutu z punktu widzenia prawa znajdującego zastosowanie w następstwie zaistniałej zmiany. Szczególnego znaczenia nabiera on właśnie w obszarze spraw podlegających właściwości statutu rzeczowego. Dość zauważyć, że poszczególne systemy prawne znacząco różnią się od siebie w tak zasadniczych kwestiach jak katalog podmiotowych praw rzeczowych, zdarzenia prawne będące źródłem ich nabycia, przesłanki takiego nabycia w następstwie zarówno czynności prawnej, jak i zdarzeń innego rodzaju (np. zasiedzenie czy dopuszczalność oraz przesłanki nabycia własności od osoby nieuprawnionej do rozporządzenia rzeczą).

Różnice takie w obszarze prawa rzeczowego zachodzą także między regulacją merytorycznego prawa cywilnego polskiego oraz ukraińskiego. Wystarczy zwrócić uwagę na odmienne podejście do przesłanek oraz momentu nabycia własności rzeczy w drodze czynności prawnej (art. 155 § 1 k.c. oraz art. 334 k.c.Ukr.)⁴³, w tym długości terminu zasiedzenia (art. 174 § 1 k.c. a art. 344 ust. 1 i 4 k.c.Ukr.)⁴⁴, przesłanek nabycia w dobrej wierze prawa własności od osoby nieuprawnionej (art. 169 k.c. a art. 330

⁴² Na potrzeby niniejszego opracowania przyjęte zostało szerokie rozumienie pojęcia zmiany statutu — por. Ł. Żarnowiec, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2018, s. 60.

⁴³ W odróżnieniu od prawa polskiego, stojącego na stanowisku konsensualności umów przenoszących własność rzeczy oznaczonych co do tożsamości, ustawa ukraińska uzależnia nabycie własności rzeczy będącej przedmiotem umowy od jej przekazania nabywcy, nie czyniąc rozróżnienia na rzeczy oznaczone co do tożsamości oraz rzeczy oznaczone tylko co do gatunku. Pojęcie przekazania zostało zdefiniowane w art. 344 ust. 2 k.c.Ukr. poprzez wskazanie jego sposobów.

⁴⁴ W odróżnieniu od prawa polskiego ustawa ukraińska uzależnia zasiedzenie rzeczy ruchomych od dobrej wiary posiadacza jedynie w chwili objęcia przez niego rzeczy w posiadanie, choć równocześnie wymaga do nabycia własności upływu pięcioletniego terminu (art. 344 ust. 1 k.c.Ukr.), a w przypadku środków transportu uzależnia je dodatkowo od konstytutywnego orzeczenia sądu (art. 344 ust. 4 k.c.Ukr.).

w zw. z art. 388 k.c.Ukr.)⁴⁵ czy też odmiennych katalogów ograniczonych praw rzeczowych⁴⁶. Nietrudno w tej sytuacji zorientować się, że zastąpienie w charakterze statutu rzeczowego rzeczy ruchomej, z chwilą jej przemieszczenia przez granicę państwową, prawa polskiego prawem ukraińskim albo odwrotnie pociągnie za sobą konieczność wypowiedzenia się nie tylko odnośnie do utrzymania w mocy skutków zdarzeń prawnych zaistniałych pod rządami dawnego prawa, lecz także w kwestii oceny skutków stanów faktycznych, które zapoczątkowane pod rządami dotychczasowego statutu, nie zdążyły ulec zamknięciu przed jego zmianą. Problem ten oczywiście będzie miał ograniczone znaczenie w tych przypadkach, w których sposób ujęcia łącznika miarodajnej normy kolizyjnej powoduje, że statut rzeczowy jest mniej podatny na zmiany, a w każdym razie nie powoduje ich sama zmiana miejsca położenia rzeczy. Z rozwiązaniem takim mamy do czynienia w przypadku regulacji dotyczącej środków transportu ujętej w art. 42 p.p.m. z 2011 r., rzeczy podlegających wpisowi do publicznego rejestru przyjętej w art. 40 UkrU czy — w odniesieniu do prawa właściwego dla ochrony własności i innych praw rzeczowych podlegających państwowej rejestracji w Ukrainie — w art. 42 ust. 3 UkrU, a także rzeczy w transporcie (art. 43 p.p.m. z 2011 r. oraz art. 41 UkrU), z tym że w ostatnim ze wskazanych przypadków zmiana statutu następuje z chwilą przybycia transportowanych rzeczy do miejsca przeznaczenia⁴⁷. Inaczej przedstawia się jednak sprawa w odniesieniu do pozostałych kategorii rzeczy, w przypadku których przemieszczenie z terytorium jednego państwa na terytorium drugiego powoduje automatycznie zmianę statutu rzeczowego.

W tym kontekście kluczową rolę odgrywają, w przypadku polskiej ustawy, art. 41 ust. 2 p.p.m. z 2011 r., a w przypadku ustawy ukraińskiej, będący jego funkcjonalnym odpowiednikiem, art. 39 ust. 1 UkrU.

⁴⁵ Jeżeli rzecz zostanie zbyta przez osobę nieuprawnioną nabywcy działającemu w dobrej wierze, ten ostatni nabywa własność rzeczy, chyba że właściciel może domagać się jej zwrotu (art. 344 ust. 1 k.c.Ukr.), co w świetle art. 388 k.c.Ukr. może nastąpić jedynie, gdy rzecz: 1) została nabyta nieodpłatnie; 2) została utracona przez właściciela lub przez osobę, której właściciel przekazał ją w posiadanie; 3) została skradziona właścicielowi lub osobie, której właściciel przekazał ją w posiadanie; 4) wyszła spod władztwa właściciela lub osoby, której właściciel przekazał ją w posiadanie, w inny sposób wbrew ich woli. Jednakże żądanie zwrotu od nabywcy działającego w dobrej wierze nie jest dopuszczalne, jeżeli rzecz została sprzedana w trybie przewidzianym dla wykonania orzeczeń sądowych lub w drodze licytacji elektronicznej zgodnie z procedurą ustanowioną dla prywatyzacji mienia państwowego i komunalnego.

⁴⁶ Art. 395 ust. 1 k.c.Ukr. wśród praw rzeczowych na rzeczy cudzej wymienia: prawo posiadania, prawo korzystania (serwitut), emfiteuzę i prawo zabudowy.

⁴⁷ U. Ernst, *Das polnische IPR-Gesetz von 2011. Mitgliedstaatliche Rekodifikation in Zeiten supranationaler Kompetenzwahrnehmung*, „RabelsZ” 2012, Bd. 76, s. 625.

Poddają on ocenę skutków zdarzeń prawnych stanowiących podstawę nabycia oraz utraty własności, a także nabycia i utraty (również zmiany treści lub pierwszeństwa) innych praw rzeczowych, prawu państwa, w którym znajdował się wówczas ich przedmiot. Przy tak ujętej normie kolizyjnej zdarzenie, które — zgodnie z przepisami dotychczasowego statutu — wywołało skutki prawnorzeczowe, nie podlega już ponownej ocenie na podstawie przepisów prawa obowiązującego w państwie, do którego rzecz przemieszczono⁴⁸. W rezultacie dokonane pod rządami dotychczasowego statutu nabycie (utrata, zmiana) prawa podmiotowego powinno być respektowane, nawet jeśli na podstawie przepisów nowej *legis rei sitae* ocena danego stanu faktycznego przedstawiałaby się odmiennie⁴⁹. Przykładowo więc, jeśli w czasie, gdy dana rzecz ruchoma znajdowała się w Polsce, ziściły się wszystkie przesłanki jej zasiedzenia (które pod rządami polskiego prawa skutkuje, niezależnie od kategorii rzeczy, nabyciem własności *ipso iure*), przewiezienie rzeczy na terytorium Ukrainy nie uzasadnia powtórznego badania, czy do takiego nabycia doszło na podstawie art. 344 k.c.Ukr., tj. przy uwzględnieniu dłuższego, pięcioletniego terminu zasiedzenia obowiązującego w prawie ukraińskim, a w przypadku środków transportu — także wymogu istnienia stwierdzającego takie nabycie orzeczenia sądu⁵⁰.

Podobnie przedstawia się sprawa nabycia własności na podstawie czynności prawnej. Jeśli według przepisów prawa polskiego, właściwego ze względu na miejsce położenia rzeczy w chwili dokonania czynności, nabywca stał się jej właścicielem poprzez sam fakt zawarcia umowy zobowiązującej (art. 155 § 1 k.c.), jego prawo własności nie może być kwestionowane z tej jedynie przyczyny, iż przed objęciem przez niego władztwa nad rzeczą znalazła się ona w Ukrainie, zmieniając w ten sposób statut rzeczowy na system prawny, który nabycie własności wiąże co do zasady z przeniesieniem posiadania (art. 334 k.c.Ukr.)⁵¹. Reguła ta ma jednak także swą drugą stronę. Jeżeli w świetle przepisów dotychczo-

⁴⁸ J. Górecki, *Prawa rzeczowe...*, s. 41, 43.

⁴⁹ Por. w prawie niemieckim na tle analogicznej normy z art. 43 ust. 2 EGBGB — F. Kienle, *Internationales...*, s. 117; M.J. Lipsky, *Statutenwechsel...*, s. 90; A. Swienty, *Der Statutenwechsel...*, s. 66; w prawie austriackim: H. Köhler, *Internationales...*, s. 112, a w związku z treścią § 31 AustrU — B. Verschraegen, *Internationales...*, s. 165; na tle art. 100 ust. 1 SzwajcU z 1987 r. — P. Fisch, *Kommentar...*, 2007, s. 653; K. Siehr, *Das Internationale...*, s. 192.

⁵⁰ L. Raape, *Internationales Privatrecht*, Verlag Franz Vahlen GmbH, Berlin—Frankfurt am Main, 1961, s. 100.

⁵¹ Por. SN, uzasadnienie uchwały składu 7 sędziów z 30.03.1992, III CZP 17/92, OSNC 1992, z. 11, poz. 186. Tak też M. Keller, K. Siehr, *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Schulthess, Zürich, 1986, s. 410; K. Siehr, *Das Internationale...*, s. 192.

wego statutu (w tym wypadku: prawa ukraińskiego) zamknięty pod jego rządami stan faktyczny w postaci nabycia rzeczy od osoby nieuprawnionej w świetle art. 330 w zw. z art. 388 k.c.Ukr. nie doprowadził do uzyskania prawa własności z uwagi na nieodpłatny charakter czynności prawnej, to po przewiezieniu rzeczy na terytorium Polski niedopuszczalna byłaby jego ponowna ocena na podstawie bardziej liberalnego w tym względzie art. 169 k.c.⁵² Podobnie jeśli w braku wymaganego prawem ukraińskim przeniesienia władztwa nad rzeczą zawarta między stronami umowa obligacyjna nie spowodowała przejścia własności ze zbywcy na nabywcę, do skutku takiego nie doprowadzi samo przemieszczenie rzeczy na terytorium Polski, pomimo że w świetle art. 155 § 1 k.c. nabycie własności rzeczy oznaczonej co do tożsamości odbywa się tutaj *solo consensu*⁵³. Jak się wydaje, do wystąpienia takiego skutku niezbędne będzie w takim wypadku ponowne zawarcie, już pod rządami nowego statutu rzeczowego, jakim jest prawo polskie, konsensualnej umowy o przeniesienie własności⁵⁴. Niekoniecznie jednak składające się na taką umowę oświadczenia woli stron muszą zostać złożone w sposób wyraźny. Zgodnie z obowiązującym w ramach nowego statutu rzeczowego art. 60 k.c. ich istnienie może zostać wyinterpretowane z całokształtu sposobu postępowania stron⁵⁵.

Pamiętać należy jednak, że norma z art. 41 ust. 2 p.p.m. z 2011 r. czy art. 39 ust. 1 UkrU odnosi się wyłącznie do oceny poszczególnych zdarzeń prawnych pod kątem wywołania przez nie skutków prawnorzeczowych, nie daje natomiast podstaw do petryfikacji właściwości statutu rzeczowego w odniesieniu do nabytych pod jego rządami praw podmiotowych. Zatem nawet tam, gdzie poddawany ocenie stan faktyczny zamknął się w granicach czasowych dawnego prawa, nowy statut zachowuje w swoim przedziale czasowym pełną suwerenność, jeśli chodzi o ocenę treści oraz sposobu wykonywania nabytych uprzednio praw⁵⁶, a nawet decyzję o utrzymaniu ich w mocy⁵⁷.

Źródłem szczególnych trudności jest sytuacja, w której prawo podmiotowe nabyte skutecznie pod rządami dawnego prawa nie ma swojego dokładnego odpowiednika w przepisach nowego statutu. W odniesieniu

⁵² A. Swienty, *Der Statutenwechsel...*, s. 66. Odmiennie jednak, bezpodstawnie — M. Keller, K. Siehr, *Allgemeine Lehren...*, s. 412; U. Drobning, *Die Gemeinschaftsrechtliche "Regelung" des Eigentumsvorbehalts*, in: *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München, 2005, s. 569.

⁵³ M.J. Lipsky, *Statutenwechsel...*, s. 91.

⁵⁴ J. Górecki, *Prawa rzeczowe...*, s. 43—44.

⁵⁵ M. Pazdan, *Prawo...*, s. 271. Por. jednak F. Vischer, *Internationales...*, s. 656, którego zdaniem w takim wypadku wystarcza utrzymanie między stronami konsensu w czasie przemieszczenia rzeczy przez granicę.

⁵⁶ H. Stoll, *Internationales...*, s. 159.

⁵⁷ F. Vischer, *Internationales...*, s. 656.

do takich przypadków można zaobserwować tendencję do podejmowania działań pozwalających na utrzymanie w mocy istniejących praw rzeczowych. Służy temu znana prawu prywatnemu międzynarodowemu instytucja dostosowania, przybierająca w tym wypadku postać transpozycji⁵⁸ bądź transformacji⁵⁹ praw podmiotowych. Polega ona na wkomponowaniu prawa rzeczowego nabytego pod rządami dawnego statutu w ramy nowej *legis causae*, co wymaga odnalezienia w przepisach nowego statutu odpowiednika ocenianego prawa podmiotowego i zastosowania właściwego mu reżimu prawnego⁶⁰. Oczywiście nie zawsze zabieg taki będzie możliwy. Nie musi to jednak automatycznie skutkować wygaśnięciem danego prawa podmiotowego. Należy przychylić się do koncepcji jego spoczywania do czasu ponownej zmiany statutu na znajdujący dany typ prawa podmiotowego⁶¹.

W przypadku zdarzeń cywilnoprawnych rozciągniętych w czasie (np. zasiedzenie) zdecydowanie trudniej przedstawia się ocena tzw. stanów faktycznych otwartych (*offene Tatbestände*). Chodzi tutaj o sytuacje, w których do transgranicznego przemieszczenia rzeczy oraz związanej z tym zmiany statutu doszło przed ziszczeniem się wszystkich przesłanek koniecznych do wystąpienia skutku prawnego. Jednakże również i tutaj, w przypadku ustawy zarówno polskiej, jak i ukraińskiej, satysfakcjonujących rozwiązań dostarczają obowiązujące normy kolizyjne, a mianowicie art. 41 ust. 2 p.p.m. z 2011 r. oraz art. 39 UkrU. Ze sposobu, w jaki został ujęty w ich treści subokreślnik temporalny łącznika, wynika nakaz stosowania prawa państwa położenia rzeczy z chwili wyczerpania się (zamknięcia) wszystkich elementów danego stanu faktycznego stanowiącego zdarzenie prawne rozpatrywane pod kątem wywołanych przez nie skutków prawnorzeczowych⁶². W ustawie ukraińskiej w odniesieniu do zasiedzenia podkreślono to dodatkowo w art. 39 ust. 3 UkrU⁶³. Zatem

⁵⁸ F. Kienle, *Internationales...*, s. 118; P. Fisch, *Kommentar...*, 2007, s. 653.

⁵⁹ B. Verschraegen, *Internationales...*, s. 166; J. Górecki, *Prawa rzeczowe...*, s. 42.

⁶⁰ F. Vischer, *Internationales...*, s. 657; M. Pazdan, *Prawo...*, s. 269—270; P. Fisch, *Kommentar...*, 2007, s. 654.

⁶¹ F. Kienle, *Internationales...*, s. 119; B. Verschraegen, *Internationales...*, s. 166; M.J. Lipsky, *Statutenwechsel...*, s. 90; J. Górecki, *Prawa rzeczowe...*, s. 42—43. Odmienne jednak: na rzecz wygaśnięcia prawa w tego rodzaju przypadkach, powołując się na argument bezpieczeństwa obrotu — G. Kegel, in: G. Kegel, K. Schurig, *Internationales...*, s. 667.

⁶² J. Górecki, *Prawa rzeczowe...*, s. 43.

⁶³ Podobnie: art. 53 WłosaU; § 33 ust. 1 AustrU; art. 13 ust. 2 JapU; § 19 ust. 2 RKorU; art. 21 ust. 3 TurU z 2007. Por. też na tle prawa niemieckiego: K. Neumeyer, *Internationales...*, s. 24; BGH, wyrok z 10.06.2009, VIII ZR 108/07, dostępny na stronie: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=48498&pos=0&anz=1> [Dostęp: 30.12.2023 r.].

w przypadku zmiany statutu rzeczowego przed upływem terminu zasiedzenia o przesłankach jego dopuszczalności — w tym: znaczeniu dobrej wiary, momencie miarodajnym dla jej oceny, długości terminu zasiedzenia, ocenie jego biegu czy zdarzeniach skutkujących jego zawieszeniem albo przerwaniem — należy rozstrzygać, od chwili zaistniałej zmiany, na podstawie przepisów nowego statutu. On też zadecyduje o znaczeniu okoliczności (np. upływu czasu) zaistniałych pod rządami prawa dotychczas właściwego, a także wpływie na nabycie prawa podmiotowego obowiązujących tam zakazów i ograniczeń⁶⁴.

Polska ustawa nie zawiera w tej kwestii wyraźnego rozstrzygnięcia⁶⁵, dlatego też pod jej rządami wskazuje się na konieczność posiłkowania się w tym aspekcie normami intertemporalnymi miarodajnymi dla danego rodzaju zdarzenia cywilnoprawnego⁶⁶. Metoda ta będzie miała istotne znaczenie np. przy ocenie zasiedzenia rzeczy ruchomej przewiezionej podczas biegu terminu zasiedzenia z terytorium ukraińskiego do Polski, gdzie do nabycia prawa własności w tym trybie wystarczy upływ trzech lat nieprzerwanego, samoistnego posiadania w dobrej wierze, co jest okresem o dwa lata krótszym niż wymagany przez prawo ukraińskie. Przeniesienie w takim wypadku na płaszczyznę kolizyjnoprawną rozwiązania znanego z art. XLI § 2 PWKC oznaczałoby, że w związku z krótszym terminem zasiedzenia obowiązującym w przepisach prawa polskiego jego bieg należy liczyć co do zasady na nowo od momentu zmiany statutu rzeczowego, czyli przemieszczenia rzeczy na terytorium naszego kraju. Jeżeli jednak zasiedzenie rozpoczęte pod rządami dotychczasowego statutu przy uwzględnieniu pięcioletniego terminu przewidzianego prawem ukraińskim nastąpiłoby wcześniej, za miarodajny dla nabycia własności należy uznać upływ tego właśnie terminu. Sięgnięcie po regułę uzupełniającą, pozwalającą skorzystać z biegu terminu zasiedzenia, jaki nastąpił przed zmianą miejsca położenia rzeczy, będzie dopuszczalne jednak wyłącznie pod warunkiem, że mający wówczas miejsce stan posiadania wypełniał przesłanki decydujące o dopuszczalności zasiedzenia w świetle prawa

⁶⁴ M. Keller, K. Siehr, *Allgemeine Lehren...*, s. 413; M. Pazdan, *Prawo...*, s. 271; G. Kegel, *Internationales Privatrecht*, C.H. Beck, München, 1971, s. 285; H. Stoll, *Internationales...*, s. 158; F. Kienle, *Internationales...*, s. 116; K. Siehr, *Internationales...*, s. 44; B. Verschraegen, *Internationales...*, s. 166; Kwestię tę wyraźnie uregulowano np. w art. 43 ust. 3 EGBGB — por. G. Hohloch, in: *Erman. Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. II, 13. Ausg., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2011, s. 6812—6813; Ch. Wendehorst, in: *Münchener Kommentar...*, 2015, s. 225—226; art. 102 ust. 1 SzwajcU z 1987 r.

⁶⁵ Krytycznie w kwestii braku wprowadzenia do polskiej ustawy rozwiązania będącego odpowiednikiem art. 43 ust. 3 EGBGB czy art. 102 ust. 1 SzwajcU z 1987 r. — U. Ernst, *Das polnische...*, s. 626.

⁶⁶ M. Pazdan, *Prawo...*, s. 271.

polskiego jako *legis causae*. Dotyczy to zwłaszcza dobrej wiary samoistnego posiadacza, która w świetle art. 174 § 1 k.c., inaczej niż w prawie ukraińskim, musi występować przez cały czas biegu terminu zasiedzenia, a nie jedynie w chwili objęcia rzeczy w posiadanie przez niewłaściciela. Zatem przewiezienie rzeczy ruchomej z terytorium Ukrainy do Polski po upływie trzyletniego okresu posiadania, którego cechy kwalifikują je jako stan prowadzący do zasiedzenia z punktu widzenia art. 174 § 1 k.c., nie spowoduje automatycznie nabycia przez posiadacza prawa własności, pomimo że termin ten byłby wystarczający w prawie polskim. Do nabycia takiego konieczna będzie — już pod rządami prawa polskiego jako nowego statutu rzeczowego — kontynuacja posiadania przez czas niezbędny do upływu pięcioletniego terminu przewidzianego przepisami prawa uprzednio właściwego.

Trzeba przy tym podkreślić, że ze względu na sposób ujęcia przesłanek zasiedzenia w art. 174 § 1 k.c., a konkretnie wymóg dobrej wiary samoistnego posiadacza utrzymującej się przez cały wymagany do zasiedzenia czas posiadania, nie istnieje w tej kategorii przypadków ryzyko obejścia prawa poprzez celowe przemieszczenie rzeczy ruchomej przez jej posiadacza na terytorium Polski w zamiarze skorzystania z obowiązującego tu, krótszego terminu zasiedzenia. Istniejąca po stronie posiadacza świadomość, że wykonywane przez niego władztwo nad rzeczą nie znajduje oparcia w przysługującym mu prawie własności, automatycznie wyłącza jego dobrą wiarę, uniemożliwiając tym samym nabycie własności rzeczy ruchomej przez zasiedzenie na podstawie przepisów polskiego prawa.

4. Wnioski końcowe

Poczynione powyżej rozważania skłaniają do postawienia pytania o ocenę aktualnie istniejącego rozwiązania polegającego na rezygnacji — inaczej niż w przypadku nieruchomości — z unormowania w umowie o pomocy prawnej z 1993 r. problematyki właściwości prawa dla stosunków prawnorzeczowych i posiadania w odniesieniu do rzeczy ruchomych. Pomimo że taki kształt regulacji jest charakterystyczny także dla innych podpisanych przez Polskę umów bilateralnych o pomocy prawnej, szczególna intensywność relacji polsko-ukraińskich zwłaszcza w obliczu obserwowanych w ostatnich latach zjawisk migracyjnych, obejmująca nie tylko wymianę towarową, lecz także wzmożony ruch osobowy — co przekłada się na potencjalną częstotliwość występowania konfliktów na tle

własności i innych praw rzeczowych oraz posiadania rzeczy ruchomych — stanowi w tym wypadku asumpt do indywidualnego spojrzenia. Przepracowana analiza porównawcza miarodajnych dla stosunków prawnorzeczowych krajowych norm kolizyjnych polskich i ukraińskich wykazała, że mimo podobieństwa zasadniczych metod wyznaczania statutu rzeczowego rzeczy ruchomych niektóre spośród szczegółowych rozwiązań przyjętych w obu ustawach różnią się od siebie. W przypadkach, których dotyczą wskazane różnice, odwołanie się celem ustalenia prawa właściwego do norm kolizyjnych polskich i ukraińskich może prowadzić do odmiennych wyników, skutkując zastosowaniem jako *legis causae* norm merytorycznych należących do innego systemu prawnego, co z kolei może przekładać się na odmienną zapadających na ich podstawie rozstrzygnięć. W powiązaniu ze sposobem ukształtowania jurysdykcji krajowej sądów w sprawach dotyczących rzeczy ruchomych⁶⁷ — dającym podmiotowi inicjującemu postępowanie sądowe, inaczej niż w przypadku nieruchomości, pewien zakres swobody decyzyjnej odnośnie do państwa rozpatrywania sprawy — taki stan rzeczy rodzi ryzyko wystąpienia zjawiska *forum shopping*, co bez wątpienia nie służy celom deklarowanym w preambule do umowy z 1993 r. Sytuacji tej pozwoliłoby zapobiec uzupełnienie jej regulacji o jednolite normy kolizyjne prawa prywatnego międzynarodowego miarodajne dla stosunków prawnorzeczowych i posiadania rzeczy ruchomych.

Daleko idące podobieństwo rozwiązań obowiązujących w powyższym zakresie w krajowym prawie prywatnym międzynarodowym obu państw pozwala przypuszczać, że osiągnięcie porozumienia odnośnie do ich ostatecznego kształtu nie powinno nastroczać poważniejszych problemów. Nie wydaje się przy tym, by poza wyjątkami dotyczącymi szczególnych kategorii rzeczy (wybrane rodzaje pojazdów) — co do których należałoby rozważyć przyjęcie właściwości *legis loci registrationis*, a w jej braku prawa państwa macierzystego portu, stacji lub innego podobnego miejsca czy rzeczy w transporcie, dla których najbardziej miarodajna wydaje się (zgodnie zresztą z rozwiązaniem znanym obu ustawom krajowym) właściwość *legis loci expeditionis* (z zastrzeżeniem jej uzupełnienia o regulę najściślejszego związku) — należało przy ich tworzeniu dążyć do wyeliminowania za wszelką cenę zjawiska zmiany statutu rzeczowego. Wypracowane na tle obecnie obowiązujących krajowych norm kolizyjnych metody postępowania w tego rodzaju przypadkach, wsparte sposobem ukształtowania subokreślnika temporalnego łącznika w treści art. 41 ust. 2 p.p.m. z 2011 r. oraz art. 39 ust. 1 i 3 UkrU, dobrze spełniają swoją funkcję i mogą być z powodzeniem przeniesione na płaszczyznę regulacji konwencyjnej.

⁶⁷ J. Górecki, *Prawa rzeczowe...*, s. 33.

Bibliografia

- Akkermans B., *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Intersentia, Cambridge, 2008.
- Carruthers J.M., *The Transfer of Property in the Conflict of Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- Crawford E.B., Carruthers J.M., *International Private Law in Scotland*, W. Green, Edinburgh, 2006.
- Dikovska I., *Laws Applicable to Succession Relations under Ukrainian Private International Law: Current State and Perspectives*, „Journal for Legal & Social Studies in South East Europe” 2018, vol. 7.
- Drobning U., *Die Gemeinschaftsrechtliche “Regelung” des Eigentumsvorbehalts*, in: *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München, 2005.
- Drozd E., *Nabycie i utrata praw rzeczowych na rzeczy ruchomej w prawie prywatnym międzynarodowym. (Wpływ zmiany miejsca położenia rzeczy na właściwość prawa)*, nakł. Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków, 1977.
- Ernst U., *Das polnische IPR-Gesetz von 2011. Mitgliedstaatliche Rekodifikation in Zeiten supranationaler Kompetenzwahrnehmung*, „RabelsZ” 2012, Bd. 76.
- Fabian J., *Miejsce położenia ruchomości w prawie prywatnym międzynarodowym*, w: *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Kazimierza Przybyłowskiego*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Kraków, 1964.
- Fawcett J.J., Carruthers J.M., North P., Cheshire, North & Fawcett *Private International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Firsching K., *Einführung in das internationale Privatrecht einschließlich der Grundzüge des internationalen Verfahrensrechts*, C.H. Beck, München, 1974.
- Górecki J., *Prawa rzeczowe i posiadanie w projekcie ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego”, vol. VII, A.D. MMIX.
- Górecki J., *Prawa rzeczowe przysługujące obywatelom Ukrainy na tle obowiązujących w Polsce norm kolizyjnych*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2023, T. 32.
- von Hein J. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 11, C.H. Beck, München, 2015.
- Hohloch G., in: *Erman. Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. II, 13 Ausg., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2011.
- Honsell H., Schnyder A.K., Vogt N.P., Berti, S.V. (Hrsg.), *Basler Kommentar, Internationales Privatrecht*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2007.
- Junker A., *Internationales Privatrecht*, C.H. Beck, München, 1998.
- Kegel G., *Internationales Privatrecht*, C.H. Beck, München, 1971.
- Kegel G., Schurig K., *Internationales Privatrecht*, C.H. Beck, München, 2000.

- Keller M., Siehr K., *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Schulthess, Zürich, 1986.
- Kienle F., *Internationales Privatrecht*, Verlag Franz Vahlen, München, 2010.
- Köhler H., *Internationales Privatrecht*, Springer Verlag, Wien—New York, 1996.
- Kosik J., *Zagadnienia prawa rzeczowego w prawie prywatnym międzynarodowym z 1965 r.*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Wrocław, 1976.
- Koziol H., Welser R., *Grundriß des bürgerlichen Rechts*, Bd. II, *Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht*, Manz, Wien, 1976.
- Lipiec S., *Polish-Ukrainian Legal Services: A Sociological and Legal Study*, „Access to Justice in Eastern Europe” 2021, vol. 4.
- Lipsky M.J., *Statutenwechsel im italienischen Sachenrecht — Auswirkungen auf den Im- und Export von Mobiliarsicherheiten*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- Ludwiczak W., *Międzynarodowe prawo prywatne*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa, 1961.
- Neumeyer K., *Internationales Privatrecht*, Springer, Berlin, 1923.
- Pazdan M., *Prawo prywatne międzynarodowe*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017.
- Pazdan M. (red.), *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa, 2018.
- Pazdan M. (red.), *System Prawa Prywatnego*, T. 20B, *Prawo prywatne międzynarodowe*, C.H. Beck, Warszawa, 2015.
- Przybyłowski K., *Kodyfikacyjne zagadnienia polskiego prawa międzynarodowego prywatnego*, „Studia Cywilistyczne” 1964, T. 5.
- Przybyłowski K., *Nowe polskie prawo prywatne międzynarodowe*, „Państwo i Prawo” 1966, nr 1.
- Przybyłowski K., *Prawo prywatne międzynarodowe. Część ogólna*, nakł. Księgarnii Gubrynowicza i Syna, Lwów, 1935.
- Raape L., *Internationales Privatrecht*, Verlag Franz Vahlen GmbH, Berlin—Frankfurt am Main, 1961.
- Ritterhoff A.Ch., *Parteiautonomie im internationalen Sachenrecht: Entwicklung eines Vorschlags insbesondere für das deutsche Kollisionsrecht unter vergleichender Berücksichtigung des englischen Kollisionsrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999.
- Rozehnalova N., Drlickova K., *Czech Privat International Law*, Masaryk University, Brno, 2015.
- Samtleben J., *Neukodifikation des Internationalen Privatrechts in Argentinien*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2016, Bd. 36, Heft 3.
- Siehr K., *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*, Schulthess, Zürich, 2002.
- Siehr K., *Internationales Privatrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2001.
- Stoll H., *Internationales Privatrecht*, Bd. 1, Lfg. 5, *Internationales Sachenrecht*, Berlin, 1976.
- Stoll H., *Zur gesetzlichen Regelungen des internationalen Sachenrechts in Art. 43—46 EGBGB*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2000.

- Swienty A., *Der Statutenwechsel im deutschen und englischen internationalen Sachenrecht unter besonderer Betrachtung der Kreditsicherungsrechte*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- Verschraegen B., *Internationales Privatrecht*, Manz Verlag, Wien, 2012.
- Vischer F., *Internationales Privatrecht*, Helbing & Lichtenhahn, Basel—Stuttgart, 1971.
- Vygovsky O., *Regulation of New Private International Law Institutions in the Updated Civil Law Codification of Ukraine*, „Legal Journal (Ukrainian)” 2020, vol. 6.
- Wolff M., *Internationales Privatrecht*, Springer, Berlin, 1933.



Maksym Shcherbyuk

 <https://orcid.org/0000-0003-0413-595X>

Zdolność prawna i zdolność do czynności prawnych osoby fizycznej w relacjach polsko-ukraińskich

Abstract: The article is focused on issues related to the concept of legal capacity and capacity for legal actions in Polish-Ukrainian relations. The article presents a legal analysis of the doctrine, jurisprudence, domestic law and provisions of the 1993 Polish-Ukrainian convention concerning legal capacity and capacity for legal actions. The author focuses on showing the differences between the two legal systems and proposes an autonomous interpretation of the above-mentioned concepts on the basis of the 1993 convention binding Poland and Ukraine. Separate attention has been paid to the linguistic differences occurring in the translation of the concept of the capacity for legal actions in the 1993 convention and the concept of capacity for legal actions in family and labour relations. While in the case of legal capacity no fundamental differences have been noted, the concept of the capacity for legal actions already contains such differences, given the broad understanding of this concept in Ukrainian law. The purpose of this paper was to prepare practical guidance for legal practitioners who will be assessing the legal effects of actions performed by Polish and Ukrainian citizens.

Keywords: legal capacity — capacity for legal actions — 1993 convention between Poland and Ukraine — Polish law — Ukrainian law

1. Uwagi wprowadzające

Wydarzenia wojenne na terytorium Ukrainy doprowadziły do przeniesienia się dużej liczby obywateli ukraińskich na terytorium Polski. Ma to wpływ na regulacje prawne obu państw oraz nadaje duże znaczenie prawu prywatnemu międzynarodowemu.

Przyjazd do Polski obywateli ukraińskich, w tym w związku z rosyjską agresją na terytorium Ukrainy, wiąże się z powstaniem dużej liczby stosunków prawnych na terytorium Polski z elementem międzynarodowym (polsko-ukraińskim). Przykładowo można tu wspomnieć o umowach cywilnoprawnych, takich jak umowa najmu, umowa zlecenia, umowa o dzieło, albo o nawiązaniu stosunku pracy na podstawie umowy o pracę. Oznacza to, że coraz więcej będziemy mówić o stosunkach prawnych z elementem obcym, w tym zwłaszcza w stanach faktycznych powiązanych z Polską i Ukrainą.

Rozstrzygając spory na tle takich stosunków i poszukując dla nich prawa właściwego, musimy sięgać do wiążącej Polskę i Ukrainę umowy o pomocy prawnej z 1993 r.¹, w kwestiach nieobjętych konwencją znajdują zastosowanie miarodajne dla nich prawne normy kolizyjne (w Polsce liczyć się też trzeba z normami kolizyjnymi europejskimi, które mają pierwszeństwo przed normami krajowymi). Dalsze rozważania ograniczone są wyłącznie do problematyki zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych osób fizycznych.

2. Źródła prawa

Instytucje „zdolności prawnej” oraz „zdolności do czynności prawnych” zostały uregulowane w szczególności we wspomnianej już umowie z 1993 r. Zagadnieniu zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych został poświęcony art. 21 ust. 1 umowy, zgodnie z którym zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych osoby fizycznej ocenia się według prawa tej umawiającej się strony, której osoba ta jest obywatelem. W praktyce oznacza to, że zdolność zarówno prawną, jak i do czynności prawnych obywatela Ukrainy zawsze będzie oceniana w oparciu o prawo

¹ Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Ukrainą o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych i karnych sporządzona w Kijowie dnia 24 maja 1993 r. (Dz.U. 1994, nr 96, poz. 465 z późn. zm.).

ukraińskie, niezależnie od tego, czy obywatel Ukrainy przebywa na terytorium Ukrainy czy Polski. Podobnie wyglądać będzie sytuacja obywatela polskiego przebywającego na terytorium Ukrainy. Jego zdolność będzie oceniana w oparciu o prawo państwa, którego jest on obywatelem, czyli w oparciu o prawo polskie.

Zarówno w polskim, jak i w ukraińskim porządku prawnym umowa z 1993 r. jest prawem wiążącym. Zgodnie z art. 87 ust. 1 Konstytucji RP źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są w szczególności ratyfikowane umowy międzynarodowe². Ponadto, zgodnie z art. 91 ust. 2 Konstytucji RP, w przypadku kolizji pomiędzy przepisami ustawy oraz umowy międzynarodowej umowa międzynarodowa ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie ma pierwszeństwo przed ustawą.

Podobnie w prawie ukraińskim, zgodnie z art. 9 Konstytucji Ukrainy, umowy międzynarodowe obowiązujące za zgodą udzieloną przez Radę Najwyższą Ukrainy są częścią prawa krajowego Ukrainy³. Jednak pierwszeństwo konwencji międzynarodowej przed ustawą krajową nie wynika już z Konstytucji Ukrainy, lecz z ustawy o umowach międzynarodowych Ukrainy⁴. Artykuł 19 tej ustawy w § 1 potwierdza, że obowiązujące umowy międzynarodowe Ukrainy, zgoda na obowiązywanie których została udzielona przez Radę Najwyższą Ukrainy, są częścią prawa krajowego i są stosowane w sposób określony w przepisach ustawodawstwa krajowego. Jednocześnie art. 19 ust. 2 tej ustawy reguluje problem potencjalnego konfliktu między przepisami ustawy oraz konwencji międzynarodowej, wskazując, że jeżeli umowa, która weszła w życie w ustalonym trybie, ustanawia inne zasady niż zawarte w odpowiednim akcie ustawodawstwa Ukrainy, wówczas stosuje się normy konwencji międzynarodowej.

Oznacza to, że regulacja konwencyjna w zakresie dotyczącym zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych ma pierwszeństwo w przypadku jakiegokolwiek kolizji z prawem wewnętrznym. Zmusza to potencjalne strony stosunków prawnych, zarówno w Polsce, jak i w Ukrainie, do każdorazowego badania przy zawarciu umowy, czy druga strona umowy ma zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych według swojego prawa ojczystego. W związku z tym, że ocena obu instytucji odbywa się w oparciu o przepisy prawa ojczystego, należy przyrzeć się unormowaniom tych instytucji w prawie polskim i ukraińskim.

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

³ Konstytucja Ukrainy z dnia 28 czerwca 1996 r. (Vidomosti Verhovnoi Rady Ukrainy (VVR), 2019, Nr 38, st. 160).

⁴ Ustawa Ukrainy z dnia 29 czerwca 2004 r. o umowach międzynarodowych Ukrainy (Vidomosti Verhovnoi Rady Ukrainy (VVR), 2019, Nr 42, st. 238).

W polskim porządku prawnym aspekty dotyczące zdolności prawnej oraz zdolności do czynności prawnych zostały uregulowane w tytule II, dziale I, rozdziale I polskiego Kodeksu cywilnego [dalej: k.c.] — zdolność prawna i zdolność do czynności prawnych⁵. Zgodnie z tymi przepisami każdy człowiek od chwili urodzenia ma zdolność prawną (art. 8 § 1 k.c.). Nie mają zdolności do czynności prawnych osoby, które nie ukończyły 13 lat oraz osoby ubezwłasnowolnione całkowicie (art. 12 k.c.). Ograniczoną zdolność do czynności prawnych mają małoletni, którzy ukończyli 13 lat, oraz osoby ubezwłasnowolnione częściowo (art. 15 k.c.). Pełną zdolność do czynności prawnych nabywa się z chwilą uzyskania pełnoletności (art. 11 k.c.).

Prawo ukraińskie, podobnie jak prawo polskie, reguluje zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych w ukraińskim Kodeksie cywilnym [dalej: u.k.c.]: dział II, rozdział 1, sekcja 4 — przepisy ogólne dotyczące osoby fizycznej⁶. Zgodnie z art. 25 § 2 u.k.c. zdolność prawna osoby fizycznej powstaje w momencie jej urodzenia, a w przypadkach określonych w ustawie chronione są interesy poczętego, ale jeszcze nienarodzonego dziecka. Zdolność do czynności prawnych osoby fizycznej również określona jest w u.k.c. Może ona być ograniczona wyłącznie w przypadkach i w sposób określony w ustawie (art. 30 § 2 u.k.c.). Prawo ukraińskie rozróżnia: 1) częściową zdolność do czynności cywilnoprawnych osoby fizycznej, która nie ukończyła 14. roku życia (art. 31 u.k.c.), 2) niepełną zdolność do czynności cywilnoprawnych osoby fizycznej w wieku od 14 do 18 lat (art. 32 u.k.c.) oraz 3) pełną zdolność do czynności cywilnoprawnych osoby fizycznej, która ukończyła 18 lat (pełnoletność) (art. 34 u.k.c.). Wszystkie rodzaje zdolności do czynności cywilnoprawnych zostaną szczegółowo opisane w dalszej części opracowania.

W odróżnieniu od polskich przepisów prawo ukraińskie zawiera definicję legalną zarówno zdolności prawnej, jak i zdolności do czynności prawnych. Zdolność prawna to zdolność do posiadania cywilnych praw i obowiązków (art. 25 § 1 u.k.c.). Zdolność do czynności prawnych to zdolność do nabywania cywilnych praw i samodzielnego ich wykonywania przez swoje działania, a także zdolność do tworzenia obowiązków cywilnych dla siebie, samodzielnego ich wykonywania i ponoszenia odpowiedzialności w przypadku ich niewykonania (art. 30 § 1 u.k.c.).

⁵ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. 2024, poz. 1061).

⁶ Kodeks Postępowania Cywilnego Ukrainy z dnia 18 marca 2004 r. (Vidomosti Verhovnoi Rady Ukrainy (VVR), 2024, Nr 15—18, st. 74).

3. Zdolność prawna w ukraińskim oraz polskim porządku prawnym

3.1. Zdolność prawna w ukraińskim porządku prawnym

W prawie ukraińskim słusznie zauważa się, że zdolność prawna (ukr. *правоздатність, pravozdatnist*) zawsze zajmowała szczególne miejsce wśród innych elementów cywilnej osobowości prawnej⁷. Różne aspekty tego zagadnienia w swoich pracach naukowych badali: H.F. Shershenevych (ukr. Габріель Феліксович Шершеневич), Y.A. Pokrovskyi (ukr. Йосип Олексійович Покровський), O.S. Joffe (ukr. Олімпіад Соломонович Іоффе), M.M. Aharkov (ukr. Михайло Михайлович Агарков), S.N. Bratus (ukr. Сергій Микитович Братусь), V.V. Luts (ukr. Володимир Васильович Луць), R.B. Shyshka (ukr. Роман Богданович Шишка), O.V. Dzera (ukr. Олександр Васильович Дзера), Ya.M. Shevchenko (ukr. Ярославна Миколаївна Шевченко), V.V. Nadon (ukr. Вікторія Валентинівна Надьон) i S.R. Suleimanova (ukr. Сусанна Рефатівна Сулейманова)⁸.

Jak zaznaczono wyżej, przepisy prawa cywilnego definiują pojęcie zdolności prawnej. Nie oznacza to jednak braku kontrowersji w ukraińskiej doktrynie. Jedna bowiem grupa przedstawicieli doktryny uznaje zdolność

⁷ V.L. Kisel, R.Yu. Mamedov, *Problemy pravovoi pryrody pravozdatnosti fizychnoi osoby*, „Pivdenoukraiński pravnychi chasopys” 2017, nr 2, s. 45.

⁸ W szczególności można przytoczyć następujące prace: H.F. Shershenevych, *Izbrannoe*, t. 5, *Uchebnyk russkoho hrazhdanskoho prava*, vstup. slovo, sost. P.V. Krashenynkov, Statut, Moskwa, 2017; O.S. Joffe, *Voprosy teoryi prava*, O.S. Joffe, M.D. Sharhorodskiy, Yuryd. lyt., Moskwa, 1961; S.N. Bratus, *Subiekty hrazhdanskoho prava: ucheb. posob.*, S.N. Bratus, Hos. yur. izdat., Moskwa, 1950; O.V. Dzera, *Tsyvilne pravo Ukrainy*, red. O.V. Dzera, N.S. Kuznietsova, Yurinkom inter, Kyiv, 2002; Y.A. Pokrovskyi, *Osnovnye problemy hrazhdanskoho prava*, Yurydycheskyi knyzhnyi sklad Pravo, Petrohrad, 1917; M.M. Aharkov, *Obiazatelstvo po sovetскому hrazhdanskomu pravu*, w: M.M. Aharkov, *Izbrannye trudy po hrazhdanskomu pravu*, t. 1, Tsentr YurInfoR, Moskwa, 2002; V.V. Nadon, *Deiaki aspekty vyznachennia pravozdatnosti v tsyvilnomu pravi*, „Teoriia i praktyka pravoznavstva” 2014, v. 1 (5); T.O. Nechytailo, *Poniattia tsyvilnoi pravosubiektnosti ta yii elementiv*, „Aktualni problemy vdoskonalennia chynnoho zakonodavstva Ukrainy” 2015, nr 39, s. 166; *Tsyvilne pravo Ukrainy: pidruchnyk*, red. Yu.L. Boshytskyi, R.B. Shyshka (ker. avt. kol.), *Zahalna chastyna*, Vydavnytstvo Lira-K, Kyiv, 2016; *Tsyvilne pravo Ukrainy: Akademichnyi kurs: Pidruch.: U dvokh tomakh*, red. Ya.M. Shevchenko, t. 1, *Zahalna chastyna*, Vydavnychi Dim In Yure, Kyiv, 2006; S.R. Suleimanova, *Pro tsyvilnu pravozdatnist fizychnoi osoby*, „Visnyk Kyivskoho natsionalnoho universytetu imeni Tarasa Shevchenka, Yurydychni nauky” 2013, nr 95, s. 44.

prawną za prawo podmiotowe⁹, inna grupa, temu przeciwna — wskazuje, że zdolność prawna jest przesłanką powstania wszelkich cywilnych praw podmiotowych i cywilnoprawnych obowiązków¹⁰. Zauważa się jednak w miarę jednomyślnie, że zdolność prawna oznacza zdolność osoby fizycznej do bycia podmiotem praw i obowiązków oraz możliwość posiadania dowolnego prawa lub obowiązku przewidzianego w obowiązującym porządku prawnym¹¹.

W nauce ukraińskiej prowadzone są również dyskusje na temat treści zdolności prawnej. Mówi się o dwóch koncepcjach zdolności prawnej: dynamicznej oraz statycznej. Według koncepcji dynamicznej zdolność prawna jest kategorią dynamiczną, ponieważ jej treść zmienia się w zależności od tego, z jakimi podmiotami i w jakie stosunki prawne wchodzi jej nosiciel¹². Krytycy zarzucali jej niespójność, podnosząc, że w wyniku uzależnienia jej od różnych okoliczności, np. stanu majątkowego osoby, prowadzi ona do braku równości zdolności prawnej w stosunku do każdej osoby¹³. Zaproponowano więc koncepcję statycznej zdolności prawnej, zgodnie z którą każdemu obywatelowi przysługuje określony zakres zdolności prawnej, który nie ulega zmianie w zależności od tego, czy nosiciel owej zdolności korzysta z przysługujących mu praw czy nie, oraz od tego, czy ma odpowiednie warunki, żeby stać się podmiotem stosunków cywilnych, czy też takich warunków nie ma¹⁴.

