

Warszawa, 27 czerwca 2016 roku



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Adam Bodnar

IV.7021.72.2016.BB



RZECZPOSPOLITA POLSKA

Rzecznik Praw Dziecka

Marek Michalak

ZSR.422.23.2016.MD

Pan

Zbigniew Ziobro

Minister Sprawiedliwości

Prokurator Generalny

[Szanowny Panie Ministrze]

w sprawach sądowych, w których rozstrzygane są kwestie rodzinne, takie jak sposób wykonywania władzy rodzicielskiej, miejsce zamieszkania dziecka czy np. kontakty dziecka z rodzicem, często dochodzi do zasadniczego i głębokiego konfliktu pomiędzy rodzicami. Zajmują oni skrajnie stanowiska procesowe i prezentują wykluczające się koncepcje na sytuację wychowawczą dziecka. Sprawia to, że interes dziecka nie jest w postępowaniach tych właściwie reprezentowany.

- I. W świetle art. 98 § 1 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, rodzice są przedstawicielami ustawowymi dziecka pozostającego pod ich władzą rodzicielską. Jeżeli dziecko pozostaje pod władzą rodzicielską obojga rodziców, każde z nich może działać samodzielnie jako przedstawiciel ustawy dziecka. Natomiast § 2 tego artykułu określa sytuacje, w których dziecko nie może być reprezentowane przez rodzica: jest to dokonywanie czynności prawnych pomiędzy dziećmi pozostającymi pod władzą rodzicielską tego



26 lat Konwencji
o Prawach Dziecka

samego rodzica oraz wówczas, gdy dokonywane są czynności prawne pomiędzy dzieckiem a jednym z rodziców lub jego małżonkiem (chyba że czynność prawna polega na bezpłatnym przysporzeniu na rzecz dziecka albo dotyczy należnych dziecku alimentów).

Jeżeli żadne z rodziców nie może reprezentować dziecka przed sądem, to zgodnie z art. 99 k.r.i.o., reprezentuje je kurator ustanowiony przez sąd opiekuńczy (tzw. tzw. „kurator kolizyjny”).

Zasady te obowiązują także – stosowane odpowiednio – w postępowaniu karnym: i tak co do zasady prawa małoletniego wykonuje przedstawiciel ustawowy albo osoba, pod której stałą pieczę pokrzywdzony pozostaje (art. 51 § 2 k.p.k.). Przepis ten wykładany w kontekście regulacji art. 98 § 2 i 3 k.r.i.o. oznacza, że rodzic małoletniego nie może wykonywać praw tego małoletniego jako pokrzywdzonego w postępowaniu karnym, w tym także w postępowaniu z oskarżenia prywatnego, jeżeli oskarżonym jest drugi z rodziców (uchwała Sądu Najwyższego z 30 września 2010 r., sygn. I KZP 10/10, publ. OSNKW 2010, nr 10, poz. 84). Norma ta była badana przez Trybunał Konstytucyjny i w wyroku z 21 stycznia 2014 r. (sygn. SK 5/12) Trybunał uznał, iż wyłączenie reprezentacji dziecka przez rodzica w postępowaniu karnym w sytuacji konfliktu interesu (oraz zasada reprezentacji dziecka przez kuratora) nie stanowi naruszenia m.in. art. 47 oraz art. 48 ust. 2 Konstytucji RP.

Analogicznie przedstawia się pozycja prawna dziecka w postępowaniu cywilnym (art. 98 § 3 k.r.i.o., art. 66 k.p.c.). Należy zaznaczyć, że to odpowiednie stosowanie art. 98 § 2 k.r.i.o. zaowocowało wyłączeniem reprezentacji dziecka przez rodziców w szerokim zakresie. W świetle orzecznictwa sądów cywilnych zarówno w sprawach procesowych, jak również nieprocesowych, żadne z rodziców nie może reprezentować dziecka, jeśli w sprawie, w której występują jako strony lub uczestnicy postępowania rodzice i dzieci, może dojść do sprzeczności interesów między nimi. Wtedy naczelnym interesem dziecka wyklucza dopuszczalność reprezentowania go przez któregokolwiek z rodziców. W każdej sprawie, w której jako strony lub uczestnicy występują rodzice i dzieci, sąd ma obowiązek badać, czy nie zachodzi hipotetyczna możliwość kolizji interesów między nimi. W razie takiej możliwości żadne z rodziców nie może reprezentować dziecka przed sądem (orzeczenia Sądu Najwyższego z 5 czerwca 2014 r., sygn. IV CZ 32/14, LEX nr 1493926, z 3 czerwca 2011 r., III CSK 259/10, LEX nr 1129120). Sąd Najwyższy podkreślał wielokrotnie, że ta kolizja interesów może być