Koncepcja statycznej zdolności prawnej również ma swoje wady, ponieważ sam ustawodawca w art. 25 § 3 u.k.c. różnicuje zdolność prawną, wskazując, że w przypadkach określonych w ustawie zdolność do posiadania odrębnych cywilnych praw i obowiązków może wiązać się z osiągnięciem przez osobę fizyczną odpowiedniego wieku¹⁵. Przykładowo tylko

⁹ S.R. Suleimanova, *Pro tsyvilnu pravo zdannist...*, s. 44—47.

¹⁰ V.V. Nadon, *Problema spivvidnoshennia pravo zdannosti ta subiektyvnoho tsyvilnoho prava*, „Visnyk hospodarskoho sudochynstva” 2014, nr 5, s. 34—39; V.L. Kisel, R.Yu. Mamedov, *Problemy pravovoi...*, s. 45.

¹¹ V.V. Nadon, *Deiaki aspekty vyznachennia...*, s. 3; Ya.M. Mahazyner, *Yzbrannye trudy po obshchei teorii prava: monohr.*, otv. red. d-r yuryd. nauk, prof. A.K. Kravtsov, Izd-vo R. Aslanova Yurydycheskyi tsentr Press, Sankt Petersburg, 2006, s. 241; L.O. Dolinenko, S.O. Sarnovska, *Tsyvilne pravo Ukrainy: Navch. posib. dlia stud. vyshch. navch. zakl.*, MAUP, Kyiv, 2005, s. 55; H.B. Yanovytska, V.O. Kucher ta in., *Tsyvilne pravo Ukrainy: pidruchnyk*, v. 2, t. 1, kol. avtoriv, red. H.B. Yanovytskoi, V.O. Kuchera, Novyi Svit-2000, Lviv, 2014, s. 48.

¹² M.M. Aharkov, *Obiazatelstvo po sovetському hrazhdanskomu pravu*, Uchenye trudy VYIuN, v. 3, Yuryd. izd-vo NKIu SSSR, Moskwa, 1940, s. 72.

¹³ O.A. Krasavchykov, *Sotsyalnoe soderzhanye pravospobnosty sovet'skikh hrazhdan*, „Pravovedenye” 1960, nr 1, s. 12—25.

¹⁴ S.N. Bratus, *O sootnosheniy hrazhdanskoi pravospobnosty y subiektyvnykh hrazhdanskykh prav*, „Sovetskoe gosudarstvo i pravo” 1949, nr 8, s. 5.

¹⁵ V.L. Kisel, R.Yu. Mamedov, *Problemy pravovoi...*, s. 47.

osoba fizyczna, która ukończyła 14 lat, ma prawo do swobodnego wyboru miejsca zamieszkania (art. 29 § 2 u.k.c.), lekarza i metod leczenia zgodnie z jego zaleceniami (art. 284 § 2 u.k.c.), a także prawo do swobodnego i samodzielnego poruszania się po terytorium Ukrainy i wyboru miejsca pobytu (art. 313 § 2 u.k.c.). Osoba fizyczna, która ukończyła 16 lat, ma prawo według własnego uznania zmienić swoje nazwisko i (lub) imię, i (lub) imię ojcowskie (art. 295 § 2 u.k.c.) oraz prawo do swobodnego i samodzielnego wyjazdu poza Ukrainę (art. 313 § 3 u.k.c.). Pełnoletnia osoba fizyczna ma prawo do rzetelnej i pełnej informacji o stanie swojego zdrowia, w tym do zapoznania się z odpowiednimi dokumentami medycznymi dotyczącymi jej zdrowia (art. 285 § 2 u.k.c.).

W związku z powyższym zaproponowano różnicowanie zdolności prawnej w zależności od zdolności osoby do nabywania podmiotowych praw i obowiązków, co oznacza, że mamy ogólną oraz specjalną zdolność prawną. Ogólna zdolność prawna przysługuje każdej osobie fizycznej (osoba fizyczna ma np. prawo do imienia — art. 294 § 1 u.k.c., prawo do prywatności — art. 289 § 1 u.k.c., prawo do rodziny — art. 291 § 1 u.k.c.), a specjalna — osobom spełniającym przesłanki nabycia określonych praw i obowiązków (przykładowo osiągnięcie określonego wieku)¹⁶.

Kolejnym aspektem, nad którym warto się pochylić, jest chwila powstania oraz ustania owej zdolności. Zgodnie z art. 25 § 2 u.k.c. zdolność prawna osoby fizycznej powstaje w momencie urodzenia tej osoby, natomiast jak wynika z art. 25 § 4 u.k.c. — ustaje z chwilą jej śmierci. Dodatkowo ustawodawca ukraiński zastrzegł, że w przypadkach określonych w ustawie chronione są interesy poczętego, ale jeszcze nienarodzonego dziecka (art. 25 § 2 zd. 2 u.k.c.).

Jak wskazuje się w ukraińskiej doktrynie, przykładem ochrony interesów dziecka poczętego, ale jeszcze nienarodzonego mogą być art. 1200 oraz art. 1222 u.k.c. Zgodnie z art. 1200 u.k.c. w przypadku śmierci pokrzywdzonego prawo do zadośćuczynienia przysługuje osobom niepełnosprawnym, które były na jego utrzymaniu lub miały w dniu jego śmierci prawo do otrzymania od niego środków utrzymania, a także dziecku pokrzywdzonego urodzonemu po jego śmierci. Spadkobiercami testamentowymi i ustawowymi mogą być osoby fizyczne żyjące w chwili otwarcia spadku, a także osoby poczęte za życia spadkodawcy i urodzone żywe po otwarciu spadku (art. 1222 u.k.c.).

Wziąwszy pod uwagę wyżej przedstawiony stan rzeczy, w doktrynie ukraińskiej rozważano, czy zdolność prawna (możność nabycia określonych podmiotowych praw i obowiązków) przysługuje osobie fizycznej również przed urodzeniem. Podnosi się, że człowiek jest osobą od samego

¹⁶ Ibidem.

poczęcia i już od tej chwili jest podmiotem wszystkich głównych praw, tak samo jak osoba dorosła¹⁷. Twierdzi się również, że granice prawa do życia należy rozszerzyć w czasie do chwili zapłodnienia, ponieważ zarodek jest przesłanką istnienia człowieka i dlatego musi zostać objęty ochroną prawną¹⁸. Dyskusja w tym zakresie doprowadziła do powstania teorii fantomowej zdolności prawnej, oznaczającej prawo podmiotu nieistniejącego do bycia nosicielem określonych uprawnień w warunkach przewidzianych ustawą¹⁹. W stosunku do takiego podmiotu rozróżnia się zdolność *de iure*, która wynika z przepisów — art. 25 ust. 2 zd. 2 u.k.c. w związku z art. 1200 oraz art. 1222 u.k.c. — oraz zdolność *de facto*, której ów podmiot nie posiada, ponieważ nie ma pewności, że dziecko urodzi się żywe²⁰. Oznacza to, że nienarodzone dziecko ma ograniczony status prawny jako potencjalny podmiot prawa.

W odniesieniu do ustania zdolności prawnej w doktrynie ukraińskiej rozróżnia się śmierć prawną oraz faktyczną. Twierdzi się, że śmierć prawna, lub inaczej mówiąc, domniemanie prawne śmierci, ma miejsce, gdy spełnione są warunki zawarte w art. 46 ust. 1 u.k.c., zgodnie z którym osoba fizyczna może zostać uznana przez sąd za zmarłą, jeżeli przez trzy lata nie ma informacji o jej miejscu zamieszkania lub jeśli zaginęła w okolicznościach grożących śmiercią bądź dających podstawy do przypuszczenia, że zginęła w określonym wypadku (przez sześć miesięcy), lub jeżeli osoba zginęła w określonym wypadku lub innych okolicznościach spowodowanych przez człowieka bądź klęski żywiołowe (przez miesiąc od zakończenia wypadku). Uznanie za zmarłego w takiej sytuacji bazuje nie na fakcie śmierci, lecz na domniemaniu, że dana osoba nie żyje²¹.

Zgodnie z prawem ukraińskim chwilę śmierci faktycznej ustala się w inny sposób. Wyróżnia się śmierć kliniczną oraz biologiczną. Śmierć kliniczna jest rozumiana jako mechaniczne zatrzymanie pracy mięśnia sercowego, jednak z możliwością powrotu organizmu do zdrowia. W przypadku śmierci biologicznej komórki mózgowe obumierają, co jest

¹⁷ P.R. Husak, *Pryrodne pravo yak pidstava dlia pozytyvnoho prava na zhyttia*, Doporvid na Vseukrainskii konferentsii (Kyiv, 3.12.2005) „Abort: zaperechennia prava na zhyttia”, <http://christian-psychology.org.ua/psy-individ/4442-prirodne-pravo-yak-pdstava-dlya-pozitivnogo-prava-na-zhyttia.html> [Dostęp: 25.09.2024 r.].

¹⁸ O.H. Rohova, *Pro chas vynykennia prava liudyny na zhyttia: zahalnoteoretychnyi analiz*, „Visnyk AprNU” 2005, nr 4 (43), s. 198.

¹⁹ R.B. Shyshka, *Okhorona prav subiektiv intelektualnoi vlasnosti u tsyvilnomu pravi Ukrainy: dys., dokt. kryd. nauk: 12.00.03*, Tsyvilne pravo ta tsyvilnyi protses; simeine pravo; mizhnarodne pryvatne pravo, Natsionalnyi universytet vnutrishnikh sprav, Kharkiv, 2004, s. 37.

²⁰ O.R. Shyshka, *Pravo neisnuiuchoho uchasnyka tsyvilnykh pravovidnosyn yak pravova fiktsiia*, „Pravo ta upravlinnia” 2011, nr 13, s. 500.

²¹ V.L. Kisel, R.Yu. Mamedov, *Problemy pravovoi ...*, s. 48.

już zjawiskiem nieodwracalnym, w wyniku czego powrót organizmu do zdrowia nie jest możliwy. Utrata zdolności prawnej może być związana tylko ze śmiercią biologiczną, gdy wykluczona jest możliwość powrotu danej osoby do życia²².

3.2. Zdolność prawna w polskim porządku prawnym

W odróżnieniu od prawa ukraińskiego w prawie polskim pojęcie zdolności prawnej nie zostało zdefiniowane na poziomie ustawowym. Z przepisów wynika tylko, że każdy człowiek ma zdolność prawną od chwili urodzenia (art. 8 k.c.). W doktrynie zauważa się, że nieuwzględnienie definicji tego pojęcia przez ustawodawcę było uwarunkowane tym, że nie budzi ono wątpliwości w nauce i z uwagi na to można było pominąć jego definicję legalną. Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie istnieje powszechna zgoda co do tego, że zdolność prawna oznacza, iż ten, kto ją ma, może być podmiotem w zasadzie każdego stosunku prawnego i wynikającego z niego prawa: jest to zdolność do bycia podmiotem praw i obowiązków²³.

O ile samo pojęcie zdolności prawnej nie budzi większych wątpliwości, o tyle utożsamianie tego pojęcia z podmiotowością prawną już nie jest jednoznaczne. W tym zakresie R. Majda wyróżnia cztery stanowiska²⁴. Zgodnie z pierwszym podmiotowość prawna mieści w sobie oba pojęcia — zarówno zdolności prawnej, jak i zdolności do czynności prawnych²⁵. S. Dmowski zakłada, że „zdolność prawna” jest pojęciem abstrakcyjnym, a o podmiotowości mówimy tylko wtedy, gdy mamy do czynienia z konkretnym stosunkiem prawnym albo konkretnym prawem podmiotowym²⁶. Według jeszcze innego poglądu dochodzi do utożsamienia obu omawianych pojęć²⁷. I wreszcie zgodnie z ostatnim stanowiskiem, które również

²² Ibidem.

²³ Wyr. SA w Warszawie z 27.05.2019, V ACa 764/18, LEX nr 3145737; wyr. WSA w Warszawie z 31.01.2018, I SA/Wa 1510/17, LEX nr 2435771; S. Kalus, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, T. I, *Część ogólna (art. 1—125)*, red. M. Fras, M. Habdas, Wolters Kluwer, Warszawa, 2018, art. 8; R. Majda, w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, wyd. 2, red. P. Księżak, M. Pyziak-Szafnicka, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa, 2014, art. 8.

²⁴ R. Majda, *Komentarz...*, 2014, art. 8.

²⁵ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa, 1996, s. 148; T. Smoczyński, *Nasciturus w świetle ustawodawstwa o przerywaniu ciąży*, „*Studia Prawnicze*” 1993, nr 1, s. 73.

²⁶ S. Dmowski, w: S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, LexisNexis, Warszawa, 2004, s. 66.

²⁷ L. Bosek, *Gwarancje godności ludzkiej i ich wpływ na polskie prawo cywilne*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa, 2012, s. 275—276; podobnie J. Haberko, *Cywilno-*

jest podzielane przez R. Majdę i innych przedstawicieli doktryny, pojęcie podmiotowości prawnej należy wyraźnie odróżniać od pojęcia zdolności prawnej, ponieważ podmiotowość prawna jest kategorią szerszą, bogatszą oraz bardziej złożoną niż zdolność prawna²⁸.

W prawie polskim można również spotkać się z określeniem zdolności prawnej jako zdolności biernej (pasywnej). Z tego, iż ktoś ma zdolność prawną, wcale nie wynika, że może on prawa i obowiązki nabywać własnym działaniem²⁹. Brak jest jednolitego poglądu, jeżeli chodzi o występujące w prawie polskim ograniczenia zdolności prawnej. Jedna grupa autorów zalicza do nich takie okoliczności jak: zdolność do czynności prawnych, wiek osoby fizycznej, jej płeć, ubezwłasnowolnienie, stan psychiczny, obywatelstwo czy skazujący wyrok karny³⁰. Według innych autorów wyżej przedstawione okoliczności świadczą nie o ograniczeniach zdolności prawnej, lecz o ograniczeniu lub pozbawieniu poszczególnych praw³¹.

Kolejnym aspektem wymagającym szczególnej analizy jest chwila powstania zdolności prawnej. Zgodnie z art. 8 k.c. zdolność prawna przysługuje człowiekowi od chwili urodzenia, jednak z uwagi na dzisiejszy poziom wiedzy medycznej oraz etapy rozwoju życia ludzkiego chwila urodzenia nie jest rozumiana jednolicie. Ustawodawca również nie wyjaśnia tego pojęcia, w związku z czym proponuje się stosować potoczne znaczenie tego terminu³². W innych komentarzach można znaleźć pogląd, zgodnie z którym przez urodzenie się osoby fizycznej należy rozumieć stan, w którym dziecko znalazło się poza ciałem matki³³.

prawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa, 2010, s. 64.

²⁸ M. Pazdan, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, T. I, wyd. 10, red. K. Pietrzykowski, C.H. Beck, Warszawa, 2020, nb. 2; Z. Radwański, *Prawo cywilne — część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa, 1999, s. 134; R. Majda, w: *Komentarz...*, 2014, art. 8.

²⁹ M. Pazdan, w: *Komentarz...*, 2020, s. 78, przed komentarzem do art. 8, nb. 7—10; R. Majda, w: *Komentarz...*, 2014, art. 8, nb. 7, s. 160; M. Pilich, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, T. I, *Część ogólna*, cz. 1 (art. 1—554), red. J. Gudowski, Wolters Kluwer, Warszawa, 2021, art. 8.

³⁰ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne...*, s. 152—153; S. Dmowski, w: *Komentarz...*, 2004, s. 70; ostrożniej M. Pazdan, w: *Komentarz...*, 2020, s. 82; S. Kalus, w: *Komentarz...*, 2018, art. 8.

³¹ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne — część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa, 2015, s. 139; J. Strzebinczyk, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, C.H. Beck, Warszawa, 2011, s. 31—32; R. Majda, w: *Komentarz...*, 2014 art. 8; S. Grzybowski, w: *System Prawa Cywilnego*, T. 1, *Część ogólna*, red. S. Grzybowski, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław, 1985, s. 321—323; J. Strzebinczyk, w: *Kodeks cywilny. Komentarz...*, 2011, s. 32.

³² R. Majda, w: *Komentarz...*, 2014, art. 8.

³³ S. Kalus, w: *Komentarz...*, 2018, art. 8.

Istnieją także odwołania do załącznika nr 1 do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 6 kwietnia 2020 r.³⁴ Zgodnie z tym rozporządzeniem „urodzeniem żywym” określa się całkowite wydalenie lub wydobywanie z ustroju matki noworodka, niezależnie od czasu trwania ciąży, który po takim wydaleniu lub wydobyciu oddycha lub wykazuje jakiegokolwiek inne oznaki życia, takie jak czynność serca, tętnienie pępowiny lub wyraźne skurcze mięśni zależnych od woli, bez względu na to, czy sznur pępowiny został przecięty lub łożysko zostało oddzielone. Jednocześnie „urodzeniem martwym” określa się całkowite wydalenie lub wydobywanie z ustroju matki płodu, o ile nastąpiło po upływie 22. tygodnia ciąży, który po takim wydaleniu lub wydobyciu nie oddycha ani nie wykazuje żadnego innego znaku życia, jak czynność serca, tętnienie pępowiny lub wyraźne skurcze mięśni zależnych od woli.

Zarówno w prawie polskim, jak i w prawie ukraińskim znana jest również instytucja dziecka poczętego jeszcze nienarodzonego (łac. *nasciturus*). Jest to wyjątek od zasady wynikającej z art. 8 k.c. Jak zauważył Sąd Najwyższy w jednym ze swoich orzeczeń, wszystkie wyjątki od zasady, której daje wyraz art. 8 k.c., są przejawem założenia, że zachodzi potrzeba prawna zabezpieczenia i ochrony praw dziecka poczętego na wypadek, gdy uzyska ono, zgodnie z art. 8 k.c., zdolność prawną. Ochrona ta jest dość szeroka.

Otóż w chwili otwarcia spadku dziecko poczęte może być spadkobiercą, jeżeli urodzi się żywe (art. 927 § 2 k.c.), wobec czego spadkodawca może np. rozporządzić majątkiem (w drodze testamentu) na wypadek śmierci na rzecz dziecka poczętego. Można uznać dziecko nawet jeszcze nieurodzone, jeżeli zostało już poczęte (art. 75 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego³⁵ [dalej: k.r.o.]). W ten sposób prawo zapewnia dziecku możliwość uzyskania określonego statusu prawnego i związanych z tym uprawnień. Przed urodzeniem dziecka matka może żądać odpowiedniej sumy na koszty jego utrzymania (art. 142 k.r.o.). Ustawodawca liczy się również z potrzebą strzeżenia przyszłych praw dziecka (art. 182 k.r.o.). Kurator dziecka poczętego może żądać zabezpieczenia spadku, a także zabezpieczenia dowodów. Do tego trzeba dodać utrwaloną już w orzecznictwie zasadę ochrony poczętego dziecka w sferze odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych (np. roszczenia odszkodowawcze w stosunku do osoby odpowiedzialnej za śmierć dziecka poczętego)³⁶.

³⁴ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 6 kwietnia 2020 r. w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania (t.j. Dz.U. 2024, poz. 798).

³⁵ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. — Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. Dz.U. 2023, poz. 2809 z późn. zm.).

³⁶ Wyr. SN z 7.10.1971, III CRN 255/71, OSNC 1972, nr 3, poz. 59.

Jak zauważa M. Pazdan, poglądy doktryny na temat pozycji prawnej *nasciturusa* były i są ciągle podzielone³⁷. Według jednych autorów dziecko do chwili urodzenia stanowi *pars viscerum matris* — do tej chwili dziecku poczętemu nie przysługuje nawet warunkowa zdolność prawna, wszystkie przepisy mówiące o dziecku poczętym mają na celu jedynie zabezpieczenie jego przyszłych interesów. Do chwili urodzenia można mówić jedynie o przyszłej osobie fizycznej i o jej przyszłych prawach³⁸.

Zgodnie z innym poglądem *nasciturusowi* przysługuje warunkowa zdolność prawna bądź ogólna³⁹, bądź ograniczona do określonego zakresu⁴⁰. M. Pazdan zauważa, że wątpliwości budzi okoliczność, o jaki warunek chodzi w rozważanym zakresie⁴¹ — warunek rozwiązujący, którym jest urodzenie się dziecka martwego⁴², czy też warunek zawieszający, którym jest urodzenie się dziecka żywego⁴³. Według jeszcze innego poglądu *nasciturusowi*, w szczególności, gdy dotyczy to ochrony dóbr osobistych, należy przyznać pewien zakres ogólnej i bezwzględnej zdolności prawnej niezależny od zakresu przyznanej mu w przepisach kodeksu cywilnego warunkowej zdolności prawnej⁴⁴.

Tak samo jak z przyznaniem zdolności prawnej *nasciturusowi* podzielone są zdania, jeżeli chodzi o początek warunkowej zdolności prawnej

³⁷ M. Pazdan, w: *Kodeks cywilny...*, 2020, nb. 2.

³⁸ S. Grzybowski, w: *System...*, T. 1, s. 309; S. Dmowski, w: S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, LexisNexis, Warszawa, 2009, s. 75, nb. 13; J. Strzebinczyk, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, C.H. Beck, Warszawa, 2016, s. 35, nb. 12; R. Majda, w: *Komentarz...*, 2014, s. 165, 174, nb. 38; P. Księżak, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, C.H. Beck, Warszawa, 2017, s. 114, nt. 21; S. Kalus, w: *Komentarz...*, 2018, s. 64, nb. 15.

³⁹ B. Walaszek, *Nasciturus w prawie cywilnym*, „Państwo i Prawo” 1956, nr 7, s. 121 i n.; A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa, 1984, s. 244 i n.

⁴⁰ A. Szpunar, *Szkoda wyrządzona przed urodzeniem dziecka*, „Studia Cywilistyczne” 1969, nr 13—14, s. 378 i n.; H. Dąbrowski, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, T. I, red. Z. Resich, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa, 1972, s. 74.

⁴¹ M. Pazdan, w: *Komentarz...*, 2020, nb. 2.

⁴² B. Walaszek, *Nasciturus w prawie...*, s. 121; A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa...*, s. 244 i n.

⁴³ A. Szpunar, *Szkoda...*, s. 378; K. Piasecki, w: *Kodeks cywilny z komentarzem*, T. I, red. J. Winiarz, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa, 1989, s. 24; S. Chrempiński, *Czy dziecko poczęte winno być uznane za podmiot prawa?*, „Nowe Prawo” 1988, nr 2, s. 83 i n.; Z. Radwański, *Prawo cywilne — część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa, 2005, s. 154, nb. 357; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne — część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa, 2019, s. 154, nb. 357.

⁴⁴ P. Nazaruk, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, P. Nazaruk, Wolters Kluwer, Warszawa, 2019, s. 80, nb. 13; J. Haberko, *Udostępnianie i publikowanie wizerunku nasciturusa, noworodka i małego dziecka w świetle zasady dobra dziecka*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2013, nr 3, s. 59.

nasciturus. Z jednej strony zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny miarodajna jest chwila, gdy zarodek (embrion) zakotwiczy się w organizmie kobiety, niezależnie od tego, czy powstał w organizmie kobiety, czy poza nim (*in vitro*)⁴⁵. Z drugiej strony broniona jest teza, że *nasciturus* to dziecko od chwili zapłodnienia komórki jajowej⁴⁶.

Zdolność prawna człowieka ustaje z chwilą jego śmierci. Należy zaznaczyć, że kodeks cywilny nie określa ani pojęcia śmierci, ani chwili śmierci. Jednak nie budzi wątpliwości, że z chwilą śmierci osoba zmarła przestaje być podmiotem jakichkolwiek praw i obowiązków cywilnoprawnych⁴⁷. W doktrynie polskiej zauważa się, że stwierdzenie, kiedy następuje śmierć człowieka, w zasadzie zależy nie od oceny prawnej, lecz od oceny medycznej⁴⁸. Zgodnie z art. 43 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty lekarz może stwierdzić zgon na podstawie osobiście wykonanych badań i ustaleń⁴⁹. Z przepisów ustawy z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych wynika, że zgon i jego przyczyna powinny być ustalone przez lekarza leczącego chorego w ostatniej chorobie (art. 11 ust. 1)⁵⁰. Jednocześnie w razie niemożności dopełnienia przepisu, o którym mowa wyżej, stwierdzenie zgonu i jego przyczyny powinno nastąpić w drodze oględzin, dokonywanych przez lekarza lub w razie jego braku przez inną osobę powołaną do tej czynności przez właściwego starostę, przy czym koszty tych oględzin i wystawionego świadectwa nie mogą obciążać rodziny zmarłego (art. 11 ust. 2).

Skutek śmierci według prawa polskiego następuje nie tylko w przypadku śmierci biologicznej, lecz także na podstawie innych mechanizmów prawnych, takich jak postanowienie sądu o uznaniu za zmarłego. Zgodnie bowiem z art. 29 § 1 k.c. zaginiony może być uznany za zmarłego, jeżeli upłynęło 10 lat od końca roku kalendarzowego, w którym według istniejących wiadomości jeszcze żył; jednakże gdyby w chwili uznania za

⁴⁵ M. Nesterowicz, *Glosa do wyr. SA w Lublinie z 29.7.2009 r., I ACa 308/09*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 1, s. 143; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2018, s. 194; M. Pazdan, w: *Komentarz...*, 2020, nb. 2.

⁴⁶ P. Księżak, w: *Komentarz...*, 2017, s. 111, nt. 12; R. Majda, w: *Komentarz...*, 2014, s. 176, nb. 45, 46; J. Haberkowicz, *Status cywilnoprawny ludzkiego embrionu w fazie przedimplantacyjnej*, „Przegląd Sądowy” 2008, nr 10, s. 26 i n.

⁴⁷ R. Strugała, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, C.H. Beck, Warszawa, 2021, art. 8, nb. 3.

⁴⁸ M. Pilich, w: *Komentarz...*, 2021, art. 8; R. Strugała, w: *Komentarz...*, 2021, art. 8, nb. 4.

⁴⁹ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (t.j. Dz.U. 2023, poz. 1516 z późn. zm.).

⁵⁰ Ustawa z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (t.j. Dz.U. 2024, poz. 576).

zmarłego zaginiony ukończył 70 lat, wystarcza upływ 5 lat. Natomiast z § 2 wyżej wskazanego przepisu wynika, że uznanie za zmarłego nie może nastąpić przed końcem roku kalendarzowego, w którym zaginiony ukończyłby 23 lata. W piśmiennictwie zauważa się, że przesłanką uznania za zmarłego jest zaginięcie osoby fizycznej trwające przez czas szczegółowo określony w przepisach prawnych⁵¹. Pojęcie zaginięcia nie jest zdefiniowane, jednak — jak wskazuje M. Pazdan — zaginięciem nazywa się trwającą przez jakiś czas sytuację, w której nie wiadomo, czy dana osoba żyje, czy też zmarła⁵². Wskazuje się, że celem takiego rozwiązania jest usunięcie stanu niepewności, polegającego na braku możliwości jednoznacznego potwierdzenia faktu życia lub śmierci określonej osoby⁵³.

3.3. Zdolność prawna w konwencji polsko-ukraińskiej

Zgodnie z art. 21 umowy zdolność prawną osoby fizycznej ocenia się według prawa tej umawiającej się strony, której osoba ta jest obywatelem. Jak widać, w powołanym przepisie posłużono się łącznikiem obywatelstwa. Nadmienić należy, że w Polsce używany jest w tym znaczeniu termin „prawo ojczyście” (łac. *lex patriae*). Za pomocą łącznika obywatelstwa ustalane jest prawo właściwe dla zdolności prawnej, czyli statut personalny osoby fizycznej. W polskiej doktrynie zaznacza się, że łącznik obywatelstwa odnosi się do formalnej prawnej więzi łączącej osobę fizyczną z państwem⁵⁴ i spośród innych łączników personalnych (np. zamieszkanie, pobyt zwykły, pobyt prosty) jest łącznikiem najbardziej sformalizowanym⁵⁵.

Od razu podkreślić należy, że w przypadku podwójnego obywatelstwa, czyli kiedy osoba jednocześnie pozostaje obywatelem Ukrainy i Polski, brak jest jakichkolwiek reguł dotyczących ustalania pierwszeństwa obywatelstwa osoby fizycznej (przykładowo w pierwszej kolejności można byłoby brać pod uwagę obywatelstwo z chwili urodzenia). Na ten temat konwencja zupełnie milczy, w związku z czym istnieje konieczność posiłkowego stosowania przepisów krajowych obu państw, w szczególności

⁵¹ M. Pazdan, w: *Komentarz...*, 2020, art. 29 nb. 1.

⁵² Ibidem.

⁵³ M. Pilich, w: *Komentarz...*, 2021, art. 29.

⁵⁴ M. Pilich, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2014, art. 2, nb. 2; M. Świerczyński, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2014, s. 220, nb. 73.

⁵⁵ M. Pilich, *Zasada obywatelstwa w prawie prywatnym międzynarodowym. Zagadnienia podstawowe*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa, 2015, s. 356—357.

przepisów ustaw o prawie prywatnym międzynarodowym (w art. 2 ust. 2 polskiej ustawy Prawo prywatne międzynarodowe⁵⁶ wskazano, że cudzoziemiec mający obywatelstwo dwóch lub więcej państw podlega, jako prawu ojczystemu, prawu tego z nich, z którym jest najściślej związany; podobnie w art. 16 ust. 2 ukraińskiej ustawy o prawie międzynarodowym prywatnym⁵⁷ — jeśli osoba fizyczna jest obywatelem dwóch lub więcej państw, prawo państwa, z którym osoba fizyczna ma najściślej powiązania, w szczególności w którym ma miejsce zamieszkania lub główną działalność, jest uważane za jej prawo ojczyste). Polscy przedstawiciele doktryny również zaznaczają, że przy rozstrzyganiu kolizji łączników decydować powinno kryterium efektywności, tj. kryterium najściślejszego związku osoby z tym albo innym państwem (sąd polski nie może automatycznie stosować prawa polskiego jako prawa ojczystego dla określonej osoby, a sąd ukraiński — ukraińskiego)⁵⁸. O najściślejszym związku mogą decydować takie okoliczności jak zwykły pobyt czy relacje rodzinne i gospodarcze⁵⁹.

Zgodzić się należy również z poglądem M. Pilicha, że art. 21 umowy nie znajduje zastosowania do bezpaństwowców (czyli osób nieposiadających żadnego obywatelstwa), uchodźców w znaczeniu międzynarodowym oraz w sytuacjach obowiązywania prawa państwa zamieszkania lub zwykłego pobytu jako tzw. zastępczego statutu personalnego⁶⁰. Na marginesie trzeba zaznaczyć, że autor niniejszego opracowania nie analizuje wpływu działań wojennych spowodowanych rosyjską agresją na Ukrainę z perspektywy konwencji genewskiej z 1951 r.⁶¹ oraz komplikacji, które potencjalnie mogą mieć miejsce w procesie ustalania statutu personalnego osoby fizycznej.

⁵⁶ Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe (t.j. Dz.U. 2023, poz. 503).

⁵⁷ Ustawa Ukrainy z dnia 23 czerwca 2005 r. o prawie międzynarodowym prywatnym (Vidomosti Verhovnoi Rady Ukrainy (VVR), 2019, Nr 48, st. 325).

⁵⁸ M. Pilich, w: J. Turlukowski, M. Pilich, *Polsko-ukraińska umowa o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych i karnych. Komentarz do przepisów o sprawach cywilnych*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2023, art. 21, nb. 2; idem, *Zasada obywatelstwa...*, s. 356—357.

⁵⁹ M. Pilich, w: J. Turlukowski, M. Pilich, *Komentarz...*, 2023, art. 21, nb. 2; M. Czepelak, *Umowa międzynarodowa jako źródło prawa prywatnego międzynarodowego*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa, 2008, s. 465 i n.; M. Pilich, *Zasada obywatelstwa...*, s. 356; post. SN z 15.04.2011, III CSK 223/10, OSNC 2012/1, poz. 13.

⁶⁰ M. Pilich, w: J. Turlukowski, M. Pilich, *Komentarz...*, 2023, art. 21, nb. 3; idem, *Uchodźcy w prawie prywatnym międzynarodowym*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2022, nr 1, s. 11 i n.

⁶¹ Konwencja dotycząca statusu uchodźców, sporządzona w Genewie dnia 28 lipca 1951 r. (Dz.U. 1991, nr 119, poz. 517).

Przechodząc do zdolności prawnej, w celu wypracowania jednolitego podejścia dotyczącego tego pojęcia w konwencji polsko-ukraińskiej należy ustalić, jaka jest jego istota, jaki jest moment początkowy i końcowy zdolności prawnej, a także czy obejmuje on ograniczenia zdolności prawnej. Z perspektywy stosunków polsko-ukraińskich jest to szczególnie istotne, ponieważ zawsze w tym zakresie przy ocenie zdolności obywatela drugiej strony umowy z 1993 r., to jest Polski i Ukrainy w każdym z tych państw, stosuje się prawo drugiej strony umowy (a więc prawo obce).

Odnosząc się do zakresu pojęciowego, prawo ukraińskie zawiera definicję legalną tego pojęcia. **Ustawodawca krajowy powiedział wprost, że zdolność prawna jest rozumiana jako zdolność osoby do tego, by mieć określone prawa i obowiązki, czy inaczej mówiąc, być podmiotem cywilnych praw i obowiązków.** W sposób zbliżony definiują to pojęcie przedstawiciele doktryny ukraińskiej. Podobnie również w prawie polskim o zdolności prawnej mówi się jako o zdolności do posiadania praw i obowiązków, możliwości bycia podmiotem praw i obowiązków regulowanych przez prawo. Jak zaznacza M. Pilich, chodzi o kwestie samego istnienia człowieka jako podmiotu prawa⁶². W praktyce oznacza to, że w obu systemach prawnych zasadniczo mamy do czynienia z instytucją prawną, która pozwala osobie stać się podmiotem jakichkolwiek stosunków. Dyskusje dotyczące relacji występujących między podmiotowością prawną a zdolnością prawną, uznaniem zdolności prawnej za prawo podmiotowe, uważam za zbędne, jeżeli chodzi o określenie zakresu normy kolizyjnej w relacjach polsko-ukraińskich, **ponieważ w obu systemach prawnych „zdolność prawna” jest rozumiana jako „zdolność do bycia podmiotem praw i obowiązków”.**

Kwestie dotyczące ograniczenia zdolności prawnej, o których pisze się w doktrynie ukraińskiej, również nie będą stanowiły szczególnych problemów praktycznych, ponieważ uzależnienie bycia podmiotem praw i obowiązków od osiągnięcia określonego wieku jest przewidziane w prawie zarówno polskim, jak i ukraińskim. Przykładowo można tu wskazać prawo do prowadzenia działalności gospodarczej lub prawo do zawarcia związku małżeńskiego. Ograniczenia w tym zakresie nie godzą wprost w zdolność prawną, gdyż osoba nadal może być podmiotem praw i obowiązków, co wynika z przepisów ogólnych dotyczących zdolności prawnej. Realizacja tych przykładowych praw jest możliwa dopiero na określonym etapie życiowym.

Przedstawiciele polskiej doktryny zaznaczają, że **do zakresu stosowania art. 21 ust. 1 umowy z 1993 r. należą przesłanki, od spełnienia których uzależnione jest uzyskanie zdolności prawnej i wyznaczenie kresu podmiotowości prawnej człowieka, zwłaszcza gdy wynika ono**

⁶² M. Pilich, w: J. Turlukowski, M. Pilich, *Komentarz...*, 2023, art. 21, nb. 4.

z domniemań prawnych, oraz że — biorąc pod uwagę fakt, że konwencja nie zawiera odrębnych uregulowań w tym zakresie — zakresem pojęcia „zdolność prawna” można objąć kwestie związane z imieniem i nazwiskiem, jak również dobrami osobistymi osoby fizycznej⁶³.

Jednocześnie — jak przyjmuje się w polskiej doktrynie — **do zakresu zastosowania statutu personalnego (art. 21 ust. 1 umowy z 1993 r.) nie należą** przepisy prawa wewnętrznego obowiązujące w Polsce i w Ukrainie, **które uzależniają możliwość stania się przez osobę fizyczną podmiotem określonych praw i obowiązków od szczególnych wymagań obejmujących osobiste właściwości osoby**. Proponuje się, by w tych przypadkach stosować prawo właściwe dla stosunku prawnego, o jaki w rozpatrywanej sytuacji chodzi⁶⁴. Oznacza to, że wymaganie posiadania określonego wieku przy zawarciu małżeństwa należy objąć zakresem zastosowania normy kolizyjnej z art. 24 ust. 2 umowy z 1993 r. Jako przesłanka materialnoprawna zawarcia małżeństwa wymaganie to będzie oceniane według prawa ojczystego nupturienta. **Artykuł 21 ust. 1 umowy z 1993 r. nie będzie miał zastosowania** do uznania osoby za zmarłą i do stwierdzenia zgonu, ponieważ są to zagadnienia objęte zakresem normy kolizyjnej z art. 23 ust. 3 umowy. **Podobnie⁶⁵ również**, jeżeli chodzi o zdolność deliktową osoby fizycznej, czyli zdolność do ponoszenia odpowiedzialności za czyny niedozwolone — w tym przypadku stosować należy statut zobowiązań pozaumownych, wskazany przez art. 35 ust. 1 umowy z 1993 r., lub jeżeli chodzi o zdolność warunkową *nasciturusa*, dla której prawo właściwe ma być ustalane przez normy kolizyjnoprawne określające statut spadkowy.

Na marginesie należy wskazać, że zarówno prawu ukraińskiemu, jak i prawu polskiemu znana jest instytucja *nasciturusa*. W obu krajach toczą się dyskusje co do tego, czy *nasciturus* ma zdolność prawną, czy jednak jest to zdolność warunkowa, uzależniona od urodzenia się dziecka żywym. Chwilą powstania zdolności prawnej jest moment urodzenia się dziecka. Obie doktryny pozostawiają definiowanie tej chwili naukom medycznym. Prawo polskie, podobnie jak prawo ukraińskie, nie zna pojęcia śmierci cywilnej — uznaje się, że koniec zdolności prawnej jest związany z momentem śmierci biologicznej, co również jest definiowane przez medycynę. W obu systemach występują instytucje polegające na uznaniu osoby za zmarłą po minięciu określonego czasu.

⁶³ Ibidem, art. 21, nb. 4, 6; inaczej w stosunku do imienia i nazwiska M. Wojewoda, *Rejestracja urodzin dzieci obywateli Ukrainy przybyłych do Polski w związku z konfliktem zbrojnym na terytorium tego państwa*, „Metryka” 2022, nr 1, s. 47—48.

⁶⁴ M. Pazdan, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2014, s. 578, nb. 45.

⁶⁵ M. Pilich, w: J. Turlukowski, M. Pilich, *Komentarz...*, 2023, art. 21, nb. 4.

Podsumowując ten wątek, należy stwierdzić, że pojęcie zdolności prawnej w prawie ukraińskim i polskim szczegółowo nie różni się co do zasad. Nie ma więc obaw pojawienia się kłopotów przy posługiwaniu się konwencją polsko-ukraińską w procesie poszukiwania prawa właściwego do oceny zdolności prawnej.

4. Zdolność do czynności prawnych w ukraińskim oraz polskim porządku prawnym

4.1. Zdolność do działań prawnych w prawie ukraińskim

W prawie ukraińskim występuje pojęcie „zdolność do działań prawnych” (ukr. *дієздатність, дієздатnist*), chociaż nie rzadko można się spotkać z tłumaczeniem go jako „zdolność do czynności prawnych”, co zdaniem autora niniejszego opracowania jest błędne, z uwagi na istotę tego pojęcia w prawie ukraińskim, o czym będzie mowa w dalszej części artykułu. Poszczególne aspekty pojęcia i zakresu zdolności do działań prawnych były przedmiotem rozważań takich przedstawicieli ukraińskiej doktryny jak: O.V. Dzera (ukr. Олександр Васильович Дзера), N.S. Kuznetsova (ukr. Наталія Семенівна Кузнецова), Ya.M. Shevchenko (ukr. Ярославна Миколаївна Шевченко), D.V. Bobrova (ukr. Діна Васи́лівна Боброва)⁶⁶.

Prawo ukraińskie definiuje pojęcie zdolności do działań prawnych jako zdolność do nabywania praw cywilnych i samodzielnego ich wykonywania przez swoje działania, a także zdolność do zaciągania cywilnoprawnych obowiązków dla siebie, samodzielnego ich wykonywania i ponoszenia odpowiedzialności w przypadku ich niewykonania (art. 30 § 1 u.k.c.).

Definicje o podobnym charakterze są formułowane także przez przedstawicieli ukraińskiej doktryny. Wedle często spotykanej formuły zdolność do działań prawnych jest to zdolność podmiotu poprzez swoje działania do nabywania cywilnych praw i zaciągania cywilnoprawnych obowiąz-

⁶⁶ M. Sahradian, *Tsyvilna diiezdatnist fizychnoi osoby v Ukraini ta v zarubizhnykh krainakh*, „Pidpriemnytstvo, gospodarstvo i prawo” 2018, nr 4, s. 69. W szczególności można przytoczyć następujące prace: O.V. Dzera ta in., *Tsyvilne pravo Ukrainy: Pidruchnyk*, U 2 t., red. O.V. Dzera, N.S. Kuznetsovoi, 2-e vyd., dopov. i pererob., Yurinkom Inter, Kyiv, 2004; Ya.M. Shevchenko, *Tsyvilne pravo Ukrainy. Akademichnyi kurs: Pidruchnyk*, U 2 t., In Yure, Kyiv, 2003.

ków⁶⁷. Niektórzy podnoszą również, że zdolność do działań prawnych można zdefiniować jako realizowaną poprzez fakty prawne zdolność prawną⁶⁸ albo jako możliwość realizacji swojej zdolności prawnej własnymi działaniami⁶⁹. Nie ma jednak w ukraińskiej doktrynie jednolitego stanowiska w tym zakresie. Można spotkać też pogląd utożsamiający zdolność do działań prawnych ze zdolnością do czynności prawnych (wąskie rozumienie pojęcia zdolności do działań prawnych), zgodnie z którym jest to zdolność obywatela do samodzielnego dokonywania czynności cywilnoprawnych (nie wszelkich czynności, za pomocą których można nabyć prawa cywilne, ale tylko czynności cywilnoprawnych)⁷⁰.

Według innych poglądów treść zdolności do działań prawnych obejmuje: a) zdolność do nabywania praw i tworzenia obowiązków dla siebie (te ostatnie mogą mieć miejsce w wyniku działań zarówno zgodnych z prawem, jak i bezprawnych); b) zdolność do wykonywania swoich działań zgodnie z tym prawem i wykonywania powierzonych osobie obowiązków; c) zdolność do zaprzestania wykonywania praw i obowiązków przysługujących osobie poprzez jej własne działania⁷¹. Zdaniem niektórych treść zdolności do działań prawnych obejmuje dwie zdolności: a) zdolność do wykonywania dozwolonych czynności prawnych i b) zdolność do ponoszenia odpowiedzialności za czyny niedozwolone, czyli zdolność deliktową⁷². Jeszcze inni przedstawiciele doktryny uważają, że dodatkowo oprócz tych składników w zdolności do działań prawnych należy uwzględnić także zdolność do wykonywania działań prawnych, które nie są czynnościami prawnymi⁷³, albo też zdolność do działań niezgodnych z prawem⁷⁴.

⁶⁷ L.O. Dolinenko, S.O. Sarnovska, *Tsyvilne pravo Ukrainy...*, s. 25; O.S. Mazur, *Tsyvilne pravo Ukrainy: Navch. pos.*, Tsentr navchalnoi literatury, Kyiv, 2006, s. 38; S.V. Reznichenko, *Tsyvilno-pravovyi status nepovnolitnoi fizychnoi osoby*, „Chasopys tsyvilistyky” 2017, v. 23, s. 13.

⁶⁸ N.A. Diachkova, *Tsyvilna diiezdatnist fizychnykh osib, yii zmist ta vydy. Emansypatsiia nepovnolitykh, Suchasni problemy tsyvilnoho prava ta protsesu: navch. posib.*, S.O. Slipchenko, O.V. Syniehubov, V.A. Kroitor ta in., red. Yu.M. Zhornokuia, L.V. Krasyskoi, Pravo, Kharkiv, 2017, s. 114—115.

⁶⁹ O.S. Mazur, *Tsyvilne pravo Ukrainy...*, s. 38.

⁷⁰ N.P. Zhuravlev, *O sootnoshenyy hrazhdanskoi pravospособnosti, deesposobnosti i subiektyvnoho prava*, RIO VJUI, Moskwa, 1988, s. 19.

⁷¹ N.P. Kuznetsova, *Razvytye instituta deesposobnosti hrazhdan v novom hrazhdanskom zakonodatelstve*, „Pravovedenye” 1965, nr 4, s. 80.

⁷² Ya.R. Vebers, *Pravosubiektnost hrazhdan v sovetskom hrazhdanskom i semeinom prave*, Zynatne, Ryha, 1976, s. 124.

⁷³ A.H. Potiukov, *Pravospособnost i deesposobnost hrazhdan po sovetskomu hrazhdanskomu pravu*, Avtoref. dys. kand. yuryd. nauk: 12.712, Lenynhradskyi hos. un-t, 1954, s. 12.

⁷⁴ S.N. Bratus, *Subiekty hrazhdanskoho prava: ucheb. posob.*, Hos. yur. izdat., Moskwa, 1950, s. 14.

Czasami w literaturze można spotkać jeszcze większą listę składników treści zdolności do działań prawnych osoby fizycznej: 1) zdolność do wykonywania czynności prawnych mających na celu ustanowienie praw i obowiązków cywilnych (ukr. *правочиноздатність, prawoczynozdatnist*); 2) zdolność osoby do ponoszenia odpowiedzialności za popełnienie deliktu cywilnego, czyli zdolność deliktowa (ukr. *деліктоздатність, deliktozdatnist*); 3) zdolność osoby do sporządzenia testamentu i bycia spadkobiercą (ukr. *тестаментаздатність, testamentozdatnist*); 4) zdolność osoby poprzez swoje działania do tworzenia dla innych podmiotów praw i obowiązków oraz jej zdolność do przyjmowania praw i obowiązków wynikających z działań innych osób (ukr. *трансдієздатність, trans-diiezdatnist*)⁷⁵. Niektórzy autorzy dodają również zdolność do działań biznesowych (ukr. *бізнесдієздатність, biznesdiiezdatnist*) i zdolność do działań małżeńsko-rodzinnych (ukr. *шлюбно-сімейна дієздатність, ślubno-simejna diiezdatnist*)⁷⁶.