tylko potencjalna, teoretyczna, hipotetyczna i nie musi „materializować się” w niezgodnym z interesem dziecka stanowisku procesowym prezentowanym przez rodzica (orzeczenie z 9 września 1997 r., sygn. I CKU 13/97, uchwała z 13 marca 2008 r., III CZP 1/08).

W każdej z tych sytuacji dziecko zastępowane jest przez kuratora. Sąd Najwyższy w orzecznictwie przyjmuje, że istnieje potrzeba ustanowienia kuratora, np. w sprawie o zaprzeczenie ojcostwa, jeżeli pozwanym jest małoletnie dziecko (por. postanowienie z 4 października 1966 r., sygn. II CZ 117/66), w sprawie o rozwiązanie przysposobienia (wyrok SN z 20 stycznia 1970 r., II CR 530/69, OSPiKA 1970, z. 12, poz. 251; wyrok SN z 17 września 1982 r., II CR 340/82, OSNCP 1983, nr 7, poz. 89), w sprawie o podział majątku spółki (orzeczenie z 19 maja 2005 r., sygn. V CK 669/04), czy w postępowaniu o stwierdzenie nabycia spadku, jeśli rodzic reprezentujący dziecko zmierza do uszczuplenia lub pozbawienia dziecka przypadającego mu udziału w spadku (orzeczenie Sądu Najwyższego z 25 lutego 2015 r., sygn. IV CSK 304/14).

Tak szeroki zakres uczestnictwa kuratora w postępowaniu sądowym znajduje oparcie w Wytocznych Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie wymiaru sprawiedliwości przyjaznego dzieciom, przyjętych w dniu 17 listopada 2010 r. Zgodnie z uwagą 42, w przypadku sprzecznych interesów rodziców i dziecka właściwy organ powinien wyznaczyć kuratora procesowego (*guardian ad litem*) lub innego, niezależnego przedstawiciela w celu reprezentowania poglądów i interesów dziecka. Kurator powinien wspomagać sąd w określeniu tego, co jest najlepsze dla dobra dziecka (uwaga 105 uzasadnienia Wytocznych).

- II. W pewnej kategorii spraw interes dziecka w zasadzie nie ma reprezentacji procesowej. Są to sprawy o bardzo dużym znaczeniu dla ukształtowania sytuacji życiowej dziecka, bo dotyczą władzy rodzicielskiej. W uchwale pełnego składu Izby Cywilnej z 26 stycznia 1973 r., III CZP 101/71, OSNCP 1973, nr 7–8, poz. 118, Sąd Najwyższy określił, że w sprawach o pozbawienie władzy rodzicielskiej oraz w sprawach o odebranie dziecka – dziecko nie jest uczestnikiem postępowania w rozumieniu art. 510 k.p.c.

Uzasadniając takie stanowisko Sąd Najwyższy wskazał, że za pozbawieniem małoletniego statusu uczestnika przemawiają względy wychowawcze: *„Stosunek więc rodziców do dzieci cechuje swego rodzaju nadrzędność, która wyłącza przyznanie dziecku pozycji uczestnika postępowania, mogącego decydować o tym, czy rodzicom ma być odjęta władza rodzicielska nad nim. Uchybienia w wykonywaniu przez rodziców tej*

władzy, kolidujące z dobrem dzieci, zostały poddane kontroli sądu, przy czym dzieci nie powinny mieć prawa osobistego oddziaływania na wynik tej kontroli. Odmienny pogląd prowadziłby do podważenia autorytetu władzy rodzicielskiej, niezbędnego do należytego wychowania dziecka”. Za niedopuszczalną została uznana sytuacja, w której „małoletni (...) miałby prawo zajmowania stanowiska co do tego, czy władza rodzicielska ma być rodzicom pozostawiona, czy też ma im być odebrana. Takie zaś konsekwencje są nie do przyjęcia. Prowadziłyby one bowiem do podważenia autorytetu rodziców, niezbędnego do prawidłowego wychowania dziecka. Budzi też sprzeciw dopuszczenie dziecka do osobistego udziału w sprawie, w której z reguły są rozpatrywane drastyczne momenty z postępowania rodziców. Osobisty udział w postępowaniu o pozbawienie władzy rodzicielskiej mógłby zatem wywrzeć ujemny wpływ wychowawczy na małoletniego i w ostatecznym wyniku obróciłby się nie tylko przeciwko jego dobru, ale godziłby w interes ogólny związany z prawidłowym funkcjonowaniem rodziny i z należytym wychowaniem młodego pokolenia”.

Sąd Najwyższy wskazał także, iż z punktu widzenia celowości nie bez znaczenia jest okoliczność, że przyznanie dziecku praw uczestnika postępowania w sprawach o pozbawienie władzy rodzicielskiej – z uwagi na jego zainteresowanie wynikiem tego postępowania – pociągnęłoby za sobą taki skutek, że we wszystkich sprawach należących do kompetencji sądu opiekuńczego, a dotyczących osoby dziecka, musiałoby ono do ukończenia trzynastego roku życia być reprezentowane przez kuratora, co pociągnęłoby za sobą konieczność zaangażowania w tych sprawach ogromnej liczby kuratorów. W efekcie, tak ukształtowane postępowania stałyby się „instrumentem ciężkim i kosztownym społecznie przy minimalnym efekcie, jeśli chodzi o podniesienie poziomu rozstrzygnięcia tych spraw”.

Jednocześnie należy wskazać, że ww. wyroku Sąd Najwyższy podkreślił, że „odmowa przyznania dziecku praw uczestnika postępowania nie stanowi przeszkody w wysłuchaniu go przez sąd, przy czym sąd powinien rezygnować z tego uprawnienia tylko w wyjątkowych wypadkach, gdyby wysłuchanie to nie było celowe”. Z powyższego wynika, że zasadną winno być wysłuchiwanie dziecka w toku prowadzonego postępowania.

W konkluzji uchwały Sąd Najwyższy podkreślił, iż „sprawa o pozbawienie władzy rodzicielskiej dotyczy wyłącznie sfery praw rodziców, a jej przedmiotem jest

ocena ich postępowania z punktu widzenia prawidłowości wykonywania ich uprawnień i obowiązków rodzicielskich. Dlatego dziecko nie jest uczestnikiem tego postępowania”.

Analogiczny pogląd Sąd Najwyższy przedstawił w uchwale z 3 maja 1979 r., sygn. III CZP 14/79 (OSNC z 1979 r., nr 12, poz. 230, LEX nr 2394), dotyczącej postępowania w sprawie o ograniczenie władzy rodzicielskiej. Nie zmienił tego stanowiska wprowadzony z dniem 1 marca 1976 r. art. 573 § 2 k.p.c., zgodnie z którym sąd może ograniczyć lub wyłączyć osobisty udział małoletniego w postępowaniu, jeżeli przemawiają za tym względy wychowawcze (a więc dziecko nie musi uczestniczyć w rozpatrywaniu „*drastycznych momentów z postępowania rodziców*”). Stanowisko to zostało potwierdzone w późniejszym orzecznictwie: w postanowieniu z 16 grudnia 1997 r., sygn. III CZP 63/97, LEX nr 32972, Sąd Najwyższy potwierdził, że uregulowany w art. 12 ust. 2 Konwencji o prawach dziecka (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526) obowiązek zapewnienia dziecku możliwości wypowiedzenia się w każdym postępowaniu, które jego dotyczy, nie oznacza przyznania dziecku w sprawie o pozbawienie nad nim władzy rodzicielskiej statusu uczestnika postępowania. Dziecko może być bowiem wysłuchane niezależnie od tego, czy jest uczestnikiem postępowania (art. 576 § 2 k.p.c.).