Zdolność do działań prawnych jako dynamiczny element podmiotowości prawnej, który związany jest z wykonywaniem przez osobę działań z udziałem woli, wymaga osiągnięcia określonego poziomu dojrzałości psychicznej, gotowości do wystąpienia pewnych konsekwencji oraz zdolności pełnego zrozumienia swoich działań i kierowania nimi⁷⁷. Podkreśla się, że w przeciwieństwie do zdolności prawnej zdolność do działań prawnych wiąże się z wykonywaniem przez określoną osobę działań z udziałem woli, co z kolei wiąże się z osiągnięciem przez nią pewnego poziomu dojrzałości psychicznej⁷⁸. Tylko osoba zdolna do uświadomienia sobie znaczenia swoich działań może właściwie realizować swoje prawa i wykonywać przyjęte obowiązki prawne⁷⁹.

W przeciwieństwie do zdolności prawnej zdolność do działań prawnych nie może być taka sama dla wszystkich. Ustawodawca ukraiński w kodeksie cywilnym wyraźnie zastrzegł, że zakres zdolności do działań prawnych osoby fizycznej może być ograniczony wyłącznie w przypadkach i w sposób określony przez prawo (art. 30 § 2 u.k.c.). Prawo ukraińskie rozróżnia: 1) częściową zdolność do działań prawnych osoby fizycznej,

⁷⁵ O.S. Mazur, *Tsyvilne pravo Ukrainy...*, s. 29.

⁷⁶ E.O. Kharytonov, N.A. Sanyakhmetova, *Hrazhdanskoe pravo Ukrainy: Uchebnyk*, Odessei, Kharkiv, 2004, s. 135–136.

⁷⁷ N.A. Diachkova, *Tsyvilna diiezdatnist fizychnykh...*, s. 115.

⁷⁸ L.O. Dolinenko, S.O. Sarnovska, *Tsyvilne pravo Ukrainy...*, s. 25; O.S. Mazur, *Tsyvilne pravo Ukrainy...*, s. 58; N.V. Volkova, *Protseesualni osoblyvosti rozghliadu sprav shchodo obmezhenia tsyvilnoi diiezdatnosti fizychnoi osoby, vyznannia fizychnoi osoby nediezdatnoiu (okremi aspekty)*, „Aktualni problemy derzhavy i prava” 2010, nr 56, s. 124.

⁷⁹ N.V. Volkova, *Protseesualni osoblyvosti rozghliadu...*, s. 124.

która nie ukończyła 14. roku życia (art. 31 u.k.c.); 2) niepełną zdolność do działań prawnych osoby fizycznej w wieku od 14 do 18 lat (art. 32 u.k.c.); 3) pełną zdolność do działań prawnych osoby fizycznej, która ukończyła 18 lat (pełnoletność) (art. 34 u.k.c.).

Niektórzy przedstawiciele doktryny wyróżniają kilka odmian zdolności do działań prawnych: 1) pełna; 2) częściowa; 3) ograniczona; 4) uznanie osoby za ubezwłasnowolnioną⁸⁰. Inni posługują się podziałem na zdolność do działań prawnych: 1) pełną; 2) niepełną; 3) częściową; 4) ograniczoną; 5) uznanie osoby za ubezwłasnowolnioną⁸¹.

Pełna zdolność do działań prawnych to zdolność osoby do nabywania i wykonywania wszelkich praw majątkowych i osobistych, jak również do przejmowania i wykonywania wszelkich obowiązków, a więc zdolność do pełnego wykorzystania posiadanej przez nią zdolności prawnej⁸². Zgodnie z art. 34 § 1 u.k.c. pełną zdolność do działań prawnych posiada osoba fizyczna, która ukończyła 18 lat (pełnoletność). Jednocześnie w przypadku rejestracji małżeństwa osoby fizycznej, która nie osiągnęła pełnoletności, nabywa ona pełną zdolność do działań prawnych z chwilą rejestracji małżeństwa (art. 34 § 2 u.k.c.).

Prawu ukraińskiemu, podobnie jak prawom innych państw europejskich, znana jest instytucja emancypacji — w jej ramach niepełnoletnia osoba może nabyć pełną zdolność do działań prawnych w następujących przypadkach: a) w wyniku rejestracji małżeństwa i po ukończeniu 16. roku życia; b) jeżeli pracuje na podstawie umowy o pracę; c) jeżeli prowadzi działalność gospodarczą; d) jeżeli zostanie zarejestrowana jako matka lub ojciec dziecka (art. 35 u.k.c.).

W przeciwieństwie do zdolności do działań prawnych (jako zdolności osoby do nabywania praw i obowiązków przez swoje działania) emancypacja nie jest zdolnością ani właściwością osoby, ale stanowi proces nabywania tych cech przez osobę⁸³. Charakter różnych rodzajów emancypacji zależy nie tylko od podstaw jej powstania, lecz także od zakresu praw i obowiązków, które może nabyć określony podmiot, co oznacza, że zawsze zakres zdolności do działań osoby emancypowanej może być szerszy niż osoby w jej wieku, ale węższy w porównaniu z zakresem tej zdolności osoby pełnoletniej⁸⁴.

⁸⁰ L.O. Dolinenko, S.O. Sarnovska, *Tsyvilne pravo Ukrainy...*, s. 25; O.S. Mazur, *Tsyvilne pravo Ukrainy...*, s. 58.

⁸¹ O.S. Mazur, *Tsyvilne pravo Ukrainy...*, s. 39.

⁸² Ibidem.

⁸³ N.A. Diachkova, *Tsyvilna diiezdatnist fizychnykh...*, s. 119.

⁸⁴ Y.V. Zhylynkova, *Pravovye aspekty emansypatsyi nesovershennoletnykh*, „Problemy zakonnosti” 2000, v. 41, s. 77; N.A. Diachkova, *Tsyvilna diiezdatnist fizychnykh...*, s. 119.

Niepełna zdolność do działań prawnych dotyczy osoby niepełnoletniej w wieku od 14 do 18 lat i jest uregulowana w art. 32 u.k.c., zgodnie z którym osoba fizyczna w tym wieku ma prawo między innymi: 1) samodzielnie zarządzać swoimi zarobkami, stypendium lub innymi dochodami; 2) samodzielnie wykonywać prawa do wyników działalności intelektualnej i twórczej chronionych prawem; 3) być członkiem (założycielem) osób prawnych, chyba że jest to zabronione przez prawo lub dokumenty założycielskie osoby prawnej; 4) samodzielnie zawrzeć umowę lokaty bankowej (rachunku) i dysponować lokatą wniesioną przez nią na własne nazwisko (środki pieniężne na rachunku).

Inne czynności mogą być dokonywane za zgodą rodziców (przysposabiających) lub kuratorów. Na dokonanie przez osobę niepełnoletnią czynności dotyczących pojazdów lub nieruchomości musi być pisemna, notarialnie poświadczona zgoda rodziców (przysposabiających) lub kuratora (ukr. *ніклувальник, піклувальник*) i zezwolenie organu opiekuńczego (art. 32 § 2 u.k.c.). Osoba niepełnoletnia może dysponować środkami pieniężnymi, które zostały wniesione w całości lub w części przez inne osoby do instytucji finansowej w jej imieniu, za zgodą organu opiekuńczego oraz rodziców (przysposabiających) lub kuratora (art. 32 § 3 u.k.c.).

Należy też zaznaczyć, że zgodnie z prawem ukraińskim, jeżeli istnieją wystarczające podstawy, sąd na wniosek rodziców (przysposabiających), kuratora bądź organu opiekuńczego może ograniczyć prawo osoby niepełnoletniej do samodzielnego dysponowania swoimi zarobkami, stypendium lub innymi dochodami lub pozbawić ją tego prawa (art. 32 § 5 u.k.c.). Zgodnie z art. 33 u.k.c. osoba niepełnoletnia jest osobiście odpowiedzialna za naruszenie umowy zawartej przez nią na własną rękę zgodnie z prawem. Osoba niepełnoletnia również jest osobiście odpowiedzialna za naruszenie umowy zawartej za zgodą rodziców (przysposabiających) lub kuratora. Jeśli majątek osoby małoletniej jest niewystarczający do zapłaty odszkodowania, dodatkową odpowiedzialność ponoszą jej rodzice (przysposabiający) lub kurator.

Częściowa zdolność do działań prawnych jest uregulowana w art. 31 u.k.c. i dotyczy osób fizycznych, które nie ukończyły 14 lat (osoba małoletnia). Taka kategoria osób zgodnie z prawem ukraińskim ma prawo: 1) samodzielnie dokonywać drobnych czynności życia codziennego (ukr. *нобытові правочину, pobutovi pravochny*); 2) wykonywać osobiste, niematerialne prawa do wyników działalności intelektualnej i twórczej chronionych prawem.

Ustawodawca ukraiński zdefiniował pojęcie „drobne czynności życia codziennego”, wskazując, że czynność uważana jest za drobną czynność życia codziennego, jeśli zaspokaja potrzeby domowe osoby, odpowiada jej rozwojowi fizycznemu, duchowemu lub społecznemu i dotyczy przedmiotu,

który ma niską wartość. Z art. 31 § 2 u.k.c. wynika, że osoba małoletnia nie ponosi odpowiedzialności za wyrządzoną przez nią szkodę.

Osobno należy wspomnieć o dwóch instytucjach prawa cywilnego, którymi są „ograniczenie zdolności do działań prawnych” oraz „uznanie osoby za ubezwłasnowolnioną”. Słusznie podkreśla się, że są to różne kategorie prawne, mające dość podobne konsekwencje procesowo-prawne, jednak ich stosowanie ma pewne szczególne cechy związane z różnym stopniem ograniczenia uprawnień takiej osoby⁸⁵.

Poszczególne aspekty rozpatrywania spraw o ograniczenie zdolności do działań prawnych osoby fizycznej, uznanie osoby fizycznej za ubezwłasnowolnioną były badane między innymi przez: I.M. Piatyletov (ukr. Іван Михайлович Пятилетов), V.V. Komarov (ukr. Вячеслав Васильович Комаров), I.V. Udaltsova (ukr. Ірина Віталіївна Удальцова), Yu.S. Chervonyi (ukr. Юрій Семенович Червоний), D.M. Chechot (ukr. Дмитро Михайлович Чечот), S.Ya. Fursa (ukr. Світлана Ярославівна Фурса), M.J. Shtefan (ukr. Михайло Йосипович Штефан) oraz innych⁸⁶. Biorąc pod uwagę charakter niniejszego opracowania, poprzestanę w tym zakresie na ogólnej charakterystyce obu instytucji prawa cywilnego.

Ograniczona zdolność do działań prawnych — jak wskazują przedstawiciele doktryny — polega na tym, że osoba traci zdolność nabywania poprzez swoje działania niektórych praw i zaciągania określonych obowiązków⁸⁷. Traci więc to, co dotychczas jej przysługiwało.

Ograniczona w zdolności do działań prawnych może być zarówno osoba mająca niepełną zdolność do działań prawnych, jak i osoba mająca pełną zdolność do działań prawnych⁸⁸. Zgodnie z art. 36 u.k.c. sąd może ograniczyć zdolność do działań prawnych osoby fizycznej, jeżeli: 1) osoba cierpi na zaburzenia psychiczne, które znacząco wpływają na jej możliwość uświadomienia sobie znaczenia swoich działań i/lub kierowania nimi; 2) osoba nadużywa alkoholu, środków odurzających, substancji

⁸⁵ S. Kravtsov, A. Sokol, *Obmezhenia u diiezdatnosti, vyznannia osoby nediezdatnoiu ta ponovlennia u diiezdatnosti: tsyvilno-protsesualnyi aspekt*, „Pidpriemnytstvo, gospodarstvo i pravo” 2018, nr 5, s. 48.

⁸⁶ W szczególności można przytoczyć następujące prace: D.M. Chechot, *Iskovye proyzvodstva*, Yuryd. lyt., Moskwa, 1973; I.M. Piatyletov, *Pryznanye hrazhdanyina ohra-nychenno deesposobnym*, VJUZI, Moskwa, 1980; M.J. Shtefan, *Tsyvilne protsesualne pravo Ukrainy: pidruch. dlia stud. yuryd. spets. vyshch. navch. zakl.*, In Yure, Kyiv, 2005; V.V. Komarov, H.O. Svitlychna, I.V. Udaltsova, *Okreme provadzhennia*: [monohr.], red. V.V. Komarova, Pravo, Kharkiv, 2011; *Tsyvilnyi protses Ukrainy: Akadem. kurs: pidruch. dlia stud. yuryd. spets. vyshch. navch. zakl.*, red. S.Ya. Fursa, Tsentr prav. doslidzh. Fursy, Kharkiv; S.Ya. Fursa [vyd.]: KNT, 2009; Yu.S. Chervonyi, *Tsyvilnyi protses Ukrainy: Pidruchnyk*, Istyna, Kyiv, 2007.

⁸⁷ O.S. Mazur, *Tsyvilne pravo Ukrainy...*, s. 40.

⁸⁸ Ibidem.

toksycznych, hazardu itp., a tym samym stawia siebie lub swoją rodzinę, a także inne osoby, które jest prawnie zobowiązana utrzymywać, w trudnej sytuacji materialnej. Zdolność do działań prawnych osoby fizycznej jest ograniczona od chwili uprawomocnienia się orzeczenia sądu w tej sprawie (art. 36 § 4 u.k.c.). Jak widać, ograniczenie w zdolności do działań prawnych osoby musi być stwierdzone przez sąd.

Na marginesie należy zaznaczyć, iż w piśmiennictwie ukraińskim podnosi się, że konieczne jest rozszerzenie wykazu podstaw do ograniczenia zdolności do działań prawnych osoby fizycznej, ponieważ postawić swoją rodzinę w trudnej sytuacji materialnej można też poprzez podejmowanie innych działań niż tylko tych, które zostały wprost wymienione przez ukraińskiego ustawodawcę⁸⁹.

Dla osoby fizycznej, której zdolność do działań prawnych jest ograniczona, ustanawia się kuratelę (ukr. *пiклування, pikluwannia*) (art. 37 § 1 u.k.c.). Taka osoba może samodzielnie dokonywać tylko drobnych czynności życia codziennego (art. 37 § 2 u.k.c.). Czynności dotyczące zbycia nieruchomości i inne wykraczające poza drobne czynności życia codziennego są dokonywane przez taką osobę za zgodą kuratora, jednocześnie odmowa kuratora w tym zakresie może być zaskarżona przez osobę, której zdolność do działań prawnych jest ograniczona, do organu opiekuńczego lub sądu (art. 37 § 3 u.k.c.).

Dodatkowo należy zaznaczyć, iż zdolność osoby, o której mowa, w odniesieniu do uzyskiwanych zarobków, emerytur, stypendiów i innych dochodów jest ograniczona, a dysponowanie nimi odbywa się z udziałem kuratora. Kurator może na piśmie zezwolić osobie na samodzielne otrzymywanie zarobków, emerytury, stypendium i innych dochodów i na rozporządzanie nimi (art. 37 § 4 u.k.c.). Zgodnie z art. 37 § 5 u.k.c. osoba, której zdolność do działań prawnych jest ograniczona, ponosi odpowiedzialność za naruszenie przez nią umowy zawartej za zgodą kuratora oraz za szkodę wyrządzoną przez nią innej osobie.

Osobną kategorią obok ograniczenia zdolności do działań prawnych jest uznanie osoby za ubezwłasnowolnioną. W doktrynie występuje pogląd, że w przypadku, gdy stan psychiczny osoby, która była ograniczona w zdolności do działań prawnych z powodu zaburzeń psychicznych (co znacząco wpłynęło na jej zdolność do uświadomienia sobie znaczenia swoich działań i/lub kierowania nimi), istotnie się pogorszył, a zaburzenie psychiczne nabrało trwałego, przewlekłego charakteru, osoba taka może być uznana przez sąd za ubezwłasnowolnioną (ukr. *недiєздатна, nediiezdatna*)⁹⁰. Wskazać jednak należy, że art. 39 § 1 u.k.c. nie uzależnia

⁸⁹ N.A. Diachkova, *Tsyvilna diiezdatnist fizychnykh...*, s. 117.

⁹⁰ Ibidem; N.V. Volkova, *Protsesualni osoblyvosti rozghliadu...*, s. 127.

uznania osoby za ubezwłasnowolnioną od poprzedniego ograniczenia jej w zdolności do działań prawnych, co oznacza, że osoba o pełnej zdolności, która dotychczas miała pełny zakres praw i obowiązków, może od razu zostać uznana za ubezwłasnowolnioną, o ile wystąpią przesłanki określone w art. 39 § 1 u.k.c.

Wskaźnikiem stopnia zdolności do działań prawnych osoby w naukach prawnych jest kryterium medyczne i prawne⁹¹. Kryterium medyczne wymaga formalnego potwierdzenia, czy dana osoba ma zaburzenie psychiczne, zgodnie z wynikami opinii lekarskich lub specjalistycznych badań, natomiast kryterium prawnym jest samo określenie zdolności jednostki do rozpoznania własnych działań i zarządzania nimi⁹². Można również spotkać stanowiska, że ogólna formuła ubezwłasnowolnienia zawiera dwa kryteria: medyczne (czyli przewlekłe, trwałe zaburzenie psychiczne) oraz psychologiczne (świadomość znaczenia swoich działań i/lub zarządzanie nimi)⁹³.

Zgodnie z art. 39 § 1 u.k.c. osoba fizyczna może zostać uznana przez sąd za ubezwłasnowolnioną, jeśli z powodu przewlekłego, uporczywego zaburzenia psychicznego nie jest w stanie rozpoznać znaczenia swoich działań i/lub kierować nimi. Z art. 40 § 1 u.k.c. wynika, że osoba fizyczna jest uznawana za ubezwłasnowolnioną z chwilą uprawomocnienia się orzeczenia sądu w tej sprawie. Nad taką osobą ustanawia się opiekę (ukr. *onika, opika*) (art. 41 § 1 u.k.c.). Osoba ubezwłasnowolniona nie jest uprawniona do dokonywania jakichkolwiek czynności — czynności w jej imieniu i w jej interesie dokonuje opiekun (art. 41 § 2—3 u.k.c.). Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez osobę ubezwłasnowolnioną ponosi jej opiekun (art. 41 § 4 u.k.c.).

Podsumowując ten wątek, należy zaznaczyć, że w prawie ukraińskim w zależności od kryterium wiekowego osoba może mieć częściową (od urodzenia do 14 lat), niepełną (od 14 do 18 lat) oraz pełną zdolność do działań prawnych (od 18 lat, jednak w niektórych przypadkach od 16 lat). Dodatkowo zgodnie z prawem ukraińskim osoba może zostać ograniczona w zdolności do działań prawnych lub uznana za całkowicie ubezwłasnowolnioną. Każdy z wyżej przedstawionych stanów zdolności do działań prawnych wpływa bezpośrednio nie tylko na zakres możliwości nabywania określonych praw, lecz także na zasady ponoszenia odpowiedzialności.

⁹¹ S. Kravtsov, A. Sokol, *Obmezhenia u diiezdatnosti...*, s. 48.

⁹² Ibidem.

⁹³ N.A. Diachkova, *Tsyvilna diiezdatnist fizychnykh...*, s. 117.

4.2. Zdolność do czynności prawnych w prawie polskim

Tak samo jak w przypadku terminu „zdolność prawna” prawo polskie nie zawiera definicji legalnej pojęcia „zdolność do czynności prawnych”, w związku z czym jego definiowanie jest pozostawione doktrynie. Można znaleźć szereg definicji tego pojęcia; „zdolność do czynności prawnych” definiuje się jako: 1) zdolność do dokonywania we własnym imieniu czynności prawnych, czyli zdolność do działania z zamiarem wywołania określonych skutków prawnych, mianowicie ustanowienia, zmiany lub zniesienia stosunku prawnego⁹⁴; 2) zdolność poprzez własne działanie nabywania lub utraty prawa albo zaciągania zobowiązania i w ogóle wywoływania skutków prawnych⁹⁵; 3) zdolność do dokonywania swoistych działań konwencjonalnych, jakimi są czynności prawne⁹⁶; 4) możliwość nabywania praw i obowiązków przez samodzielne składanie oświadczeń woli⁹⁷; 5) zdolność do składania oświadczeń woli we własnym imieniu i ze skutkami prawnymi dla siebie⁹⁸.

Duża liczba różnego rodzaju definicji świadczy o konwersyjności pojęcia zdolności do czynności prawnych. M. Pazdan zwraca uwagę, że definicja ta powinna też podkreślać, iż w przypadku zdolności do czynności prawnych chodzi o możliwość wywoływania skutków tylko przez własne działanie i we własnym imieniu, ponieważ nie każda czynność prawna musi prowadzić do nabycia prawa lub zaciągnięcia zobowiązania⁹⁹.

W prawie polskim zdolność do czynności prawnych należy do kategorii tzw. zdolności czynnych, przez co rozumie się aktywne działanie określonego podmiotu¹⁰⁰. Zgodnie z obowiązującym porządkiem prawnym wyróż-

⁹⁴ S. Szer, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa, 1967, s. 100; M. Serwach, w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, wyd. 2, red. P. Księżak, M. Pyziak-Szafnicka, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa, 2014, art. 11, nb. 1.

⁹⁵ S. Grzybowski, w: *System Prawa Cywilnego. Część ogólna* [Système de droit civil. Partie générale], T. 1, Ossolineum, Wrocław, 1974, s. 338; M. Serwach, w: *Komentarz...*, 2014, art. 11, nb. 1.

⁹⁶ Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, 1999, s. 144; M. Serwach, w: *Komentarz...*, 2014, art. 11, nb. 1.

⁹⁷ E. Skowrońska-Bocian, *Prawo cywilne — część ogólna. Zarys wykładu*, LexisNexis, Warszawa, 2005, s. 89; M. Serwach, w: *Komentarz...*, 2014, art. 11, nb. 1.

⁹⁸ M. Watrakiewicz, *Wiek a zdolność do czynności prawnych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2003, z. 3, s. 508; M. Serwach, w: *Komentarz...*, 2014, art. 11, nb. 1.

⁹⁹ M. Pazdan, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 1, *Prawo cywilne — część ogólna*, red. M. Safjan, C.H. Beck, Warszawa, 2012, s. 1091; idem, *Zdolność do czynności prawnych osób fizycznych w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 1967, 158. *Prace prawnicze*, z. 29, 1967, s. 110.

¹⁰⁰ M. Serwach, w: *Komentarz...*, 2014, art. 11, nb. 3; M. Pazdan, *Zdolność do czynności prawnych osób fizycznych...*, s. 103.

nia się trzy kategorie osób fizycznych: 1) osoby mające pełną zdolność do czynności prawnych; 2) osoby mające ograniczoną zdolność do czynności prawnych; 3) osoby niemające takiej zdolności¹⁰¹.

Przez „pełną zdolność do czynności prawnych” rozumie się możliwość dokonywania wszelkich czynności o charakterze cywilnoprawnym w granicach przysługującej zdolności prawnej zarówno we własnym imieniu, jak i na rzecz innej osoby¹⁰². Zgodnie z art. 11 k.c. pełną zdolność do czynności prawnych nabywa się z chwilą uzyskania pełnoletności. Pełnoletnim jest ten, kto ukończył 18 lat (art. 10 § 1 k.c.) lub stał się pełnoletnim przez zawarcie małżeństwa (art. 10 § 2 k.c.).

W doktrynie słusznie podnosi się, że pełna zdolność do czynności prawnych osoby fizycznej uwarunkowana jest tylko ukończeniem odpowiedniego wieku, bez potrzeby wykazania jakiejkolwiek dojrzałości emocjonalnej, intelektualnej lub społecznej¹⁰³. Zdolność ta trwa aż do śmierci, chyba że osoba została ubezwłasnowolniona. M. Pazdan podkreśla, że bez wpływu na pełną zdolność do czynności prawnych pozostaje ewentualna choroba (nawet psychiczna) lub tzw. otępienie starcze¹⁰⁴.

Należy zaznaczyć, iż polski ustawodawca zastrzegł, że określone oświadczenia woli mogą być składane wyłącznie przez osobę pełnoletnią i nieubezwłasnowolnioną całkowicie. Przykładowo zgodnie z art. 944 § 1 k.c. sporządzić i odwołać testament może tylko osoba mająca pełną zdolność do czynności prawnych. Z art. 114¹ § 1 k.r.o. wynika, że przysposobić może osoba mająca pełną zdolność do czynności prawnych. Ponadto osoba, która nie ma pełnej zdolności do czynności prawnych, nie może być ustanowiona opiekunem lub kuratorem (art. 148 k.r.o., art. 178 § 2 w zw. z art. 148 k.r.o.).

Ograniczona zdolność do czynności prawnych obejmuje dwie kategorie osób fizycznych: 1) małoletni, którzy ukończyli 13 lat; 2) ubezwłasnowolnieni częściowo (art. 15 k.c.). Dodatkowo wskazuje się na trzecią kategorię: w szczególności chodzi o osoby, dla których ustanowiono doradcę tymczasowego. Ta kategoria osób nie jest przedmiotem regulacji kodeksu cywilnego, lecz występuje w kodeksie postępowania cywilnego [dalej: k.p.c.]. Zgodnie z art. 549 § 1 k.p.c. osoba, dla której ustanowiono doradcę

¹⁰¹ M. Pazdan, *O różnych funkcjach zdolności do czynności prawnych osoby fizycznej z uwzględnieniem aspektów arbitrażowych i kolizyjnoprawnych*, w: *Prawo prywatne i arbitraż. Księga jubileuszowa dedykowana doktorowi Maciejowi Tomaszewskiemu*, red. J. Poczobut, A. Wiśniewski, Sąd Arbitrażowy KIG, Warszawa, 2016, s. 269.

¹⁰² M. Serwach, w: *Komentarz...*, 2014, art. 11, nb. 12.

¹⁰³ S. Kalus, w: *Komentarz...*, 2018, art. 11, nb. 1.

¹⁰⁴ M. Pazdan, w: *System...*, T. 1, s. 1103.

tymczasowego, ma ograniczoną zdolność do czynności prawnych na równi z osobą ubezwłasnowolnioną częściowo¹⁰⁵.

W doktrynie czynności prawne w relacjach do osoby o ograniczonej zdolności do czynności prawnych dzielą się na trzy kategorie: 1) takie, które osoby te mogą dokonywać samodzielnie; 2) takie, których dokonywanie przez te osoby nie jest w ogóle dopuszczalne; 3) takie, których dokonanie przez osobę o ograniczonej zdolności do czynności prawnych wymaga zgody jej przedstawiciela ustawowego¹⁰⁶.

Osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych może bez zgody przedstawiciela ustawowego zawierać umowy należące do umów powszechnie zawieranych w drobnych bieżących sprawach życia codziennego oraz rozporządzać swoim zarobkiem, chyba że sąd opiekuńczy z ważnych powodów postanowi inaczej (art. 20—21 k.c.). Ponadto z art. 22 k.c. wynika, że jeżeli przedstawiciel ustawowy osoby o ograniczonej zdolności do czynności prawnych oddał jej określone przedmioty majątkowe do swobodnego użytku, osoba ta uzyskuje pełną zdolność w zakresie czynności prawnych, które tych przedmiotów dotyczą. Wyjątek stanowią czynności prawne, do których dokonania nie wystarcza według ustawy zgoda przedstawiciela ustawowego.

Z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie do ważności czynności prawnej, przez którą osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych zaciąga zobowiązanie lub rozporządza swoim prawem, potrzebna jest zgoda jej przedstawiciela ustawowego (art. 17 k.c.). Ważność umowy, która została zawarta przez osobę ograniczoną w zdolności do czynności prawnych bez wymaganej zgody przedstawiciela ustawowego, zależy od potwierdzenia umowy przez tego przedstawiciela (art. 18 § 1 k.c.). Jeżeli osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych dokonała sama jednostronnej czynności prawnej, do której ustawa wymaga zgody przedstawiciela ustawowego, czynność ta jest nieważna (art. 19 § 1 k.c.).

Sytuacja, kiedy osoba fizyczna mająca zdolność prawną nie może samodzielnie występować w obrocie cywilnoprawnym, nazywana jest brakiem zdolności do czynności prawnych¹⁰⁷. Nie mają zdolności do czynności prawnych osoby, które nie ukończyły 13 lat, oraz osoby ubezwłasnowolnione całkowicie (art. 12 k.c.). Jak zauważa M. Pazdan, osobom fizycznym niemającym zdolności do czynności prawnych drogę do uczestnictwa w obrocie cywilnoprawnym otwiera instytucja przedstawicielstwa, ponieważ osoba taka może działać przez swojego przedstawiciela ustawowego¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. 2023, poz. 1550 z późn. zm.).

¹⁰⁶ R. Strugała, w: *Komentarz...*, 2021, art. 15, nb. 2.

¹⁰⁷ M. Serwach, w: *Komentarz...*, 2014, art. 12, nb. 1.

¹⁰⁸ M. Pazdan, w: *System...*, T. 1, s. 1092.

Zgodnie z art. 95 k.c., z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie albo wynikających z właściwości czynności prawnej, można dokonać czynności prawnej przez przedstawiciela. Jak już była o tym mowa wyżej, niektóre czynności są zastrzeżone wyłącznie dla osób mających pełną zdolność do czynności prawnych i mogą być dokonane tylko przez takie osoby, co oznacza, że działanie przez przedstawiciela ustawowego nie będzie możliwe w każdej sytuacji.

Co do zasady czynność prawna dokonana przez osobę, która nie ma zdolności do czynności prawnych, jest nieważna (art. 14 § 1 k.c.). Jednakże gdy osoba niezdolna do czynności prawnych zawarła umowę należącą do umów powszechnie zawieranych w drobnych bieżących sprawach życia codziennego, umowa taka staje się ważna z chwilą jej wykonania, chyba że pociąga za sobą rażące pokrzywdzenie osoby niezdolnej do czynności prawnych (art. 14 § 2 k.c.).

Prawu polskiemu znane są więc tylko trzy rodzaje zdolności do czynności prawnych, mianowicie: brak zdolności, ograniczona zdolność oraz pełna zdolność do czynności prawnych. Każdy rodzaj zdolności do czynności prawnych jest uwarunkowany osiągnięciem określonego wieku; zmiana rodzaju zdolności może nastąpić również wskutek ubezwłasnowolnienia zarówno częściowego, jak i całkowitego, które są orzekane przez sąd w zależności od wystąpienia innych, niezwiązanych z kategorią wiekową przyczyn.

5. Zdolność do czynności prawnych w konwencji bilateralnej

Na początku należy podkreślić, iż tak jak w przypadku zdolności prawnej, tak i w przypadku zdolności do czynności prawnych przyjęto łącznik obywatelstwa, co oznacza, że zarówno zdolność prawna, jak i zdolność do czynności prawnych oceniane będą według tego samego prawa.

Konwencja polsko-ukraińska obowiązuje w dwóch wersjach językowych — wersji polskiej oraz wersji ukraińskiej. Zgodnie z art. 99 umowy została ona sporządzona w dwóch egzemplarzach, każdy w językach polskim i ukraińskim, przy czym obydwie teksty mają jednakową moc. Zasada jednakowej mocy prawnej nie uwalnia jednak od wątpliwości dotyczących konsekwencji tej zasady.

Artykuł 21 umowy został poświęcony aspektom zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych osoby fizycznej — tak można stwierdzić

po przeczytaniu polskiej wersji umowy. Jednocześnie w ukraińskim odpowiedniku mowa jest o zdolności prawnej (ukr. *правоздатність, prawozdatnist*) oraz zdolności do działań prawnych (ukr. *дієздатність, diiezdatnist*). O ile kwestia zdolności prawnej nie budzi większych kontrowersji, o czym już była mowa wyżej, o tyle w przypadku zdolności czynnej w obu porządkach prawnych widoczny jest dylemat językowy. W polskiej wersji występuje zapis „zdolność do czynności prawnych”, a w wersji ukraińskiej — „zdolność do działań prawnych”. Jak to już zostało przedstawione, pojęcie zdolności do działań prawnych jest kategorią o wiele szerszą niż pojęcie zdolności do czynności prawnych. Wprawdzie niektórzy ukraińscy przedstawiciele doktryny utożsamiają te dwa pojęcia, jednak większość zdecydowanie opowiada się za tym, że zdolność do czynności prawnych jest tylko jednym ze składników zdolności do działań prawnych.

W celu wypracowania jednolitego podejścia na gruncie konwencji polsko-ukraińskiej należy zasygnalizować, że zakres pojęciowy normy wynikającej z art. 21 umowy z 1993 r. dot. zdolności do czynności prawnych jest bliższy prawu polskiemu, ponieważ zdolność ta jest rozumiana w sposób węższy niż wynika to z prawa ukraińskiego i jednocześnie nie ma podstaw ku temu, żeby tę zdolność rozszerzać do zdolności do działań prawnych, tak jak przyjęto w prawie ukraińskim. Poszczególne bowiem składniki zdolności do działań prawnych, o których już była mowa — czyli w szczególności zdolność deliktowa, zdolność do działań (czynów) zgodnych z prawem, zdolność osoby poprzez swoje działania do tworzenia dla innych podmiotów praw i obowiązków oraz jej zdolność do przyjmowania praw i obowiązków wynikających z działań innych podmiotów — są objęte zakresem zastosowania innych norm kolizyjnych.

W związku z tym należy przyjąć, iż zdolność do czynności prawnych, o której mowa w umowie, oznacza na gruncie konwencji możliwość wywoływania swoimi czynnościami prawnymi skutków cywilnoprawnych, a więc nabywania praw i zaciągania obowiązków cywilnoprawnych. W ten sposób należy interpretować to pojęcie w konwencji polsko-ukraińskiej. Nie powinno to stanowić przeszkody do stosowania przy ocenie zdolności czynnej osoby fizycznej w konkretnej sytuacji przepisów prawa ukraińskiego regulujących zdolność do działań prawnych (w takim zakresie, w jakim w tym prawie stosowane są one przy ocenie regulowanej ściśle zdolności do czynności prawnych). Oznacza to jednak, że przyjmując węższą definicję pojęcia zdolności do działań prawnych, nie będziemy w pozostałym zakresie odpowiednio stosować przepisów dotyczących zdolności do działań prawnych z prawa ukraińskiego do pojęcia zdolności do czynności prawnych na gruncie konwencji.

Prawo ukraińskie o wiele szerzej opisuje oraz precyzuje pojęcie zdolności do czynności prawnych niż prawo polskie. Przejawia się to w szczególności w przedstawieniu katalogu czynności, które mogą być dokonywane przez osobę niemającą pełnej zdolności do działań prawnych, w sytuacjach, kiedy osoba niepełnoletnia staje się pełnoletnią z mocy prawa (małżeństwo, działalność gospodarcza, praca, stanie się rodzicem dziecka), jak również w przesłankach ograniczenia owej zdolności. **Mając to na względzie, można spróbować określić wspólne cechy zdolności do czynności prawnych na gruncie konwencji, które będą miały zastosowanie w obu systemach prawnych. Podkreślić przy tym należy, że w polskiej doktrynie¹⁰⁹ zaznacza się, że pojęcie zdolności do czynności prawnych z art. 21 ust. 1 umowy z 1993 r. obejmuje następujące kluczowe kwestie, które dotyczą uczestnictwa osoby fizycznej w obrocie prawnym: 1) wiek oraz wymagania wcześniejszego osiągnięcia pełnoletności; 2) ograniczenia inne niż wiek, np. choroba, niepełnosprawność, ubezwłasnowolnienie; 3) zakres czynności, których osoba fizyczna może dokonywać samodzielnie przed osiągnięciem pełnoletności lub ewentualnie za zgodą rodziców lub kuratorów.**

W obu krajach osoba fizyczna może mieć pełną zdolność do czynności prawnych z osiągnięciem odpowiedniego wieku (w obu krajach jest to 18 lat). Pełna zdolność do czynności prawnych w prawie zarówno polskim, jak i ukraińskim pozwala osobie stać się pełnoprawnym podmiotem wszystkich stosunków cywilnoprawnych. Jednocześnie obu porządkom prawnym znana jest instytucja emancypacji, która pozwala osobie, która nie osiągnęła odpowiedniego wieku (18 lat), nabyć pełną zdolność do czynności prawnych.

Zarówno w prawie ukraińskim, jak i w prawie polskim osoba może zostać lub jest ograniczona w zdolności do czynności prawnych z uwagi na określony katalog przypadków, takich jak: wiek, stan psychiczny, pijaństwo lub narkomania. Owe ograniczenia powodują zwężenie katalogu czynności, które taka osoba może dokonywać samodzielnie, oraz stawiają wymóg uzyskania zgody osoby trzeciej w przypadku konieczności dokonania określonej czynności. Podkreślenia wymaga fakt, że w obu krajach ograniczenie zdolności do czynności prawnych ma charakter dwustopniowy, czyli na początku może nastąpić ograniczenie w dokonywaniu czynności prawnych, a dopiero potem osoba może w całości zostać pozbawiona zdolności do czynności prawnych. Ograniczenie w zdolności do czynności prawnych w obu krajach nie jest warunkiem koniecznym pozbawienia zdolności do czynności prawnych.

¹⁰⁹ M. Pilich, w: J. Turlukowski, M. Pilich, *Komentarz...*, 2023, art. 21, nb. 5.

6. Zdolność do czynności prawnych w stosunkach rodzinnych oraz pracowniczych

Do tej pory zostały przedstawione aspekty dotyczące zdolności do czynności prawnych na gruncie prawa cywilnego, jednak należy także powiedzieć kilka słów na temat zdolności do czynności prawnych w stosunkach rodzinnych oraz pracowniczych, odpowiadając na pytanie, czy są one przedmiotem uregulowań art. 21 umowy.

Trzeba nadmienić, iż stosunki rodzinne oraz pracownicze są przedmiotem odrębnych uregulowań konwencji polsko-ukraińskiej. W szczególności zgodnie z art. 24 ust. 2 umowy przesłanki zawarcia małżeństwa ocenia się dla każdej z osób zawierających małżeństwo według prawa tej umawiającej się strony, której osoba ta jest obywatelem. Na podstawie art. 42 ust. 1—2 umowy strony stosunku pracy mogą poddać ten stosunek wybranemu przez siebie prawu. Jeżeli nie dokonano wyboru prawa, powstanie, zmiana, rozwiązanie i wygaśnięcie stosunku pracy oraz roszczenia z niego wynikające podlegają prawu tej umawiającej się strony, na której terytorium praca jest, była lub miała być wykonywana. Jeżeli pracownik wykonuje pracę na terytorium jednej umawiającej się strony na podstawie stosunku pracy łączącego go z zakładem pracy na terytorium drugiej umawiającej się strony, powstanie, zmiana, rozwiązanie i wygaśnięcie stosunku pracy oraz roszczenia z niego wynikające podlegają prawu tej umawiającej się strony.

W związku z powyższym należy jeszcze skupić się na zagadnieniach dotyczących owych zdolności w obu systemach prawnych. W prawie ukraińskim, w przeciwieństwie do cywilnego ustawodawstwa, kodeks rodzinny Ukrainy¹¹⁰ nie zawiera odrębnej definicji pojęcia zdolności do działań prawnych — istota tej kategorii prawnej analizowana jest za pomocą instrumentów cywilnoprawnych, z uwzględnieniem szczególnych cech prawa rodzinnego¹¹¹. W doktrynie podnosi się, że zastosowanie przepisów kodeksu cywilnego Ukrainy dotyczących regulacji stosunków rodzinnych jest możliwe w szczególności w celu zdefiniowania pojęć rodzinnej zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych¹¹².

¹¹⁰ Kodeks Rodzinny Ukrainy z dnia 10 stycznia 2002 r. (Vidomosti Verhovnoi Rady Ukrainy (VVR), 2021, Nr 14, st. 120).

¹¹¹ N.A. Diachkova, *Simeine pravo: pidruchnyk*, za zah. red. V.A. Kroitora, V.Yu. Yevko, MVS Ukrainy, nats. un-t vnutr. sprav., Kharkiv, 2016, s. 71.

¹¹² A.O. Dutko ta in., *Simeine pravo Ukrainy: pidruchnyk*, za red. A.O. Dutko, Lvivskyi derzhavnyi universytet vnutrishnikh sprav, Lviv, 2018, s. 25; I.V. Apopii, *Simeine pravo Ukrainy*, Tsentru uchbovoi literatury, Kyiv, 2011, s. 14; V.A. Vattras, I.O. Kostiashekin,

Jednocześnie zauważa się, że zdolność do działań prawnych w stosunkach rodzinnych nie może być stosowana wprost, ale tylko w odpowiedni sposób, ponieważ charakter stosunków rodzinnych nie odpowiada w pełnym zakresie standardowym relacjom występującym w prawie cywilnym¹¹³.

Podobnie jak w przypadku prawa rodzinnego prawo pracy¹¹⁴ również nie definiuje ani nie wprowadza do stosunków pracowniczych osobnej kategorii zdolności do działań prawnych, jednak przedstawiciele ukraińskiej doktryny próbują wprowadzić pracowniczą zdolność do działań prawnych jako zdolność do nabywania i realizacji swoimi działaniami praw i wykonywania obowiązków pracowniczych; osoba fizyczna posiadająca zdolność pracowniczą może bez przeszkód nabywać i realizować swoje prawa pracownicze, w szczególności zawrzeć umowę o pracę¹¹⁵.

Również prawo polskie tak w k.r.o., jak i w kodeksie pracy¹¹⁶ nie wprowadza osobnych kategorii w postaci zdolności do zawarcia małżeństwa lub zdolności do bycia podmiotem stosunku pracy. Także w tym zakresie jest to dorobek przedstawicieli doktryny. Podkreślić trzeba, że jeżeli chodzi o zdolność do zawarcia małżeństwa, to jest ona kwestionowana w doktrynie i czasem postrzegana jako kategoria sztuczna i teoretyczna¹¹⁷. Zdolność do zawarcia umowy o pracę również jest wyróżniana jako szczególna zdolność do czynności prawnych¹¹⁸. Jednak nadal zarówno w prawie rodzinnym, jak i w prawie pracy wprost odsyła się do pojęcia zdolności prawnej występującej w prawie cywilnym.

Biorąc pod uwagę istniejący stan prawny oraz art. 1 ust. 3 konwencji polsko-ukraińskiej, zgodnie z którym sprawami cywilnymi w rozumieniu umowy są również sprawy rodzinne i pracownicze, należy wyprowadzić

Osoblyvosti pravovoho rehuliuvannya simeinykh vidnosyn kodyfikovanyymi pravovymi aktamy v Ukraini ta derzhavakh zakhidnoi ta tsentralnoi Evropy, „Aktualni problemy pravoznavstva” 2021, nr 2 (26), s. 128.

¹¹³ N.A. Diachkova, *Simeine pravo: pidruchnyk...*, s. 72; Ya.R. Vebers, *O poniaty deesposobnosti hrazhdan v sovetskom hrazhdanskom i semeinom prave*, t. 107, *Osushchestvlenye i zashchita lichnykh i imushchestvennykh prav*, *Uchenye zapysky*, Latv. hos. un-t ym. P. Stuchky, Ryha, 1968, s. 113.

¹¹⁴ Kodeks Ustaw o Pracy Ukrainy z dnia 10 grudnia 1971 r. (*Vidomosti Verhovnoi Rady Ukrainy* (VVR), 2023, Nr 134, st. 786).

¹¹⁵ I.P. Hrekov, *Okremi pyttannya shodo vyznachennia pravosub`iektynosti fizychnoi osoby — robotodavtsia v trudovykh pravovidnosynakh*, Thesis, Wydawnictwo SumDU, 2011, <https://core.ac.uk/download/pdf/324237826.pdf> [Dostęp: 25.09.2024].

¹¹⁶ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. — Kodeks pracy (t.j. Dz.U. 2023, poz. 1465 z późn. zm.).

¹¹⁷ A. Wojtczak, K. Zmudzińska, *Analiza prawna i społeczna wieku dopuszczalnego zawarcia małżeństwa*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2016, nr 2, s. 214.

¹¹⁸ M. Pazdan, *Zdolność do czynności prawnych a zakazy zatrudnienia ze względu na wiek*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1965, nr 27, z. 1, s. 69.

wniosek, że dotychczasowe rozważania w zakresie zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych pozostają nadal aktualne w stosunkach prawa rodzinnego i prawa pracy z trzech powodów.

Po pierwsze, z uwagi na to, że umowa międzynarodowa wprost wskazuje, że sprawy rodzinne i pracownicze są sprawami cywilnymi w rozumieniu konwencji polsko-ukraińskiej, a zdolność prawna i zdolność do czynności prawnych z art. 21 umowy wprost dotyczy spraw cywilnych.

Po drugie, w obu systemach prawnych co prawda dochodzi do wyodrębnienia zdolności szczególnych w prawie rodzinnym i prawie pracy (uzasadnia się to szczególnym charakterem występujących relacji), jednak niektórzy zauważają, że jest to sztuczne i owych zdolności nie da się badać odrębnie od zdolności do czynności prawnych występującej w prawie cywilnym.

Po trzecie, w konwencji międzynarodowej chodzi o ujednolicenie i wypracowanie wspólnych regulacji dla obu systemów prawnych i jeżeli prawo obu krajów nie zawiera w tym zakresie istotnych różnic, to należy wyprowadzić jednolite podejście, które będzie miało zastosowanie nie tylko do stosunków cywilnych, lecz także do stosunków pracowniczych oraz rodzinnych.

Bibliografia

- Akkermans B., *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*,
Aharkov M.M., *Obiazatelstvo po sovetskomu hrazhdanskomu pravu*, Uchenye trudy VYIuN, v. 3, Yuryd. izd-vo NKIu SSSR, Moskwa, 1940.
- Aharkov M.M., *Obiazatelstvo po sovetskomu hrazhdanskomu pravu*, w: M.M. Aharkov, *Izbrannye trudy po hrazhdanskomu pravu*, t. 1, Tsentr YurIn-foR, Moskwa, 2002.
- Apopii I.V., *Simeine pravo Ukrainy*, Tsentr uchbovoi literatury, Kyiv, 2011.
- Bosek L., *Gwarancje godności ludzkiej i ich wpływ na polskie prawo cywilne*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa, 2012.
- Boshytskyi Yu.L., Shyshka R.B. (ker. avt. kol.) (red.), *Tsyvilne pravo Ukrainy: pidruchnyk. Zahalna chastyna*, Vydavnytstvo Lira-K, Kyiv, 2016.
- Bratus S.N., *O sootnoshenyy hrazhdanskoi pravospособnosti y subiektivnykh hrazhdanskykh prav*, „Sovetskoe gosudarstvo i pravo” 1949, nr 8.
- Bratus S.N., *Subiekty hrazhdanskoho prava: ucheb. posob.*, Hos. yur. izdat., Moskwa, 1950.
- Chechot D.M., *Iskovye proyzvodstva*, Yuryd. lyt., Moskwa, 1973.
- Chervonyi Yu.S., *Tsyvilnyi protses Ukrainy: Pidruchnyk*, Istyna, Kyiv, 2007.