Wprawdzie stanowisko Sądu Najwyższego spotkało się z krytyką w literaturze przedmiotu (por. A. Zieliński, *Zdolność do dokonywania czynności procesowych przez osobę poddaną opiece*, Pal. 1982, nr 6-7, s. 23-24), to nie zmienia to jednak faktu, że pogląd Sądu Najwyższego (podjęty w składzie pełnej Izby) jest powszechnie aprobowany w orzecznictwie sądów powszechnych. W praktyce sądowej przyjęto także, że w innych sprawach dotyczących relacji pomiędzy rodzicami a dziećmi – takich jak sprawy dotyczące kontaktów czy uregulowania „podziału” władzy rodzicielskiej pomiędzy rodzicami – dziecko nie jest traktowane jako uczestnik postępowania sądowego.

Skoro dziecko nie uczestniczy w postępowaniu, to oczywistym jest, że nie uczestniczy w nim również kurator. W dotychczasowej konstrukcji prawnej kurator zastępuje stronę (w procesie) lub uczestnika (w postępowaniu nieprocesowym) – a nie te podmioty, które legitymacji procesowej nie posiadają.

W zasadzie w żadnym postępowaniu rodzinnym dotyczącym relacji pomiędzy rodzicami a dziećmi, interes dziecka nie jest reprezentowany – ani przez rodzica, ani przez kuratora sądowego.

Oczywiście, sąd rodzinny z urzędu dba o dobro dziecka; należy także domniemywać, że rodzice dziecka w trakcie postępowania również będą działali w jego najlepiej pojętym interesie. Niemniej jednak w postępowaniu przed sądem obowiązuje zasada reprezentacji interesów, a takiej dziecko jest pozbawione.

Należy zauważyć, że to właśnie reprezentacja procesowa interesów wszystkich uczestników postępowania zapewnia bezstronne i obiektywne zbadanie sprawy przez sąd. Zatem sam nakaz dbania przez sąd opiekuńczy – z urzędu – o dobro dziecka nie może zastąpić potrzeby właściwej reprezentacji małoletniego.

Co także istotne, analiza spraw zgłaszanych zarówno Rzecznikowi Praw Obywatelskich, jak i Rzecznikowi Praw Dziecka uprawnia do stwierdzenia, że bardzo często skonfliktowani rodzice nie są w stanie wybrać najlepszy dla dziecka wariant sprawowania opieki. Nie potrafią także oddzielić własnych potrzeb emocjonalnych od potrzeb dziecka, a właśnie potrzeby dziecka w postępowaniu opiekuńczym muszą mieć priorytet. Zgodnie z cytowanym wyżej orzecznictwem Sądu Najwyższego, w postępowaniu opiekuńczym rodzice nie reprezentują formalnie interesu dziecka, a więc w istocie trudno im nawet czynić zarzut z tego, że działają w interesie przede wszystkim własnym.

- III. Należy zauważyć, że od ponad 15 lat Rzeczpospolita Polska jest stroną Europejskiej Konwencji o wykonywaniu praw dzieci (Dz. U. z 2000 r., nr 107, poz. 1128 ze zm.), która gwarantuje dzieciom szereg praw procesowych w ramach postępowań w sprawach rodzinnych. Zgodnie z art. 1 ust. 2 Konwencji, jej celem jest promowanie – dla dobra dzieci – ich praw, przyznanie dzieciom praw procesowych oraz ułatwienie ich wykonywania poprzez zapewnienie, że dzieci, osobiście albo za pośrednictwem innych osób lub instytucji, będą informowane i uprawnione do uczestniczenia w dotyczących ich postępowaniach przed organem sądowym. W art. 4 i 9 Konwencja przewiduje prawo dziecka do ustanowienia przez sąd specjalnego przedstawiciela, reprezentującego jego interesy w sytuacji, gdy rodzice nie mogą reprezentować dziecka ze względu na konflikt interesów pomiędzy nimi a dzieckiem.