- Chrempiński S., *Czy dziecko poczęte winno być uznane za podmiot prawa?*, „Nowe Prawo” 1988, nr 2.
- Ciszewski J., Nazaruk P. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2019.
- Czepelak M., *Umowa międzynarodowa jako źródło prawa prywatnego międzynarodowego*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa, 2008.
- Diachkova N.A., *Simeine pravo: pidruchnyk*, za zah. red. V.A. Kroitora, V.Yu. Yevko, MVS Ukrainy, nats. un-t vnutr. sprav., Kharkiv, 2016.
- Diachkova N.A., *Tsyvilna diiezdatnist fizychnykh osib, yii zmist ta vydy. Eman-sypatsiia nepovnotitnikh, Suchasni problemy tsyvilnoho prava ta protsesu: navch. posib.*, S.O. Slipchenko, O.V. Syniehubov, V.A. Kroitor ta in., red. Yu.M. Zhornokuia, L.V. Krasyskoi, Pravo, Kharkiv, 2017.
- Dmowski S., Rudnicki S., *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, LexisNexis, Warszawa, 2004.
- Dmowski S., Rudnicki S., *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, LexisNexis, Warszawa, 2009.
- Dolinenko L.O., Sarnovska S.O., *Tsyvilne pravo Ukrainy: Navch. posib. dlia stud. vyshch. navch. zakl.*, MAUP, Kyiv, 2005.
- Dutko A.O. ta in., *Simeine pravo Ukrainy: pidruchnyk*, za red. A.O. Dutko, Lviv-skyi derzhavnyi universytet vnutrishnykh sprav, Lviv, 2018.
- Dzera O.V., *Tsyvilne pravo Ukrainy*, red. O.V. Dzera, N.S. Kuznietsova, Yurinkom inter, Kyiv, 2002.
- Dzera O.V. ta in., *Tsyvilne pravo Ukrainy: Pidruchnyk*, U 2 t., red. O.V. Dzera, N.S. Kuznetsovoi, 2-e vyd., dopov. i pererob., Yurinkom Inter, Kyiv, 2004.
- Fras M., Habdas M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, T. I, *Część ogólna (art. 1—125)*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2018.
- Fursa S.Ya. (red.), *Tsyvilnyi protses Ukrainy: Akadem. kurs: pidruch. dlia stud. yuryd. spets. vyshch. navch. zakl.*, Tsentr prav. doslidzh. Fursy, Kharkiv: S.Ya. Fursa [vyd.]: KNT, 2009.
- Gniewek E. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa, 2011.
- Gniewek E., Machnikowski P. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa, 2016.
- Gniewek E., Machnikowski P. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa, 2021.
- Grzybowski S. (red.), *System Prawa Cywilnego*, T. 1, *Część ogólna*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław, 1985.
- Grzybowski S., w: *System Prawa Cywilnego. Część ogólna* [Système de droit civil. Partie générale], T. 1, Ossolineum, Wrocław, 1974.
- Gudowski J. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, T. I, *Część ogólna*, cz. 1 (art. 1—55⁴), Wolters Kluwer, Warszawa, 2021.
- Haberko J., *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa, 2010.
- Haberko J., *Status cywilnoprawny ludzkiego embrionu w fazie przedimplantacyjnej*, „Przegląd Sądowy” 2008, nr 10.

- Haberko J., *Udostępnianie i publikowanie wizerunku nasciturusa, noworodka i małego dziecka w świetle zasady dobra dziecka*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2013, nr 3.
- Hrekov I.P., *Okremi pytannia shodo vyznachennia pravosub`iektnosti fizychnoi osoby — robotodavtsia v trudovykh pravovidnosynakh*, Thesis, Vydavnytstvo SumDU, 2011, <https://core.ac.uk/download/pdf/324237826.pdf> [Dostęp: 25.09.2024].
- Husak P.R., *Pryrodne pravo yak pidstava dlia pozytyvnoho prava na zhyttia*, Dopovid na Vseukrainskii konferentsii (Kyiv, 3.12.2005) „Abort: zaperechenia prava na zhyttia”, <http://christian-psychology.org.ua/psy-individ/4442-prirodne-pravo-yak-pdstava-dlya-pozitivnogo-prava-na-zhittya.html> [Dostęp: 25.09.2024].
- Joffe O.S., *Voprosy teoryi prava*, O.S. Joffe, M.D. Sharhorodskiy, Yuryd. lyt., Moskwa, 1961.
- Kharytonov E.O., Sanyakhmetova N.A., *Hrazhdanskoe pravo Ukrainy: Uchebnyk*, Odyssei, Kharkiv, 2004.
- Kisel V.L., Mamedov R.Yu., *Problemy pravovoi pryrody pravozdatnosti fizychnoi osoby*, „Pivdennoukrainskyi pravnychi chasopys” 2017, nr 2.
- Komarov V.V., Svitlychna H.O., Udaltsova I.V., *Okreme provadzhennia*: [monohr.], red. V.V. Komarova, Pravo, Kharkiv, 2011.
- Krasavchykov O.A., *Sotsyalnoe sodержanye pravospособnosti sovetskykh grazhdan*, „Pravovedenye” 1960, nr 1.
- Kravtsov S., Sokol A., *Obmezhenia u diiezdatnosti, vyznannia osoby nediezdatnoiu ta ponovlennia u diiezdatnosti: tsyvilno-protsesualnyi aspekt*, „Pidpriemnytstvo, gospodarstvo i pravo” 2018, nr 5.
- Księżak P., Pyziak-Szafnicka M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, wyd. 2, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa, 2014.
- Kuznetsova N.P., *Razvitye instituta deesposobnosti grazhdan v novom grazhdanskom zakonodatelstve*, „Pravovedenye” 1965, nr 4.
- Mahazyner Ya.M., *Yzbrannye trudy po obshchei teoryi prava: monohr.*, otv. red. d-r yuryd. nauk, prof. A. K. Kravtsov, Izd-vo R. Aslanova Yurydycheskyi tsentr Press, Sankt Petersburg, 2006.
- Mazur O.S., *Tsyvilne pravo Ukrainy: Navch. pos.*, Tsentr navchalnoi literatury, Kyiv, 2006.
- Nadon V.V., *Deiaki aspekty vyznachennia pravozdatnosti v tsyvilnomu pravi*, „Teoriia i praktyka pravoznavstva” 2014, v. 1 (5).
- Nadon V.V., *Problema spivvidnoshennia pravozdatnosti ta subiektyvnoho tsyvilnoho prava*, „Visnyk hospodarskoho sudochynstva” 2014, nr 5.
- Nechytailo T.O., *Poniattia tsyvilnoi pravosubiektnosti ta yii elementiv*, „Aktualni problemy vdoskonalennia chynnoho zakonodavstva Ukrainy” 2015, nr 39.
- Nesterowicz M., *Glosa do wyr. SA w Lublinie z 29.7.2009 r., I ACa 308/09*, „Przełąd Sądowy” 2011, nr 1.
- Osajda K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa, 2017.
- Pazdan M. (red.), *System Prawa Prywatnego*, T. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, C.H. Beck, Warszawa, 2014.

- Pazdan M., *O różnych funkcjach zdolności do czynności prawnych osoby fizycznej z uwzględnieniem aspektów arbitrażowych i kolizyjnychprawnych*, w: *Prawo prywatne i arbitraż. Księga jubileuszowa dedykowana doktorowi Maciejowi Tomaszewskiemu*, red. J. Poczobut, A. Wiśniewski, Sąd Arbitrażowy KIG, Warszawa, 2016.
- Pazdan M., *Zdolność do czynności prawnych a zakazy zatrudnienia ze względu na wiek*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1965, nr 27, z. 1.
- Pazdan M., *Zdolność do czynności prawnych osób fizycznych w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 1967, 158. *Prace prawnicze*, z. 29.
- Piatyletov I.M., *Pryznanye hrazhdanyna ohranychenno deesposobnym*, VJUZI, Moskwa, 1980.
- Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, T. I, wyd. 10, C.H. Beck, Warszawa, 2020.
- Pilich M., *Uchodźcy w prawie prywatnym międzynarodowym*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2022, nr 1.
- Pilich M., *Zasada obywatelstwa w prawie prywatnym międzynarodowym. Zagadnienia podstawowe*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa, 2015.
- Pokrovskiy Y.A., *Osnovnye problemy hrazhdanskogo prava*, Yurydycheskiy knyzhnyi sklad Pravo, Petrohrad, 1917.
- Potiukov A.H., *Pravospособnost i deesposobnost hrazhdan po sovetskomu hrazhdanskomu pravu*, Avtoref. dys. kand. yuryd. nauk: 12.712, Lenynhradskiy hos. un-t, 1954.
- Radwański Z., Olejniczak A., *Prawo cywilne — część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa, 2015.
- Radwański Z., Olejniczak A., *Prawo cywilne — część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa, 2019.
- Radwański Z., *Prawo cywilne — część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa, 1999.
- Radwański Z., *Prawo cywilne — część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa, 2005.
- Resich Z. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, T. I, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa, 1972.
- Reznichenko S.V., *Tsyvilno-pravovyi status nepovnolitnoi fizychnoi osoby*, „Chasopys tsyvilistyky” 2017, v. 23.
- Rohova O.H., *Pro chas vynykennia prava liudyny na zhyttia: zahalnoteoretychnyi analiz*, „Visnyk AprNU” 2005, nr 4 (43).
- Safjan M. (red.), *System Prawa Prywatnego*, T. 1, *Prawo cywilne — część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa, 2012.
- Sahradian M., *Tsyvilna diiezdatnist fizychnoi osoby v Ukraini ta v zarubizhnykh krainakh*, „Pidpriumnytstvo, gospodarstvo i prawo” 2018, nr 4.
- Shershenevych H.F., *Izbrannoe*, t. 5, *Uchebnyk russkogo hrazhdanskogo prava*, vstup. slovo, sost. P.V. Krashennynnikov, Statut, Moskwa, 2017.
- Shevchenko Ya.M., *Tsyvilne pravo Ukrainy. Akademichnyi kurs: Pidruchnyk*, U 2 t., In Yure, Kyiv, 2003.

- Shevchenko Ya.M. (red.), *Tsyvilne pravo Ukrainy: Akademichnyi kurs: Pidruch.: U dvokh tomakh*, t. 1, *Zahalna chastyna*, Vydavnychi Dim In Yure, Kyiv, 2006.
- Shtefan M.J., *Tsyvilne protsesualne pravo Ukrainy: pidruch. dlia stud. yuryd. spets. vyshch. navch. zakl.*, In Yure, Kyiv, 2005.
- Shyshka O.R., *Pravo neisnuiuchoho uchasnyka tsyvilnykh pravovidnosyn yak pravova fiktsiia*, „Pravo ta upravlinnia” 2011, nr 13.
- Shyshka R.B., *Okhorona prav subiektiv intelektualnoi vlasnosti u tsyvilnomu pravi Ukrainy: dys., dokt. kryd. nauk: 12.00.03*, Tsyvilne pravo ta tsyvilnyi protses; simeine pravo; mizhnarodne pryvatne pravo, Natsionalnyi universytet vnutrishnikh sprav, Kharkiv, 2004.
- Skowrońska-Bocian E., *Prawo cywilne — część ogólna. Zarys wykładu*, LexisNexis, Warszawa, 2005.
- Smoczyński T., *Nasciturus w świetle ustawodawstwa o przerywaniu ciąży*, „Studia Prawnicze” 1993, nr 1.
- Stelmachowski A., *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa, 1984.
- Suleimanova S.R., *Pro tsyvilnu pravozdatnist fizychnoi osoby*, „Visnyk Kyivskoho natsionalnogo universytetu imeni Tarasa Shevchenka, Yurydychni nauky”, 2013, nr 95.
- Szer S., *Prawo cywilne. Część ogólna*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa, 1967.
- Szpunar A., *Szkoda wyrządzona przed urodzeniem dziecka*, „Studia Cywilistyczne” 1969, nr 13—14.
- Turlukowski J., Pilich M., *Polsko-ukraińska umowa o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych i karnych. Komentarz do przepisów o sprawach cywilnych*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2023.
- Vatras V.A., Kostishkin I.O., *Osoblyvosti pravovoho rehuliuvannia simeinykh vidnosyn kodyfikovanykh pravovymy aktamy v Ukraini ta derzhavakh zakhidnoi ta tsentralnoi Evropy*, „Aktualni problemy pravoznavstva” 2021, nr 2 (26).
- Vebers Ya.R., *O poniaty deesposobnosti hrazhdan v sovetskom hrazhdanskom i semeinom prave*, t. 107, *Osushchestvlenye i zashchita lichnykh i imushchestvennykh prav*, Uchenye zapysky, Latv. hos. un-t ym. P. Stuchky, Ryha, 1968.
- Vebers Ya.R., *Pravosubiektnost hrazhdan v sovetskom hrazhdanskom i semeinom prave*, Zynatne, Ryha, 1976.
- Volkova N.V., *Protsesualni osoblyvosti rozghliadu sprav shchodo obmezhenia tsyvilnoi diiezdatnosti fizychnoi osoby, vyznannia fizychnoi osoby nediezdatnoiu (okremi aspekty)*, „Aktualni problemy derzhavy i prava” 2010, nr 56.
- Walaszek B., *Nasciturus w prawie cywilnym*, „Państwo i Prawo” 1956, nr 7.
- Watrakiewicz M., *Wiek a zdolność do czynności prawnych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2003, z. 3.
- Winiarz J. (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, T. I, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa, 1989.

- Wojewoda M., *Rejestracja urodzin dzieci obywaterek Ukrainy przybyłych do Polski w związku z konfliktem zbrojnym na terytorium tego państwa*, „Metryka” 2022, nr 1.
- Wojtczak A., Zmudzińska K., *Analiza prawna i społeczna wieku dopuszczalnego zawarcia małżeństwa*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2016, nr 2.
- Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa, 1996.
- Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2018.
- Yanovytska H.B., Kucher V.O. ta in., *Tsyvilne pravo Ukrainy: pidruchnyk*, v. 2, t. 1, kol. avtoriv, red. H.B. Yanovytskoi, V.O. Kuchera, Novyi Svit-2000, Lviv, 2014.
- Zhuravlev N.P., *O sootnoshenyy hrazhdanskoi pravospobnosty, deesposobnosty I subiektyvnoho prava*, RIO VJUZI, Moskwa, 1988.
- Zhylynkova Y.V., *Pravovye aspekty emansypatsyi nesovershennoletnykh*, „Problemy zakonnosti” 2000, v. 41.



Arkadiusz Gawron^{a)}

 <https://orcid.org/0009-0008-5873-2876>

W poszukiwaniu prawa właściwego dla pracy zdalnej

Abstract: The increasing phenomenon of remote working raises challenges for employers, national legislators, as well as for private international law. The complete transfer of the employment relationship to the remote plane moves the centres of activity of the employer and the employee away from each other, which can be seen especially in employment relationships with a foreign element (e.g. employment of a permanent employee living in another country). The question then arises — momentous from the point of view of the conflict of laws rules — as to the law applicable to this employment relationship.

The answer must be made in the light of the EU provisions on the law applicable to the individual employment contract (Article 8 of the Rome I Regulation) and the posting of workers (Directive 96/71/EC). Their juxtaposition may result in the need for the employer to take into account the competing legal regimes. Indeed, under Article 8(2) of the Rome I Regulation, the law applicable to an individual employment contract is the law of the country in which the employee habitually carries out his work in performance of the contract. Determining this state may, in an increasingly digital age, give rise to numerous difficulties, not least despite the considerable body of case law of the CJEU. Similar doubts may arise when assessing whether the conditions for posting set out in Directive 96/71/EC are fulfilled.

An analysis of the statements of representatives of the doctrine, especially foreign doctrine, and of the jurisprudence has made it possible to establish that the current conflict-of-law rules are not in line with the modern needs of circulation. There is also a discrepancy between the norms of international labour law and social security regulations. This leads to the conclusion that the intervention of the legislator is necessary in order to balance the conflicting expectations of employers and employees. In this context, the article is both cognitive (it contains an analysis of the existing regulations)

^{a)} Dr, radca prawny, Uniwersytet Śląski w Katowicach.

and theoretical. The analyses and conclusions presented may also prove useful for the practice of law.

Keywords: labour law — remote work — private international law — Rome I Regulation

1. Zagadnienia wstępne

Na stosunki pracy mocno wpłynęły przemiany w strukturze społecznej, a także pandemia COVID-19. W rezultacie nasiliło się zjawisko pracy zdalnej¹, która początkowo nie została ujęta w ścisłe ramy prawne, aczkolwiek stanowiła właściwą odpowiedź na potrzeby czasu². Szacuje się, że w kwietniu 2020 r. — czyli wkrótce po wybuchu pandemii — ponad 33% zatrudnionych w Unii Europejskiej pracowało wyłącznie w formie zdalnej, a ok. 14% w formie hybrydowej³. Niedługo po przyjęciu przepisów epizodycznych na okres pandemii⁴ tego rodzaju przeorientowanie

¹ Dla zupełności wywodu należy wskazać, że praca zdalna stała się przedmiotem zainteresowania wielu autorów — przedstawicieli zarówno nauki prawa (M. Mędrala, *Praca zdalna. Komentarz do nowelizacji Kodeksu pracy. Wzory*, Wolters Kluwer, Warszawa 2023; L. Florek, *Prawne ramy pracy zdalnej*, „Z Problematyki Prawa Pracy i Polityki Socjalnej” 2021, t. 2, <https://doi.org/10.31261/zpppips.2021.19.06>; L. Mitrus, *Kilka uwag w sprawie realizacji obowiązków pracowniczych w domu pracownika*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2021, t. 21, z. specj., s. 373—385, <https://doi.org/10.5604/01.3001.0015.6142>), jak i ekonomii (A. Sroka-Lacković, *Miejsce pracy zdalnej w aktualnym modelu rynku pracy — z perspektywy pracodawcy oraz pracownika*, praca doktorska, Uniwersytet Ekonomiczny, Katowice 2023 [komputeropis]). Spośród opracowań zagranicznych można wymienić np.: N. Chikoc Barreda, *Le télétravail transfrontalier face aux défis de coordination des règles de conflit et des normes minimales d'emploi*, „McGill Law Journal” 2022, vol. 68, no. 1, s. 89—122, <https://doi.org/10.26443/law.v68i1.1192>; U. Gruś, *Remote work in private international law*, in: *The future of remote work*, eds. N. Countouris et al., ETUI aisbl, Brussels 2023, s. 185—199; U.E. Menegatti, *The impact of COVID-19 crisis on Italian labour law*, „Z Problematyki Prawa Pracy i Polityki Socjalnej” 2021, t. 2, <https://doi.org/10.31261/zpppips.2021.19.03>.

² Już wcześniej dostrzegane zalety świadczenia pracy za pomocą technik bezpośredniego porozumiewania się na odległość związane z elastycznością takiego rozwiązania (K. Dery, I. Sebastian, N. van der Meulen, *The digital workplace is key to digital innovation*, „MIS Quarterly Executive” 2017, vol. 16, issue 2, article 4, s. 135—136) miały znaczenie drugorzędne wobec kwestii bezpieczeństwa w czasie zwalczania wirusa SARS-CoV-2. Szeroko na ten temat — zob. U. Torbus, *Ryzyko pracodawcy związane z pracą zdalną*, w: *Praca zdalna w polskim systemie prawnym*, red. M. Mędrala, Wolters Kluwer, Warszawa 2021, s. 47 i nn.

³ U. Gruś, *Remote work in private international law...*, s. 187.

⁴ Ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz

stosunków pracy z modelu tradycyjnego na coraz bardziej z informatyzowany zyskało w prawodawstwie polskim postać normatywną poprzez wprowadzenie do Kodeksu pracy⁵, mocą ustawy z 1 grudnia 2022 r. o zmianie ustawy — Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw⁶, instytucji pracy zdalnej (art. 67¹⁸ — art. 67³⁴ k.p.), a jednocześnie usunięcie dotychczasowych regulacji odnoszących się do telepracy⁷.

Dzięki instytucji pracy zdalnej pracodawcy z różnych krajów mają możliwość zatrudnienia wysoce wyspecjalizowanych pracowników, z kolei ci ostatni zyskują nowe perspektywy zawodowe bez konieczności przenosin centrum działalności życiowej za granicę⁸. Jako ilustrację można podać przywoływany w literaturze przedmiotu przykład belgijskiej uczelni zatrudniającej niemieckiego badacza, który za sprawą mechanizmu pracy zdalnej może wypełniać swoje obowiązki pracownicze, będąc jedynie „wirtualnym” uczestnikiem obcego rynku pracy⁹.

W sposób naturalny model pracy zdalnej zakłada osłabienie powiązania między siedzibą pracodawcy a miejscem wykonywania pracy. Nierzadko przekłada się to na węzłowe zagadnienia prawa prywatnego międzynarodowego w dziedzinie stosunków pracy z elementem obcym. W takim wypadku może zaistnieć konflikt konkurencyjnych reżimów prawnych: obowiązujących w państwie, w którym ma siedzibę pracodawca, i w państwie, w którym pracownik świadczy pracę, co może oznaczać potrzebę brania pod uwagę przepisów innego państwa przez pracodawcę.

Normy prawa prywatnego międzynarodowego regulujące indywidualną umowę o pracę są ściśle powiązane z miejscem jej świadczenia. W tym

wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. 2020, poz. 374), która w art. 3 stanowiła jedynie, że „[w] celu przeciwdziałania COVID-19 pracodawca może polecić pracownikowi wykonywanie, przez czas oznaczony, pracy określonej w umowie o pracę poza miejscem jej stałego wykonywania (praca zdalna)”.

⁵ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. — Kodeks pracy (t.j. Dz.U. 2023, poz. 1465).

⁶ Dz.U. 2023, poz. 240.

⁷ Regulacje te nie odpowiadały potrzebom współczesnych stosunków pracy, gdyż były nazbyt szczegółowe (L. Mitrus, *Praca zdalna de lege lata i de lege ferenda — zmiana miejsca wykonywania pracy czy nowa koncepcja stosunku pracy?* Część 2, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2020, nr 11, s. 10, <https://doi.org/10.33226/0032-6186.2020.11.1>) i nie obejmowały modeli świadczenia pracy takich jak *home office* czy *homeworking* (L. Mitrus, *Praca zdalna de lege lata i de lege ferenda — zmiana miejsca wykonywania pracy czy nowa koncepcja stosunku pracy?* Część 1, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2020, nr 10, s. 4, <https://doi.org/10.33226/0032-6186.2020.10.1>).

⁸ European Economic and Social Committee, *COVID-19: Virtual Free Movement of Workers. Perspective of the European Trade Unions*, 2021, s. 34, <https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/files/qe-05-21-008-en-n.pdf> [dostęp: 22.11.2023].

⁹ S. Bruurs, *Cross-border telework in light of the Rome I-Regulation and the Posting of Workers Directive*, „European Labour Law Journal” 2023, vol. 14, issue 4, s. 591, <https://doi.org/10.1177/20319525231194267>.

zakresie postępująca informatyzacja i połączona z nią możliwość zatrudniania zagranicznego personelu może mieć daleko idące implikacje, takie jak konieczność uwzględniania przepisów obcego systemu prawnego przez uczestników obrotu¹⁰. Dlatego też coraz częściej w doktrynie zagranicznej stawiane są pytania, czy obecne unormowania dotyczące prawa właściwego dla indywidualnej umowy o pracę stanowią dostateczną odpowiedź na trudności narastające wokół zjawiska pracy zdalnej¹¹.

2. Prawo właściwe dla indywidualnej umowy o pracę z perspektywy przepisów unijnych

Ustalenie prawa właściwego dla indywidualnej umowy o pracę (w tym zdalną) następuje w zasadzie (obecnie)¹² na podstawie krótko obowiązujących w Polsce postanowień Konwencji o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, otwartej do podpisu w Rzymie 19 czerwca 1980 r.¹³ — jeśli chodzi o umowy o pracę zawarte do 17 grudnia 2009 r. — bądź na podstawie postanowień rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych („Rzym I”)¹⁴ — w odniesieniu do umów zawartych

¹⁰ U. Gruścić, *Remote work in private international law...*, s. 192, 197.

¹¹ Należy jeszcze wskazać, że transgraniczna praca zdalna niesie za sobą trudności nie tylko dla prawa prywatnego międzynarodowego, lecz także w kwestii zabezpieczenia społecznego w ramach Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Wyczerpująco na ten temat — zob. M. Kielbasa, *Transgraniczne aspekty zdalnego świadczenia pracy*, w: *Praca zdalna w polskim systemie prawnym...*, s. 216 i nn.

¹² Wcześniej właściwym aktem prawnym była ustawa z dnia 12 listopada 1965 r. — Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. 1965, nr 46, poz. 290). Akt ten pozwalał stronom stosunku pracy na dokonanie wyboru prawa, jeżeli pozostawało ono w związku z tym stosunkiem (art. 32). W razie braku wyboru prawodawca przewidział łączniki o charakterze obiektywnym: miejsce zamieszkania lub siedziby stron stosunku pracy (art. 33 ust. 1 zd. 1), a dalej — prawo państwa siedziby przedsiębiorstwa, gdy praca jest, była lub miała być w niej wykonywana (art. 33 ust. 1 zd. 2), ewentualnie prawo państwa, w którym praca jest, była lub miała być wykonywana, gdy nie dokonano wyboru prawa, a pracownik i pracodawca nie mieli miejsca zamieszkania albo siedziby w tym samym państwie (art. 33 ust. 2). Zob. M. Pazdan, *Glosa do wyroku SN z dnia 18 kwietnia 2001 r., I PKN 358/00*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2004, nr 1, poz. 9, s. 39.

¹³ Dz. Urz. WE L 266 z 9.10.1980, s. 1—19.

¹⁴ Dz. Urz. UE L 177 z 4.07.2008, s. 6—16.

później¹⁵. Zgodnie z oboma wymienionymi aktami prawnymi odszukanie prawa właściwego dla indywidualnej umowy o pracę następuje za pomocą kaskady łączników, stosowanych wedle kolejności przewidzianej przez prawodawcę¹⁶. Przede wszystkim więc możliwy jest wybór prawa (art. 6 ust. 1 konwencji rzymskiej, art. 8 ust. 1 rozporządzenia „Rzym I”). W razie braku takiego wyboru prawo właściwe wyznacza się z wykorzystaniem kryteriów obiektywnych: będzie nim prawo państwa, w którym pracownik zazwyczaj świadczy pracę w wykonaniu umowy (art. 6 ust. 2 lit. a konwencji rzymskiej), lub też, w razie jego braku, państwa, z którego pracownik zazwyczaj świadczy pracę w wykonaniu umowy (art. 8 ust. 2 rozporządzenia „Rzym I”) — bez względu nawet na tymczasowe świadczenie pracy w innym państwie. Na kolejnym szczeblu drabinki łączników sytuuje się prawo państwa, w którym znajduje się przedsiębiorstwo zatrudniające pracownika (art. 6 ust. 2 lit. b konwencji, art. 8 ust. 3 rozporządzenia), chyba że całokształt okoliczności sprawy wskazuje na ściślejszy związek z innym państwem.

Pierwszorzędną rolę przy ustalaniu prawa właściwego dla indywidualnej umowy o pracę odgrywa wybór prawa. Wspólnotowe normy kolizyjne zostały zaprojektowane z myślą o potrzebie ochrony słabszej strony stosunku prawnego, przede wszystkim konsumenta oraz pracownika¹⁷. Ową generalną ideę odzwierciedla motyw 23 preambuły rozporządzenia „Rzym I”, wedle którego w odniesieniu do umów zawartych ze stroną słabszą stronie takiej należy zapewnić ochronę za pomocą norm kolizyjnych, które są dla niej korzystniejsze niż reguły ogólne. W kontekście indywidualnych umów o pracę norma ta jest uszczegółowiona przez ograniczenie skutków wyboru prawa. Zgodnie z art. 8 ust. 1 rozporządzenia „Rzym I” wybór prawa nie może pozbawić pracownika ochrony należnej mu na mocy przepisów, których nie można wyłączyć w drodze umowy,

¹⁵ W przypadku Polski konwencja ta weszła w życie 1 sierpnia 2007 r. (zob. Dz.U. 2008, nr 10, poz. 58), a w „Dzienniku Ustaw” została opublikowana 22 stycznia 2008 r. (Dz.U. 2008, nr 10, poz. 57). Z kolei rozporządzenie „Rzym I” weszło w życie 24 lipca 2008 r., lecz stosuje się je, w myśl art. 28, do umów zawartych od 17 grudnia 2009 r. Szerzej — zob. M. Wojewoda, *Praktyczne problemy związane z wejściem w życie w Polsce konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 5, s. 5.

¹⁶ T. Pajor, *Nowe tendencje w części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego państw europejskich*, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” 1995, t. 18, s. 63, 65.

¹⁷ M. Czerwiński, *The law applicable to employment contracts under the Rome I-Regulation*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza” 2015, t. 5, s. 152, <https://doi.org/10.14746/ppuam.2015.5.10>.

wchodzących w skład systemu prawnego, który byłby właściwy w razie braku wyboru prawa¹⁸.

Jeszcze przed przyjęciem ogólnych rozwiązań wspólnotowych w doktrynie prawa prywatnego międzynarodowego proponowano, ażeby wtedy, gdy nie następuje wybór prawa, statut indywidualnej umowy o pracę ustalać wedle prawa państwa, z którym stosunek pracy wykazuje „najbliższy związek terytorialny” (*engsten räumlichen Zusammenhang*)¹⁹. Współcześnie ideę tę, jak wspomniano, odzwierciedla art. 8 ust. 2 rozporządzenia „Rzym I”, określający, że jeśli strony nie dokonały wyboru prawa, w roli statutu indywidualnej umowy o pracę występuje prawo państwa, na którego terytorium — lub z którego — pracownik zazwyczaj świadczy pracę w wykonaniu umowy. Tym samym właściwość prawa dla indywidualnej umowy o pracę zostaje wyznaczona przez centrum działalności pracownika²⁰ (także w przypadku, kiedy świadczy on pracę w kilku krajach)²¹ czy też, innymi słowy, „bazę” operacji pracowniczych²². Do myśli tej przyjdzie powrócić przy opisie zjawiska pracy zdalnej w kontekście prawa prywatnego międzynarodowego. Zarazem tymczasowa zmiana państwa, w którym wykonywana jest praca, nie prowadzi do zmiany statutu indywidualnej

¹⁸ Wylicza się w tym względzie unormowania dotyczące: składników i stawek wynagrodzenia oraz czasu pracy (M. Tomaszewska, *Pojęcie „przepisy, których nie można wyłączyć w drodze umowy” w przypadku indywidualnej umowy o pracę, w rozumieniu rozporządzenia Rzym I*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2022, nr 1, s. 121—122, <https://doi.org/10.26881/gsp.2022.1.07>), odwołania od wypowiedzenia umowy o pracę (wyrok House of Lords, 26.01.2006, *Serco Limited v. Lawson, Botham (FC) v. Ministry of Defence, Crofts v. Veta Ltd*, Session 2005-06, 2006, UKHL 3; I. Kunda, *Law Applicable to Employment Contracts under the Rome I Regulation*, in: *Transnational, European, and National Labour Relations: Flexicurity and New Economy*, eds. G.G. Sander, V. Tomljenović, N. Bodiroga-Vukobrat, Springer, Berlin 2018, s. 92, https://doi.org/10.1007/978-3-319-02219-2_5).

¹⁹ F. Gamillscheg, *Internationales Arbeitsrecht (Arbeitsverweisungsrecht)*, De Gruyter, Tübingen 1959, s. 107.

²⁰ Wyrok TSUE z 13.07.1993 w sprawie *Mulox IBC Ltd v. Hendrick Geels*, ECLI:EU:C:1993:306, pkt 20; wyrok TSUE z 9.01.1997 w sprawie *C-383/95 Rutten v. Cross Medical Ltd*, ECLI:EU:C:1997:7, pkt 26—27; wyrok TSUE z 10.04.2003 w sprawie *C-437/00 Giulia Pugliese v. Finmeccanica SpA, Betriebsteil Alenia Aerospazio*, ECLI:EU:C:2003:219, pkt 19; wyrok TSUE z 15.03.2011 w sprawie *C-29/10 Heiko Koelzsch v. Wielkie Księstwo Luksemburga*, ECLI:EU:C:2011:151, pkt 31; wyrok TSUE z 14.09.2017 w sprawach połączonych *C 168/16 Sandra Nogueira i in. v. Crewlink Ireland Ltd i C 169/16 Miguel José Moreno Osacar v. Ryanair Designated Activity Company*, ECLI:EU:C:2017:688, pkt 56.

²¹ P. Grzebyk, *Loci laboris — „główne miejsce pracy”. Glosa do wyroku TS z 15.03.2011 r. w sprawie C-29/10 Heiko Koelzsch v. Wielkie Księstwo Luksemburga*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 8, s. 46.

²² M. Poesen, *Habitual Workplace: ECJ Grounds Ryanair over Aircrew’s Contracts*, „European Review of Private Law” 2018, vol. 26, issue 1, s. 141—150.

umowy o pracę — co okazuje się niezwykle istotne, gdy mowa o zjawisku delegowania pracowników.

Dalsze łączniki mają charakter zastępczy (*Ersatzanknüpfung*)²³. Należy do nich prawo państwa, w którym znajduje się przedsiębiorstwo, za pośrednictwem którego zatrudniono pracownika (art. 8 ust. 3 rozporządzenia „Rzym I”)²⁴. Wreszcie, jeżeli ze wszystkich okoliczności sprawy wynika, że umowa o pracę wykazuje ściślejszy związek z innym porządkiem prawnym niż *lex loci laboris* czy wskazany w art. 8 ust. 3, stosuje się prawo tego innego państwa (art. 8 ust. 4 rozporządzenia „Rzym I” — reguła korekcyjna)²⁵.

Niezależnie od tego, które kryterium powiązania (subiektywne bądź obiektywne) dojdzie do głosu, tak ustalony statut indywidualnej umowy o pracę będzie obejmować swoim zakresem całość zagadnień związanych z umową o pracę²⁶ dotyczących obowiązków stron²⁷. Statut ten określa zatem m.in. obowiązek równego traktowania w środowisku pracy²⁸, uprawnienia pracodawcy i sprzężone z nimi obowiązki chociażby w sferze urlopowej²⁹, odpowiedzialność pracowniczą³⁰, a także kwestie rozwiązywania umowy o pracę³¹.

²³ W. Klyta, *Spółki kapitałowe w prawie prywatnym międzynarodowym*, Zakamycze, Kraków 2002, s. 38.

²⁴ Łącznik ten ma charakter subsydiarny, obejmuje przypadki m.in. wykonywania pracy poza terytorium któregośkolwiek państwa, np. w placówkach badawczych na Antarktydzie czy na platformach wiertniczych na pełnym morzu — U. Grušić, *Should the Connecting Factor of the „Engaging Place of Business” Be Abolished in European Private International Law?*, „The International and Comparative Law Quarterly” 2013, vol. 62, no. 1, s. 181—182.

²⁵ Wymagane jest przy tym, ażeby waga poszczególnych elementów składowych danego stanu faktycznego była wyraźnie większa niż połączeń wynikających z zastosowania łącznika ogólnego (P. Mankowski, *Wichtige Klärungen im Internationalen Arbeitsrecht*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 1994, Heft 4, s. 127).

²⁶ H. Trammer, *Stosunki pracy w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, „Prawo w Handlu Zagranicznym” 1968, z. 21, s. 41.

²⁷ S. Kalus, *Międzynarodowe stosunki pracy. Wybrane zagadnienia kolizyjne*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1978, s. 67.

²⁸ L.C. Piñeiro, *International Maritime Labour Law*, Springer, Berlin—Heidelberg—London 2015, s. 157.

²⁹ B. Fuchs, *Prawo właściwe dla umowy o pracę w świetle konwencji rzymskiej oraz rozporządzenia „Rzym I”*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 12, s. 8.

³⁰ A.M. Świątkowski, *Międzynarodowe prawo pracy*, t. 2: *Międzynarodowe prywatne prawo pracy*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 366.

³¹ W. Sanetra, *O „indywidualnej umowie o pracę” unormowanej w prawie prywatnym międzynarodowym*, w: *Stosunki zatrudnienia w dwudziestoleciu społecznej gospodarki rynkowej. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 40-lecia pracy naukowej Profesor Barbary Wagner*, red. A. Sobczyk, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 76.

3. Omówienie norm kolizyjnych określających przepisy prawa państwa przyjmującego, które znajdują zastosowanie do indywidualnej umowy o pracę zawartej z pracownikiem delegowanym (*lex loci delegationis*)

Wspólnotowe unormowania indywidualnych umów o pracę, których jedną ze stron są pracownicy delegowani, pod wieloma względami różnią się od uregulowań ogólnych. Nie ulega wątpliwości, że aktem prawnym wyznaczającym właściwość prawa dla indywidualnej umowy o pracę jest oprócz rozporządzenia „Rzym I” także dyrektywa 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotycząca delegowania pracowników w ramach świadczenia usług³² (dalej: dyrektywa podstawowa)³³, znowelizowana dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/957 z dnia 28 czerwca 2018 r. zmieniającą dyrektywę 96/71/WE dotyczącą delegowania pracowników w ramach świadczenia usług³⁴. Wymienione akty są koherentne³⁵, jak bowiem wynika z art. 23 rozporządzenia „Rzym I”, nie uchybia ono przepisom, które w kwestiach szczególnych (*in besonderen Bereichen; in particular matters; ve zvláštních oblastech; a settori specifici*) ustanawiają normy kolizyjne odnoszące się do zobowiązań umownych. Jak wskazuje motyw 34 preambuły rozporządzenia „Rzym I”, reguły z art. 8 tego aktu prawnego nie powinny wykluczać stosowania przepisów wymuszających swoje zastosowanie państwa, do którego oddelegowany jest pracownik zgodnie z dyrektywą podstawową.

Krąg podmiotów, których dotyczy dyrektywa podstawowa, został określony w jej art. 1 ust. 1 i 3. W myśl owych przepisów dyrektywę tę stosuje się wtedy, gdy przedsiębiorstwa z państw członkowskich w ramach świadczenia usług delegują pracowników na terytorium innego państwa członkowskiego (ust. 1) w postaciach stypizowanych w dyrektywie

³² Dz. Urz. UE L 18 z 21.01.1997, s. 1—6.

³³ E. de Götzen, *The EU Private International Law of Employment: Can It Be a Possible Shift Towards More Labour Protection in Europe?*, in: *Labour Migration in Europe*, vol. 2: *Exploitation and Legal Protection of Migrant Workers*, ed. M. Borraccetti, Springer, Bolognia 2018, s. 56, https://doi.org/10.1007/978-3-319-93979-7_3.

³⁴ Dz. Urz. UE L 173 z 9.07.2018, s. 16—24.

³⁵ J. Grygutis, *Status prawny pracownika delegowanego na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej*, C.H. Beck, Warszawa 2023, s. 194; M. Tomaszewska, *Normy wymuszające swoje zastosowanie*, w: *System prawa pracy*, t. 10, *Międzynarodowe publiczne prawo pracy. Standardy europejskie*, red. K. Baran, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 309; M. Szypniewski, *Ochrona interesu pracownika delegowanego w ramach świadczenia usług w Unii Europejskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019, s. 203.

(ust. 3)³⁶. W judykaturze Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wykrystalizowała się (niewyrażona wprost w literze dyrektywy podstawowej)³⁷ — kolejna przesłanka, od której uzależnione jest przypisanie konkretnemu pracownikowi statusu pracownika delegowanego. TSUE w wyroku z 1 grudnia 2020 r. w sprawie *Michael Dobersberger v. Magistrat der Stadt Wien*³⁸ podkreślił, że za pracownika delegowanego na terytorium danego państwa można uznać tylko osobę, która wykonuje pracę dostatecznie mocno związaną z jego obszarem. W konsekwencji ujęcie to pozwala na wyłączenie z zakresu pojęcia „pracownik delegowany” tzw. pracowników wysoce mobilnych, np. personelu pociągu³⁹, kierowców ciężarówek⁴⁰ przejeżdżających przez terytorium danego kraju, ale zawsze powracających do tego samego państwa — o ile również w tym przypadku istnieje dostateczne powiązanie terytorialne⁴¹.

Należy zwrócić uwagę, że wedle uregulowań ogólnych art. 8 ust. 2 zd. 2 rozporządzenia „Rzym I” tymczasowe zatrudnienie w innym państwie nie skutkuje zmianą statutu wyznaczonego za pomocą łącznika *lex loci laboris*. Z tego względu regułą jest, że państwa członkowskie, do których następuje delegowanie, nie mogą „rozciągać” zastosowania swoich

³⁶ W ramach umowy zawartej między przedsiębiorstwem delegującym a odbiorcą usług (*subcontracting of workers*), wewnątrz grupy przedsiębiorców (*intra-group mobility*), w procedurze zatrudnienia poprzez agencję pracy tymczasowej albo poprzez agencję wynajmującą personel (*cross-border hiring of workers*). Zob. L. Mitrus, *Charakter prawny delegowania pracowników w ramach swobody świadczenia usług w Unii Europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2018, nr 6, s. 4—11.

³⁷ Dlatego opisywany kierunek rozstrzygnięcia spotkał się z nieprzychylnym odbiorem ze strony części przedstawicieli piśmiennictwa — zob. A. Junker, *Die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Arbeitsrecht im Jahr 2020*, „Recht der Internationalen Wirtschaft” 2021, Heft 1/2, s. 2; M. Otto, *(Nie)Równe traktowanie pracowników wysoce mobilnych*, „Monitor Prawa Pracy” 2020, nr 11, s. 30—31.

³⁸ Wyrok TSUE z 1.12.2020 w sprawie C-16/18 *Michael Dobersberger v. Magistrat der Stadt Wien*, ECLI:EU:C:2019:1110.

³⁹ Tak sugerował Rzecznik Generalny TSUE Maciej Szpunar w opinii przedstawionej 29.07.2019 w sprawie C-16/18 *Dobersberger*, ECLI:EU:C:2019:638, pkt 59 i nn. Podobne stanowisko zajął Rzecznik Generalny TSUE w opinii przedstawionej 30.04.2020 w sprawie C-815/18 *Federatie Nederlandse Vakbeweging v. Van den Bosch Transporten BV, Van den Bosch Transporte GmbH, Silo-Tank Kft*, ECLI:EU:C:2020:319, pkt 86 i nn.

⁴⁰ Zwrócił na to uwagę TSUE w kolejnym wyroku z 1.12.2020 — tym razem w sprawie C-815/18 *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, ECLI:EU:C:2020:976, pkt 49—51.

⁴¹ W. Kurowski, *Kierowcy zatrudnieni w sektorze międzynarodowego transportu drogowego jako pracownicy delegowani w rozumieniu dyrektywy 96/71/WE*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2022, nr 1, s. 183, <https://doi.org/10.26881/gsp.2022.1.11>. Delegowanie tzw. personelu wysoce mobilnego stanowi rozległy temat, wykraczający poza materię niniejszego opracowania.

przepisów na pracowników delegowanych na ich terytorium⁴². Jedynie zatem na zasadzie wyjątku, wprowadzonego w celu ochrony pracowników przed „dumpingiem socjalnym”⁴³ i dla zachowania warunków uczciwej konkurencji, dyrektywa podstawowa nakłada na państwa przyjmujące (*host state*; *Aufnahmestaats*; *hostitelský stát*) obowiązek zapewnienia, że poszczególne warunki zatrudnienia przewidziane w przepisach wskazanych w jej art. 3 zostaną zagwarantowane pracownikom delegowanym⁴⁴ niezależnie od prawa, jakie będzie właściwe dla danego stosunku pracy. Wspomniany akt w określonym zakresie nakazuje stosować przepisy pochodzące z innego systemu prawnego niż ten, któremu podlega stosunek pracy (wedle unormowań art. 8 rozporządzenia „Rzym I”).

W tym obszarze można przyjąć, że dyrektywa podstawowa stanowi *lex specialis* względem regulacji z art. 8 rozporządzenia „Rzym I”⁴⁵, z kolei głównym punktem odniesienia przy szukaniu prawa właściwego dla indywidualnej umowy o pracę zawartej z pracownikiem delegowanym jest art. 3 dyrektywy podstawowej⁴⁶. Wyszczególnia on katalog przepisów, które z woli prawodawcy europejskiego odnoszą się do pracowników delegowanych⁴⁷. Aby skróciowo określić przepisy państwa przyjmującego, które mają zastosowanie do indywidualnej umowy o pracę zawartej z takim

⁴² J. Basedow, *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, Brill, Hague 2015, s. 454.

⁴³ M. Kochanowski, *Rights of the Posted Workers — Directive 96/71/EC and the Evolution of Legislation Concerning Posted Workers*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza” 2018, t. 8, s. 256, <https://doi.org/10.14746/ppuam.2018.8.17>.

⁴⁴ J. Beckmann, *Reviewing the Posted Worker Directive Two Decades on*, „University College Dublin Law Review” 2017, vol. 17, s. 129.

⁴⁵ Wyrok SN z 1.07.2020, I PK 267/18, Legalis nr 2539052; P. van Nuffel, S. Afanasjeva, *The Posting of Workers Directive Revised: Enhancing the Protection of Workers in the Cross-Border Provision of Services*, „European Papers” 2018, vol. 3, no. 3, s. 1410.

⁴⁶ M. Schlachter, *Posting of Workers in the EU*, „Pecsi Munkajogi Közlemenyek” 2010, szám 1, s. 89.

⁴⁷ Są to w aktualnym brzmieniu — uwzględniającym wspomnianą dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/957 z dnia 28 czerwca 2018 r. — unormowania dotyczące: a) maksymalnych okresów pracy i minimalnych okresów wypoczynku; b) minimalnego wymiaru płatnych urlopów rocznych; c) wynagrodzenia wraz ze stawką za nadgodziny (z wyłączeniem uzupełniających zakładowych systemów emerytalnych); d) warunków wynajmu pracowników, w szczególności przez przedsiębiorstwa zatrudnienia tymczasowego; e) zdrowia, bezpieczeństwa i higieny w miejscu pracy; f) środków ochronnych względem kobiet ciężarnych lub kobiet tuż po urodzeniu dziecka oraz dzieci i młodzieży; g) warunków zakwaterowania pracowników, w przypadku gdy jest ono zapewniane przez pracodawcę pracownikom znajdującym się daleko od ich normalnego miejsca pracy, oraz h) stawek dodatków lub zwrotu wydatków na pokrycie kosztów podróży, wyżywienia i zakwaterowania dla pracowników znajdujących się daleko od domu z powodów zawodowych.

pracownikiem, w nauce prawa proponuje się sformułowanie *lex loci delegationis*⁴⁸ w charakterze quasi-łącznika (obok łącznika *lex loci laboris*).

Uzasadnione staje się twierdzenie, że relacje pomiędzy rozporządzeniem „Rzym I” a dyrektywą podstawową są wielowątkowe. Poza pełnieniem funkcji *lex specialis* względem art. 8 rozporządzenia dyrektywa nakazuje stosować te przepisy państwa przyjmującego, które prawodawca europejski arbitralnie uznał za wyrażające istotne ekonomiczne oraz socjalne interesy tego państwa⁴⁹. Można więc powiedzieć, że adaptuje ona instytucję przepisów wymuszających swoje zastosowanie⁵⁰ (art. 9 rozporządzenia „Rzym I”) do relatywnie rzadkich przypadków omawianych stosunków pracy⁵¹.

4. Praca zdalna na tle przepisów prawa prywatnego międzynarodowego

W przypadku zjawiska pracy zdalnej problem odszukania prawa właściwego dla indywidualnej umowy o pracę dostrzegano jeszcze przed wejściem w życie Konwencji o prawie właściwym dla zobowiązań umownych. Na przykładzie stanowisk, na których pracownik wykonuje pracę np. w domu (a nie w siedzibie pracodawcy), stwierdzono, że dla tego rodzaju indywidualnych umów o pracę zasadniczo właściwe będzie prawo państwa, w którym ulokowane jest cyfrowe (komputerowe) miejsce pracy

⁴⁸ A. Świątkowski, *European Union Private International Labour Law*, Jagiellonian University Press, Kraków 2012, s. 45; Idem, *Lex loci delegationis as a law „applicable” to regulation of employment relationships of employees employed abroad*, „Current Issues of Business and Law” 2009, no. 4, 250—261.

⁴⁹ J. Skoczyński, *Prawo właściwe w międzynarodowych stosunkach pracy pracowników delegowanych w ramach świadczenia usług (problematyka kolizyjnoprawna)*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2004, nr 5, s. 40. Wydaje się zasadna teza R. Rebhahna, że to, czy konkretna norma prawa materialnego może być przepisem wymuszającym swoje zastosowanie, stanowi złożony problem, który na płaszczyźnie interpretacji teleologicznej niezwykle rzadko można rozwiązać jednoznacznie i kategorycznie w każdym aspekcie. Poszukiwaniu rozwiązań nie sprzyja rozsianie przepisów ochronnych względem pracownika w różnych gałęziach prawa (R. Rebhahn, *Die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 1988, Heft 6, s. 369 i nn.).

⁵⁰ U. Grušić, *The European Private International Law of Employment*, Cambridge University Press, Cambridge, s. 265, <https://doi.org/10.1017/CBO9781316014684>.

⁵¹ H. Verschuere, *The European Internal Market and the Competition between Workers*, „European Labour Law Journal” 2015, vol. 6, issue 2, s. 140, <https://doi.org/10.1177/201395251500600203>.

pracownika (*computer workplace of the teleworker*)⁵². Oczywiście, zgoda inaczej będzie się przedstawiała sytuacja, gdy mowa o pracy w trybie hybrydowym, tj. gdy pracownik przeważającą część czasu pracy spędza w siedzibie spółki, a jedynie okazjonalnie świadczy pracę zdalnie, chociażby ze swojego miejsca zamieszkania w innym państwie⁵³.

Tu należy wskazać, że praca zdalna — czy to w warunkach delegowania pracowników, czy też wykonywana przez osoby na stałe mieszkające w innym państwie niż to, w którym znajduje się siedziba podmiotu zatrudniającego — niesie za sobą liczne trudności związane z ustaleniem i stosowaniem prawa właściwego dla tego specyficznego stosunku pracy, nie tylko w kontekście unormowań europejskich. Najczęstszym problemem, wedle którego odszukuje się prawo właściwe, jest łącznik terytorialny *lex loci laboris*. Poza wymienionym art. 8 ust. 2 rozporządzenia „Rzym I” kryterium to występuje także w art. 121 szwajcarskiej ustawy kolizyjnej z 1987 r.⁵⁴, w art. 3118 ust. 2 kodeksu cywilnego prowincji Quebec z 1991 r.⁵⁵ czy w art. 12 ust. 1 japońskiej ustawy kolizyjnej z 1898 r.⁵⁶

Niezbędna zatem staje się próba zdefiniowania, jak powinno się rozumieć łącznik *lex loci laboris* w przypadku pracy zdalnej. Jako zasadne można przyjąć założenie, że pojęcie to oznacza miejsce, w którym pracownik wykonuje swoje obowiązki za pomocą narzędzi elektronicznych w ramach stosunku pracy. Tak również omawiane kryterium w odniesieniu do pracowników zdalnych rozumiane bywa w orzecznictwie. Za przykład może posłużyć wyrok montrealskiego Administracyjnego Trybunału Pracy (Tribunal administratif du travail) z 11 maja 2018 r.⁵⁷ dotyczący sporu

⁵² Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Comments on the European Commission's Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and Its Modernization*, „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” 2004, Heft 1, s. 67, <https://doi.org/10.1628/0033725043640986>.

⁵³ N. Chikoc Barreda, *Le télétravail transfrontalier...*, s. 97—98.

⁵⁴ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (AS 1998, 1776).

⁵⁵ Québec civil code CQLR c CCQ-1991, <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/ccq-1991> [dostęp: 15.11.2023]. Przyjmuje się, że przepis ten był wzorowany na art. 6 konwencji rzymskiej — G. Cuniberti, *Conflict of laws: A comparative approach: Text and cases*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham—Northampton 2017, s. 401.

⁵⁶ Hō no tekiyō ni kansuru tsūsokuhō (Act No. 10 of 1898. 法の適用に関する通則法), w tłumaczeniu: K. Andersen, Y. Okuda, *Translation of Japan's private international law: Act on the general rules of application of laws [Hō no Tekiyō ni Kansuru Tsūsokuhō]*, Law No. 10 of 1898 (as newly titled and amended 21 June 2006), „Zeitschrift für Japanisches Recht” 2007, Bd. 12, s. 227—240.

⁵⁷ Orzeczenie Tribunal administratif du travail z 11.05.2018 w sprawie *McGinnity et Onboardly Media inc.*, CM-2017-1888, 2018 QCTAT 2649 (CanLII), <https://www.canlii.org/fr/qc/qctat/doc/2018/2018qctat2649/2018qctat2649.html> [dostęp: 15.11.2023].

między Tanya McGinnity, pracującą ze swego domu w Montrealu w pełnym wymiarze czasu pracy, a jej pracodawcą, którego siedziba mieściła się w New Brunswick. Kobieta zajmowała się pisanem tekstów promocyjnych i w trakcie pracy kontaktowała się z resztą załogi pracowniczej za pomocą narzędzi bezpośredniego porozumiewania się na odległość. Gdy została zwolniona, kanadyjski trybunał wyraził stanowisko, że zastosowanie powinny znaleźć przepisy prawa państwa, na którego terytorium praca była wykonywana (a zatem prawodawstwo prowincji Quebec), bez względu na to, że cała struktura przedsiębiorstwa pracodawcy mieściła się w innym państwie (USA).

Z podobnym problemem mierzyła się kanadyjska Commission des relations de travail w orzeczeniu z 24 listopada 2008 r. w sprawie *Holm c. Groupe CGI inc.*⁵⁸ Powód Eric Holm pracował zdalnie ze swojego miejsca zamieszkania w stanie Massachusetts na rzecz strony pozwanej — amerykańskiej spółki o złożonej strukturze organizacyjnej. W ramach zajmowanego stanowiska był odpowiedzialny za rozwój oprogramowania przeznaczonego dla księgowych oraz wspomagał pracowników z Kanady i ze Stanów Zjednoczonych. Oceniając zasadność żądań powoda, który kwestionował otrzymane wypowiedzenie, organ musiał ustalić, gdzie znajduje się centrum działalności pracowniczej, jako że miejsce to wyznaczało zakres zastosowania ochronnych przepisów prawa obowiązującego w Quebecu. Uznał, że decydującym kryterium jest miejsce, w którym pracownik rzeczywiście wykonuje swoje zadania, niezależnie od tego, gdzie znajduje się np. komputer przetwarzający przedstawione przez niego dane ani gdzie przebywają przełożony czy współpracownicy. Nie przyznał natomiast słuszności powodowi, twierdzącemu, jakoby miejscem wykonywania pracy był obszar, na którym osiągany jest cel działania pracowniczego.

Takie uniwersalne stanowisko można odnieść również do europejskich unormowań prawa pracy. Bez względu bowiem na to, czy mowa o zjawisku delegowania pracowników, czy też o „tradycyjnej” indywidualnej umowie o pracę, przepisy prawa wspólnotowego (dyrektywa podstawowa, rozporządzenie „Rzym I”) łączą właściwość poszczególnych praw z fizyczną obecnością pracownika, miejscem wykonywania pracy (*lex loci laboris*, *lex loci delegationis*). Mimo swojej powszechności zwyczajowo pojmowany łącznik *lex loci laboris* wydaje się niedostosowany do potrzeb współczesnego obrotu międzynarodowego, a zwłaszcza wzmożonej mobilności pracowników świadczących pracę zdalną. Prymat łącznika o charakterze terytorialnym może skutkować sytuacją, kiedy indywidualna umowa o pracę pozostanie

⁵⁸ Orzeczenie Commission des relations du travail z 24.11.2008 w sprawie *Holm c. Groupe CGI inc.*, CM-2007-3651, 2008 QCCRT 492 (CanLII), <https://www.canlii.org/fr/qc/qccrt/doc/2008/2008qccrt492/2008qccrt492.html> [dostęp: 15.11.2023].

pod rządami systemu prawnego, który okaże się niewystarczająco związany ze strukturami przedsiębiorstwa zatrudniającego⁵⁹, naturalnie osadzonymi w jednym kraju. Pracodawca prowadzący przedsiębiorstwo w państwie A i zatrudniający jako „zewnętrznego eksperta” pracownika, który na stałe przebywa w państwie B, będzie się musiał liczyć z koniecznością stosowania różnych praw.

Ilustracyjny przykład nakreśla S. Bruurs, wskazując trudności wynikające z zatrudnienia pracownika, który mieszka i wykonuje pracę zdalną we Francji, przez belgijskiego pracodawcę, co pociąga za sobą (w razie braku wyboru prawa) właściwość prawa francuskiego. Zwykle miejsce świadczenia pracy się nie zmieni, jeśli w trakcie zatrudnienia pracownik świadczący pracę zdalną odwiedzi swoją rodzinę w Hiszpanii (gdyż tymczasowa zmiana państwa, na którego terenie wykonywana jest praca, nie prowadzi do przerwania właściwości prawa państwa, na którego terenie dana osoba zazwyczaj wykonuje pracę). Natomiast delegowanie tego samego pracownika (z inicjatywy pracodawcy) do Luksemburga całkowicie zmienia jego pozycję. Wspomniany autor słusznie zwraca uwagę na konieczność każdorazowego rozważenia, który z systemów prawnych jest przychylniejszy dla pracownika⁶⁰ (zabieg ten określa się w doktrynie niemieckiej jako *Günstigkeitsvergleich*)⁶¹.

Częste przenoszenie się pracownika świadczącego pracę zdalną między państwami może rodzić dwojakie trudności, wynikłe z wcześniej sygnalizowanych kwestii. Zarówno bowiem rozporządzenie „Rzym I”, jak i dyrektywa podstawowa posługują się kryteriami terytorialnymi (*lex loci laboris*, *lex loci delegationis*). Nie sposób natomiast odnieść się do miejsca, gdzie pracownik zazwyczaj świadczy pracę w wykonaniu umowy (*lex loci laboris*), gdy chodzi o personel wysoce mobilny, świadczący tę samą rodzajowo pracę w różnych krajach, bez swoistej bazy operacyjnej⁶². Podobnie nie można mówić o zjawisku delegowania pracowników, jeżeli dany stosunek pracy nie wykazuje dostatecznego powiązania terytorialnego

⁵⁹ N. Chikoc Barreda, *Le télétravail transfrontalier...*, s. 121.

⁶⁰ S. Bruurs, *Cross-border telework in light of the Rome I-Regulation...*, s. 603.

⁶¹ K. Riesenhuber, *Europäisches Arbeitsrecht: Eine systematische Darstellung*, C.F. Müller, Heidelberg 2009, s. 134.

⁶² Jak np. personel lotów — zob. M. Poesen, *Habitual Workplace...*, s. 141—150. W tej sytuacji trudno też mówić o prawie państwa, „z którego” pracownik wykonuje swoje obowiązki. Nierzadkie są również przypadki personelu wysoce mobilnego świadczącego pracę zdalną. Nasuwa się tu przykład informatyka pracującego zdalnie z różnych miejsc na świecie na rzecz poszczególnych oddziałów tego samego pracodawcy. Także w tym przypadku nie można mówić o powstaniu miejsca, w którym (lub „z którego”) pracownik zazwyczaj świadczy pracę.

z państwem „przyjmującym”⁶³, np. w przypadku jednodniowej delegacji. Stawia to w ogóle pod znakiem zapytania możliwość ulokowania takiego specyficznego stosunku pracy na terenie któregośkolwiek państwa.

Trudność w ustaleniu państwa, na terenie którego pracownik zazwyczaj wykonuje pracę, nie może jednak być przyczyną porzucenia prób odnalezienia prawa właściwego dla tak specyficznej konstrukcji⁶⁴. Pomocne w tych staraniach okazują się rozważania Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zawarte w wyroku z 15 grudnia 2011 r. w sprawie *Jan Voogsgeerd v. Navimer SA*⁶⁵. Organ ten — jakkolwiek ostatecznie rozstrzygnął wątpliwość na rzecz łącznika *lex loci laboris* — trafnie zwrócił uwagę na ujawniające się przy takich trudnościach zalety subsydiarnego łącznika w postaci prawa państwa, gdzie znajduje się przedsiębiorstwo, za pośrednictwem którego zatrudniono pracownika (czy też, wedle litery konwencji rzymskiej, państwa, w którym pracownik został zatrudniony), gdy nie można określić państwa, w którym praca jest zazwyczaj świadczona. Wskazał też na pomocnicze kryteria służące jego ustaleniu (miejsce prowadzenia rozmowy kwalifikacyjnej i zamieszczenia ogłoszenia o konkursie na stanowisko). Posłużenie się tego rodzaju pomocniczym kryterium nie tylko usunie przedstawione trudności, lecz także będzie sprzyjać (prawnej) integracji załogi pracowniczej.

Mozaika potencjalnych sytuacji prawnych, które mieściłyby się w ramach definicyjnych pracy zdalnej, uniemożliwia ich jednoznaczną ocenę z perspektywy norm prawa prywatnego międzynarodowego. Od okoliczności każdego przypadku zależeć będzie możliwość zastosowania któregośkolwiek kryterium ustalonego w rozporządzeniu „Rzym I” (konwencji rzymskiej), poczynawszy od skuteczności wyboru prawa, przez prawo państwa, w którym pracownik zazwyczaj świadczy pracę, aż po sięgnięcie po któryś z pomocniczych łączników.

Mogłoby się wydawać, że wybór prawa zlikwiduje opisywane trudności. Jednakże trzeba pamiętać, że nie może on pozbawić pracownika ochrony przysługującej mu na podstawie przepisów, które byłyby właściwe, gdyby nie dokonano owego wyboru. W takim wypadku w procedurze wypowiedzenia umowy należałoby respektować zarówno prawo państwa wybranego, jak i prawo państwa, na terenie którego pracownik

⁶³ M. Lasek-Markey, *Sufficient connection test and the definition of a posted worker: Unexpected lessons learnt from Dobersberger*, „European Law Review” 2021, no. 3, s. 400.

⁶⁴ Zwłaszcza gdy uwzględnić podstawowy paradygmat prawa pracy, silnie zorientowany na terytorialne zastosowanie norm chroniących pracownika — zob. G. Mundlak, *De-Territorializing Labour Law*, „Law and Ethics of Human Rights” 2009, vol. 3, issue 2, s. 189 i nn., <https://doi.org/10.2202/1938-2545.1037>.

⁶⁵ Wyrok TSUE z 15.12.2011 w sprawie C-384/10 *Jan Voogsgeerd v. Navimer SA*, ECLI:EU:C:2011:842.

zazwyczaj świadczy pracę w wykonaniu umowy. Każdorazowo konieczne będzie także ustalenie, które z nich przyznaje mu silniejszą ochronę.

Kontury tak swoistej konstrukcji prawnej stają się tym bardziej niewyraźne, gdy weźmie się pod uwagę cień, jaki rzucać mogą na nią figura prawna delegowania pracowników oraz wymóg dostatecznie silnego powiązania terytorialnego (co podkreślał TSUE w wyroku w sprawie *Dobersberger*). Nie jest jasne, czy np. skierowanie pracownika operującego na zbiorach informatycznych do jednodniowej pracy u kontrahenta będzie mogło zostać uznane za postać delegowania pracowników. Nie ulega natomiast wątpliwości, że trudności te będą się mnożyć wraz z postępującą informatyzacją stosunków pracy.

5. Podsumowanie

Praca zdalna jako zjawisko ekonomiczne i unormowane w krajowych systemach prawnych stanowi trafną odpowiedź na narastające problemy współczesnego rynku. Nie bez słuszności docenia się jej elastyczność sprzyjającą potrzebom pracodawców oraz realizacji postulatu *work—life balance*. Równocześnie pozwala ona sięgać po siłę roboczą z innych krajów, z czym, oprócz wymienionych korzyści, wiążą się także zagrożenia i trudności. Przede wszystkim następuje rozluźnienie więzi między pracodawcą a pracownikiem. Zatrudnianie osoby na stałe mieszkającej w innym państwie prowadzi do odsunięcia od siebie systemu prawnego obowiązującego w państwie, na terenie którego działa pracodawca, oraz statutu indywidualnej umowy o pracę. Ponadto możliwe stają się nadużycia pracodawców, którzy — wykorzystując instytucję pracy zdalnej — mogą poszukiwać siły roboczej z krajów o niższych standardach pracy ze szkodą dla krajowych rynków pracy, a zwłaszcza pracowników „lokalnych”⁶⁶. Pojawia się trudność pogodzenia tego rodzaju celu gospodarczego z ochronną funkcją norm kolizyjnych służących ustaleniu statutu indywidualnej umowy o pracę. Pamiętać bowiem należy, że „[w] odniesieniu do umów zawartych ze stroną uznawaną za słabszą stronie takiej należy zapewnić ochronę za pomocą norm kolizyjnych, które są dla niej korzystniejsze niż reguły ogólne” (motyw 23 preambuły rozporządzenia „Rzym I”).

W tym świetle przeniesienie stosunków pracy do środowiska cyberprzestrzeni może mieć daleko idące implikacje w zakresie ustalania prawa właściwego z wykorzystaniem istniejących mechanizmów kolizyjnych,

⁶⁶ S. Bruurs, *Cross-border telework in light of the Rome I-Regulation...*, s. 597.

zarówno w odniesieniu do indywidualnej umowy o pracę (także umowy zawieranej z pracownikiem spoza Unii Europejskiej)⁶⁷, jak i w ramach instytucji delegowania pracowników. Niejednokrotnie drobne różnice w stanie faktycznym rozważanego przypadku mogą skłaniać do zgoda odmiennych konkluzji (choćby w sytuacji badania, czy istnieje dostatecznie silne powiązanie terytorialne, by można było mówić o delegowaniu bądź o powstaniu nowego miejsca, w którym pracownik zazwyczaj świadczy pracę w wykonaniu umowy, zgodnie z art. 8 ust. 2 rozporządzenia „Rzym I”). Tego rodzaju trudności nieuchronnie będą towarzyszyć transgranicznym sporom sądowym pomiędzy pracownikami świadczącymi pracę zdalną a ich pracodawcami. Problemów takich przez wzgląd na brzmienie art. 8 ust. 1 rozporządzenia „Rzym I” nie usunie wybór prawa.

W zagranicznej literaturze przedmiotu wskazuje się, że dla dotychczasowych konstrukcji międzynarodowego prywatnego prawa pracy następuje czas próby pod kątem ich spójności⁶⁸. Nie sposób przy tym nie dostrzec, że obecny stan prawny nie sprzyja pewności prawa ani przewidywalności rozstrzygnięć we wrażliwych prawnie i społecznie stosunkach pracy — coraz częstszych w dobie powszechnej cyfryzacji. Regulacje te nie odpowiadają także potrzebom współczesnego obrotu, osłabiają faktyczne i prawne powiązania między pracownikiem a pracodawcą oraz nierzadko powodują, że pracodawca musi uwzględniać unormowania z obcego (z jego perspektywy) systemu prawnego.

Trudności, o których mowa, stają się jeszcze wyraźniejsze w kontekście treści porozumienia ramowego w sprawie stosowania art. 16 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 883/2004⁶⁹, w myśl którego do kwestii zabezpieczenia społecznego można zastosować ustawodawstwo tego państwa, w którym ma siedzibę pracodawca — pod warunkiem że transgraniczna telepraca w państwie zamieszkania wynosi mniej niż 50% całkowitego czasu pracy (art. 3). Możliwy jest zatem rozdzwiek między przepisami prawa właściwego dla indywidualnej umowy o pracę oraz unormowań zabezpieczenia społecznego.

Część przedstawicieli zagranicznej doktryny wysunęła propozycję *de lege ferenda*, aby usunąć zarysowane tu trudności przez rozszerzenie

⁶⁷ M.T. Carinci, A. Henke, *Employment relations via the web with international elements: Issues and proposals as to the applicable law and determination of jurisdiction in light of EU rules and principles*, „European Labour Law Journal” 2021, vol. 12, issue 2, s. 142, <https://doi.org/10.1177/2031952520922248>.

⁶⁸ N. Chikoc Barreda, *Le télétravail transfrontalier...*, s. 122.

⁶⁹ Treść porozumienia można znaleźć na stronie WWW państwa depozytariusza — zob. FPS Social Security, *Cross-border telework in the EU, the EEA and Switzerland*, <https://socialsecurity.belgium.be/en/internationally-active/cross-border-telework-eu-eea-and-switzerland> [dostęp: 8.11.2023].

postanowień porozumienia ramowego w sprawie telepracy o zagadnienia związane z ustaleniem prawa właściwego⁷⁰. Należy jednak zwrócić uwagę, że rozporządzenie „Rzym I” nie zawiera możliwości odstępstw od unormowań odnoszących się do umowy o pracę, podczas gdy porozumienie ramowe ma swoją podstawę w art. 16 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego⁷¹, który to przepis przewiduje taką możliwość.

Aktualny stan prawny pozwala tylko na wysnucie ogólnego wniosku o potrzebie zmian w celu zagwarantowania stabilności i przejrzystości prawnej z poszanowaniem interesów pracodawców oraz pracowników. Jedynie w przypadku wzmożonej mobilności pracowników, powodującej, że nie sposób ustalić istnienia „centrum”, w którym wykonują oni swoje obowiązki, zasadne wydaje się odwołanie (zamiast do łącznika *lex loci laboris*) do kryterium prawa państwa przedsiębiorstwa, za pośrednictwem którego zatrudniono pracownika. Proponowane rozwiązanie nawiązuje do wypowiedzi TSUE w sprawach, w których organ ten wyjaśniał, kiedy można sięgnąć po zastępczy łącznik prawa państwa przedsiębiorstwa zatrudniającego. Jak unaocznia to wyrok z 15 marca 2011 r. w sprawie *Heiko Koelzsch v. Wielkie Księstwo Luksemburga*, okazja sięgnięcia po ów łącznik nadarza się wtedy, „gdy sąd, przed którym toczy się postępowanie, nie jest w stanie określić państwa, w którym praca jest zazwyczaj świadczona”⁷². Możliwość jego ustalenia (lub nieustalenia) zależy każdorazowo od okoliczności konkretnej sprawy, m.in. od tego, czy istnieje stałe miejsce, gdzie pracownik otrzymuje polecenia, przechowuje narzędzia pracy, organizuje swoją pracę lub też do którego powraca po wykonaniu obowiązków⁷³.

Mnogość potencjalnych rozwiązań, uzależnienie wyniku poszukiwania prawa właściwego od często drobnych elementów stanu faktycznego w kontekście żywotnego oraz wrażliwego społecznie fenomenu pracy zdalnej bez wątpienia nie sprzyjają pewności prawa. Omówienie propozycji *de lege ferenda* mających stanowić remedium na przedstawione problemy wykracza jednak poza ramy niniejszego opracowania. Niezbędna jest bowiem analiza możliwych rozwiązań, która uwzględni zarówno potrzeby pracowników, jak i oczekiwania pracodawców, na kartach opracowania w istocie monograficznego, opartego na badaniach o podłożu prawnym, ekonomicznym i socjologicznym.

⁷⁰ S. Bruurs, *Cross-border telework in light of the Rome I-Regulation...*, s. 608.

⁷¹ Dz. Urz. UE L 166 z 30.04.2004, s. 1–123.

⁷² C-29/10 *Heiko Koelzsch*, pkt 43.

⁷³ C-384/10 *Jan Voogsgeerd*, pkt 49.

Bibliografia

- Andersen K., Okuda Y., *Translation of Japan's private international law: Act on the general rules of application of laws [Hō no Tekiyō ni Kansuru Tsūsokuhō], Law No. 10 of 1898 (as newly titled and amended 21 June 2006)*, „Zeitschrift für Japanisches Recht” 2007, Bd. 12, s. 227—240.
- Basedow J., *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict Of Laws*, Brill, Hague 2015.
- Beckmann J., *Reviewing the Posted Worker Directive Two Decades on*, „University College Dublin Law Review” 2017, vol. 17, s. 125—163.
- Bruurs S., *Cross-border telework in light of the Rome I-Regulation and the Posting of Workers Directive*, „European Labour Law Journal” 2023, vol. 14, issue 4, s. 588—608, <https://doi.org/10.1177/20319525231194267>.
- Carinci M.T., Henke A., *Employment relations via the web with international elements: Issues and proposals as to the applicable law and determination of jurisdiction in light of EU rules and principles*, „European Labour Law Journal” 2021, vol. 12, issue 2, s. 134—155, <https://doi.org/10.1177/2031952520922248>.
- Chikoc Barrera N., *Le télétravail transfrontalier face aux défis de coordination des règles de conflit et des normes minimales d'emploi*, „McGill Law Journal” 2022, vol. 68, no. 1, s. 89—122, <https://doi.org/10.26443/law.v68i1.1192>.
- Cross-border telework in the EU, the EEA and Switzerland*, FPS Social Security [online], <https://socialsecurity.belgium.be/en/internationally-active/cross-border-telework-eu-eea-and-switzerland> [dostęp: 8.11.2023].
- Cuniberti G., *Conflict of laws: A comparative approach: Text and cases*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham—Northampton 2017.
- Czerwiński M., *The law applicable to employment contracts under the Rome I-Regulation*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza” 2015, t. 5, s. 147—161, <https://doi.org/10.14746/ppuam.2015.5.10>.
- Dery K., Sebastian I., van der Meulen N., *The digital workplace is key to digital innovation*, „MIS Quarterly Executive” 2017, vol. 16, issue 2, s. 135—152.
- European Economic and Social Committee, *COVID-19: Virtual Free Movement of Workers. Perspective of the European Trade Unions*, 2021, <https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/files/qe-05-21-008-en-n.pdf> [dostęp: 22.11.2023].
- Florek L., *Prawne ramy pracy zdalnej*, „Z Problematyki Prawa Pracy i Polityki Socjalnej” 2021, t. 2, s. 1—14, <https://doi.org/10.31261/zpppips.2021.19.06>.
- Fuchs B., *Prawo właściwe dla umowy o pracę w świetle konwencji rzymskiej oraz rozporządzenia „Rzym I”*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 12, s. 4—8.
- Gamillscheg F., *Internationales Arbeitsrecht (Arbeitsverweisungsrecht)*, De Gruyter, Tübingen 1959.
- de Götzen E., *The EU Private International Law of Employment: Can It Be a Possible Shift Towards More Labour Protection in Europe?*, in: *Labour Migration in Europe*, vol. 2: *Exploitation and Legal Protection of Migrant*

- Workers*, ed. M. Borraccetti, Springer, Bologna 2018, s. 45—68, https://doi.org/10.1007/978-3-319-93979-7_3.
- Grušić U., *The European Private International Law of Employment*, Cambridge University Press, Cambridge, <https://doi.org/10.1017/CBO9781316014684>.
- Grušić U., *Remote work in private international law*, in: *The future of remote work*, eds. N. Countouris et al., ETUI aisbl, Brussels 2023, s. 185—199.
- Grušić U., *Should the Connecting Factor of the „Engaging Place of Business” Be Abolished in European Private International Law?*, „The International and Comparative Law Quarterly” 2013, vol. 62, no. 1, s. 173—192.
- Grygutis J., *Status prawny pracownika delegowanego na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej*, C.H. Beck, Warszawa 2023.
- Grzebyk P., *Loci laboris — „główne miejsce pracy”*. Glosa do wyroku TS z 15.03.2011 r. w sprawie C-29/10 Heiko Koelzsch v. Wielkie Księstwo Luksemburga, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 8, s. 43—48.
- Junker A., *Die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Arbeitsrecht im Jahr 2020*, „Recht der Internationalen Wirtschaft” 2021, Heft 1/2, s. 1—10.
- Kalus S., *Międzynarodowe stosunki pracy. Wybrane zagadnienia kolizyjne*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1978.
- Kiełbasa M., *Transgraniczne aspekty zdalnego świadczenia pracy*, w: *Praca zdalna w polskim systemie prawnym*, red. M. Mędrala, Wolters Kluwer, Warszawa 2021, s. 212—230.
- Klyta W., *Spółki kapitałowe w prawie prywatnym międzynarodowym*, Zakamycze, Kraków 2002.
- Kochanowski M., *Rights of the Posted Workers — Directive 96/71/EC and the Evolution of Legislation Concerning Posted Workers*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza” 2018, t. 8, s. 251—263, <https://doi.org/10.14746/ppuam.2018.8.17>.
- Kunda I., *Law Applicable to Employment Contracts under the Rome I Regulation*, in: *Transnational, European, and National Labour Relations: Flexicurity and New Economy*, eds. G.G. Sander, V. Tomljenović, N. Bodiřoga-Vukobrat, Springer, Berlin 2018, s. 73—96, https://doi.org/10.1007/978-3-319-02219-2_5.
- Kurowski W., *Kierowcy zatrudnieni w sektorze międzynarodowego transportu drogowego jako pracownicy delegowani w rozumieniu dyrektywy 96/71/WE*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2022, nr 1, s. 171—186, <https://doi.org/10.26881/gsp.2022.1.11>.
- Lasek-Markey M., *Sufficient connection test and the definition of a posted worker: Unexpected lessons learnt from Dobersberger*, „European Law Review” 2021, no. 3, s. 395—403.
- Mankowski P., *Wichtige Klärungen im Internationalen Arbeitsrecht*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 1994, Heft 4, s. 88—98.
- Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Comments on the European Commission’s Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and Its Modernization*, „Rabels Zeitschrift

- für ausländisches und internationales Privatrecht” 2004, Heft 1, s. 1—118, <https://doi.org/10.1628/0033725043640986>.
- Menegatti U., *The impact of COVID-19 crisis on Italian labour law*, „Z Problematyki Prawa Pracy i Polityki Socjalnej” 2021, t. 2, s. 1—12, <https://doi.org/10.31261/zpppips.2021.19.03>.
- Mędrala M., *Praca zdalna. Komentarz do nowelizacji Kodeksu pracy*. Wzory, Wolters Kluwer, Warszawa 2023.
- Mitrus L., *Charakter prawny delegowania pracowników w ramach swobody świadczenia usług w Unii Europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2018, nr 6, s. 4—11.
- Mitrus L., *Kilka uwag w sprawie realizacji obowiązków pracowniczych w domu pracownika*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2021, t. 21, z. specj., s. 373—385, <https://doi.org/10.5604/01.3001.0015.6142>.
- Mitrus L., *Praca zdalna de lege lata i de lege ferenda — zmiana miejsca wykonywania pracy czy nowa koncepcja stosunku pracy? Część 1*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2020, nr 10, s. 3—9, <https://doi.org/10.33226/0032-6186.2020.10.1>.
- Mitrus L., *Praca zdalna de lege lata i de lege ferenda — zmiana miejsca wykonywania pracy czy nowa koncepcja stosunku pracy? Część 2*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2020, nr 11, s. 3—10, <https://doi.org/10.33226/0032-6186.2020.11.1>.
- Mundlak G., *De-Territorializing Labour Law*, „Law and Ethics of Human Rights” 2009, vol. 3, issue 2, s. 189—222, <https://doi.org/10.2202/1938-2545.1037>.
- van Nuffel F., Afanasjeva S., *The Posting of Workers Directive Revised: Enhancing the Protection of Workers in the Cross-Border Provision of Services*, „European Papers” 2018, vol. 3, no. 3, s. 1401—1427, <https://doi.org/10.15166/2499-8249/276>.
- Otto M., *(Nie)Równe traktowanie pracowników wysoko mobilnych*, „Monitor Prawa Pracy” 2020, nr 11, s. 27—31.
- Pajor T., *Nowe tendencje w części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego państw europejskich*, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” 1995, t. 18, s. 59—74.
- Pazdan M., *Glosa do wyroku SN z dnia 18 kwietnia 2001 r., I PKN 358/00*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2004, nr 1, poz. 9, s. 39—40.
- Piñeiro L.C., *International Maritime Labour Law*, Springer, Berlin—Heidelberg—London 2015.
- Poesen M., *Habitual Workplace: ECJ Grounds Ryanair over Aircrew’s Contracts*, „European Review of Private Law” 2018, vol. 26, issue 1, s. 141—150.
- Rebhahn R., *Die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 1988, Heft 6, s. 368—373.
- Riesenhuber K., *Europäisches Arbeitsrecht. Eine systematische Darstellung*, C.F. Müller, Heidelberg 2009.
- Sanetra W., *O „indywidualnej umowie o pracę” unormowanej w prawie prywatnym międzynarodowym*, w: *Stosunki zatrudnienia w dwudziestoleciu społecznej gospodarki rynkowej. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 40-lecia*

- pracy naukowej Profesor Barbary Wagner*, red. A. Sobczyk, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 69—84.
- Schlachter M., *Posting of Workers in the EU*, „Pecsi Munkajogi Közlemenyek” 2010, szám 1, s. 87—94.
- Skoczyński J., *Prawo właściwe w międzynarodowych stosunkach pracy pracowników delegowanych w ramach świadczenia usług (problematyka kolizyjnoprawna)*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2004, nr 5, s. 32—44.
- Sroka-Lacković A., *Miejsce pracy zdalnej w aktualnym modelu rynku pracy — z perspektywy pracodawcy oraz pracownika*, praca doktorska, Uniwersytet Ekonomiczny, Katowice 2023 [komputeropis].
- Szywniewski M., *Ochrona interesu pracownika delegowanego w ramach świadczenia usług w Unii Europejskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Świątkowski A., *European Union Private International Labour Law*, Jagiellonian University Press, Kraków 2012.
- Świątkowski A., *Lex loci delegationis as a law „applicable” to regulation of employment relationships of employees employed abroad*, „Current Issues of Business and Law” 2009, no. 4, s. 250—261.
- Świątkowski A., *Międzynarodowe prawo pracy*, t. 2: *Międzynarodowe prywatne prawo pracy*, C.H. Beck, Warszawa 2010.
- Tomaszewska M., *Normy wymuszające swoje zastosowanie*, w: *System prawa pracy*, t. 10, *Międzynarodowe publiczne prawo pracy. Standardy europejskie*, red. K. Baran, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 309—312.
- Tomaszewska M., *Pojęcie „przepisy, których nie można wyłączyć w drodze umowy” w przypadku indywidualnej umowy o pracę, w rozumieniu rozporządzenia Rzym I*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2022, nr 1, s. 110—122, <https://doi.org/10.26881/gsp.2022.1.07>.
- Torbus U., *Ryzyko pracodawcy związane z pracą zdalną*, w: *Praca zdalna w polskim systemie prawnym*, red. M. Mędrala, Wolters Kluwer, Warszawa 2021, s. 47—66.
- Trammer H., *Stosunki pracy w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, „Prawo w Handlu Zagranicznym” 1968, z. 21, s. 39—42.
- Verschueren H., *The European Internal Market and the Competition between Workers*, „European Labour Law Journal” 2015, vol. 6, issue 2, s. 128—151, <https://doi.org/10.1177/201395251500600203>.
- Wojewoda M., *Praktyczne problemy związane z wejściem w życie w Polsce konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 5, s. 4—10.



Uladimir Atreshchankau^{a)}

 <https://orcid.org/0009-0007-9700-230X>

Przesłanki odpowiedzialności na gruncie Konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów (CISG) Uwagi na tle wyroku Sądu Arbitrażowego w Sztokholmie z dnia 19 października 2010 r., sprawa *IUGAS v. Naftogaz, SCC*, Case no. V007/2008

Abstract: The article discusses the judgment of Stockholm Chamber of Commerce in the case SCC, Case no. V007/2008 *Italia Ukraina Gas S.P.A v. National Joint-Stock Company “Naftogaz of Ukraine.”* The case was that the two companies, IUGAS and Naftogaz, had entered into a gas supply agreement, where Naftogaz undertook to supply up to 13 milliard cubic metres over 10 years. However, the contract was never fulfilled. As a result, IUGAS brought an action against Naftogaz claiming Naftogaz’s obligation to deliver gas and any liability in the form of penalties and damages arising from Naftogaz’s failure to deliver gas. The parties also requested bifurcation of the proceedings. The subject of this gloss is the separate judgment of 19 October 2010. In this article, the author has analysed the current case law on CISG and the view of the doctrine. The following conclusions were drawn: 1. Gas is a commodity within the meaning of the CISG. 2. A party must meet a total of six conditions for the possibility of exemption from liability for damages, but Naftogaz has not met the condition of overcoming the obstacle. 3. The CISG provides mechanisms for exempting a party from liability for non-performance of a contract, but Naftogaz did not meet the conditions for exemption from liability.

^{a)} Absolwent Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, v.atreshchenkov@gmail.com.

4. Contractual penalties fall within the scope of the indemnity liability regime of Article 74 of the CISG. The purpose of this article is to examine the validity of the conclusions and decisions taken by the Stockholm Chamber of Commerce.

Keywords: CISG — gas contract — Naftogaz — liability for damages — arbitration

1. Wstęp

Tematem glosy jest wyrok¹ Sądu Arbitrażowego w Sztokholmie (dalej: sąd arbitrażowy) z dnia 19 października 2010 r. (dalej: wyrok, wyrok odrębny), w którym sąd uznał swoją właściwość do rozpatrzenia sporu oraz uwzględnił powództwo spółki prawa włoskiego Italia Ukraina Gas S.P.A. (dalej: IUGAS) przeciwko spółce ukraińskiej National Joint-Stock Company „Naftogaz of Ukraine” (dalej: Naftogaz) w przedmiocie ważności i skuteczności umowy w kwestiach związanych z zobowiązaniem Naftogazu do dostarczenia gazu oraz zapłaty kar umownych. Najpierw należy przedstawić tło wskazanej sprawy. Następnie zostanie omówione zagadnienie kwalifikacji gazu ziemnego w celu stwierdzenia, czy stanowi on towar w rozumieniu Konwencji Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów z dnia 11 kwietnia 1980 r.² (dalej: CISG lub konwencja). Trzeba również rozważyć, czy umowa zawarta między Naftogazem a IUGAS-em stanowi umowę sprzedaży, aby zbadać, czy sąd arbitrażowy właściwie zastosował przepisy CISG. Kolejno zostaną rozważone przesłanki zwolnienia od odpowiedzialności na podstawie art. 79 CISG. Konieczna jest bowiem ocena, czy ów przepis odnosi się wyłącznie do odpowiedzialności odszkodowawczej, czy też może znaleźć zastosowanie w przypadku każdego środka ochrony prawnej z art. 45 CISG. Wnioski te pozwolą na ustalenie, czy sąd mógł zwolnić dłużnika z obowiązku wykonania umowy.

Co istotne, strony procesu uzgodniły między sobą oraz zawnioskowały do sądu o bifurkację postępowania (pkt 23 wyroku) w taki sposób, że wszystkie kwestie związane z właściwością sądu, ważnością i skutecznością umowy, zobowiązaniem Naftogazu do dostarczenia gazu i ewentualną odpowiedzialnością w postaci kar i/lub odszkodowań wynikającą z jego niedostarczenia miały zostać rozpatrzone w wyroku odrębnym.

¹ *Italia Ukraina Gas S.P.A v. National Joint-Stock Company „Naftogaz of Ukraine”*, SCC, Case no. V007/2008, 19.10.2010 (dalej: wyrok odrębny).

² Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, sporządzona w Wiedniu dnia 11 kwietnia 1980 r. (Dz.U. 1997, nr 45, poz. 286).

Należy zatem przeanalizować wybrane problemy i ocenić trafność decyzji podjętych przez sąd arbitrażowy oraz wniosków zawartych w tymże orzeczeniu, co jest przedmiotem niniejszej glosy. Natomiast zagadnienia natury technicznej, dotyczące wyliczeń ewentualnych kar i/lub odszkodowań (kwestie *quantum*), miały zostać rozpatrzone na drugim i ostatnim etapie, w wyroku końcowym (chodziło np. o ustalenie ceny rynkowej gazu ziemnego w celu określenia wysokości kar umownych)³.

2. Opis stanu faktycznego

2.1. Ogólny zarys stanu faktycznego

Stan faktyczny sprawy wyglądał następująco: 24 grudnia 2003 r. ukraińska spółka Naftogaz zawarła umowę na dostawę gazu ze spółką prawa włoskiego IUGAS. Naftogaz zobowiązał się do dostawy gazu ziemnego w okresie od 2004 r. do 2013 r. w rozmiarze do 13 mld m³ (rocznie do 1,3 mld m³)⁴. Strony umówiły się, że cena za 1000 m³ gazu ziemnego będzie wynosić 110 dolarów (s. 6—7 wyroku). Ponieważ do wykonania postanowień kontraktu nigdy nie doszło, spółka IUGAS zwróciła się do sądu arbitrażowego (który został ustanowiony na mocy art. 8 pkt 8.2 umowy jako sąd właściwy dla rozstrzygania wynikłych z niej sporów) o stwierdzenie ważności i skuteczności kontraktu, zobowiązanie Naftogazu do dostarczenia gazu ziemnego, zasądzenie kar umownych w związku z niewykonaniem warunków kontraktu oraz zasądzenie odszkodowania (pkt 15 wyroku). W odpowiedzi Naftogaz wniósł o oddalenie powództwa w całości, stwierdzenie nieważności i nieskuteczności kontraktu i zasądzenie kosztów. Strony wspólnie wniosły o bifurkację postępowania arbitrażowego.

2.2. Niezbędne szczegóły

24 czerwca 2005 r. Naftogaz i Turkmengaz zawarły umowę na dostawę gazu, w której Turkmengaz zobowiązał się do dostarczenia gazu w określonej ilości (pkt 182 wyroku). Jednakże 29 grudnia 2005 r. Gazexport —

³ SCC, Case no. V007/2008, 19.12.2012, s. 43, pkt 7 (dalej: wyrok końcowy).

⁴ Wyrok odrębny, s. 2, art. 2, pkt 2.2 umowy z 24.12.2003 r. (dalej: umowa).

spółka zależna Gazpromu — zawarł długotrwały kontrakt z Turkmengazem na dostawę gazu (pkt 183 wyroku). Gazprom poinformował Naftogaz, że w związku z tym od 1 stycznia 2006 r. turkmeński gaz nie będzie dostarczany ukraińskim odbiorcom (pkt 183 wyroku). Owa okoliczność utrudniła wykonanie kontraktu między Naftogazem a IUGAS-em. 4 stycznia 2006 r. zostało zawarte trójstronne porozumienie (dalej: TPA) RosUkrEnergo, Naftogazu i Gazpromu (pkt 268 wyroku). Postanowienia tej umowy — jak twierdził Naftogaz — zakazywały reeksportu gazu pochodzenia rosyjskiego (pkt 268 wyroku). Powyższą umowę potwierdziły postanowienia uchwały Rady Ministrów Ukrainy nr 163 (pkt 309 wyroku). 16 i 17 stycznia 2007 r., już po wejściu w życie TPA, odbyły się spotkania przedstawicieli Naftogazu i IUGAS-u, w trakcie których Naftogaz zaproponował inną cenę niż ta wskazana w umowie. IUGAS propozycji nie przyjął (pkt 205 wyroku). W umowie z 2 października 2008 r. między rządem rosyjskim a rządem ukraińskim postanowienia TPA w przedmiocie warunków eksportu gazu zostały utrzymane w mocy.

2.3. Podstawy żądania zapłaty odszkodowania

Występując z roszczeniem o zapłatę odszkodowania, IUGAS powołał się na następujące okoliczności, które zdaniem powoda były podstawą do takiego żądania (pkt 434 wyroku):

- 1) niedostarczenie gazu na żądanie;
- 2) brak współpracy i niezapewnienie zdolności przesyłowych w ukraińskim systemie gazociągów, uniemożliwiające IUGAS-owi zarówno zawarcie z SPP⁵ umowy przesyłu gazu na maksymalne ilości przewidziane w kontrakcie, jak i kierowanie do Naftogazu wniosków o dostawę maksymalnych ilości przewidzianych w kontrakcie;
- 3) brak ochrony kontraktu w ramach TPA i kolejnych umów;
- 4) brak ochrony kontraktu w ramach ukraińskiego systemu pozwoleń eksportowych, w którym Naftogaz ma dominującą rolę;
- 5) niezapewnienie realizacji kontraktu poprzez nabywanie gazu na rynku międzynarodowym;
- 6) brak lojalnego wynegocjowania ceny gazu w 2006—2007 r. przez Naftogaz pomimo starań IUGAS-u;
- 7) brak współdziałania w dobrej wierze i udzielania właściwych odpowiedzi na liczne propozycje IUGAS-u dotyczące realizacji kontraktu.

⁵ SPP — Slovenský Plynárenský Priemysel, spółka będąca największym dostawcą energii na Słowacji.

3. Wyrok Sądu Arbitrażowego w Sztokholmie z dnia 19 października 2010 r., SCC, Case no. V007/2008

Przede wszystkim należy wskazać podstawy prawne, na których opierało się rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego. W analizowanej sprawie uznał on, że CISG znajduje zastosowanie (pkt 71 wyroku). Dyskusja wobec powyższego skupiała się na tym, czy umowa z 24 grudnia 2003 r. może zostać zakwalifikowana jako umowa sprzedaży w rozumieniu konwencji (pkt 60 wyroku). Sąd ostatecznie przyjął — na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego, w tym opinii biegłych, oraz głównych postanowień kontraktu — że chociaż umowa jest prymitywnie skonstruowana i zawiera pewne wątpliwe postanowienia, to jednak posiada cechy charakterystyczne dla umowy sprzedaży. Dlatego CISG ma zastosowanie w rozpatrywanej sprawie (pkt 71 wyroku).

Sąd przedstawił kilka interpretacji art. 79 konwencji i — powołując się na opinię Rady Doradczej CISG — doszedł do wniosku, że zwolnienie z art. 79 przysługuje również od innych środków niż odszkodowanie przewidzianych w CISG (pkt 247, 249, 250 wyroku). Według sądu, jeśli zajdzie trudna sytuacja, uzasadnione jest przyjęcie, że zgodnie z art. 79 można zwolnić stronę z jej zobowiązań (pkt 71 wyroku).