W ocenie Rzeczników, właściwą realizację uprawnień procesowych dziecka stanowiłoby przyznanie mu statusu uczestnika postępowania w rozumieniu art. 510 k.p.c., gdyż jest to podstawowa forma reprezentacji interesu prawnego – co nie wyklucza ograniczenia poszczególnych uprawnień dziecka (dla jego dobra), przewidzianych w art. 573 § 2 k.p.c. Wydaje się, że argumentacja odnosząca się

do „stosunku nadrzędności rodziców nad dziećmi”, „poderwania autorytetu władzy rodzicielskiej”, „niemożności oddziaływania dzieci” na postępowanie sądowe, obecna w orzecznictwie sądowym w latach 70. XX wieku, jest trudna do obrony na gruncie konstytucjonalizacji praw dziecka, dokonanej m.in. w art. 72 Konstytucji RP.

Faktem jest, że zgodnie z Oświadczeniem Rządowym z 24 października 2000 r. w sprawie mocy obowiązującej Europejskiej Konwencji o wykonywaniu praw dzieci (Dz. U. nr 107, poz. 1129) będzie ona stosowana (wyłącznie) w sprawach o przysposobienie, sprawach z zakresu opieki (przez co należy zapewne rozumieć instytucje przewidziane przez Tytuł III Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego) oraz w sprawach dotyczących rozstrzygania o istotnych sprawach dziecka w razie braku porozumienia między rodzicami. Niemniej jednak podobny standard upodmiotowienia dziecka w postępowaniu, w którym rozstrzyga się o jego losach, wynika zarówno z Konstytucji RP, jak i wiążących Polskę aktów prawa międzynarodowego, w tym zwłaszcza z Konwencji o prawach dziecka.

- IV. O ile trudno z tych aktów wywieść konkretną formułę uczestnictwa małoletniego w postępowaniu opiekuńczym, to niewątpliwie wymagają one proceduralnych gwarancji ochrony praw dziecka. Dlatego, nawet jeśli ustawodawca nie przyznaje dziecku statusu uczestnika w rozumieniu art. 510 k.p.c., to zobowiązany jest zapewnić mu ochronę prawną za pomocą innych instrumentów.

Wydaje się, że warto rozważyć wprowadzenie w postępowaniach opiekuńczych, w których rozstrzyga się o opiece rodzicielskiej i relacjach pomiędzy rodzicami a dziećmi, instytucji kuratora, który reprezentowałby interes dziecka w postępowaniu sądowym. Kurator z reguły reprezentuje kogoś, kto jest (powinien być) uczestnikiem postępowania, a z pewnych względów faktycznych nie jest w stanie brać udziału w czynnościach procesowych (por. art. 69, art. 144, art. 180 § 2, art. 195 § 1, art. 447, art. 510 § 2, art. 556 § 2, 693³ § 3, art. 802 k.p.c.), bądź jego przedstawiciel w procesie ma interes własny (art. 99 w zw. z art. 99 k.r.i.o., art. 159 k.r.i.o.). Niemniej jednak zasadą pozostaje, że kurator reprezentuje w postępowaniu interes tej osoby, której interes ochrony wymaga – a tak bez wątplenia jest w przypadku interesu dziecka.

Pewnym wzorem dla takiej instytucji może być rozwiązanie przyjęte w procesie niemieckim. Interes dziecka może tam reprezentować tzw. *Verfahrenspfleger*

(„pomocnik procesowy“).¹ Sąd wyznacza go w trudnych sprawach rodzinnych (oraz w sprawach dotyczących przemocy w rodzinie). Jako reprezentant procesowy dziecka, *Verfahrenspfleger* ustala jego sytuację życiową, składa w tym zakresie raporty sędziemu, przygotowuje dziecko do przesłuchania oraz działa w najlepiej pojętym interesie dziecka w trakcie całego postępowania. Osoba ta wspomaga sąd w ustaleniu, co jest najlepsze dla dziecka, w tym w jaki sposób powinna być wykonywana władza rodzicielska oraz kontakty rodzica z dzieckiem.

Podsumowując, w ocenie Rzeczników, w postępowaniu dotyczącym władzy rodzicielskiej oraz zmierzającym do uregulowania sytuacji życiowej małoletniego, interes dziecka powinien być właściwie reprezentowany. Optymalną formą tej reprezentacji byłby profesjonalny przedstawiciel interesu dziecka w osobie kuratora. Być może początkowo instytucja ta powinna zostać wprowadzona w ograniczonym zakresie: np. nie w każdej sytuacji „potencjalnego konfliktu interesów”, ale wówczas, gdy konflikt interesów stał się rzeczywisty, a rodzice prezentują skrajnie różne stanowiska procesowe.