W kwestii przeszkody polegającej na ograniczeniu eksportu gazu sąd stwierdził, że ze względu na powstałe okoliczności Naftogaz nie był zobowiązany do wykonania umowy do końca 2006 r. (pkt 296 wyroku). Sąd arbitrażowy uznał, że TPA zostało podpisane pod przymusem z uwagi na to, że Gazprom jest głównym dostawcą gazu na Ukrainę. Naftogaz stał przed poważnym dylematem: podpisać umowę na warunkach Gazpromu czy też jej nie podpisać i zwiększyć prawdopodobieństwo wystąpienia sytuacji ekonomicznej niebezpiecznej dla gospodarki Ukrainy. W związku z tym nie był zobowiązany do wykonania umowy z IUGAS-em przynajmniej przez taki czas, jaki byłby mu potrzebny na dostosowanie się do okoliczności (pkt 296 wyroku). Zdaniem sądu jednak ustawodawca ukraiński nie wprowadził zakazu eksportu gazu, a tylko ustanowił system licencjonowania. W myśl tego systemu licencja na eksport gazu była wydawana na podstawie bilansów prognostycznych, które przygotowywało Ministerstwo Finansów i zatwierdzało Ministerstwo Paliw i Energetyki (pkt 315 wyroku). Sąd arbitrażowy także wziął pod uwagę fakt, że Naftogaz w latach 2007–2010 eksportował gaz do Rzeczypospolitej Polskiej (pkt 309 wyroku). W 2009 r. łączna ilość gazu ziemnego dostarczonego do Polski wyniosła ok. 9 mln m³ (pkt 309 wyroku). Według sądu Naftogaz mógł wpłynąć na ustawodawstwo ukraińskie, gdyż członkowie zarządu

i rady nadzorczej w większości byli jednocześnie wysokimi urzędnikami państwowymi. Sąd ostatecznie doszedł do wniosku, że prawo ukraińskie utrudniło wykonanie umowy przez Naftogazu, niemniej miał on pewne możliwości eksportu gazu w celu realizacji kontraktu (pkt 318 wyroku).

W przedmiocie zobowiązania pozwanego do wywiązania się z kontraktu sąd stwierdził, że umowa pomiędzy stronami jest ważna, dlatego Naftogaz jest zobowiązany do wykonania świadczenia w postaci dostarczania gazu (pkt 395 wyroku). Innym głównym powodem takiego rozstrzygnięcia było to, że tłumaczenie Naftogazu, jakoby nie mógł zrealizować świadczenia, ponieważ naruszyłby prawo ukraińskie, sąd uznał za bezzasadne. Wziął bowiem pod uwagę opinie biegłych oraz zeznania świadków i doszedł do wniosku, że ustawodawstwo ukraińskie utrudniło wykonanie kontraktu, lecz nie zakazywało eksportu gazu. Sąd nie zgodził się też z twierdzeniem Naftogazu, że przez zmianę okoliczności ma obowiązek unieważnić umowę na podstawie art. 36 szwedzkiej ustawy o umowach i innych dokumentach prawnych z zakresu prawa majątkowego⁶. Zdaniem sądu ów przepis co do zasady stosuje się w relacjach B2C i nie znajduje on zastosowania w rozpatrywanej sprawie. Ponadto brak uzgodnienia ceny towaru lub ilości gazu, jaki ma zostać dostarczony, nie stoi na przeszkodzie, aby sąd zobowiązał Naftogaz do wykonania umowy. Co prawda strony nie doszły do porozumienia w przedmiocie ceny gazu, jednak ta okoliczność nie może decydować o ważności umowy, gdyż w myśl art. 55 CISG uzgodnienie ceny nie jest warunkiem koniecznym wiążącego zobowiązania do dostawy.

W kwestii obowiązku zapłaty odszkodowania przez Naftogaz sąd arbitrażowy uznał, że IUGAS-owi nie przysługuje odszkodowanie. Rozważył argumenty spółki dotyczące tego roszczenia, lecz nie uwzględnił ich z powodów opisanych dalej.

Odnosząc się do zarzutu niedostarczenia gazu na żądanie, sąd przyjął, że na podstawie art. 6 pkt 2 umowy środkiem zaradczym w takim przypadku są kary umowne (pkt 453 wyroku).

Zarzut braku współpracy i niezapewnienia zdolności przesyłowych w ukraińskim systemie gazociągów sąd ocenił jako uzasadniony (pkt 458 wyroku). Stwierdził, że naruszenie to samo w sobie pociągało za sobą obowiązek zapłaty odszkodowania (pkt 458 wyroku), jednak powołując się na ogólną zasadę prawa szwedzkiego oraz prawa międzynarodowego, uznał, że IUGAS utracił prawo do odszkodowania z tego tytułu, gdyż — choć naruszenie nastąpiło w 2004 r. — nie zawiadomił Naftogazu o zamiarze wniesienia powództwa o odszkodowanie aż do wezwania na arbitraż 17 stycznia 2008 r. (pkt 460 wyroku).

⁶ Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

Zarzutu braku ochrony kontraktu w ramach TPA i kolejnych umów sąd również nie uwzględnił. Według niego nie ma dowodów na to, że Naftogaz nie dołożył wszelkich starań, aby uzyskać kontrakt z Gazpromem na najkorzystniejszych warunkach (pkt 462 wyroku), w związku z czym nie ciąży na nim obowiązek zapłaty odszkodowania z tego tytułu (pkt 463 wyroku).

Sąd nie zgodził się też z zarzutem braku ochrony kontraktu w ukraińskim systemie pozwoleń eksportowych z uwagi na to, że Naftogaz nie mógł wpłynąć na ową okoliczność (pkt 464 wyroku).

Jeśli chodzi o niezapewnienie realizacji kontraktu poprzez nabywanie gazu na rynku międzynarodowym, sąd arbitrażowy przyjął, że Naftogaz nie miał innych powodów do zdobywania takiego gazu poza realizacją zamówień IUGAS-u na dostawę, i stwierdził, że w tym przypadku środkiem zaradczym są kary umowne (pkt 466 wyroku), zastosował więc taką samą formułę jak w odniesieniu do zarzutu braku dostarczenia gazu na żądanie.

Sąd nie uznał również, że w analizowanej sytuacji brak lojalnego dotrzymania pierwotnej ceny stanowi naruszenie umowy. Pomędzy stronami toczyły się negocjacje w przedmiocie ceny gazu. Ponieważ Naftogaz odrzucił propozycję kontrahenta, lecz nie przedstawił własnej, zdaniem sądu wprawdzie mógł zachować się lojalniej, jednakże jego zachowanie nie naruszyło umowy (pkt 466 wyroku).

Sąd także nie podzielił argumentu IUGAS-u, że została ona naruszona przez brak współdziałania w dobrej wierze i udzielania właściwych odpowiedzi. Choć zgodził się, że zachowanie Naftogazu, czyli brak odpowiedzi na liczne pisma IUGAS-u, zasługuje na potępienie, stwierdził, że nie stanowi to naruszenia umowy (pkt 469 wyroku).

4. Analiza

4.1. Przesłanki zastosowania CISG do zaistniałego sporu

4.1.1. Gaz ziemny jest towarem w rozumieniu konwencyjnym

Najpierw niezbędne będzie rozważenie kwestii, czy konwencja ma zastosowanie do omawianego sporu. Z tego względu trzeba odpowiedzieć na pytanie, jakie są przesłanki zastosowania CISG, a przede wszystkim zbadać, czy gaz ziemny jest towarem w rozumieniu konwencji oraz czy umowa

z 24 grudnia 2003 r. stanowi umowę sprzedaży. Ponieważ CISG nie zawiera definicji legalnej pojęcia towaru, należy przeanalizować aktualne orzecznictwo i poglądy doktryny. W komentarzu UNCITRAL do CISG przyjmuje się, że towarem jest rzecz ruchoma i materialna w momencie dostawy, niezależnie od jej formy ani od tego, czy jest stała, używana czy nowa, nieżywa czy żywa⁷. Zgodnie z alternatywną definicją towarem są wszystkie dobra, które spełniają kryteria zmysłowości⁸. Powstaje pytanie, czy gaz wchodzi w zakres owego pojęcia, gdyż np. energia elektryczna została definitywnie wyłączona spod przepisów konwencji w myśl art. 2 ust. 1 pkt f CISG.

W rozważanym przypadku trzeba sięgnąć do orzecznictwa. Sąd Najwyższy Austrii rozstrzygał spór o zakup i dostawę gazu LPG między kontrahentami z Austrii i Niemiec na podstawie przepisów konwencji⁹. W świetle wydanego wyroku można przyjąć, że gaz ziemny stanowi towar, do którego stosuje się przepisy CISG. Również Wyższy Sąd Krajowy w Koblencji stwierdził w sporze między kontrahentami z Niemiec i Francji, że pojęcie towaru musi być interpretowane szeroko, a więc obejmuje ono wszystkie rzeczy będące przedmiotem zakupów handlowych, w tym oprogramowanie komputerowe¹⁰.

Na marginesie warto dodać, że podczas prac nad projektem konwencji Irak wnosił o wyłączenie zastosowania CISG do ropy naftowej, gdyż kontrakty na nią mają szczególny tryb ochrony poprzez postanowienia umawiających się stron¹¹. RFN zwróciła się wówczas do komisji, która przygotowywała tekst konwencji, z zapytaniem, czy z tych samych powodów nie należałoby wyłączyć spod przepisów CISG również gazu ziemnego. Ostatecznie w głosowaniu zmiana taka została odrzucona. Choć wyprowadzając wnioski z prac przygotowawczych i materiałów powstałych w wyniku owych posiedzeń, powinno się zachować daleko posuniętą ostrożność¹², dostarczają one jeszcze jednego argumentu na rzecz uznania gazu ziemnego za towar w rozumieniu konwencji. Także według doktryny

⁷ *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York 2016, s. 7, pkt 28, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cisg_digest_2016.pdf [dostęp: 28.11.2024].

⁸ M. Pazdan, *Odgraniczenie umowy sprzedaży od umów o świadczenie usług na tle Konwencji wiedeńskiej o międzynarodowej sprzedaży towarów*, w: *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Profesora Antoniego Agopszowicza*, red. R. Mikosz, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2000, s. 168.

⁹ Oberster Gerichtshof, 6.02.1996, 10 Ob 518/95.

¹⁰ Oberlandesgericht Koblenz, 17.09.1993, 2 U 1230/91, pkt 1.

¹¹ Szóste posiedzenie, 6.04.1980, A/CONF.97/SR.6.

¹² J. Rajski, *Jednolite zasady wykładni przepisów Konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1999, z. 3, s. 419;

można go w ten sposób zakwalifikować¹³. Z uwagi na powyższe trzeba zatem stwierdzić, że gaz ziemny jako przedmiot obrotu handlowego na całym świecie jest towarem w rozumieniu przepisów CISG.

4.1.2. Umowa zawarta pomiędzy Naftogazem a IUGAS-em stanowi umowę sprzedaży towarów w rozumieniu konwencyjnym

Kolejną kwestią do rozważenia jest to, czy umowa zawarta między stronami stanowi umowę sprzedaży. W tym celu konieczne będzie zbadanie, jakie elementy są istotne dla uznania jej za taką umowę. Przede wszystkim należy zaznaczyć, że konwencja zawiera autonomiczne pojęcie umowy sprzedaży (choć nie zostało ono zdefiniowane wprost)¹⁴, co pozwala uniknąć blankietowego odwoływania się do przepisów prawa międzynarodowego prywatnego, np. rozporządzenia „Rzym I”¹⁵. Z treści regulacji konwencyjnych można wywnioskować, iż umowa sprzedaży jest umową, na podstawie której sprzedawca zobowiązuje się do dostarczenia towarów i przeniesienia własności na kupującego, a kupujący — do odebrania towarów i do zapłacenia ceny¹⁶. Wyraźnie widoczne są zatem niezbędne elementy umowy: dostarczenie towaru i przeniesienie prawa własności przez sprzedawcę (w myśl art. 30 CISG) oraz zapłata ceny i przyjęcie towaru przez kupującego (w myśl art. 53 CISG).

Strony omawianego sporu wybrały jako prawo właściwe dla umowy prawo szwedzkie, zgodnie z art. 8 ust. 8.2 umowy. Miało to olbrzymie znaczenie, ponieważ Szwecja oraz inne państwa skandynawskie — Dania, Finlandia i Norwegia — na mocy art. 92 ust. 2 CISG złożyły zastrzeżenia do części drugiej konwencji, regulującej zawarcie umowy, przy czym zastrzeżenie zostało następnie wycofane przez Szwecję w 2012 r. Na marginesie można dodać, iż wszystkie kraje nordyckie, w tym Islandia, w trybie art. 94 oświadczyły, że konwencja nie będzie miała zastosowania, jeśli

M. Pazdan, w: *Konwencja wiedeńska o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów. Komentarz*, red. M. Pazdan, Zakamycze, Kraków 2001, s. 129, pkt 13.

¹³ M. Pazdan, *Odgraniczenie umowy sprzedaży...*, s. 169.

¹⁴ E. Wójtowicz, *Sprzedaż konsumencka w konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów i w kodeksie cywilnym*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2018, t. 112, s. 246, <https://doi.org/10.19195/0137-1134.112.16>.

¹⁵ E. Wójtowicz, *Sprzedaż konsumencka w konwencji...*, s. 246; rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) (Dz. Urz. UE L 177 z 4.07.2008, s. 6—16).

¹⁶ Wyrok SN z 10.11.2005, V CK 293/05, LEX nr 424343; E. Wójtowicz, *Sprzedaż konsumencka w konwencji...*, s. 246.

stronami umowy są podmioty pochodzące z owych państw¹⁷. Dla rozpatrywanej sprawy okazałoby się to kluczowe, gdyż w takim przypadku *essentialia negotii* umowy musiałyby być rozstrzygane nie na podstawie CISG, ale według prawa wewnętrznego Szwecji. Zastosowanie prawa szwedzkiego również oznacza stosowanie konwencji, stanowi ona bowiem część porządku normatywnego tego kraju. Implikacja taka zgadza się z poglądem doktryny, według którego, jeśli strony wskazały, że prawem właściwym jest prawo państwa sygnatariusza konwencji, oznacza to w zasadzie poddanie kontraktu jej przepisom, ponieważ konwencja stanowi część składową wybranego systemu prawa¹⁸. Sąd stwierdził, że ma obowiązek stosować przepisy konwencji. Trzeba jednak nadmienić, że w analizowanej sprawie znajduje ona zastosowanie z wyjątkiem części drugiej¹⁹.

Podsumowując: towar będący przedmiotem kontraktu wchodził w zakres zastosowania CISG, a umowa zawierała wszelkie elementy niezbędne, żeby móc uznać ją za umowę sprzedaży. Szwecja, której prawo wybrano jako właściwe w badanym sporze, jest stroną konwencji i była nią w momencie zawarcia umowy, strony zaś w umowie nie wyłączyły stosowania przepisów konwencji ani w części, ani w całości na podstawie art. 6 CISG. W związku z powyższym CISG ma zastosowanie, zatem rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego należy uznać w tym zakresie za prawidłowe.

¹⁷ U. Magnus, *The Scandinavian Reservation under Art. 92 CISG*, „Scandinavian Studies in Law” 2012, vol. 57, s. 196.

¹⁸ J. Rajski, *Swoboda umów w ujęciu przepisów Konwencji Wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów*, w: *Studia z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci profesor Biruty Lewaszkiewicz-Petrykowskiej*, red. A. Szpunar et al., Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1997, s. 267—268.

¹⁹ Szwecja złożyła zastrzeżenie w trybie art. 92 CISG, w związku z czym art. 14—24 (część II konwencji) nie znalazły zastosowania do umów zawartych pomiędzy 1 stycznia 1989 r. (wejście w życie CISG w szwedzkim porządku prawnym) a 30 listopada 2012 r. (zastrzeżenie przestało obowiązywać 1 grudnia 2012 r.). Skoro umowa pomiędzy Naftogazem a IUGAS-em została zawarta 24 grudnia 2003 r., a jej strony wskazały jako prawo właściwe prawo szwedzkie, to przepisy części II konwencji nie mają zastosowania, ponieważ w chwili podpisania umowy obowiązywało wspomniane zastrzeżenie. Więcej na temat przyczyn, z powodu których kraje skandynawskie wyłączyły część II konwencji, można znaleźć w pracach: T. Iversen, *Scandinavian Contract Law and Its Implication on CISG — the Danish Approach*, „Scandinavian Studies in Law” 2012, vol. 57, s. 107—115; U. Magnus, *The Scandinavian Reservation under Art. 92 CISG...*, s. 195—216.

4.2. Analiza spełnienia przez Naftogaz przesłanek do uniknięcia odpowiedzialności z punktu widzenia konwencji

4.2.1. Analiza kwestii uniknięcia odpowiedzialności za niespełnienie świadczenia na gruncie CISG

Na szczególne rozważenie zasługuje argument Naftogazu, że ustawodawstwo ukraińskie uniemożliwiło mu wykonanie kontraktu. Oceniając ten argument, należy zbadać, czy zakaz wydany przez władze państwowe stanowił przeszkodę niezależną od strony (dalej: siła wyższa), której (lub której następstw) wzięcia pod uwagę albo uniknięcia bądź przewyciężenia nie można było od niej rozsądnie oczekiwać. Miałoby to bezpośredni wpływ na możliwość żądania odszkodowania na podstawie art. 74 CISG za straty i utracone korzyści z tytułu niedostarczania gazu. Trzeba podkreślić, że kupujący ma co do zasady prawo żądać zarówno wykonania zobowiązania, jak i zapłaty odszkodowania. Potwierdza to orzeczenie Sądu Krajowego w Moguncji, zgodnie z którym strona może korzystać z obu środków ochrony prawnej jednocześnie: „Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów (art. 3 CISG) **ma zastosowanie do wszystkich roszczeń** [podkr. — U.A.] z tytułu braku zgodności towaru z umową przysługujących kupującemu na podstawie art. 45, a więc **także roszczeń odszkodowawczych lub o wykonanie umowy przez naprawę lub wymianę** [podkr. — U.A.] (art. 46 ust. 2 i 3 CISG)”²⁰.

Niemniej, co istotne, problem zakresu zastosowania art. 79 CISG do środków ochrony prawnej nie jest postrzegany jednolicie. Zgodnie z pierwszym stanowiskiem na podstawie art. 79 CISG stronie przysługuje możliwość uniknięcia odpowiedzialności odszkodowawczej, co wszakże nie wyklucza skorzystania przez drugą stronę z innych środków ochrony prawnej²¹, np. wykonania zobowiązania czy odstąpienia od umowy. Pogląd taki wyraża większa część piśmiennictwa²². Wykładnia ta znajduje oparcie także w analizie przebiegu prac nad projektem konwencji. W ich trakcie Niemcy wносиły propozycję włączenia w zakres zwolnienia

²⁰ Landgericht Mainz, 26.11.1998, 12 HK.O 70/97, s. 6 [tłum. własne].

²¹ *UNCITRAL Digest of Case Law...*, s. 446—447, pkt 4.

²² D.P. Flambouras, *The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus Sic Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law — A Comparative Analysis*, „Pace International Law Review” 2001, vol. 13, issue 2, s. 266, <https://doi.org/10.58948/2331-3536.1212>; H. Stoll, G. Gruber, in: *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, eds. I. Schwenzer, U.G. Schroeter, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 832.

od odpowiedzialności również prawa do wykonania świadczenia, jeśli dana przeszkoda ma charakter trwały, lecz inicjatywa taka została odrzucona²³. Oznacza to, że przesłanka siły wyższej nie może być uznawana za przyczynę wyłączenia możliwości stosowania innych środków ochrony prawnej niż prawo do odszkodowania.

Istnieje jednak pogląd, który zakłada, że siła wyższa jest wystarczającą przesłanką do wyłączenia stosowania każdego środka ochrony prawnej. W tym miejscu można przytoczyć orzeczenie Sądu Handlowego w Besançon, w którym wykluczono zastosowanie art. 49 i art. 74 CISG, wskazując, że „**byłby on [kupujący — U.A.] uprawniony do uzyskania unieważnienia sprzedaży**, wszakże z jednej strony pan Flippe nie przedstawia dowodu [...], a z drugiej strony Sarl Douet znajduje się w pozycji sprzedawcy produktu, którego wytworzenie, a w szczególności produkcja tkanin, pozostaje poza jego kontrolą. Należy, z racji braku jakichkolwiek przejawów złej wiary z jego strony, **przyznać mu przywilej wynikający z art. 79 konwencji wiedeńskiej [...]. [...] wyklucza się zwrot opłat celnych i wypłatę odszkodowania według stawki ustawowej** [oba podkr. — U.A.]”²⁴. W tym orzeczeniu sąd zasądził wprawdzie od pozwanego zwrot 35% ceny zapłaconej, lecz nie wiązało się to z przesłanką siły wyższej.

Kolejnym ważnym orzeczeniem jest wyrok Sądu Kasacyjnego w Belgii²⁵, w którym sąd wziął pod uwagę przesłankę siły wyższej i powiązał ją z zasadą określoną w art. 7 ust. 2 CISG, wykorzystywaną do uzupełnienia luk wewnętrznych i zewnętrznych w konwencji. Zgodnie z zasadami Unidroit sąd powiązał art. 79 CISG z art. 7 ust. 2, gdy oceniał możliwość zastosowania środka ochrony prawnej, który wprawdzie nie jest uregulowany konwencją, ale wynika z zasad ogólnych międzynarodowego prawa handlowego. W tym miejscu powstaje logiczne pytanie: na jakich zasadach ogólnych owego prawa opiera się CISG? Otóż należy wymienić wśród nich w szczególności²⁶:

²³ H. Stoll, G. Gruber, w: *Commentary on the UN Convention...*, s. 832.

²⁴ Tribunal de Commerce de Besançon, 19.01.1998, 97 009265 [tłum. własne].

²⁵ Court of Cassation of Belgium, 19.06.2009, C.07.0289.N. Sąd w części 4 pkt 2 wyroku zaznaczył: „Zmienione okoliczności, których nie można było racjonalnie przewidzieć w chwili zawarcia umowy, a które niewątpliwie mają taki charakter, że zwiększają ciężar wykonania umowy, mogą w pewnych przypadkach stanowić przeszkodę w rozumieniu tego postanowienia traktatowego [...]. W celu wypełnienia luk w sposób jednolity należy oprzeć się na ogólnych zasadach rządzących prawem handlu międzynarodowego. Zgodnie z tymi zasadami, zapisanymi w szczególności w *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, strona umowy, która odwołuje się do zmienionych okoliczności istotnie zakłócających równowagę kontraktową, o której mowa w art. 3.2.7 ust. 1 *Unidroit Principles*, ma prawo żądać renegotjacji umowy” [tłum. własne].

²⁶ M. Pazdan, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 133—134, pkt 24.

- 1) zasadę autonomii woli,
- 2) doniosłość obyczajów handlowych,
- 3) zasadę swobody w zakresie formy kontraktu,
- 4) dobrą wiarę (obowiązującą także w stosunkach między stronami),
- 5) *venire contra proprium factum*,
- 6) dobre obyczaje kupieckie czy też uczciwość kupiecką,
- 7) obowiązek wzajemnego informowania się kontrahentów,
- 8) obowiązek minimalizowania szkody.

Nasuwa się tu kolejne pytanie: czy do zbioru ogólnych zasad, na których opiera się konwencja, wchodzi także zasada *rebus sic stantibus* lub jej odpowiedniki w prawie niemieckim (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) bądź w prawie amerykańskim (*Commercial Impracticability*)²⁷. Ma to olbrzymie znaczenie w kontekście możliwości zwolnienia się od odpowiedzialności za niespełnienie świadczenia czy też innych praw, które przysługują wierzycielowi na podstawie art. 7 ust. 2.

Pogląd doktryny w tym przedmiocie jest jednolity: zasada *rebus sic stantibus* oraz jej odpowiedniki nie są zasadami, na których opiera się CISG²⁸. Uważa się, że skoro sprawę wyraźnie rozstrzygnięto w postanowieniach samej konwencji, to stosowanie ogólnych zasad prawa handlu byłoby bezpodstawne²⁹. *Prima facie* może się wydawać, iż art. 79 ust. 5 wyraźnie rozstrzygnął, że w razie zwolnienia od odpowiedzialności odszkodowawczej druga strona zachowuje prawo do stosowania innych środków zaradczych. W moim przekonaniu jednak taka restrykcyjna wykładnia art. 79 konwencji skutkowałaby kolejnymi wątpliwościami prawnymi, np. gdyby wystąpiła przeszkoda o charakterze ciągłym, a strona zobowiązana nie mogła dostarczyć odpowiedniego zamiennika handlowego towaru objętego umową. Może tak się zdarzyć, jeśli rząd państwa wprowadzi zakaz obrotu określoną substancją chemiczną, która jest wytwarzana tylko w tym państwie, a zarazem nie ma odpowiedniego zamiennika handlowego³⁰. W takim wypadku można sobie wyobrazić sytuację, w której wierzyciel domaga się spełnienia świadczenia, dłużnik zaś nie jest w stanie go spełnić z powodu wspomnianej przeszkody. Byłaby to dosyć specyficzna sytuacja, wszakże nie sposób jej wykluczyć.

Z tej racji, opierając się na samym brzmieniu konwencji, nie można jednoznacznie stwierdzić, czy zwolnienie z art. 79 CISG obejmuje wyłącznie odpowiedzialność odszkodowawczą czy również inne środki ochrony prawnej, niemniej przywołane już orzecznictwo skłania do rozszerzenia

²⁷ D.P. Flambouras, *The Doctrines of Impossibility of Performance...*, s. 277—278.

²⁸ Ibidem; J. Napierała, *Odpowiedzialność eksportera i importera za naruszenie umowy sprzedaży towarów*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1998, s. 45.

²⁹ J. Napierała, *Odpowiedzialność eksportera i importera...*, s. 45.

³⁰ D.P. Flambouras, *The Doctrines of Impossibility of Performance...*, s. 275.

stosowania art. 79 CISG — czy to wprost³¹, czy to w związku z zasadą art. 7 ust. 2 CISG³² — na przypadki nieunormowane tam wyraźnie. Jeśli strona, która nie może wykonać swojego zobowiązania z powodu siły wyższej, przedkłada wszelkie dowody na taką okoliczność, to zgodnie z art. 79 CISG nie tylko musi zostać zwolniona od odpowiedzialności odszkodowawczej, lecz także oczekiwanie od niej wykonania zobowiązania może być nieuzasadnione. Można wyobrazić sobie przykładowo sytuację, kiedy z powodu wojny produkcja zegarków o unikatowym mechanizmie została wstrzymana. Bez wątpienia wojna wchodzi w zakres przedmiotowy definicji pojęcia „siła wyższa” w rozumieniu przepisów CISG³³. Rozsądnym środkiem w okolicznościach, w których istnieje ciągle niemożliwość wykonania świadczenia, jest udzielenie zobowiązanej stronie zwolnienia z jego spełnienia przez cały czas istnienia przeszkody, jednakże prawo do uzyskania świadczenia nie wygasa³⁴. Prawo takie przysługuje wierzycielowi, lecz skorzystać z niego będzie mógł dopiero po ustaniu przeszkody.

Natomiast według innego poglądu zgodnie z teleologiczną wykładnią art. 46 ust. 1 i art. 28 CISG kupujący nie powinien móc żądać od sprzedawcy dostarczenia towaru, ponieważ gdyby ten drugi dokonał owej czynności, złamałby zakaz, a w konsekwencji ryzykował zapłatę kary lub utratę licencji handlowej³⁵. Sąd w takim przypadku nie jest zobowiązany do uwzględnienia żądania spełnienia świadczenia³⁶. Zakres przedmiotowy art. 28 CISG pozwala sądowi orzec na podstawie właściwego prawa obowiązującego (w badanej sprawie — prawa szwedzkiego)³⁷ o oddaleniu żądania spełnienia świadczenia, nawet gdy zgodnie z art. 79 ust. 5 CISG jest ono dopuszczalne³⁸. Z kolei w szwedzkim systemie prawa istnieje zasada podobna do wspomnianej zasady *rebus sic stantibus*, która zezwala sądowi w razie nagłej zmiany okoliczności zmienić warunki umowy lub ją unieważnić. Szwedzki system prawa stosuje doktrynę warunkowości³⁹, która uzupełnia przesłanki nieważności zawarte w przywołanej już

³¹ Tribunal de Commerce de Besançon, 97 009265.

³² Court of Cassation of Belgium, 19.06.2009, C.07.0289.N.

³³ D.P. Flambouras, *The Doctrines of Impossibility of Performance...*, s. 266—267.

³⁴ H. Stoll, G. Gruber, w: *Commentary on the UN Convention...*, s. 834.

³⁵ D.P. Flambouras, *The Doctrines of Impossibility of Performance...*, s. 276.

³⁶ W. Popiolek, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 335, pkt 5.

³⁷ Ibidem, s. 336, pkt 7.

³⁸ Ibidem, s. 337, pkt 8.

³⁹ J. Johansson, *Möjligheterna att upprätthålla en avtalsrelation vid ändrade förhållanden — särskilt om omförhandling och medling*, Lunds universitet, 2008, s. 14, <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1558794&fileId=1564773> [dostęp: 3.12.2024]; A. Rushiti, *Förutsättningsläran — En rättsregel i svensk rätt?*, Lunds universitet, 2017, s. 13—15, <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=8912973&fileId=8912976> [dostęp: 3.12.2024].

ustawie o umowach i pozwala stronie uniknąć kontynuowania zobowiązań umownych z powodu nieznanych lub nieprzewidzianych okoliczności (niewłaściwych warunków)⁴⁰. Znajduje ona również odzwierciedlenie w art. 36 ustawy o umowach i innych dokumentach prawnych z zakresu prawa majątkowego, który zostanie szczegółowo omówiony w dalszej części opracowania.

Podsumowując: w przypadku analizowanej sprawy sąd miał podstawy do oddalenia roszczenia o spełnienie świadczenia na podstawie art. 28 konwencji w związku z zasadą warunkowości stanowiącą część prawa materialnego Szwecji. Należy przy tym zaznaczyć, że wierzyciel w takiej sytuacji zachowuje prawo do uzyskania świadczenia, jednak strona jest zwolniona z obowiązku jego wykonania przez cały czas istnienia przeszkody. Oznacza to, że IUGAS miał prawo żądać spełnienia świadczenia, ale sąd mógł zwolnić Naftogaz z obowiązku wykonania go do chwili ustania przeszkody.

4.2.2. Analiza przesłanek niezbędnych do uniknięcia odpowiedzialności za zobowiązanie

W dalszej kolejności na analizę zasługuje zagadnienie żądania wykonania zobowiązania od sprzedającego. Naftogaz oświadczył, że nie może wypełnić zobowiązań, gdyż naruszałoby to ukraiński porządek publiczny i nie byłoby wykonalne na Ukrainie (pkt 300 wyroku). Na początku należy rozważyć, czy twierdzenie o rządowym zakazie było zgodne z prawdą. Strona pozwana wyjaśniła, że nie odgrywa decydującej roli w pracach nad bilansem prognostycznym, na podstawie którego określa się ilość gazu, jaka może być eksportowana. Wówczas jednak IUGAS podkreślił kluczową rolę tej spółki w ustalaniu owych warunków: „[W]ielu decydentów i nadzorców Naftogazu to liderzy Ministerstwa Paliw i Energetyki, Naftogaz ma wpływ na zatwierdzanie wielkości eksportu. Ponadto właśnie Naftogaz jest odpowiedzialny za przygotowanie rocznego projektu bilansów prognostycznych” (pkt 304 wyroku)⁴¹. Pozwany powołał się na dwa akty prawne: uchwałę Rady Ministrów Ukrainy 1729⁴² oraz uchwałę Rady Ministrów Ukrainy 163⁴³, zatwierdzające trójstronne porozumienie między RosUkrEnergo, Naftogazem i Gazpromem. Akty te miały

⁴⁰ J. Johansson, *Möjligheterna att upprätthålla en avtalsrelation...*, s. 14.

⁴¹ Tłum. własne.

⁴² Uchwała Rady Ministrów Ukrainy 1729 z 27.12.2001 ze zm., <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1729-2001-%D0%BF#Text>.

⁴³ Uchwała Rady Ministrów Ukrainy 163 z 5.03.2008, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/163-2008-%D0%BF#Text>.

charakter pomocniczy wobec ustawy budżetowej, która określała możliwości eksportu gazu.

Jak stwierdzili eksperci (pkt 308 wyroku), Naftogaz mógł wykonać umowę, gdyż posiadana przez niego ilość gazu wystarczała do wywiązania się z zobowiązań. Spółka przedłożyła jednak pismo z 24 grudnia 2009 r., z którego wynikało, że ilości gazu pochodzenia ukraińskiego, które posiada Naftogaz, są niewystarczające, by spełnić warunki kontraktu. Z powyższego można wywnioskować, że ograniczeń eksportu gazu ziemnego nie stosuje się do gazu, który pochodzi z Ukrainy. Bez wątpienia taki zakaz istniał na mocy uchwały Rady Ministrów Ukrainy 163 z 5 marca 2008 r., gdzie w pkt 1 akapit 1 znajduje się zapis: „Od 1 stycznia 2008 roku gaz ziemny z Azji Środkowej i Centralnej dostarczany do ukraińskiego systemu przesyłowego przez RosUkrEnergo AG **jest wykorzystywany wyłącznie do zaspokojenia potrzeb ukraińskich odbiorców w ilościach zgodnych z bilansem dostaw i dystrybucji gazu ziemnego** [podkr. — U.A.]”⁴⁴. Po zawarciu umowy z 19 stycznia 2009 r. między Gazpromem a Naftogazem zakaz ten został utrzymany. Tym samym Naftogaz nie miał możliwości eksportu gazu pochodzenia turkmeńskiego, kazachskiego, uzbeckiego zgodnie z art. 2 ust. 2.1 umowy.

Wobec tego należy rozważyć, jakie przesłanki muszą zostać spełnione, żeby móc zwolnić się od odpowiedzialności odszkodowawczej. Z brzmienia art. 79 ust. 1 CISG wynika, że chodzi tu wyłącznie o (1) przeszkodę niezależną od strony, a (2) strona, która powołuje się na ów przepis, musi udowodnić, że w chwili zawarcia umowy nie można było oczekiwać od niej wzięcia pod uwagę tej przeszkody ani (3) uniknięcia bądź (4) przecięcia jej samej lub jej następstw. Doktryna dodatkowo podkreśla, że między przeszkodą a niewykonaniem obowiązku musi istnieć (5) związek przyczynowy⁴⁵, art. 79 ust. 4 CISG wprowadza zaś warunek (6) terminowego powiadomienia kontrahenta o zaistnieniu przeszkody. Aby powołać się na taką przeszkodę, muszą zostać spełnione wszystkie przesłanki łącznie. Przed przejściem do pojęcia odpowiedzialności odszkodowawczej i rozważań na temat obowiązku wykonania świadczenia przez Naftogaz oraz wypłaty odszkodowania IUGAS-owi trzeba owe przesłanki omówić po kolei.

⁴⁴ Uchwała Rady Ministrów Ukrainy 163 [tłum. własne].

⁴⁵ M. Jagielska, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 676, pkt 5; D.P. Flambouras, *The Doctrines of Impossibility of Performance...*, s. 273.

4.2.3. Pojęcie przeszkody w rozumieniu CISG

Na początku należy zdefiniować pojęcie „przeszkoda” użyte w CISG. Konwencja nie zawiera jego definicji legalnej, ale została ona wypracowana przez orzecznictwo. W jednym ze swoich orzeczeń Sąd Arbitrażowy w Hamburgu ustalił, że przeszkodę można rozumieć jako „niekontrolowane ryzyko lub całkowicie nadzwyczajne zdarzenie, takie jak siła wyższa, przypadek ekonomicznej niemożliwości lub nieuzasadnionego obciążenia”⁴⁶. Natomiast doktryna kwalifikuje ekonomiczną niemożliwość jako część ryzyka zakupowego i dlatego taki przypadek nie uprawnia do odmowy wykonania świadczenia, w związku z czym wzrost cen surowca nie jest przeszkodą w rozumieniu konwencji⁴⁷. W innym orzeczeniu wskazano, że siła wyższa to „okoliczności, które po zawarciu umowy są wynikiem nieprzewidywalnych i nieuniknionych zdarzeń o wyjątkowym charakterze”⁴⁸. W tymże orzeczeniu sąd uznał zakaz państwowy eksportu węgla za przeszkodę niezależną od strony, lecz został on wprowadzony przed zawarciem umowy, co wykluczało możliwość powołania się na niego przez pozwanego. W jednym z orzeczeń strona powołała się na pogorszającą się sytuację rynkową oraz spadek popytu w branży budowlanej jako przeszkodę od niej niezależną, ale sąd potraktował te okoliczności jako „część ryzyka handlowego, które każda ze stron ponosi w ramach umowy sprzedaży i którego nie może jednostronnie przenieść na drugą stronę umowy”⁴⁹.

Warto również wspomnieć, że sama umowa w przypadku analizowanego sporu zawierała katalog przeszkód, które są rozumiane jako siła wyższa — w art. 7 ust. 7.1 wymieniono: pożar, powódź, trzęsienie ziemi, wojnę i działania wojenne, blokadę ekonomiczną i główne awarie gazowe, inną siłę wyższą. Bez wątplenia katalog ten ma charakter otwarty. W odniesieniu do rządowego zakazu eksportu doktryna rozróżnia dwie sytuacje. Jeśli zakaz dotyczy przedsiębiorstwa państwowego (Naftogaz jest tego typu przedsiębiorstwem)⁵⁰, które podlega obowiązkowi uzyskania licencji na eksport gazu, to muszą zostać zbadane okoliczności wprowadzenia takiego ograniczenia eksportu. Gdy interwencja państwa służy ogólnym celom politycznym, uznaje się ją za przeszkodę

⁴⁶ Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, 21.03.1996, s. 6 pkt 8 [tłum. własne].

⁴⁷ D.P. Flambouras, *The Doctrines of Impossibility of Performance...*, s. 277; H. Stoll, G. Gruber, w: *Commentary on the UN Convention...*, s. 822.

⁴⁸ Arbitration Court at the Bulgarian Chamber of Commerce and Industry Arbitration, 24.04.1996, 56/1995, akapit 44 wyroku [tłum. własne].

⁴⁹ Arbitration Court at the Bulgarian Chamber of Commerce and Industry Arbitration, 12.02.1998, 11/1996, część V, pkt 3.2 [tłum. własne].

⁵⁰ Wyrok odrębny, s. 1, pkt 4.

w rozumieniu konwencji, natomiast nie ma możliwości powołania się na zakaz rządowy jako przeszkodę, gdy jego cel stanowi ochrona przedsiębiorstwa państwowego występującego w danej umowie w charakterze dłużnika⁵¹. Zdarzenie w postaci zakazu eksportu jest zatem rozumiane przez praktykę sądową oraz doktrynę jako siła wyższa — a więc stanowi przeszkodę niezależną od strony — jedynie wówczas, gdy zakaz państwa służy ogólnym celom politycznym.

4.2.4. Nieprzewidywalność wystąpienia przeszkody w chwili zawarcia umowy

Strona, która powołuje się na art. 79 ust. 1 CISG, musi udowodnić, że w chwili zawarcia umowy nie można było oczekiwać od niej wzięcia tej przeszkody pod uwagę. Oznacza to, że w momencie zawarcia umowy musi uwzględnić prawdopodobieństwo wystąpienia owej przeszkody. Takie założenie wymaga wyjaśnienia, ponieważ trudno jednoznacznie określić, czy strona wzięła ją pod uwagę, zawierając umowę. Zagadnienie przewidywalności jest dosyć złożone. Doktryna sugeruje, żeby przyjmować za punkt odniesienia perspektywę pośrednią między wzorcem nadmiernie zaniepokojonego „pesymisty, który przewiduje wszelkiego rodzaju nieszczęścia”, a wzorcem „zdecydowanego optymisty, który nigdy nie przewiduje najmniejszego nieszczęścia”⁵². Trzeba też rozważyć takie czynniki jak czas trwania umowy czy zmienność cen na dany towar⁵³. Wymienione okoliczności muszą być uwzględniane przez strony umowy, żeby w konsekwencji zobowiązany nie mógł odmówić wykonania świadczenia z powodu wzrostu cen.

Jasność w tej kwestii wniosło orzecznictwo międzynarodowe. Przykładem może być wyrok Międzynarodowego Sądu Arbitrażowego Handlowo-Przemysłowej Izby Federacji Rosyjskiej (dalej: MSAFR). Strony zawarły umowę na dostawę określonej ilości produktów chemicznych w terminie wskazanym w umowie, lecz nie zostały one dostarczone. Kupujący kilkakrotnie upominał sprzedawcę oraz proponował mu przedłużenie terminu dostawy, towaru jednak nie otrzymał i w końcu nabył go u osoby trzeciej. W związku z tym pozwał sprzedawcę i domagał się odszkodowania za szkody poniesione w wyniku niedotrzymania przez niego umowy, polegające na różnicy między ceną towaru ustaloną w umowie a ceną, którą ostatecznie zmuszony był zapłacić w transakcji zastępczej⁵⁴. Pozwany

⁵¹ M. Jagielska, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 680, pkt 19; H. Stoll, G. Gruber, w: *Commentary on the UN Convention...*, s. 822.

⁵² D.P. Flambouras, *The Doctrines of Impossibility of Performance...*, s. 271.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Tribunal of Int'l Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce, 16.03.1995, 155/1994.

powołał się na art. 79 CISG, twierdząc, że niewykonanie kontraktu jest uzasadnione przeszkodą od niego niezależną, czyli wzrostem cen towarów sprzedawanych na rynku światowym oraz awaryjnym wstrzymaniem produkcji w zakładzie produkcyjnym. Sąd nie zgodził się z taką interpretacją pojęcia przeszkody, gdyż nie został spełniony warunek niemożności wzięcia jej pod uwagę w chwili zawarcia umowy.

Podobne zdanie wyraził Sąd Okręgowy w 's-Hertogenbosch⁵⁵. Strony zawarły umowę sprzedaży mleka w proszku. Produkt miał czynić zadość wymogom, które wprowadził rząd singapurski, czyli zawierać mniej niż określony procent pierwiastków radioaktywnych. Jednak do dostawy towaru nie doszło, ponieważ sprzedawca napotkał trudności w jego znalezieniu. Kupujący podjął wszelkie działania, żeby otrzymać towar, w szczególności proponował dostarczenie go do innego państwa, gdzie miałby obowiązek go odebrać, ale sprzedawca się nie zgodził. Kupujący wniósł pozew przeciwko niemu. Pozwany powołał się na art. 79 CISG, lecz sąd orzekł, że sprzedającemu nie przysługuje takie uprawnienie, przepisów singapurskich bowiem nie powinno się uznawać za przeszkodę zwalniającą go z wykonania umowy. Był on wszak świadomy ich obowiązywania przed zawarciem umowy, a zatem podjął ryzyko, że nie będzie w stanie dostarczyć towarów zgodnych z kontraktem⁵⁶.

W świetle przytoczonych faktów można wysnuć stosowne wnioski. Z całą pewnością strona powołująca się na art. 79 konwencji musi dochować należytej staranności, próbując przewidzieć takiego rodzaju przeszkody i wziąć je w rachubę. W świetle wyroku MSAFR⁵⁷ wydaje się oczywiste, że przedsiębiorca w momencie zawarcia umowy musi brać pod uwagę ryzyko zmiany cen i uwzględnić to w umowie przez odpowiedni zapis lub adekwatną cenę. Argument dotyczący awaryjnego wstrzymania produkcji w zakładzie produkcyjnym również jest wątpliwy, gdyż sprzedawca ma obowiązek wykonać świadczenie. W mojej ocenie strona musi się liczyć z taką przeszkodą i w razie jej powstania starać się znaleźć właściwy zamiennik. Warto zaznaczyć, że dobra wiara też jest niezbędna dla rozstrzygnięcia w przedmiocie zastosowania art. 79 CISG. Wprawdzie zasada ta nie została wskazana wprost, ale art. 7 ust. 1 CISG ustanawia wymóg wykładni przepisów konwencji m.in. w związku z nią. Co więcej, przeważająca część doktryny sugeruje wykładnię rozszerzającą zasady dobrej wiary, czyli powinna ona być brana pod uwagę nie tylko podczas wykładni postanowień CISG, lecz także przy ocenie postępowania stron

⁵⁵ Rechtbank 's-Hertogenbosch, 2.10.1998, rol nr. 9981 / HA ZA 95-2299.

⁵⁶ Rechtbank 's-Hertogenbosch, rol nr. 9981 / HA ZA 95-2299, pkt 4.13.

⁵⁷ Tribunal of Int'l Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce, 155/1994.

(niemniej pogląd taki nie jest jednolicie prezentowany)⁵⁸. Również w analizowanym orzecznictwie międzynarodowym często podkreśla się brak współpracy jednej ze stron⁵⁹, czyli, według mnie, brak dobrej wiary. Konkludując powyższe rozważania, stwierdzam, iż warunek niemożności wzięcia pod uwagę określonego faktu opiera się na założeniu, że strony uwzględnią stosowne ryzyko handlowe (np. prawdopodobieństwo zmiany cen towaru, który stanowi przedmiot umowy) oraz obowiązujące normy dotyczące właściwości towaru.

4.2.5. Niemożliwość uniknięcia lub przewyciężenia przeszkody

Strona, która powołuje się na art. 79 ust. 1 konwencji, musi udowodnić, że nie można było rozsądnie oczekiwać od niej uniknięcia tej przeszkody lub jej przewyciężenia. Wyłania się jednak pytanie, czym jest przewyciężenie przeszkody i w jaki sposób można ustalić, czy strona zrobiła wszystko, żeby ją przewyciężyć. Kluczowy w tej kwestii, według mnie, okazuje się wyrok w sprawie *Macromex Srl. v. Globex International Inc.*⁶⁰ Strony zawarły umowy na dostawę kurczaków. Wybuch epidemii ptasiej grypy skłonił rząd rumuński do zakazania importu kurczaków, które nie uzyskały certyfikatu do 7 czerwca 2006 r. Niemniej jeśli sprzedawca dotrzymałby terminu dostawy wskazanego w umowach, to zgodnie z komunikatem rządu część towaru zostałaby wpuszczona do kraju⁶¹. W odniesieniu do pozostałej części kupujący zaproponował inny port, który znajdował się poza terytorium Rumunii. Sprzedawca odmówił, twierdząc, że niewypelnione części kontraktów zostały unieważnione przez działania rumuńskiego rządu, stanowiące siłę wyższą. Następnie sprzedał niedostarczoną część towaru innemu nabywcy ze znacznym zyskiem⁶². W rozstrzygnięciu sąd uznał, że zakaz importu kurczaków bez zapowiedzi to zdarzenie będące poza kontrolą sprzedawcy, jednak strona miała obowiązek podjęcia wszelkich działań, aby przewyciężyć tę przeszkodę⁶³. Definiując pojęcie uniknięcia przeszkody lub jej przewyciężenia, sąd

⁵⁸ M. Pazdan, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 130, pkt 16.