- V. Istotne jest to, aby kurator gwarantował dziecku profesjonalną reprezentację: należy zatem określić warunki, jakie musi spełnić taka osoba, m.in. w zakresie merytorycznych kompetencji, odpowiednich dla reprezentacji oraz ochrony dobra i interesu małoletniego.

Taką profesjonalną postać kuratora „kolizyjnego”, funkcjonującego na podstawie art. 99 k.r.i.o., przewidywał senacki projekt nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (druk sejmowy nr 3105, Sejm VII kadencji). Inicjatywa ta była z kolei wypełnieniem zalecenia Trybunału Konstytucyjnego, zawartego w postanowieniu sygnalizacyjnym z 11 lutego 2014 r. (sygn. S 2/14). W opinii Trybunału konieczne było doprecyzowanie, jakimi kompetencjami powinny wyróżniać się osoby wyznaczone do pełnienia funkcji kuratora małoletniego w tym specyficznym układzie, gdy – ze względu na konflikt interesów między dzieckiem a jego opiekunami prawnymi – nie może być ono reprezentowane przez tychże opiekunów.

W ww. projekcie przewidziano, że zasadniczo kuratorem może zostać adwokat lub radca prawny. W przypadku, gdy stopień skomplikowania sprawy tego nie wymaga, kuratorem może zostać ustanowiona inna osoba (m. in. przedstawiciel organizacji społecznej).

¹ Za „*Child-friendly justice – Perspectives and experiences of professionals on children’s participation in civil and criminal judicial proceedings in 10 EU Member States*” – Raport Agencji Praw Podstawowych z 2015 r., s. 48

Projekt ten nie doczekał się jednak uchwalenia w poprzedniej kadencji Sejmu, tak więc sygnalizacja Trybunału w sprawie sygn. S 2/14 w dalszym ciągu pozostaje niewykonana. Rzecznik Praw Dziecka wielokrotnie zwracał się do Ministra Sprawiedliwości z wnioskiem o właściwe uregulowanie kurateli procesowej dla dziecka: w wystąpieniu do Ministra Sprawiedliwości z 25 maja 2012 r., o sygn. ZSR/500/9/2012/AT Rzecznik Praw Dziecka zwracał uwagę na niewłaściwe wywiązywanie się przez kuratorów z ich obowiązków; analogiczny problem (kwalifikacji kuratorów) był podnoszony w piśmie z 26 października 2015 r., sygn. ZSR.422.17.2015.MS. Z odpowiedzi udzielonej Rzecznikowi Praw Dziecka (pismo z 18 grudnia 2015 r., nr DL-I-072-9/15/4), wynika, że problematyka kuratora kolizyjnego leży w obszarze zainteresowania Ministra Sprawiedliwości i będzie ona wzięta pod uwagę przy najbliższej nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego.

Mając powyższe na uwadze, uprzejmie prosimy o przekazanie informacji, czy w Ministerstwie Sprawiedliwości prowadzone są prace nad precyzyjną regulacją instytucji kuratora procesowego dla dziecka – niezbędną z uwagi na potrzebę wykonania sygnalizacji Trybunału Konstytucyjnego w sprawie sygn. S 2/14.

- VI. Dla wzmocnienia pozycji dziecka w postępowaniu sądowym przydatne jest także inne rozwiązanie, rekomendowane przez Wytyczne Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie wymiaru sprawiedliwości przyjaznego dzieciom. Zgodnie z uwagą 37 Wytycznych, dzieci powinny mieć prawo do doradztwa prawnego i do reprezentacji prawnej w postępowaniach, w których istnieje lub może istnieć konflikt między interesem dziecka a interesem rodziców lub innych zaangażowanych stron. W tym wypadku nie chodzi o instytucję kuratora, niejako „obiektywizującego” dobro dziecka, ale o poradnictwo prawne i profesjonalną reprezentację procesową. Jeśli chodzi o charakter tej pomocy prawnej i reprezentacji, to w świetle przywołanych Wytycznych powinien on być następujący:
1. Dzieci należy uznawać za pełnoprawnych klientów posiadających własne prawa, a prawnicy reprezentujący dzieci powinni przedstawiać opinię dziecka. Prawnik/profesjonalny pełnomocnik nie musi wyrażać swojego zdania na temat tego, co jest najlepsze dla dobra dziecka (w przeciwieństwie np. do opiekuna), natomiast powinien on ustalić poglądy i opinie dziecka i bronić ich tak, jak w przypadku klienta będącego osobą dorosłą. Prawnik powinien dążyć do uzyskania świadomej zgody dziecka w kwestii najlepszej strategii, jaką ma przyjąć. Jeżeli prawnik nie zgadza się