⁵⁹ Tribunal of Int'l Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce, 155/1994; Rechtbank 's-Hertogenbosch, rolnr. 9981 / HA ZA 95-2299; American Arbitration Association — International Centre for Dispute Resolution, 23.10.2007, *Macromex Srl v. Globex International Inc.*, 50-181-T-00364-06.

⁶⁰ *Macromex Srl v. Globex International Inc.*, 50-181-T-00364-06.

⁶¹ *Macromex Srl v. Globex International Inc.*, 50-181-T-00364-06, pkt 5.

⁶² *Macromex Srl v. Globex International Inc.*, 50-181-T-00364-06, pkt 5.

⁶³ *Macromex Srl v. Globex International Inc.*, 50-181-T-00364-06, pkt 29.

posłużył się komentarzem Sekretariatu do CISG⁶⁴, w którym wskazano, że strona zobowiązana do działania musi uczynić wszystko, co tylko może, w celu przewyciężenia przeszkody i wykonania zobowiązania. Przewyciężenie oznacza przedsięwzięcie niezbędnych kroków na rzecz wykluczenia skutków przeszkody⁶⁵. Można do tego wykorzystać zamiennik rozsądny z handlowego punktu widzenia. Swoistą miarą wysiłków danej strony jest to, czego można od niej rozsądnie oczekiwać. W związku z powyższym sąd stwierdził obowiązek zapłaty odszkodowania, gdyż samo zaistnienie przeszkody nie wystarczy do zwolnienia się od odpowiedzialności odszkodowawczej. Zwrócił uwagę, że strona nie dokonała wszystkiego, co było w jej mocy, żeby przewyciężyć przeszkodę. Sprzedawca również odrzucił propozycje dotyczące dostawy towaru do innego portu. Co więcej, ustalono, że skorzystał z nagłego wzrostu cen na towar będący przedmiotem umowy i sprzedał go ze znacznym zyskiem, nie wykonawszy kontraktu. Sąd podkreślił, że prawo nie zezwala na takie działania⁶⁶.

Wracając do postawionego na wstępie pytania, czym jest przewyciężenie przeszkody i w jaki sposób można ustalić, czy strona zrobiła wszystko, aby ją przewyciężyć, stwierdzam w wyniku przeprowadzonej analizy orzecznictwa, że środkiem do przewyciężenia przeszkody może być zamiennik rozsądny z handlowego punktu widzenia. Niemniej każde zdarzenie takiego typu musi zostać zbadane w świetle zgromadzonego materiału dowodowego oraz środków, które można zastosować w danym przypadku. Niech przykładem będzie sytuacja, kiedy przedmiot zaginął na morzu i można go wyłowić w dobrym stanie, choć dużym kosztem. Rozwiązania nie będą tożsame, jeśli przedmiot będzie bardzo cenną rzeźbą lub tylko narzędziem maszynowym⁶⁷. Wszystko jest zatem kwestią miary. W analizowanym tu wyroku wskazano: „W żadnym jednak wypadku nie można oczekiwać, że przyrzekający będzie ryzykował własne życie, wykonując swoje zobowiązania za wszelką cenę”⁶⁸. Powyższe wnioski są podstawą do rozważenia, czy Naftogaz poczynił niezbędne kroki, żeby przewyciężyć przeszkody. Analiza taka zostanie przeprowadzona w dalszej części glosy.

⁶⁴ Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, prepared by the Secretariat, UN Doc. A/CONF.97/5, 1979, <https://cisg-online.org/Travaux-preparatoires/1979-secretariat-commentary> [dostęp: 27.11.2024].

⁶⁵ *Macromex Srl v. Globex International Inc.*, 50-181-T-00364-06, pkt 29.

⁶⁶ *Macromex Srl v. Globex International Inc.*, 50-181-T-00364-06, pkt 36.

⁶⁷ *Macromex Srl v. Globex International Inc.*, 50-181-T-00364-06, pkt 29.

⁶⁸ *Macromex Srl v. Globex International Inc.*, 50-181-T-00364-06, pkt 29 [tłum. własne].

4.3. Pojęcie odszkodowania na tle konwencji

Zacząć wypada od omówienia samego pojęcia odpowiedzialności odszkodowawczej. Zdanie pierwsze art. 74 CISG stanowi, że odszkodowanie za naruszenie umowy przez jedną stronę obejmuje sumę równą stracie, w tym utracie zysku, poniesionej przez drugą stronę w rezultacie naruszenia. Przywołany przepis ma charakter dyspozytywny⁶⁹, co oznacza, że strony mogą uregulować w odmienny sposób zasady odpowiedzialności odszkodowawczej lub zastąpić odszkodowanie innym środkiem zaradczym w przypadku naruszenia umowy. Z przytoczonego przepisu wyłania się pytanie: czym są strata oraz utrata zysku w rozumieniu przepisów CISG? Odpowiedzi należy szukać w orzecznictwie poświęconym tej problematyce oraz w wypowiedziach przedstawicieli doktryny.

W wykazie orzecznictwa przygotowanym przez UNCITRAL wyodrębnia się następujące rodzaje strat⁷⁰: straty wynikające ze śmierci lub z pogorszenia stanu zdrowia którejkolwiek osoby, straty wskutek wyrządzenia szkody w przedmiocie własności innego podmiotu, straty z powodu wyrządzenia szkody interesom niematerialnym, straty w związku ze zmianą siły nabywczej pieniądza. Trzeba podkreślić, że straty obejmują również rozsądne wydatki pokrzywdzonej strony. Dla głosowanej sprawy duże znaczenie ma uwaga, iż prawo do odszkodowania przysługuje stronie, gdy naruszenie umowy ma charakter istotny w rozumieniu art. 25 CISG⁷¹ albo w razie braku dostawy, opóźnienia dostawy lub dostarczenia towarów niezgodnych z umową⁷². Naruszenie umowy polega na tym, że strona nie wykonała któregośkolwiek ze swoich zobowiązań wynikających z umowy lub z konwencji⁷³. Należy też zasygnalizować, że odszkodowanie może być dochodzone razem z innymi środkami zaradczymi, np. odstąpieniem od umowy⁷⁴.

W stanie faktycznym sporu nie sposób stwierdzić, że IUGAS poniósł straty, ponieważ dostawa gazu nigdy nie nastąpiła. Można się natomiast zastanowić, czy w związku z niewykonaniem kontraktu przez Naftogaz mogła zostać wyrządzona szkoda niematerialnym interesom IUGAS-u. W jednym z wyroków Sąd Okręgowy w Barcelonie stwierdził: „Strona żądająca odszkodowania nie wykazała rzeczywiście poniesionej szkody, w tym straty finansowej, np. utraty klientów lub pogorszenia swojego wizerunku w sferze handlowej, co stanowiłoby stratę wynikającą

⁶⁹ H. Stoll, G. Gruber, w: *Commentary on the UN Convention...*, s. 769.

⁷⁰ *UNCITRAL Digest of Case Law...*, s. 398—399, pkt 16—20.

⁷¹ J. Klatka, G. Żmij, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 602, pkt 5.

⁷² Ibidem.

⁷³ H. Stoll, G. Gruber, w: *Commentary on the UN Convention...*, s. 749.

⁷⁴ Ibidem.

z wyrządzenia szkody interesom niematerialnym”⁷⁵. Sąd Apelacyjny w Helsinkach podkreślił natomiast: „Odszkodowanie jest postrzegane jako rekompensata za pozytywny interes umowny. Ma ono na celu postawienie strony umowy w pozycji, w której by się znajdowała, gdyby umowa została należycie wykonana”⁷⁶.

Natomiast otwarta pozostaje kwestia utraconych korzyści, które również stanowią podstawę do żądania odszkodowania. Zdaniem Federalnego Sądu Najwyższego Szwajcarii sprzedawca, nie dostarczywszy towarów kupującemu, naruszył swoje zobowiązania umowne na podstawie art. 30 CISG i dlatego był zobowiązany do zapłaty odszkodowania (art. 45 ust. 1 lit. b CISG)⁷⁷. Powstaje pytanie, jakie dowody należy wziąć pod uwagę przy obliczaniu wysokości odszkodowania. Są one niezbędne do ustalenia ceny odsprzedaży, którą kupujący mógł uzyskać. Sąd podkreślił, że nie ma jednolitej wykładni tego, czy dowody podlegają ocenie według prawa sądu orzekającego czy też muszą być wystarczająco pewne, a więc ocena, czy dany fakt jest dowodem, następuje na podstawie wniosków sądu. Sąd przedstawił kilka poglądów na tę kwestię. Według pierwszego powinno się ją rozstrzygać zgodnie z prawem sądu orzekającego (jak twierdzi kilku autorów)⁷⁸, lecz inni uważają⁷⁹, że dowody wskazujące na utracony zysk muszą być wystarczająco pewne i nie ma konieczności odwołania się do prawa sądu orzekającego. Reprezentujący pierwsze stanowisko skłaniają się ku stosowaniu prawa właściwego, reprezentujący drugie biorą pod uwagę wszystkie pewne dowody, które pozwalają ustalić utracony zysk. Można powiedzieć, że decydującą rolę jako ów zysk odgrywa przewidywana marża⁸⁰. Jednak sąd przyjął, że skoro strona powodowa nie przedłożyła umowy odsprzedaży z konkretnymi nabywcami rzeczy, to nie udowodniła szkody⁸¹. Co również istotne, jeśli kupujący nie otrzymał towaru zgodnie z umową, choć miał obowiązek zakupu zastępczego (w myśl art. 77 CISG), to zdaniem sądu mógł domagać się różnicy pomiędzy ceną uzgodnioną przez strony a ceną zakupu zastępczego. Jeżeli go nie dokonał, choć mógł to zrobić w rozsądny sposób, odszkodowanie zostaje obniżone do kwoty, którą mógłby uzyskać, gdyby dokonał tego zakupu⁸².

⁷⁵ Audiencia Provincial de Barcelona, 20.06.1997, 755/95-C, pkt 4 [tłum. własne].

⁷⁶ Helsinki Court of Appeals, 26.10.2000, S 00/82 [tłum. własne].

⁷⁷ Schweizerisches Bundesgericht, 17.12.2009, 4A_440/2009, część C, pkt 4 wyroku.

⁷⁸ B. Zeller, *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oceana Publications, Dobbs Ferry, 2005, s. 129; M. Brölsch, *Schadenersatz und CISG*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2007, s. 59.

⁷⁹ I. Schwenzer, in: *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Hrsg. I. Schwenzer, Ed. 5, C.H. Beck, München, 2008, s. 36.

⁸⁰ Schweizerisches Bundesgericht, 4A_440/2009, część C, pkt 4 wyroku.

⁸¹ Schweizerisches Bundesgericht, 4A_440/2009, część C, pkt 4 wyroku.

⁸² Schweizerisches Bundesgericht, 4A_440/2009, część C, pkt 5 wyroku.

Podstawą do dochodzenia odszkodowania jest art. 45 ust. 1 lit. b CISG. Sąd Handlowy Kantonu Zurychu wskazał: „Jeżeli sprzedawca **nie wiąże się ze swojego obowiązku dostawy, kupujący może dochodzić odszkodowania** [podkr. — U.A.] zgodnie z art. 45 ust. 1 lit. b CISG na podstawie art. 74—77 CISG. Odpowiedzialność odszkodowawcza jest zasadniczo odpowiedzialnością o charakterze gwarancyjnym za wypełnienie zobowiązań sprzedawcy niezależnie od jego winy. Przez obowiązki sprzedawcy w rozumieniu tego przepisu należy rozumieć wszystkie obowiązki, które sprzedawca ma na podstawie konkretnej czynności prawnej. Mogą one wynikać wyraźnie lub wskutek interpretacji z umowy, z postanowień uzupełniających konwencji [podkr. — U.A.], jak również z odpowiednich zwyczajów handlowych lub praktyk stron”⁸³.

Powstaje więc pytanie, czy niedostarczenie gazu na żądanie oraz brak zapewnienia realizacji kontraktu poprzez nabywanie gazu na rynku międzynarodowym stanowią podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej. W związku z tym trzeba zbadać relacje między odszkodowaniem a karą umownymi na gruncie CISG i w konsekwencji rozważyć kwestię, czy kary umowne przewidziane w kontrakcie są jedynym środkiem zaradczym w przypadku opóźnienia lub braku dostawy ze strony Naftogazu.

5. Wnioski

5.1. Naftogaz ma obowiązek spełnienia świadczenia

Wziąwszy pod uwagę dotychczasowe ustalenia, należy odnieść się do pytań postawionych na wstępie. W kwestii żądania IUGAS-u dotyczącego wykonania kontraktu na podstawie art. 46 CISG uważam rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego za właściwe i odnoszące się do niego z aprobatą. Kontrakt podlegał wykonaniu i Naftogazowi nie przysługiwało zwolnienie od tego obowiązku. Sąd dokładnie ustalił, że pozwany miał możliwość wypełnienia zobowiązania. Wypada podkreślić jeszcze raz, że Naftogaz w latach 2007—2010 eksportował gaz do Rzeczypospolitej Polskiej, a w 2009 r. łączna ilość dostarczonego surowca wyniosła ok. 9 mln m³ (pkt 309 wyroku). Z całą pewnością fakt ten świadczy o tym, że spółka eksportowała

⁸³ Handelsgericht des Kantons Zürich, 10.02.1999, HG 970238.1, pkt 3.2 d [tłum. własne].

gaz na rynek zewnętrzny, więc twierdzenie o zakazie eksportu gazu jako obiektywnej przeszkodzie jest niezgodne ze stanem rzeczywistym.

Nie mogę podzielić poglądu sądu w kwestii możliwości wywierania wpływu na ustawodawstwo ukraińskie przez Naftogaz (pkt 327 wyroku). Nie powinno się wszak rozpatrywać braku wywierania wpływu na zmiany ustawodawstwa jako niespełnienia warunku przewyższenia przeszkody. Sąd prawidłowo ustalił, że Naftogaz jest w całości własnością państwa ukraińskiego, a wysocy urzędnicy państwowi są członkami rady nadzorczej. Nie daje to jednak spółce uprawnień do osiągnięcia celów gospodarczych dzięki korzystaniu z kompetencji władzy publicznej. Niemniej przesłanki wyłączenia odpowiedzialności na czas trwania przeszkody muszą zostać spełnione kumulatywnie. Należy przyjąć stosowną kwalifikację dla przeszkody, na którą powołał się Naftogaz. Z pewnością wprowadzenie systemu licencji na eksport gazu ziemnego oraz zasady pierwszeństwa zaspokajania potrzeb rynku wewnętrznego było działaniem nagłym, którego nie można było oczekiwać, ponieważ mieściło się w pojęciu „całkowicie nadzwyczajne zdarzenia”⁸⁴. Według mnie wymóg uzyskania licencji oraz niewykonanie kontraktu między Turkmengazem a Naftogazem, o czym wspomniano wcześniej, znacznie utrudniły eksport gazu zgodnie z umową. W świetle analizowanego orzecznictwa można wysnuć wniosek, że przedsiębiorca w chwili zawierania umowy musi wziąć pod uwagę ryzyko zmiany cen i uwzględnić je w umowie: przez stosowny zapis albo adekwatną cenę. Dlatego trzeba stwierdzić, że przywołane fakty stanowiły przeszkodę, której nie można było rozsądnie oczekiwać — w chwili zawierania umowy przedsiębiorca nie mógł odpowiednio uwzględnić w niej takich okoliczności, gdyż dla branży tego rodzaju są one nietypowe.

Wylania się więc pytanie, czy Naftogaz uczynił wszystko, aby przewyższyć przeszkodę. Analizowane orzecznictwo oraz głosy przedstawicieli doktryny określiły działania, które można kwalifikować jako mające na celu przewyższenie siły wyższej⁸⁵. Może to być znalezienie zamiennika odpowiedniego z handlowego punktu widzenia. Z doświadczenia można powiedzieć, że do dostawy gazu ziemnego zazwyczaj używa się albo rurociągów, których budowa jest inwestycją nie tylko długotrwałą, lecz także kosztowną, albo statków, które transportują surowiec do portów, przy czym w tym przypadku i tak powstałaby potrzeba zbudowania rurociągów, które mogłyby przyjąć gaz ze statków morskich i przetransportować do granicy ze Słowacją. Jednak z materiału dowodowego wynika, iż Naftogaz podczas spotkania w 2007 r. zaproponował wyższą cenę na

⁸⁴ Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, s. 6, pkt 8.

⁸⁵ *Macromex Srl v. Globex International Inc.*, 50-181-T-00364-06.

gaz, żeby osiągnąć większą korzyść majątkową. W związku z powyższym należy uznać, że choć twierdził, jakoby nie mógł wykonać umowy z uwagi na siłę wyższą, której nie sposób ani uniknąć, ani przewyciężyć, równocześnie rozpoczął negocjacje zmierzające do uzyskania korzystniejszych warunków realizacji kontraktu. Nie można tego już zdefiniować jako okoliczności, które po zawarciu umowy są wynikiem nieprzewidywalnych i nieuniknionych zdarzeń o wyjątkowym charakterze. Jak podkreślono w orzecznictwie⁸⁶, prawo nie zezwala na korzystanie z nagłego wzrostu cen w celu osiągnięcia większej korzyści majątkowej. W każdym razie sąd ustalił brak współpracy ze strony Naftogazu i niezapewnienie zdolności przesyłowych w ukraińskim systemie gazociągów, ustalił także, że do naruszenia doszło w 2004 r., gdy Naftogaz, zgodnie z wymogiem Gaz-exportu, nie potwierdził umowy z IUGAS-em. Orzecznictwo międzynarodowe traktuje brak współpracy jednej ze stron jako brak dobrej wiary. Obowiązek ten został ustanowiony zarówno przez zwyczaj międzynarodowego prawa handlowego, jak i przepisami konwencji, w szczególności art. 7 ust. 1 CISG.

Konkludując argumentację: zdarzenie, na które powołał się Naftogaz, utrudniło wykonanie kontraktu i nie można go było rozsądnie oczekiwać. Niemniej ze względu na formułę „rozsądnej osoby” [„[...] rozsądna osoba w tej sytuacji nie była zobowiązana (nie można było od niej oczekiwać) wziąć pod uwagę, uniknąć lub przewyciężyć”⁸⁷] trzeba uznać, że Naftogaz miał możliwość wykonania kontraktu, jednak tego nie uczynił. W tej sprawie odnoszę się z aprobatą do rozstrzygnięcia sądu arbitrażowego, który zobowiązał Naftogaz do wykonania kontraktu, i uważam to rozstrzygnięcie za zasadne.

5.2. Naftogaz nie ma obowiązku zapłaty odszkodowania

W kwestii obowiązku zapłaty odszkodowania należy rozważyć, czy Naftogaz spełnił przesłanki z art. 79 CISG umożliwiające zwolnienie się od odpowiedzialności odszkodowawczej. Przypomnę, że musi chodzić o zdarzenie, którego nie można było rozsądnie przewidzieć w chwili zawarcia umowy, a także przewyciężyć ani uniknąć. W art. 79 ust. 4 mowa jest o terminowym powiadomieniu kontrahenta o pojawieniu się przeszkody. Jak zaznaczono przy omówieniu zagadnienia wykonania kontraktu, Naftogaz mógł przewyciężyć przeszkodę albo w każdym razie zrobić wszystko, co w jego mocy, bez zagrożenia dla własnego istnienia, żeby

⁸⁶ *Macromex Srl v. Globex International Inc.*, pkt 36.

⁸⁷ *Macromex Srl v. Globex International Inc.*, pkt 29 [tłum. własne].

wykonać umowę, jednak tego nie uczynił. W związku z tym IUGAS nie mógł zawrzeć umów odsprzedaży, wskutek czego utracił korzyści w postaci spodziewanego zysku. Ustalając wysokość takiego zysku, można się posłużyć formułą Federalnego Sądu Najwyższego Szwajcarii⁸⁸, zdaniem którego odszkodowanie w przypadku braku zakupu zastępczego jest to odszkodowanie, które można by uzyskać, gdyby dokonano takiego zakupu (a więc bez różnicy między cenami). W odniesieniu do zagadnienia szkód niematerialnych (utrata reputacji, która została uznana za szkodę w rozumieniu przepisów CISG, zgodnie z orzeczeniem Sądu Okręgowego w Barcelonie)⁸⁹ IUGAS nie przedstawił dowodów pozwalających stwierdzić taką szkodę. Biorąc pod uwagę wskazane fakty, trzeba zaznaczyć, że Naftogaz miał obowiązek wykonania kontraktu, który był ważny (co stwierdził sąd arbitrażowy w orzeczeniu) oraz skuteczny. W obliczu powstałych przeszkód w spełnieniu świadczenia Naftogaz nie dokonał jednak zakupu zastępczego, a zatem nie zrobił wszystkiego, co w jego mocy, żeby wykonać postanowienia kontraktu, czyli nie przewyciężył przeszkody, jak tego wymaga art. 79 CISG.

Należy krótko omówić każdy z tych zarzutów na podstawie przytoczonych argumentów i wywieść stosowne wnioski w kwestii obowiązku zapłaty odszkodowania.

1. Zarzut naruszenia kontraktu wskutek braku jego ochrony w ramach ukraińskiego systemu pozwoleń eksportowych, w którym Naftogaz ma dominującą rolę, uważam za wątpliwy. Zwolnienie od odpowiedzialności odszkodowawczej jest możliwe, gdy zostaną spełnione łącznie wcześniej analizowane przesłanki. IUGAS sugeruje, że Naftogaz nie spełnił przesłanki przewyciężenia przeszkody, w związku z czym nie można go zwolnić od odpowiedzialności odszkodowawczej. Środkiem przewyciężenia przeszkody może być zamiennik rozsądny z handlowego punktu widzenia. Bez wątpienia środek ten ma charakter przykładowy, a konkretny wybór zależy od stanu faktycznego, lecz wykładnia taka sugeruje, iż musi to być środek możliwy do zastosowania przez przedsiębiorcę, na którym ciąży obowiązek wykonania umowy. Dlatego według mnie wątpliwości budzi ocena wpływu Naftogazu na ukraińskie organy państwowe. Naftogaz jest przedsiębiorcą, a brak wpływu przedsiębiorcy na decyzję uprawnionych organów władzy państwowej nie może być rozumiany jako brak przewyciężenia przeszkody, toteż nie sposób wywodzić z tego roszczeń odszkodowawczych.

2. Zarzut naruszenia kontraktu wskutek braku jego ochrony w ramach TPA i kolejnych umów również nie zasługuje na uwzględnienie.

⁸⁸ Schweizerisches Bundesgericht, 4A_440/2009.

⁸⁹ Audiencia Provincial de Barcelona, 20.06.1997, 755/95-C.

Jak zostało ustalone, niepodpisanie TPA przez Naftogaz skutkowałby nieodwracalnymi konsekwencjami dla gospodarki ukraińskiej, ponieważ rosyjski gaz dostarczany na podstawie umowy między Naftogazem, Gazpromem i RosUkrEnergo oraz następnych umów nie mógł być eksportowany (pkt 268 wyroku). Zgodnie z przeprowadzoną analizą przewyższenie przeszkody nie może polegać na działaniu „za wszelką cenę”, zatem Naftogaz nie ma obowiązku zapłaty odszkodowania z tytułu braku ochrony kontraktu w ramach TPA i kolejnych umów. Przewidywały one zakaz reeksportu gazu pochodzenia rosyjskiego i należy przyjąć, że warunkiem ich zawarcia był właśnie ów zakaz. Co więcej, Gazexport (spółka zależna Gazpromu) podpisał umowę na dostawę gazu z Turkmengazem, o czym poinformowano Naftogaz. 29 grudnia 2005 r. został on też powiadomiony, że gaz pochodzenia turkmeńskiego od 1 stycznia 2006 r. nie będzie dostarczany (pkt 183 wyroku). Mając na uwadze brak dostawy gazu zarówno od Gazpromu, jak i od Turkmengazu, trzeba uznać, że Naftogaz zawarł TPA w celu uniknięcia nieodwracalnej szkody dla gospodarki Ukrainy. Co także istotne, podpisał TPA 4 stycznia 2006 r., a więc po tygodniu od dnia otrzymania zawiadomienia od Gazpromu. Okoliczność taka świadczy o tym, że nie mógł wynegocjować warunków umowy, ponieważ umowy na dostawę gazu zazwyczaj są długo negocjowane (jest to zwyczajowo przyjęte w branży). Z wymienionych powodów należy stwierdzić, iż rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego jest uzasadnione.

3. Zarzuty naruszenia kontraktu wskutek braku współpracy i zapewnienia zdolności przesyłowych w ukraińskim systemie gazociągów, braku lojalnego wynegocjowania pierwotnej ceny uzgodnionej w kontrakcie oraz braku współdziałania w dobrej wierze i udzielania właściwych odpowiedzi, opisane w podrozdziale 2.3 pkt 2, 6 i 7 niniejszej glosy, ze względu na ich podobny charakter zostaną rozpatrzone łącznie. Spośród zasad, na których opiera się konwencja, przeważająca część doktryny uznaje dobrą wiarę za zasadę przewodnią w kontekście interpretacji postanowień umowy i stosunku prawnego pomiędzy stronami⁹⁰. Co więcej, zasadę dobrej wiary uważa się za narzędzie interpretacyjne, które ma na celu wydanie sprawiedliwego rozstrzygnięcia, a jej odzwierciedleniem jest np. wspomniany art. 28 CISG pozostawiający sądowi luz decyzyjny w momencie, gdy wykonanie świadczenia jest niemożliwe. Wcześniej ustalono, że brak dobrej wiary ma wyłącznie charakter pomocniczy dla rozstrzygnięcia, czy stronie przysługuje zwolnienie od odpowiedzialności odszkodowawczej na podstawie art. 79 CISG. W razie zastosowania

⁹⁰ U. Magnus, *Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht*, „*Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*” 1995, Bd. 59, H. 3/4, s. 469 i nn.

art. 74 CISG zarzut taki nie może być samodzielny i stanowić podstawy żądania odszkodowania.

W okolicznościach analizowanego przypadku należy również powiedzieć, że naruszenie umowy nastąpiło wiosną 2004 r., lecz IUGAS nie sygnalizował zamiaru wniesienia roszczenia o odszkodowanie aż do wezwania Naftogazu na arbitraż z 17 stycznia 2008 r. (pkt 460 wyroku). Niezawiadomienie strony w rozsądnym terminie o możliwości wniesienia sprawy do sądu jest niezgodne z zasadą dobrych obyczajów kupieckich oraz obowiązkiem wzajemnego informowania się kontrahentów, na których to regułach opiera się CISG. Ponadto zachowanie takie jest sprzeczne z zasadą *venire contra factum proprium*, która zakazuje nieuczciwego zachowania obu stron⁹¹. Mając na uwadze powyższe, brak zawiadomienia przez IUGAS o możliwości skierowania sprawy na drogę sądową powinno się ocenić jako nieuczciwe zachowanie. Dlatego za niezasadniony trzeba uznać zarzut naruszenia umowy poprzez brak lojalnego wynegocjowania pierwotnej ceny uzgodnionej w kontrakcie pomimo starań IUGAS-u oraz brak współdziałania w dobrej wierze i udzielania właściwych odpowiedzi na liczne propozycje IUGAS-u dotyczące realizacji kontraktu. Co prawda Naftogaz naruszył umowę, jednakże IUGAS w konsekwencji braku własnej współpracy utracił prawo do odszkodowania. Sąd w tej sytuacji podjął właściwe rozstrzygnięcie, które zasługuje na aprobatę.

4. Zarzuty naruszenia kontraktu przez niedostarczenie gazu na żądanie oraz niezapewnienie realizacji kontraktu dzięki nabywaniu gazu na rynku międzynarodowym także muszą zostać rozpatrzone łącznie, ponieważ, jak już ustalono, zaproponowanie przez sprzedającego odpowiedniego zamiennika handlowego stanowi narzędzie przezwyłączenia przeszkody w razie niespełnienia świadczenia, a więc nie ma podstaw, żeby dzielić je na dwa odrębne zarzuty. Należy przypomnieć, iż według sądu arbitrażowego na podstawie art. 6 pkt 2 umowy środkiem zaradczym w przypadku niedostarczania gazu na żądanie są kary umowne, dlatego zbadania wymaga stosunek między karami umownymi a odszkodowaniem na gruncie CISG.

Zagadnienie kar umownych nie zostało *expressis verbis* uregulowane przez CISG. Istnieje kilka poglądów w kwestii ich pozycji w systemie CISG. Według pierwszego stanowią one lukę zewnętrzną i w tym przypadku należy stosować prawo właściwe, zgodnie z art. 7 ust. 2 konwencji⁹². Stanowisko takie popiera większa część doktryny⁹³, lecz istnieją

⁹¹ S. Ferreri, *Remarks concerning the implementation of the CISG by the courts (the seller's performance and article 35)*, „Journal of Law and Commerce” 2006, vol. 25, s. 235.

⁹² M. Pazdan, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 135, pkt 26.

⁹³ M.A. Zachariasiewicz, *Konwencja wiedeńska o międzynarodowej sprzedaży towarów a inne akty ujednoliconego prawa umów ze szczególnym uwzględnieniem*

również głosy, które go nie podzielają⁹⁴. Przyjmując zaś pogląd na kary umowne jako materię podlegającą statutowi kontraktowemu, powinno się stosować przepisy prawa szwedzkiego, zgodnie z art. 8 ust. 8.2 umowy. Co więcej, konwencja na podstawie art. 4 CISG wyraźnie wyłączyła swoje zastosowanie w aspekcie ważności umowy oraz jej postanowień. Zagadnienia prawa kontraktowego rozstrzyga w prawie szwedzkim art. 36 ustawy o umowach i innych dokumentach prawnych z zakresu prawa majątkowego⁹⁵. Niemniej warto zwrócić uwagę, że ten akt normatywny odnosi się głównie do umów, w których jedna strona jest konsumentem. W omawianej sprawie obie strony są przedsiębiorcami, którzy prowadzą działalność gospodarczą, w szczególności w zakresie handlu gazem ziemnym, w związku z czym trudno uznać jednego z nich za konsumenta. Taki wniosek potwierdza doktryna⁹⁶. Wszakże art. 36 wspomnianej ustawy znajdzie zastosowanie w relacjach B2B, gdy dane postanowienie umowne sporządzone zostało w celu zapewnienia stronie, która nie naruszyła umowy, odszkodowania nadmiernie przekraczającego szacowaną przyszłą szkodę⁹⁷. Ponieważ w trakcie postępowania ustalono, że umowę w całości sporządził Naftogaz, opierając się na wykorzystywanym przez siebie wzorcu⁹⁸, w tym postanowieniach dotyczących kar umownych, to powoływanie się na ich nieuzasadniony charakter jest wątpliwe.

Trzeba przeanalizować także pogląd odmienny, zgodnie z którym kary umowne są integralną częścią systemu odszkodowań przysługujących wierzycielowi. Problematyka kar umownych w kontekście konwencji wykracza poza ramy niniejszej glosy, toteż zasygnalizuję stosowne poglądy i w ich świetle wysunę odpowiednie wnioski. Przyjąwszy pogląd

odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2007, t. 2, s. 31; J. Graves, *Penalty Clauses and the CISG*, „Journal of Law and Commerce” 2012, vol. 30, no. 2, s. 163, <https://doi.org/10.5195/jlc.2012.2>; M. Pazdan, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 135, pkt 39; J. Jakubowski, *Konwencja ONZ dotycząca przedawnienia roszczeń z międzynarodowej sprzedaży towarów*, „Państwo i Prawo” 1975, nr 1, s. 84; H. Stoll, G. Gruber, w: *Commentary on the UN Convention...*, s. 811–812.

⁹⁴ B. Zeller, *Penalty Clauses: Are They Governed by the CISG?*, „Pace International Law Review” 2011, vol. 23, no. 1, article 1, s. 1–14, <https://doi.org/10.58948/2331-3536.1311>.

⁹⁵ „Warunek umowy może ulec zmianie lub można go zignorować, jeśli jest nieuzasadniony, biorąc pod uwagę treść umowy, okoliczności jej przygotowywania i/lub podpisywania, okoliczności późniejsze itp. Jeżeli warunek ma takie znaczenie dla tej umowy, że nie można zasadnie żądać dalszego obowiązywania umowy bez zmiany jej treści, to umowa może zostać zmieniona także w innym zakresie lub całkowicie zignorowana” [tłum. własne].

⁹⁶ Ch. Ramberg, *Swedish Case Note on the Penalty Clause Decisions by the UK Supreme Court*, „European Review of Private Law” 2017, vol. 25, issue 1, s. 244, <https://doi.org/10.54648/erpl2017016>.

⁹⁷ Ch. Ramberg, *Swedish Case Note...*, s. 244.

⁹⁸ Wyrok odrębny, s. 68, pkt 414.

wyluczający kary umowne z zakresu regulacji CISG, należy stwierdzić, iż nie stanowią one odszkodowania, które przysługuje stronie na podstawie art. 74 konwencji. Aczkolwiek są uzasadnione głosy dopuszczające stosowanie przepisów CISG do kar umownych jako odszkodowania ustalonego w kontrakcie na wypadek naruszenia umowy⁹⁹. Przemawiają za tym przekonujące argumenty. Doktryna też podkreśla, że kary umowne stanowią część systemu odszkodowań przysługujących wierzycielowi, ponieważ mają charakter kompensacyjny, a w CISG istnieje taki system¹⁰⁰. Klauzule karne są wyliczane w taki sposób, aby zrekompensować szkody, jeśli zostanie naruszona umowa¹⁰¹. Uważa się kary umowne za optymalne rozwiązanie, gdyż CISG uzależnia kwotę odszkodowania od czynnika przewidywalności, najlepszym zaś spełnieniem kryterium przewidywalności straty jest określenie w samej umowie kwoty, jaka przysługuje stronie w razie naruszenia umowy¹⁰².

Mając na uwadze owe argumenty, należy przyjąć pogląd, że kary umowne stanowią odszkodowanie w rozumieniu art. 74 CISG. Bez wątpienia regulacja konwencyjna nie jest wyczerpująca, dlatego badanie ważności kar umownych, zgodnie z art. 4 CISG, przebiega na podstawie przepisów prawa właściwego (statutu subsydiarnego umowy) — w omawianej sprawie są to przepisy prawa szwedzkiego. Przykładem zastosowania przepisów w taki sposób jest wyrok, w którym MSAFR stwierdził, że zapłata kary w przypadku opóźnienia w dostawie miała charakter wyłączny i umowa nie przewidywała wypłaty odszkodowania ponad kwotę należną zgodnie z klauzulą o karze umownej. Podobne stanowisko przyjęto w wyroku Sądu Gospodarczego w Mińsku, w którym uwzględniono powództwo o zapłatę oraz roszczenie odszkodowawcze, ale na podstawie prawa krajowego zmieniono wysokość zasądzzonego odszkodowania, gdyż

⁹⁹ J. Klatka, G. Żmij, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 606, pkt 18 (według autorów nie ma przeszkód, aby takie kary zostały wprowadzone do umowy — wówczas rekompensata szkody nastąpi przez zapłatę ustalonej kary umownej); D. Tallon, in: *Commentary on the international sales law: the 1980 Vienna Sales Convention*, eds. C.M. Bianca, M.J. Bonnell, Giuffrè, Milan 1987, s. 589 (którego zdaniem przepisy konwencji znajdują zastosowanie tylko przy karach umownych zastępujących odszkodowanie); D.P. Flambouras, *The Doctrines of Impossibility of Performance...*, s. 281—282 (uważa on, że wszystko zależy od tego, czy takie klauzule zostaną zakwalifikowane jako odszkodowanie — gdy przyjmujemy, że mają charakter kompensacyjny, to dłużnik będzie miał obowiązek pieniędzy wynikający z klauzuli o karze umownej, dlatego może zostać zwolniony z obowiązku zapłaty kar, jeżeli zostaną spełnione warunki określone w art. 79 CISG); B. Zeller, *Penalty Clauses...*, s. 7.

¹⁰⁰ B. Zeller, *Penalty Clauses...*, s. 7.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Ibidem, s. 10.

kara umowna była nadmiernie wysoka¹⁰³. Odszkodowanie nie może przekroczyć górnej granicy naliczonych kar umownych, których szacowanie stało się przedmiotem wyroku końcowego. Dlatego z uwagi na charakter dyspozytywny art. 74 konwencji oraz na art. 6 — odzwierciedlający zasadę autonomii woli, uznawaną za zasadę ogólną międzynarodowego prawa handlowego — należy zaaprobować wnioski sądu arbitrażowego. Sprzedający jest zobowiązany do zapłacenia kar umownych, które stanowią integralną część systemu odszkodowań, toteż przyznanie kupującemu prawa do dodatkowego odszkodowania byłoby bezzasadne, skoro strony wyraźnie rozstrzygnęły tę materię w umowie.

Z kolei zarzut niezapewnienia realizacji kontraktu poprzez nabywanie gazu na rynku międzynarodowym dotyczy kroku, który Naftogaz powinien był poczynić, aby zrealizować umowę. Jak ustalono, uchybił temu obowiązкови, zatem nie może zostać zwolniony na podstawie art. 79 CISG od odpowiedzialności odszkodowawczej. Jednakże sędzę, że strona w tym przypadku ma obowiązek zapłacenia wyłącznie kar umownych, które są częścią systemu odszkodowań, czyli uważam stanowisko sądu za zasadne.

Na marginesie należy dodać, że skoro umowa nigdy nie została wykonana, to ustalenie wysokości szkody na zasadach ogólnych wydaje się skomplikowane. Wcześniej wskazano przyczynę: brak umów sprzedaży między IUGAS-em a innymi podmiotami, które to umowy mogłaby przedłożyć strona w celu oszacowania utraconego zysku zgodnie z opisaną formułą¹⁰⁴. Równie trudno ustalić dokładną szkodę niematerialną, którą poniósł IUGAS, ponieważ nie przywołał on żadnych argumentów ani faktów mogących ją udowodnić. Niemniej w jednej z analizowanych spraw sąd posłużył się formułą różnicy między ceną uzgodnioną przez strony a ceną zakupu zastępczego. Jeżeli kupujący nie dokonał takiego zakupu, choć mógł to zrobić w rozsądny sposób, odszkodowanie zostaje obniżone do tej kwoty, którą mógłby uzyskać, gdyby go dokonał¹⁰⁵. Stosując tę formułę do rozpatrywanej tu sprawy, dojdzie się do następujących wniosków: cena uzgodniona wynosiła 110 dolarów za 1000 m³ gazu ziemnego, a cena, którą zaproponował Naftogaz podczas negocjacji w 2007 r., wynosiła 285 dolarów za 1000 m³ (pkt 205 wyroku), czyli różnica wynosi 175 dolarów za 1000 m³. Jeśliby IUGAS zakupił u innego producenta gaz ziemny, którego cena wynosiłaby 285 dolarów za 1000 m³ (przyjmując, że to jest cena gazu zastępczego), w identycznych ilościach z tymi, które zostały uzgodnione między Naftogazem a IUGAS-em, tj. 1,3 mld m³ rocznie, to mógłby domagać się odszkodowania w wysokości 227 500 000 dolarów

¹⁰³ Economic Court of the City of Minsk, 10.04.2008, CLOUT case 961, https://www.uncitral.org/clout/clout/data/blr/clout_case_961_leg-2748.html.

¹⁰⁴ Schweizerisches Bundesgericht, 4A_440/2009, część C, pkt 4.

¹⁰⁵ Schweizerisches Bundesgericht, 4A_440/2009, część C, pkt 5, zdanie 1—3.

za każdy rok niewykonania kontraktu. Taki rachunek (aczkolwiek wyłącznie szacunkowy) pokazuje, na jakiej podstawie można wyliczyć szkodę, którą poniosła spółka. Niemniej, jak zaznaczyłem, zagadnienie to jest niezmiernie skomplikowane, ponieważ w tymże orzeczeniu sąd na mocy regulacji krajowych stwierdził, iż strona powodowa nie przedstawiła umowy odsprzedaży z konkretnymi nabywcami towaru, zatem nie udowodniła szkody. Podkreślić należy jednak, że wysokość zasądzonych kar umownych wyczerpywała roszczenia IUGAS-u. Na marginesie zaznaczę, że za okres od 25 sierpnia 2008 r. do 17 października 2010 r. sąd arbitrażowy zobowiązał Naftogaz do zapłaty kar umownych w wysokości 12 718 486 dolarów¹⁰⁶, czyli równowartość 37 698 864 zł zgodnie z kursem walut NBP z 31 grudnia 2010 r.

6. Podsumowanie

Podsumowując, stwierdzam, że omawiany wyrok Sądu Arbitrażowego w Sztokholmie należy zaaprobować. Według mnie sąd właściwie zastosował przepisy konwencji do analizowanej sprawy, trafnie ustaliwszy charakter umowy zawartej między IUGAS-em a Naftogazem. Zastosowanie przepisów CISG jest skutkiem trafnego zakwalifikowania gazu ziemnego jako towaru w rozumieniu konwencji. Sąd prawidłowo przyjął również, iż strona może być zwolniona z obowiązku spełnienia świadczenia. Natomiast trzeba podkreślić, że takiego rodzaju zwolnienie ma charakter czasowy, co oznacza, że strona ma prawo do niespełnienia świadczenia przez okres trwania przeszkody na podstawie art. 7 ust. 2 CISG lub może zostać zwolniona z obowiązku spełnienia świadczenia na podstawie art. 28 CISG w związku z zastosowaniem prawa właściwego. W powyższej kwestii nie ma jednolitego stanowiska. Co więcej, sąd celnie uznał, że Naftogazowi nie przysługiwało zwolnienie zgodnie z art. 79 CISG z zobowiązania do dostarczania gazu. Należy również odnieść się z aprobatą do twierdzenia, że IUGAS-owi nie przysługiwało prawo domagania się zapłaty odszkodowania na zasadach ogólnych. Sąd trafnie wskazał, że środkiem zaradczym są w tym zakresie kary umowne.

Na zakończenie pragnę dodać, iż omawiana sprawa jest skomplikowana zarówno z uwagi na jej stan faktyczny, w szczególności liczbę zdarzeń zewnętrznych, które wpłynęły na zachowania kontrahentów, jak i z uwagi na stan prawny. W niniejszej glosie zostały poruszone niezwykle

¹⁰⁶ Wyrok końcowy, pkt 274.

kontrowersyjne zagadnienia dotyczące np. relacji między brakiem spełnienia świadczenia a przesłankami zwolnienia od odpowiedzialności w ramach CISG lub stosunku kar umownych do systemu odszkodowań. Mimo wszystko wydaje się, że podjęte przez sąd arbitrażowy, moim zdaniem, słuszne rozstrzygnięcia będą miały ważne znaczenie dla kształtowania się linii orzeczniczej oraz doktryny prawa międzynarodowego prywatnego na tle postanowień konwencji. Pozwala to wierzyć, iż regulacje te będą jednolicie interpretowane, a więc zostanie zrealizowana jedna z jej ogólnych wytycznych, wskazana w art. 7 ust. 1 — dążenie do jednolitego stosowania jej przepisów.

Bibliografia

- Brölsch M., *Schadenersatz und CISG*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2007.
- Ferreri S., *Remarks concerning the implementation of the CISG by the courts (the seller's performance and article 35)*, „Journal of Law and Commerce” 2006, vol. 25, s. 223—239.
- Flambouras D.P., *The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus Sic Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law — A Comparative Analysis*, „Pace International Law Review” 2001, vol. 13, issue 2, s. 261—293, <https://doi.org/10.58948/2331-3536.1212>.
- Graves J., *Penalty Clauses and the CISG*, „Journal of Law and Commerce” 2012, vol. 30, no. 2, s. 153—172, <https://doi.org/10.5195/jlc.2012.2>.
- Iversen T., *Scandinavian Contract Law and Its Implication on CISG — the Danish Approach*, „Scandinavian Studies in Law” 2012, vol. 57, s. 107—115.
- Jakubowski J., *Konwencja ONZ dotycząca przedawnienia roszczeń z międzynarodowej sprzedaży towarów*, „Państwo i Prawo” 1975, nr 1, s. 81—84.
- Johansson J., *Möjligheterna att upprätthålla en avtalsrelation vid ändrade förhållanden — särskilt om omförhandling och medling*, Juridiska fakulteten vid Lunds universitet, 2008, <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1558794&fileId=1564773> [dostęp: 3.12.2024].
- Konwencja wiedeńska o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów. Komentarz*, red. M. Pazdan, Zakamycze, Kraków 2001.
- Magnus U., *Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht*, „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” 1995, Bd. 59, H. 3/4, s. 469—494.
- Magnus U., *The Scandinavian Reservation under Art. 92 CISG*, „Scandinavian Studies in Law” 2012, vol. 57, s. 195—216.

- Napierała J., *Odpowiedzialność eksportera i importera za naruszenie umowy sprzedaży towarów*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1998.
- Pazdan M., *Odgraniczenie umowy sprzedaży od umów o świadczenie usług na tle Konwencji wiedeńskiej o międzynarodowej sprzedaży towarów*, w: *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Profesora Antoniego Agopszowicza*, red. R. Mikosz, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2000, s. 166—175.
- Rajski J., *Jednolite zasady wykładni przepisów Konwencji o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1999, z. 3, s. 415—427.
- Rajski J., *Swoboda umów w ujęciu przepisów Konwencji Wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów*, w: *Studia z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci profesor Biruty Lewaszkiewicz-Petrykowskiej*, red. A. Szpunar et al., Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1997, s. 263—277.
- Ramberg Ch., *Swedish Case Note on the Penalty Clause Decisions by the UK Supreme Court*, „European Review of Private Law”, 2017, vol. 25, issue 1, s. 241—253, <https://doi.org/10.54648/erpl2017016>.
- Rushiti A., *Förrättsläran — En rättsregel i svensk rätt?*, Lunds universitet, 2017, <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=8912973&fileId=8912976> [dostęp: 3.12.2024].
- Schwenzer I., in: *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Hrsg. I. Schwenzer, Ed. 5, C.H. Beck, München 2008.
- Stoll H., Gruber G., in: *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, eds. I. Schwenzer, U.G. Schroeter, Oxford University Press, Oxford 2005.
- Tallon D., in: *Commentary on the international sales law: the 1980 Vienna Sales Convention*, eds. C.M. Bianca, M.J. Bonnell, Giuffrè, Milan 1987.
- Wójtowicz E., *Sprzedaż konsumencka w konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów i w kodeksie cywilnym*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2018, t. 112, s. 245—258, <https://doi.org/10.19195/0137-1134.112.16>.
- Zachariasiewicz M.A., *Konwencja wiedeńska o międzynarodowej sprzedaży towarów a inne akty ujednoliconego prawa umów ze szczególnym uwzględnieniem odpowiedzialności kontraktowej dłużnika*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2007, t. 2, s. 29—53.
- Zeller B., *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oceana Publications, Dobbs Ferry 2005.
- Zeller B., *Penalty Clauses: Are They Governed by the CISG?*, „Pace International Law Review” 2011, vol. 23, no. 1, article 1, <https://doi.org/10.58948/2331-3536.1311>.