z tą opinią, powinien spróbować przekonać dziecko tak, jak zrobiłby to w przypadku każdego innego klienta. Prawnik powinien również przedstawić dziecku wszystkie niezbędne informacje i wyjaśnienia dotyczące ewentualnych skutków wyrażanych przez nie poglądów lub opinii. Dziecko powinno mieć swobodny wybór prawnika (uwagi: 37, 41 oraz 104 w wyjaśnieniach Wytycznych).

2. Prawnicy reprezentujący dzieci powinni być przeszkoleni w dziedzinie praw dziecka i kwestii powiązanych oraz powinni dysponować odpowiednim poziomem wiedzy w tym zakresie, przechodzić ustawiczne, szczegółowe szkolenia i powinni umieć porozumiewać się z dziećmi na ich poziomie zrozumienia (uwaga 39 Wytycznych). Istotna jest także kwestia finansowania prawnika. W Wytycznych wskazuje się, że kosztami prawnika dziecka nie powinno się obciążać ani bezpośrednio, ani pośrednio jego rodziców. Jeżeli prawnik zostaje opłacony przez rodziców, szczególnie w sprawach, w których występuje konflikt interesów, nie ma żadnej gwarancji, że będzie on w stanie niezależnie bronić poglądów dziecka. Z tych także względów jest istotne, aby dzieciom zapewniono dostęp do nieodpłatnej pomocy prawnej na takich samych warunkach, jak osobom dorosłym lub na warunkach łagodniejszych. W każdym przypadku system pomocy prawnej musi być skuteczny w praktyce (uwagi: 38 i 102 w wyjaśnieniach Wytycznych).

W uwadze 105 Wytycznych wskazuje się, iż rola prawnika jest inna niż rola kuratora procesowego („kolizyjnego”), ponieważ kurator procesowy zostaje wyznaczony przez sąd, a nie przez samego klienta i powinien wspomagać sąd w określeniu tego, co jest najlepsze dla dobra dziecka. Tymczasem prawnik reprezentujący dziecko jest związany jego wskazaniami.

Wydaje się, że kwestia samego poradnictwa prawnego dla dziecka została rozwiązana przez przepisy ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nieodpłatnej pomocy prawnej oraz edukacji prawnej (Dz. U. z 2015 r., poz. 1255). Określając krąg uprawnionych do nieodpłatnej pomocy prawnej ustawodawca wskazał, iż przysługuje ona m. in. osobie fizycznej, która nie ukończyła 26 roku życia (art. 4 ust. 1 pkt 5 ustawy). Należy zatem przyjąć, że – w sytuacji konfliktu pomiędzy interesem dziecka a interesem rodziców – dziecko (czyli osoba poniżej 18 roku życia), które zwróci się do punktu nieodpłatnej pomocy prawnej, taką pomoc uzyska. Aczkolwiek warto zauważyć, że nie do końca jasne są zasady korzystania przez dzieci z nieodpłatnej pomocy prawnej, tj. trudno określić, czy – poza w/w sytuacją konfliktu – dziecko może korzystać z pomocy prawnej samodzielnie, czy wchodzi to w zakres pieczy sprawowanej przez rodziców.