Yuliya Chernyak^{a)}

 <https://orcid.org/0009-0001-6968-1882>

Child Abduction and Cross-Border Child Protection in Times of Russian-Ukrainian War: Challenges and Comments on the Case-Law

Abstract: Unfortunately, Ukrainian children and their parents are faced with a lot of serious challenges to their rights and the situation as a result of Russian-Ukrainian war. Taking into account these challenges, the author focuses on the rules of two Hague Children's Conventions: Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and 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.

One of the aims of the article is to compare court decisions, delivered in child abduction cases by Ukrainian courts and courts of the foreign states after February 24, 2022, in order to answer the question about the influence of issues of the security situation in Ukraine on the application of Article 13 (1) (b) of the 1980 Hague Convention.

Attention is also paid to Article 21 of the 1980 Hague Convention and the institution of provisional measures of the 1996 Hague Convention that can be imposed in international child abduction cases, as alternative ways of (judicial) protection of the rights of parents-citizens of Ukraine who remained in Ukraine and lost contact with their children as a result of their removal abroad.

The article also deals with specific issues of jurisdiction of the cases on determining the place of residence under the 1996 Hague Convention and peculiarities of the proceedings on establishing the fact of birth of a child on the temporarily occupied territories

^{a)} Assoc. Prof., Institute of International Relations of Kyiv National Taras Shevchenko University, Judge of the Civil Cassation Court within the Supreme Court of Ukraine. E-mail: y.v.chernyak@gmail.com.

of Ukraine, over which Ukraine does not exercise effective control nowadays, particularly applying the rules of the Code of Civil Procedure of Ukraine and the Namibia exception.

All of the abovementioned issues are analyzed, among others, on the basis of the Supreme Court Resolutions.

Keywords: martial law — Ukrainian children — Hague Children's Conventions — child abduction case — jurisdiction — access rights — provisional measures — establishing the fact of birth — temporally occupied territories — Namibian exception

1. Introduction

According to the Office of the General Prosecutor of Ukraine, since February 24, 2022 more than 522 Ukrainian children were killed, more than 1,217 were injured.¹ Ukraine government figures put the number of the forced deportations of Ukrainian children to Russian Federation at 19,500.² Millions of the Ukrainian children became internationally displaced because of the Russian invasion in Ukraine. Nearly 1.3 million children migrated and live in the territory of the European Union. In most cases, Ukrainian children were accompanied only by their mothers in European Union states. They have the temporary protection status under the Council Directive 2001/55/EC on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof (the Temporary Protection Directive 2001/55/EC).³

One of the ways warranted by private international law (hereinafter: PIL) for the Ukrainian children and their parents to protect their family law rights during the Russian-Ukrainian war is the application of the Hague Children's Conventions. The Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction (hereinafter: the 1980

¹ Source: <https://www.gp.gov.ua/?fbclid=IwAR1yX7jh5W6Nb86gBHjc2lGvl6I3bNxsyYuOLVa5lh9dwLV7P5f1IA14RL0> [accessed: 5.02.2024].

² Source: <https://life.pravda.com.ua/society/2023/12/7/258166/> [accessed: 5.02.2024].

³ Council Directive 2001/55/EC on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof — URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2001/55/oj> [accessed: 5.02.2024].

Hague Convention)⁴ is universally accepted instrument that serves to the purpose of the child's return in the cases of the family child abduction, including during and after armed conflicts. The 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 (hereinafter: 1996 Hague Convention)⁵ is applied to ensure the protection of children, with special provisions for the protection of and assistance to children temporarily or permanently deprived of their habitual residence, including in emergency situations, such as war.

2. Child return cases under the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction

Ukraine accessed to the 1980 Hague Convention according to the Law of Ukraine from January 11, 2006, and it entered into force for Ukraine on September 1, 2006.⁶

At the time, when the 1980 Hague Convention was still at the draft stage, it was assumed that the most likely defendant in child abduction cases would be a father deprived of custody rights who decides unilaterally to remove the child to another place of residence. In fact, the modern reality in Ukraine, as a result of Russia's armed aggression, turned out to be completely different. In the great majority of claims filed under the 1980 Hague Convention, the status of defendant has mother who went abroad with her children during the war. Very often the ground of such claims is not the removal but the retention of a child-citizen of Ukraine who left Ukraine following the verbal agreement of the left-behind father, and these circumstances may be seen by the fathers as wrongful retention of children by their mothers from their usual place of residence in Ukraine. We can model a typical situation that forces a parent, a citizen of Ukraine,

⁴ Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=24> [accessed: 5.02.2024].

⁵ 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: 5.02.2024].

⁶ Law of Ukraine from January 11, 2006 on the Accession of Ukraine to the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of 1980, "Bulletin of Verkhovna Rada of Ukraine" 2006, № 43.

to apply to the Ministry of Justice of Ukraine (as the body performing the functions of the Central Authority under the 1980 Hague Convention) with a request for assistance in returning the child to Ukraine: in February 2022 after the outbreak of war in Ukraine children came to the Republic of Poland with their mothers upon the consent of their father, but in September 2023 the said mothers did not agree to return with children to Ukraine, and these circumstances may be seen by the fathers as alleged wrongful retention of children by their mothers from their usual place of residence in Ukraine.

It is necessary to remind that in March 1, 2022 the Cabinet of Ministers of Ukraine changed the rules for crossing the state border by citizens of Ukraine, approved by Resolution No. 57 dated January 27, 1995, and simplified the procedure for going abroad, in particular: for leaving Ukraine by children who have not reached the age of 16, accompanied by one of their parents, grandmother, grandfather, adult siblings, stepmother, stepfather or other persons authorized by one of the parents in a written statement certified by the guardianship and trusteeship body, is carried out without the notarized consent of the other parent.⁷ But it is obvious that the introduction of a simplified procedure for crossing the state border during the martial law in Ukraine is a “secondary” reason for the emergence of judicial disputes in accordance with the Hague Convention of 1980, the main reason, as before the war, is disorder of family relations between parents of children.

The courts of the European Union states have resolved a number of disputes regarding the return of Ukrainian children who have found shelter in the foreign territories. According to the Ministry of Justice of Ukraine, as of January 12, 2024, there were at least eleven cases of actual return of a child to Ukraine after February 24, 2022, on the basis of court decision: the United Kingdom — 2 (1 return to Poland), the Republic of Ireland — 1, Germany — 3, Poland — 1, Hungary — 1, Sweden — 1, Denmark — 2 (1 appeal complaint has been lodged). For example, on October 4, 2022, a Polish court ordered a child’s return to Ukraine and the child was handed over to the applicant in the courtroom; on July 12, 2022, a Swedish court ordered the return of a child from Sweden to Ukraine. An Italian court closed the court proceedings regarding return because the applicant stated at the court hearing that he preferred return of the child after the end of martial law. Courts in Poland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Switzerland, Latvia, Belgium,

⁷ Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine of March 1, 2022, No. 179 on Amendments to the Clause 24 of the Rules for Crossing the State Border by Citizens of Ukraine, “Ofizyinyi Visnuk Ukrainy” 1.04.2022, No. 25.

and Germany closed the proceedings in child abduction cases concerning Ukrainian children by its rulings due to the settlement agreements signed by the parents, which, in particular, provide that the child will stay with the mother abroad until the end of martial law in Ukraine, after that the mother and child will return to Ukraine. The proceedings in a Hungarian court resulted in the mediation agreement. Seven children were returned voluntarily to Ukraine before initiation of the court proceedings regarding return.⁸

But in the majority of cases on a claim for return of the child to Ukraine adjudicated in 2022–2023 the foreign courts delivered non-return decisions (50): Austria — 4, Belgium — 3, Bulgaria — 1, the United Kingdom — 2, Denmark — 1, Estonia — 1, Italy — 2, the State of Israel — 1 (the appeal complaint has been lodged), Mexico — 1, Germany — 6, Norway — 2, Poland — 18, Portugal — 1, Finland — 2, France — 1, Czech Republic — 2, Switzerland — 2. In some cases non-return decision was pursuant to Article 12 (expiration of the one-year period), while in some it was Article 3 of the 1980 Hague Convention as non-grounded application, but mainly it was based on security grounds, with the application of Article 13 (1)(b) of the 1980 Hague Convention for the reason of the war in Ukraine: “returning the child to Ukraine would be associated with a grave risk of physical or psychological harm for the child.” In the motivation part of such non-return decisions courts state that the whole territory of Ukraine has been classified as a warzone since February 24, 2022; from the beginning of the military conflict in Ukraine, Russian forces have been using large numbers of missiles and other long-range artillery weapons which have not just affected eastern Ukraine, but have indeed also hit targets in other parts of the country. A further factor that is also pointed by the courts is the overall development of the conflict, specifically, the fact that there are currently no tangible prospects of the conflict being ended; in fact, the trend appears to be towards further escalation.

A general overview of the practice of foreign courts on consideration of cases on the return of Ukrainian children and experience of the International Hague Network of Judges allows to indicate one of the positive trends: more often the judge of the foreign court deciding upon the Ukrainian child return application asks through the International Hague Network of Judges a Liaison Ukrainian Judge information whether the

⁸ *Main challenges for the Ministry of Justice of Ukraine as the Central Authority for the implementation of the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction during the ongoing military aggression*, HCCH Roundtable, *Cross-border protection of children from Ukraine. Application of HCCH Conventions*, Friday, January 12, 2024 — URL: <https://www.hcch.net/en/secure-portal/other-hcch-meetings/child-protection-ukraine> [accessed: 5.02.2024].

certain region in Ukraine (city or town) is under the occupation by Russia (or are there any military operations in this area). The list of territories, in which warfare is (has been) conducted or which are temporarily occupied by Russia, is approved by the Order of the Ministry for Reintegration of Temporary Occupied Territories of Ukraine of December 22, 2022.⁹ This list is regularly updated. So, in each particular case the Liaison Judge of the International Hague Network of Judges in Ukraine or the Ministry of Justice of Ukraine may provide a foreign court with the information on security situation in the certain region. From my point of view, this information will contribute to a fair and comprehensive consideration of the case, taking into account the best interests of a child.

Martial law is the most common but not the only reason for the judicial authority of the requested State to refuse to order the return of the child to Ukraine on the basis of Article 13(1)(b) of the 1980 Hague Convention. For example, according to one of the cases, which was publicized in the Ukrainian media thanks to the lawyers who represented the father, a citizen of Ukraine. In the said case an Estonian court, considering a case on the return of a child to Ukraine, concluded that the very removal of a child from its place of residence in Ukraine without the consent of the child's father was unlawful within the meaning of Article 3 of the 1980 Hague Convention. However, the court refused to return the child to the father, since several criminal proceedings were opened against the mother in Ukraine under Article 126-1 of the Criminal Code of Ukraine — committing domestic violence against the child and his father. Namely, the court stated that it “may refuse to return the child in a situation where the child's mother cannot travel with this child due to criminal proceedings against her, instigated at the request of the father. And if the child's mother cannot return [to Ukraine], this will cause mental suffering to the child.” Thus, the child remained in Estonia with the mother who illegally took the child away and against whom a pre-trial investigation is being conducted in Ukraine.¹⁰

As for the national courts of Ukraine, in peacetime application of the provisions of the 1980 Hague Convention considered mainly cases on the return of children who were in Ukraine to countries of their permanent

⁹ The regularly updated list of territories where hostilities continue, or are temporarily occupied by the Russian Federation, is available here: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1668-22#Text> [accessed: 5.02.2024].

¹⁰ *Hunting or Caring? The Court Returned the Child of the Ukrainian Woman Who Was Taken Away by the French Social Services*, “Mirrow of the Week,” 20 December 2023 — URL: <https://zn.ua/eng/hunting-or-caring-the-court-returned-the-child-of-the-ukrainian-woman-who-was-taken-away-by-the-french-social-services.htm> [accessed: 5.02.2024].

residence. Since the beginning of its operation (November 2017), the Supreme Court has considered almost 60 cases of this category. During the war years, the number of these cases decreased. On the other hand, the Ministry of Justice of Ukraine receives almost every day the applications for child return from a left-behind parent — a father or a mother, who stayed in Ukraine.

Certainly, martial law in Ukraine has influenced the list of circumstances forming the subject of proof in child abduction cases. Particularly the issues of the security situation and restrictions related to the conduct of hostilities and their consequences are added to the “traditional” circle of legal facts of the subject of proof in this category of cases: 1) the fact that the claimant has custody rights over the child; 2) the fact of exercising these rights (i.e., fulfilling parental rights and responsibilities) by the plaintiff at the time of the illegal transfer of the child; 3) the fact of illegal removal or retention of a child, including proving the child’s permanent (habitual) place of residence; 4) the grounds for which, in accordance with Articles 12, 13 and 20 of the Convention, the issuance of an order for the return of the child may be refused.

As for the the practice of the Civil Cassation Court within the Supreme Court, it indicates that the very fact of the introduction of martial law in the territory of Ukraine is not a sufficient basis for the satisfaction of the claim on returning the child from Ukraine to the state of his/her previous habitual residence. Each case requires the court to examine the entire history of the child’s family relationship with each of his/her parents, to clarify and to compare a number of factors that characterize the child’s life in the state of his/her previous habitual residence and in the state to which he/she was removed or kept against the will of one of the parents.

For instance, in case No. 308/1403/20 on ensuring a Ukrainian child’s return to Hungary, adjudicated by the Supreme Court in April 2023, the Supreme Court revoked the judgment of the appeal court and upheld (with a change of reasons) the judgment of the court of first instance on the refusal to return the child to Hungary. In its resolution the court established that the minor was taken from Hungary to Ukraine by his parents (plaintiff and defendant) on December 21, 2018, the child’s father was also present at the border crossing during his son’s removal and gave verbal consent for the child’s stay with mother in Ukraine. So, at the time of consideration of the case by the court of cassation (the Supreme Court), the child was four-years-eight-months-old, of which only five months the child lived in Hungary, and since December 21, 2018 (i.e. for more than four years) he has been living in Ukraine with his mother. Then the Court concluded that the child is at an age when he needs an emotional connection with his mother, which is the key to his harmonious development.

On the basis of these facts the Court referred to paragraph b of Article 13 of the 1980 Hague Convention (“there is a grave risk that his or her return would expose the child to psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation”) and ruled that a child should not be separated from his mother, the possible separation of the child from his mother and change of his place of residence from Ukraine to Hungary, where the child does not know anyone from the father’s side of the family, will be stressful for him, will cause him psychological harm and will not promote his best interests.¹¹

In the case No. 344/6604/21 the Supreme Court agreed with the conclusion of the court of appeal that the relevant and admissible evidence examined in this case was sufficient to confirm the plaintiff’s right to return the child to the Kingdom of Spain. The defendant (mother) did not prove the circumstances of the child’s acclimatization and socialization in Ukraine (the state to which the child was removed). In its resolution the court also referred to the security factor and noted that Ukraine as the Contracting State to the 1989 Convention on the Rights of the Child has an obligation to ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child (Article 6 of the Convention). When assessing the return of a child to the Kingdom of Spain it is necessary to take into account the introduction of martial law in Ukraine under the Decree of the President of Ukraine No. 64/22 at 5:30 a.m. on February 24, 2022.¹²

Due to the objective circumstances (war, removal of a child abroad and settlement of a child in his or her new environment), situations when one of the parents applies to the court with the demand to return a child after expiration of one year period, provided in Article 12 of the 1980 Hague Convention, and as a result the authority refuses to order the return of a child, are frequent.

This leads to the reduction of the number of cases on the return of a child. At the same time the issue of other, alternative ways of (judicial) protection of the rights of parents-citizens of Ukraine who remained in Ukraine and lost contact with their children as a result of their removal abroad, becomes more relevant. It seems relevant to remind that the purpose of the 1980 Hague Convention, despite its (full) name, is not only to ensure the immediate return of children illegally removed to or retained in any of the Contracting States, but also “to ensure that rights of custody and of access under the law of one Contracting State are effectively respected in the other Contracting States” (Article 1). The mechanism for

¹¹ Resolution of the SC of April 5, 2023 in the case No. 308/1403/20 — URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110147132> [accessed: 5.02.2024].

¹² Resolution of the SC of April 23, 2023 in the case No. 344/6604/21 — URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109854954> [accessed: 5.02.2024].

implementing this task of the Convention is defined by Article 21 of Chapter IV “Rights of Access.” Therefore, the parent who is currently deprived of the possibility to see and communicate with the child can apply for the implementation of the right on access to the child who lives in a foreign country. As for the practice of applying Chapter IV (Article 21 of the Convention) by Ukrainian courts, it is currently insignificant compared to the application of Chapter III “Return of Children.”

Another possible way to protect the right to access is to apply to the foreign court of the country where the child currently lives with a statement on the application of temporary protective measures. Article 7(b) of the 1980 Hague Convention imposes on the Central Authorities the obligation to take all appropriate measures to prevent further harm to the child or prejudice to interested parties by taking or causing to be taken provisional measures. The 1980 Hague Convention is supplemented by the 1996 Hague Convention, which distinguishes two types of provisional measures that can be imposed in international child abduction cases. These are measures for which the authority of the Contracting State where the child is habitually resident has jurisdiction (Article 5) and urgent protective measures that are imposed by the authority of the Contracting state where the child is unlawfully resident (Article 11). Urgent protective measures referred to in Article 11 may be taken by the authorities of any Contracting State in whose territory the child or assets belonging to the child are present, but only in cases of urgency.¹³ According to the part 1 of Article 11 of the 1996 Convention the hosting countries have jurisdiction to take urgent measures only. And in compliance with part 2 of Article 11 of the Convention, such urgent measures with regard to a child habitually resident in Ukraine shall lapse as soon as the authorities which have jurisdiction under Articles 5 to 10, that is Ukraine, have taken the measures required by the situation.

In Ukrainian law, provisional measures correspond to the institution of securing a claim, and during 2021–2023, the Civil Cassation Court within the Supreme Court has already formed the practice of applying this institution in child abduction cases.

In the Resolution of the Supreme Court of February 14, 2022 in the case No. 754/7569/21 (the case on the father’s claim on declaring removal and retention of a child in the territory of Ukraine illegal and the return of the child to his place of permanent residence in Canada) the court concluded that, taking into account the provisions of clause (b) of Article 7(2) and Article 12 of the 1980 Hague Convention, plaintiffs in cases on the

¹³ M. Župan, S. Ledić, M. Drventić, *Provisional Measures and Child Abduction Proceedings*, “Pravni Vjesnik” 2019, Vol. 35, No. 1, pp. 9–31.

return of a child to a foreign country may submit to the court a motion to take measures to secure the claim. In particular, such security measures may include banning a child from crossing the state border of Ukraine in any form of accompaniment. After all, the method chosen by the plaintiff to secure the claim is an adequate measure for the purpose of effective execution of judgment, if it is adopted in favor of the plaintiff. However, this method of securing a claim is only available for categories of disputes under the Convention.¹⁴

Another example of the application of the institution of securing a claim in child abduction case is the Resolution of the Civil Cassation Court of August 31, 2022 in the case No. 545/3933/21 (the case on the father's claim for the return of a child to the previous place of residence in the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland). The plaintiff applied to the Ukrainian court with this claim in December 2021. In January 2022 he filed an application for securing the claim by means of establishing by the court the defendant's obligation to ensure the systematic visits and communication of the child with the father, as well as to provide information about the child. The Supreme Court revoked the resolution of the appeal court and upheld the ruling of the first instance court, which had secured the claim by obliging mother to ensure the visitation and communication of the father with the child during the trial, "taking into account the right of father to personal communication with the child, his attitude to the performance of his duties, the absence of the grounds that limited the right to such communication, as well as the fact that father's meetings with the child and their communication would contribute to the restoration and establishment of emotional relations between father and the child, and this circumstance would correspond to the legal interests of both father and the child, which in turn could eliminate the threat of non-execution or difficulty in the execution of a possible judgment on removing the child."¹⁵

¹⁴ Resolution of the SC of February 14, 2022 in the case No. 754/7569/21 — URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/103871642> [accessed: 5.02.2024].

¹⁵ Resolution of the SC of August 31, 2022 in the case No. 545/3933/21 — URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106264394> [accessed: 5.02.2024].

3. Cases on determining the place of residence of a child under the 1996 Hague Convention: The issue of jurisdiction

The 1996 Hague Convention was adopted by Ukraine on the basis of the Law of Ukraine from September 14, 2006¹⁶ and entered into force for Ukraine on February 1, 2008. The said agreement is known as the Hague Convention on cross-border child protection, because it seeks to give international protection to children of up to 18 years of age by establishing: 1) which country has jurisdiction to employ measures to protect a child or their property; 2) which law is applicable for exercising this jurisdiction; 3) which law applies to parental responsibility; 4) that the protection measures are recognized and enforced in all signatory countries; 5) cooperation between signatory countries (Article 1).

According to the general rule of jurisdiction provided by the Convention, measures directed to the protection of the child's person or property should be taken by the judicial or administrative authorities of the Contracting State of the habitual residence of the child (Article 5).

Articles 6 and 7 of the 1996 Hague Convention set out exceptions to the general rule of jurisdiction, that is, the instances in which jurisdiction may lie with the authorities of a Contracting State in which the child is not habitually resident. These exceptions cover three groups of children: 1) refugee children; 2) internationally displaced children; 3) children who were wrongfully removed or retained.

As to the Ukrainian children under the temporary protection, the National Social Service of Ukraine (Central Authority of Ukraine under the 1996 Hague Convention) has constantly underlined that the Ukrainian children are not refugee children and not the children who, due to disturbances occurring in their country, are internationally displaced. Disturbances, according to glossary, mean expressing dissatisfaction of somebody, protest against somebody or something. "The disturbances occurring in their country" means the threat forcing children to leave their country of habitual residence and to obtain the refugee status due to disturbances caused, for instance, by the government of Ukraine, a so-called internal threat. But current situation demonstrates that Ukrainian

¹⁶ Law of Ukraine from September 14, 2006 on the Accession of Ukraine to the Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, "Bulletin of Verkhovna Rada of Ukraine" 2006, № 43.

children have left and are still leaving Ukraine for a reason of disturbances caused by Russia's aggression, a so-called outside threat. What the cases mentioned in Article 6 of the Convention, such as fleeing from disturbances occurring in their country and obtaining a refugee status, have in common is the reason that is the threat coming from the country of habitual residence.¹⁷ So, it is necessary to stress that Ukraine is not the country creating dangerous life conditions for the children but the aggressor state is Russia. The Ukrainian children were fleeing from military aggression of the neighboring country but not from disturbances caused by the Ukrainian power. Hence, Ukraine as the country is not a source of threat to them. The Ukrainian children have left Ukraine to be granted temporary protection in the territories of foreign states. Exactly in view of this fact, Article 6 of the Convention shall not be applied to the Ukrainian children. Article 5 of the Convention is to be applied following mentioned above.

The "habitual residence of the child" provided by the Article 5 of the 1996 Hague Convention as jurisdictional criterion corresponds to the interests of both the child and justice, and seems quite logical. The judicial or administrative authorities of the Contracting State of the habitual residence of the child are geographically most accessible to the child and can objectively examine the conditions of the child's living and upbringing. From this point of view, general jurisdictional rule of the 1996 Hague Convention prevails over the rules of jurisdiction laid down in the bilateral treaties of Ukraine on legal relations and legal assistance in civil and family matters, which are based on child's nationality as the criterion of jurisdiction in cases concerning legal relations between children and parents.¹⁸ So, national courts of the Contracting States of the 1996 Hague Convention may apply its ground of jurisdiction in a much larger number of cases concerning children-Ukrainian citizens than it is possible under the jurisdictional rules of the bilateral treaties of Ukraine with these states.

On the other hand, the concept of habitual residence of the child, both as the jurisdiction rule and as conflict of laws principle, is not easy to apply and raises a number of practical issues. Because the concept of "habitual residence" is not defined by the 1996 Hague Convention or any other

¹⁷ Report of the National Social Service of Ukraine, HCCH Roundtable, *Cross-border protection of children from Ukraine. Application of HCCH Conventions*, Friday, January 12, 2024 — URL: <https://www.hcch.net/en/secure-portal/other-hcch-meetings/child-protection-ukraine> [accessed: 5.02.2024].

¹⁸ See e.g. part 3 Article 28 of the Treaty between Ukraine and Republic of Poland on legal assistance and legal relations in civil and criminal cases dated May 24, 1993, "Ofizyyniy Visnuk Ukrainy," 4.12.2006, No. 47.

international instrument, it has to be determined by judicial authorities on a case-by-case basis on the ground of the actual circumstances.

In the European Union, decisions of the CJEU, which provides official interpretation of the European Union Regulations, is a significant help in solving the problem of qualifying the habitual residence of a child as a criterion for determining international jurisdiction. Summarizing the CJEU case-law, habitual residence of the child:

- is determined according to the criterion of proximity and aims to safeguard the best interests of the child;
- in short: it is the place, which reflects some degree of integration by the child in a social and family environment;
- factors to take into account: duration, regularity, conditions, and reasons for the stay; consideration for the child's age; tangible steps as indicators of a change in habitual residence;
- is to be determined on a case-by-case basis for each child.¹⁹

In many of its resolutions the Supreme Court of Ukraine stated the thesis of the *Practical Handbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention* that “since habitual residence is a factual concept, there may be different considerations to be taken into account when determining the habitual residence of a child for the purposes of this Convention”²⁰ and summarized that habitual residence corresponds to a place that reflects a certain degree of integration of the child into the social and family environment, for this purpose the following circumstances should be taken into account: in particular, the duration, regularity, conditions and reasons for staying in the territory of a Member State and the family's move to that state, the child's nationality, place and conditions of school attendance, language skills, as well as the child's family and social relations in that state. Habitual residence is confirmed by the attendance at a (pre)school educational institution, various clubs; it is based on the results of the established circumstances: the child is undergoing a medical examination, the child has friends, hobbies, the child has stable family ties and other facts that indicate that the child considers his or her place of residence to be permanent, comfortable and the place of residence of his or her family.²¹

¹⁹ See, e.g., Judgments of the CJEU in cases: C-523/07, C-512/17, C-497/10, C-499/15.

²⁰ *Practical Handbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention*, Hague Conference on Private International Law, 2014, p. 40.

²¹ Resolution of the Supreme Court of 08 March 2023 in the case No. 607/23708/21—URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109479775>; Resolution of the Supreme Court of 1 November 2022 in the case No. 201/1577/21 — URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107291658> [accessed: 5.02.2024].

Professor Mateusz Pilich rightly notes that the 1996 Hague Convention provides for a high degree of intensity of a person's ties with the territory of the state. This is difficult to achieve if it is only a temporary movement of a child between states. In other words, leaving Ukraine for Poland only with the aim to protect oneself from the danger of war does not automatically entail the loss of the previous residence in the former state and the creation of a new permanent residence abroad, especially when the child does not show signs of integration into the host society, does not attend school there, does not make efforts to learn the language, etc.²²

According to the case-law, depending on the factual circumstances of each individual case, some Ukrainian children may have kept their habitual residence in Ukraine and some children may have acquired a new habitual residence outside of Ukraine.

According to the part 2 of Article 5 of the 1996 Hague Convention, subject to Article 7, in case of a change of the child's habitual residence to another Contracting State, the authorities of the state of the new habitual residence have jurisdiction over this child. It means that jurisdiction follows the habitual residence of the child so that when the child's habitual residence changes to another Contracting State, the authorities of the State of the new habitual residence will have jurisdiction.

The application of this jurisdictional rule in Ukrainian case-law is illustrated by two resolutions of the Supreme Court in cases on determining the child's place of residence. Both cases concern a child — a citizen of Ukraine who left Ukraine for another state. However, the time when this departure took place and other circumstances in these cases differ.

Situation 1. It was established by the court and not disputed by the parties that the minor child, a citizen of Ukraine, resides in the Federal Republic of Germany, has been granted a permit for temporary residence dated May 25, 2021, until May 24, 2024, and enrolled in the first grade of a primary school located in the Federal Republic of Germany.

The Supreme Court, in essence, stated:

The plaintiff (the child's mother) filed to the Ukrainian court a lawsuit for determining the child's place of residence in July 2021, so it was after the child had acquired the right for temporary residence in the Federal Republic of Germany.

²² M. Pilich, *Jurysdykcja i prawo właściwe dla stosunków między rodzicami a dzieckiem w relacjach polsko-ukraińskich*, "Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego" 2022, Vol. 31, p. 34 — URL: <https://journals.us.edu.pl/index.php/PPPM/article/view/14798/11691> [accessed: 5.02.2024].

The claim in this case is not subject to the jurisdiction of the national courts of Ukraine. That is why the courts of previous instances had no legal grounds to consider the claim on the merits. The courts should apply paragraph 1 of part one of Article 255 of the Code of Civil Procedure of Ukraine, according to which the court shall close the proceedings by its ruling if the case is not subject to review by the court to which the statement of claim has been submitted.²³

Situation 2. The court of the first instance was considering a case following the mother's claim on determining the child's place of residence and the father's counterclaim on determining the child's place of residence. The court of the first instance closed the proceedings on the counterclaim on the basis of paragraph 1 of part one of Article 255 of the Ukrainian Code of Civil Procedure, considering that this claim was subject to the jurisdiction of the Irish court (as the court of the state where a child now resides). The Court of appeal canceled this judgment and reverted the case for the new consideration by the court of the first instance. The Supreme Court left the judgment of the court of appeal unchanged, for the following reasons:

In this case the Supreme Court found that both at the time of the opening of the proceedings in this case on May 31, 2021, in the initial claim, and at the time of the filing of the counterclaim on June 9, 2021, in the dispute over the child's place of residence, the permanent place of residence of both the boy's parents — the parties to the case, and the child himself was in Ukraine. This fact was not disputed by the parties. As a result of the military aggression of the Russian Federation against Ukraine, the plaintiff and her son left Ukraine, in particular, according to copies of their passports, they crossed the border of Ukraine with Romania on March 6, 2022 and subsequently arrived in Ireland, where they have been living until then.

Thus, given that the child's permanent place of residence at the time of the opening of the proceedings was Ukraine, the relevant Ukrainian court has jurisdiction to resolve this dispute over the child's place of residence.²⁴

It is necessary to mention that in this case the Supreme Court applied not only Article 5 of the 1996 Hague Convention, but also Article 75

²³ Resolution of the Supreme Court of June 28, 2023 in the case No. 372/2558/21 — URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/111998989> [accessed: 5.02.2024].

²⁴ Resolution of the Supreme Court of June 12, 2023 in the case No. 359/2356/21 — URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/111647645> [accessed: 5.02.2024].

(part 1) of the Law of Ukraine on PIL,²⁵ which states the principle of *perpetuatio fori* (the principle of inadmissibility of change of jurisdiction): “Jurisdiction of the courts of Ukraine for cases with a foreign element is determined at the time of the opening of the proceedings in the case, despite the fact that in the course of the proceedings the grounds for such jurisdiction disappeared or changed.”

4. Peculiarities of the proceedings on establishing the fact of birth under martial law

Military actions of the Russian Federation in Ukraine have led to new categories of cases. For many Ukrainian people the following question has become relevant: Can a child born in the occupied territory of Ukraine (e.g. in Kherson or Mariupol) obtain Ukrainian documents? According to the circumstances of typical cases, a woman gives birth to a child in a city that was fully (partially) occupied at the time, so she and her husband cannot obtain a medical document required for the state registration and obtaining a birth certificate at the registry office (cannot register civil status acts in the usual administrative procedure). Therefore, they ask the Ukrainian court to establish the fact that their child was born in Ukraine.

Such fact is established in a separate proceeding — a type of separate (non-litigious) civil proceeding in which civil cases are considered to confirm the presence or absence of legal facts relevant to the protection of the rights, freedoms and interests of a person. Article 317 of the Code of Civil Procedure of Ukraine provides for a special procedure for establishing the fact of birth/death of a person in the territory where martial law or a state of emergency has been introduced, or in the temporarily occupied territory of Ukraine, defined as such in accordance with the law. Significant amendments to Article 317 of the Code of Civil Procedure of Ukraine were introduced by the Law of Ukraine No. 2345-IX dated July 1, 2022 on amendments to certain legislative acts of Ukraine regarding the peculiarities of proceedings in cases of establishing the fact of birth or death of a person in martial law or a state of emergency and in the

²⁵ Law of Ukraine on Private International Law, June 23, 2005, “Bulletin of Verkhovna Rada of Ukraine” 2005, № 32.

Temporarily Occupied Territories (entered into force on August 7, 2022).²⁶ These amendments relate to several procedural issues: jurisdiction, circle of applicants, time limits for consideration of the case and execution of the issued judicial decision. An application for establishing the fact of birth of a person under martial law or on the temporarily occupied territory may be filed with any local court outside such territory of Ukraine administering justice, regardless of the applicant's place of residence. The circle of persons who may file an application has been expanded — in addition to parents, family members, guardians, trustees, an application may be filed by a person who maintains and educates a child. Article 317 of the Code of Civil Procedure of Ukraine establishes immediate consideration upon receipt of the relevant application to the court and immediate execution of the judgment which is not suspended as a result of appealing.

In Resolution of November 23, 2022 in the case No. 759/7001/22 (on the application for establishing the fact of the birth of a male child in Simferopol, Autonomous Republic of Crimea, Ukraine; establishing information about his parents: mother — citizen of Ukraine; father — citizen of Ukraine) the Supreme Court underlined that the applicant is not obliged to provide the court with a written refusal of the civil registry office to register the birth: “The rejection to open proceedings in the case of establishing the fact of birth in the temporarily occupied territory of Ukraine on the grounds of prior failure to apply to the civil registry office, failure to receive a refusal to conduct state registration of birth and the need to further appeal such a refusal in administrative proceedings is not based on the provisions of the current legislation, since the establishment of such a fact by the court is directly provided for in Article 317 of the Civil Procedure Code of Ukraine, which does not require applicants to take other.”²⁷

In order to establish the fact of a person's birth under martial law or in the temporarily occupied territory of Ukraine the court researches and evaluates not only a medical certificate of the child's stay under the supervision of a medical institution of the form No. 103-1/o, approved by the order of the Ministry of Health of Ukraine No. 545 of 8.08.2006, but also other documents which confirm the facts of a person's birth, namely: an individual pregnancy card of a woman, an act of witnesses on the birth of a child (parents, friends, neighbors), present at the birth, in case of birth of a child outside a health care facility etc.

²⁶ The Law of Ukraine on amendments to certain legislative acts of Ukraine regarding the peculiarities of proceedings in cases of establishing the fact of birth or death of a person in martial law or a state of emergency and in the Temporarily Occupied Territories, July 1, 2022, “Ofiziynyi Visnuk Ukrainy,” 16.08.2022, № 63.

²⁷ Resolution of the Supreme Court of November 23, 2022 in the case No. 759/7001/22 — URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107677136> [accessed: 5.02.2024].

Among the most significant questions in this category is the one regarding the assessment of documents issued in the uncontrolled territories as evidence of the fact of birth of a child. Very often the applicant submits a medical birth certificate and/or marriage certificate issued by the occupation authorities of the Russian Federation in order to confirm the fact of person's birth. As a result, the Ukrainian judicial practice faced the task to decide whether to accept or to refuse the acceptance of these documents as evidence. According to parts one through three of Article 9 of the Law of Ukraine of 15.04.2014 (as amended by the Law of Ukraine of 29.06.2023) on Ensuring the Rights and Freedoms of Citizens and the Legal Regime in the Temporarily Occupied Territory of Ukraine, state and local government bodies that are formed in accordance with the Constitution of Ukraine and the laws of Ukraine, their officials and officers in the temporarily occupied territory act only on the basis, within the limits of their powers and in the manner provided for by the Constitution and laws of Ukraine. Any bodies, their officials and officers in the temporarily occupied territory and their activities are illegal if these bodies or persons are established, appointed or elected in a manner not provided for by law.²⁸ So, the general rule is that any act (decision, document) issued by the bodies and/or persons referred to in part two of Article 9 of the law in question is invalid and does not create legal consequences. But it is necessary to point the exception, provided by the third part of the above Law of Ukraine, for documents confirming the fact of birth, death, registration (dissolution) of marriage in the temporarily occupied territory, which are attached to the application for state registration of the relevant civil status act.

These provisions of the law are consistent with the Advisory Opinion of the International Court of Justice of June 21, 1971 "Legal Consequences for States of the Continuing Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)" that is known as the Namibia exception and was repeatedly upheld by the ECHR (*Loizidou v. Turkey*, judgment of December 18, 1996, *Cyprus v. Turkey*, judgment of May 10, 2001, *Mozer v. the Republic of Moldova and Russia*, judgment of February 23, 2016). In this opinion the International Court of Justice states that UN member states are obliged to recognize the illegality and invalidity of the continuing presence of South Africa in Namibia, "while official documents issued by the South African government on behalf of or in relation to Namibia are illegal and

²⁸ Law of Ukraine on Ensuring the Rights and Freedoms of Citizens and the Legal Regime in the Temporarily Occupied Territory of Ukraine, April 15, 2014, "Bulletin of Verkhovna Rada of Ukraine" 2014, № 26.

invalid, this invalidity cannot be applied to acts such as the registration of births, deaths and marriages.”²⁹

In the abovementioned case No. 759/7001/22 on the application for establishing the fact of the birth of a male child in Simferopol, Autonomous Republic of Crimea, Ukraine, applicants submitted among other documents also a copy of the birth certificate of a male child, issued on March 1, 2022 by the so-called Yalta City Civil Registration Department of the Department of Civil Registration of the Ministry of Justice of the Republic of Crimea. By its Resolution of November 23, 2022 in this case Supreme Court, bearing in mind the Namibia exception as indicated by the ICJ and the ECHR, determined that the obligation to ignore, not to take into account the actions of the existing *de facto* bodies and institutions (occupation authorities) is far from absolute, the recognition of acts of the occupation authorities in the limited context of protecting the rights of residents of the occupied territories does not legitimize such authorities in any way. The Court underlined that when considering an application for establishing the fact of birth in the temporarily occupied territory of Ukraine in accordance with Article 317 of the Code of Civil Procedure of Ukraine documents submitted by the applicant to confirm the fact of birth in the temporarily occupied territory of Ukraine, in particular, documents issued by the bodies and institutions of self-proclaimed entities located in the occupied territory of Ukraine, are evaluated by a court in conjunction with other evidence.

According to the Unified State Register of Court Decisions of Ukraine, Ukrainian courts have considered, from February 24, 2022, more than 5,000 cases on establishing the fact of birth, death, marriage or its dissolution in the temporarily occupied territories of Ukraine according to Article 317 of the Code of Civil Procedure of Ukraine, within a separate proceeding.

5. Conclusions

Temporary protection given for the Ukrainian children under the Temporary Protection Directive 2001/55/EC does not influence the 1980

²⁹ ICJ, “Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Regulation 276 (1970) Advisory Opinion of 21 June 1971” — URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/53/053-19710621-ADV-01-00-EN.pdf> [accessed: 5.02.2024].

Convention: the retention of the child abroad by one of the parent against the will of another may be considered wrongful in the meaning of Articles 3 and 5 of the Convention and return decision could be delivered. When considering the case on return of a child the family situation must be considered comprehensively, and the court's decision must find the best interests of the child. The security factor is one of the basic ones. At the same time, the court should assess all circumstances of the case (individuality of the child; the relationship between the child and parents in the past; care, protection and safety of the child (the ability of each parent to take care of the child personally); maintaining stability in the child's environment (it concerns the place of residence (home), school, friends); the child's right to health; the child's right to education) and listen to the child's opinion (when he/she has the opportunity to express it: usually from school age) about his/her desire to live with one of his/her parents.

It is necessary to note one positive approach by the foreign courts where in some cases on the return of a child to Ukraine they consider delivering instead of non-return order the decisions approving amicable agreements of the parties. In such agreement there were mentioned the time of return and the temporary access schedule between a child and left-behind parent for the period until the end of the war. One more positive trend is that more often the judge of the foreign court deciding upon the return application asks, through the International Hague Network of Judges, the current Ukrainian Liaison Judge for the information whether the certain region in Ukraine (city or town) is under the occupation by Russia (or are there any military operations in this area). There are several foreign court decisions on return of Ukrainian child which were delivered, including having taken into account the information on security situation in certain region provided by the Ukrainian Liaison Judge or by the Ministry of Justice of Ukraine.

In some cases Ukrainian left-behind parents do not want to submit the return applications. In some cases it is because one-year period, provided in Article 12 of the 1980 Hague Convention, has lapsed, and applicants prefer to decide the issue of access. And in some cases, when applicants got the non-return court order, the only possibility to maintain contact with the child is to submit the access application. As a result we can presume the increase of the number of access applications under Article 21 of the 1980 Hague Convention.

One of the starting points of the 1996 Hague Convention application is that Ukrainian children who have been relocated to foreign countries and have found shelter there during the Russian-Ukrainian war are not refugees, due to the fact that Ukraine is not a state creating dangerous situation for children, the aggression state is the Russian Federation. So,

measures directed to the protection of the Ukrainian child's person or property should be taken under the 1996 Hague Convention first of all by the judicial or administrative authorities of the Contracting State of his or her habitual residence according to Article 5 of the Convention.

Ukrainian court practice has already established the position that the legal assessment of documents submitted by the applicant to confirm the fact of birth in the temporarily occupied territory of Ukraine, in particular, documents issued by the bodies and institutions of self-proclaimed entities located in the occupied territory of Ukraine, is provided by a civil court in conjunction with other evidence when considering an application for establishing the fact of birth in the temporarily occupied territory of Ukraine in accordance with Article 317 of the Code of Civil Procedure of Ukraine. It is the court's decision to establish such a fact that is the basis for state registration of birth and for entering information about the child's parents by the civil registry office at the place of the court decision.

Bibliography

- Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=24> [accessed: 5.02.2024].
- 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: 5.02.2024].
- Council Directive 2001/55/EC on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof — URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2001/55/oj> [accessed: 5.02.2024].
- Hunting or Caring? The Court Returned the Child of the Ukrainian Woman Who Was Taken Away by the French Social Services*, “Mirrow of the Week,” 20 December 2023 — URL: <https://zn.ua/eng/hunting-or-caring-the-court-returned-the-child-of-the-ukrainian-woman-who-was-taken-away-by-the-french-social-services.htm> [accessed: 5.02.2024].
- ICJ, “Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Regulation 276 (1970) Advisory Opinion of 21 June 1971” — URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/53/053-19710621-ADV-01-00-EN.pdf> [accessed: 5.02.2024].

- Judgment of the CJEU of April 2, 2009 in case C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225.
- Judgment of the CJEU of December 22, 2010 in case C-497/10, ECLI:EU:C:2010:829.
- Judgment of the CJEU of February 15, 2017 in case C-499/15, ECLI:EU:C:2017:118.
- Judgment of the CJEU of June 28, 2018 in case C-512/17, ECLI:EU:C:2018:513.
- Law of Ukraine from January 11, 2006 on the Accession of Ukraine to the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of 1980. “Bulletin of Verkhovna Rada of Ukraine” 2006, № 43.
- Law of Ukraine from September 14, 2006 on the Accession of Ukraine to the Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children of 1996, “Bulletin of Verkhovna Rada of Ukraine” 2006, № 43.
- Law of Ukraine on amendments to certain legislative acts of Ukraine regarding the peculiarities of proceedings in cases of establishing the fact of birth or death of a person in martial law or a state of emergency and in the Temporarily Occupied Territories, July 1, 2022, “Ofizyyniy Visnuk Ukrainy,” 16.08.2022, № 63.
- Law of Ukraine on Private International Law, June 23, 2005, “Bulletin of Verkhovna Rada of Ukraine” 2005, № 32.
- Law of Ukraine on Ensuring the Rights and Freedoms of Citizens and the Legal Regime in the Temporarily Occupied Territory of Ukraine, April 15, 2014, “Bulletin of Verkhovna Rada of Ukraine” 2014, № 26.
- Main challenges for the Ministry of Justice of Ukraine as the Central Authority for the implementation of the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction during the ongoing military aggression*, HCCH Roundtable, *Cross-border protection of children from Ukraine. Application of HCCH Conventions*, Friday, January 12, 2024 — URL: <https://www.hcch.net/en/secure-portal/other-hcch-meetings/child-protection-ukraine> [accessed: 5.02.2024].
- Pilich M., *Jurysdykcja i prawo właściwe dla stosunków między rodzicami a dzieckiem w relacjach polsko-ukraińskich*, “Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2022, Vol. 31, p. 34 — URL: <https://journals.us.edu.pl/index.php/PPPM/article/view/14798/11691> [accessed: 5.02.2024].
- Report of the National Social Service of Ukraine, HCCH Roundtable, *Cross-border protection of children from Ukraine. Application of HCCH Conventions*, Friday, January 12, 2024 — URL: <https://www.hcch.net/en/secure-portal/other-hcch-meetings/child-protection-ukraine> [accessed: 5.02.2024].
- Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine of March 1, 2022 No. 179 on Amendments to the Clause 2⁴ of the Rules for Crossing the State Border by Citizens of Ukraine, “Ofizyyniy Visnuk Ukrainy,” 1.04.2022, No. 25.
- Resolution of the SC of April 5, 2023 in the case No. 308/1403/20 — URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110147132> [accessed: 5.02.2024].

- Resolution of the SC of April 23, 2023 in the case No 344/6604/21 — URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109854954> [accessed: 5.02.2024].
- Resolution of the SC of February 14, 2022 in the case No. 754/7569/21 — URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/103871642> [accessed: 5.02.2024].
- Resolution of the SC of August 31, 2022 in the case No. 545/3933/21 — URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106264394> [accessed: 5.02.2024].
- Resolution of the Supreme Court of March 8, 2023 in the case No. 607/23708/21 — URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109479775> [accessed: 5.02.2024].
- Resolution of the Supreme Court of 01 November 2022 in the case No. 201/1577/21 — URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107291658> [accessed: 5.02.2024].
- Resolution of the Supreme Court of June 12, 2023 in the case No. 359/2356/21 — URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/111647645> [accessed: 5.02.2024].
- Resolution of the Supreme Court of June 28, 2023 in the case No. 372/2558/21 — URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/111998989> [accessed: 5.02.2024].
- Resolution of the Supreme Court of November 23, 2022 in the case No. 759/7001/22 — URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107677136> [accessed: 5.02.2024].
- Practical Handbook on the Operation of the Hague 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*, Hague Conference on Private International Law, 2014.
- Treaty between Ukraine and Republic of Poland on legal assistance and legal relations in civil and criminal cases dated May 24, 1993, “Ofiziyniy Visnuk Ukrainy,” 4.12.2006, No. 47.
- Župan M., Ledić S., Drventić M., *Provisional Measures and Child Abduction Proceedings*, “Pravni Vjesnik” 2019, Vol. 35, No. 1, pp. 9—31.

Redakcja tekstów polskich: Anna Piwowarczyk, Katarzyna Szkaradnik

Redakcja tekstu angielskiego: Krystian Wojcieszuk

Korekta: Anna Piwowarczyk, Adriana Szaforz

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. Jordana 18, 40-043 Katowice

www.wydawnictwo.us.edu.pl

e-mail: wydawnictwo@us.edu.pl

Wydanie I. Ark. druk. 12,25. Ark. wyd. 14,5.