Natomiast nie wydaje się, aby dziecko mogło ustanowić pełnomocnika – bądź skorzystać z pomocy pełnomocnika z urzędu – w sprawie o ograniczenie, pozbawienie bądź o zawieszenie władzy rodzicielskiej albo w sprawie o kontakty z rodzicem. Wprawdzie zgodnie z art. 573 § 1 k.p.c. osoba pozostająca pod władzą rodzicielską, opieką albo kuratelą ma zdolność do podejmowania czynności w postępowaniu dotyczącym jej osoby, chyba że nie ma zdolności do czynności prawnych. Zatem dziecko, które ukończyło lat 13 (zob. art. 15 k.c.) może podejmować czynności w dotyczącej je sprawie, a więc może np. ustanowić pełnomocnika bądź wystąpić o pełnomocnika z urzędu. Jednak art. 573 k.p.c. odnosi się do sytuacji, gdy dziecko jest uczestnikiem postępowania (zob. powołaną wyżej uchwałę Sądu Najwyższego z 3 maja 1979 r., III CZP 14/79, OSN 1979, nr 12, poz. 230; por. także uchwałę SN z 9 czerwca 1976 r., III CZP 46/75, OSN 1976, nr 9, poz. 184; zob. też A. Góra – Błaszczkowska, Komentarz do art. 573 k.p.c., [w:] H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, LEX 2014). Jak była mowa wyżej, w sprawie o pozbawienie władzy rodzicielskiej (a także w sprawie o jej ograniczenie oraz o kontakty dziecka z rodzicem) dziecko nie jest uznawane za uczestnika postępowania. Nie może zatem ustanowić pełnomocnika, dziecku nie zostanie także przyznany pełnomocnik z urzędu (art. 117 i dalsze k.p.c.). Również rodzic dziecka nie może ustanowić na rzecz dziecka, w jego imieniu, profesjonalnej reprezentacji procesowej – ponownie: dziecko nie jest uczestnikiem postępowania, a zatem nie może korzystać z pomocy pełnomocnika. W postępowaniu przed sądem opiekuńczym Wytyczne Komitetu Ministrów Rady Europy nie są zatem realizowane w żadnym zakresie – trudno mówić o pełnomocnikach wyspecjalizowanych w reprezentacji dzieci, skoro w obecnym stanie prawnym taka reprezentacja w ogóle nie może mieć miejsca.

- VII. Wydaje się zatem, że w sprawach sądowych, w których rozstrzyga się o najbardziej żywotnych interesach dziecka, nie istnieje żaden mechanizm reprezentacji jego interesów.

Po pierwsze, dziecko nie jest reprezentowane przez kuratora, który w innego rodzaju postępowaniach wspomaga sąd w określeniu tego, co jest najlepsze dla dobra dziecka.

Po drugie, wykluczona jest także procesowa reprezentacja dziecka przez profesjonalnego pełnomocnika, który działałby zgodnie ze wskazaniem i życzeniami dziecka.

Ponownie należy podkreślić, że sam nakaz dbania przez sąd opiekuńczy – z urzędu – o dobro dziecka nie może zastąpić potrzeby właściwej reprezentacji małoletniego.

Mając powyższe na uwadze, zwracamy się z prośbą do Pana Ministra o rozważenie następujących możliwości polepszenia standardu reprezentacji dziecka w postępowaniu opiekuńczym:

- 1) rozszerzenie katalogu spraw, w których działa kurator „kolizyjny” na sprawy dotyczące pozbawienia, ograniczenia lub zawieszenia władzy rodzicielskiej, a także sprawy dotyczące kontaktów (przynajmniej do spraw, w których zdaniem sądu zaistniało realne zagrożenie dobra dziecka przez działania, zwłaszcza procesowe, rodzica),
- 2) zapewnienie właściwych kwalifikacji kuratora „kolizyjnego”, zgodnie ze wskazaniem zawartym w sygnalizacji Trybunału Konstytucyjnego w sprawie sygn. S 2/14,
- 3) zapewnienie, aby dziecko w postępowaniu opiekuńczym mogło korzystać z pomocy profesjonalnego pełnomocnika, który działałby zgodnie ze wskazaniami i życzeniami dziecka.

Takie instrumenty procesowe pozwoliłyby na podwyższenie ochrony prawnej dzieci w ramach postępowania sądowego, co byłoby zgodne z zasadami przewidzianymi przez Konstytucję RP, Konwencję o prawach dziecka i inne akty prawa międzynarodowego oraz zalecenia organów Rady Europy.

[*Adam Bodnar*]

[*Marek Michalak*]