

Sygn. akt I ACa 174/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 czerwca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w S. I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

|                 |   |
|-----------------|---|
| Przewodniczący: | SSA Dariusz Rystał (spr.)                     |
| Sędziowie:      | SSA Danuta Jezierska<br>SSA Maria Iwankiewicz |
| Protokolant:    | st. sekr. sądowy Beata Waclawik               |

po rozpoznaniu w dniu 13 czerwca 2013 r. na rozprawie w S.

sprawy z powództwa Ł. K.

przeciwko Skarbowi Państwa - Prezesowi Sądu Okręgowego w S.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w S.

z dnia 23 stycznia 2013 r., sygn. akt I C 796/12

***I. oddala apelację,***

***II. zasądza od powoda na rzecz Skarbu Państwa - Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa w Warszawie kwotę 900 (dziewięćset) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.***

***Maria Iwankiewicz Dariusz Rystał Danuta Jezierska***

Sygn. akt I ACa 174/13

## UZASADNIENIE

Powód Ł. K. pozwem z dn. 26.07.2012r. skierowanym przeciwko pozwanemu Skarbowi Państwa - Prezesowi Sądu Okręgowego w Szczecinie wskazując na treść art. 424<sup>(1b)</sup> k.p.c. wniósł o zasądzenie na rzecz powoda od pozwanego kwoty 10.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami do dnia wniesienia pozwu oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu w tym zastępstwa adwokackiego wg. norm przepisanych.

W uzasadnieniu powód podniósł, iż jego zdaniem postanowienie Sądu Okręgowego w Szczecinie, X Wydział Cywilny Rodzinny z dn. 26.07.2010r. na mocy którego piecza nad małoletnią córką N. K. została powierzona dziadkom H. i M. małżonkom S. tak jak rodzinie zastępczej zostało wydane w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa rodzinnego, postępowania cywilnego, a nade wszystko przepisami Konstytucji RP

W ocenie pozwanego powód wnosząc o odszkodowanie (zadośćuczynienie) na podstawie art. 424<sup>(1b)</sup>k.p.c. nie wykazał, aby pozwany wydał orzeczenie niezgodnie z prawem. W tym zakresie twierdzenia pozwu według pozwanego opierają się na jedynie subiektywnym przeświadczeniu powoda, iż sam lepiej niż inni zajmie się swoją małoletnią córką N., która to okoliczność według pozwanego jest niewystarczająca do uznania postanowienia z dn. 26.07.2010r. sygn. akt X RCa 128/10 Sądu Okręgowego w Szczecinie za wydane sprzecznie z prawem.

Pozwany zakwestionował również sam fakt powstania szkody jak i krzywdy oraz wysokość dochodzonego roszczenia uznając je za niewskazane w myśl art. 6 k.c. oraz innych przesłanek uzasadniających odpowiedzialność odszkodowawczą pozwanego.

Wyrokiem z 23 stycznia 2013 r. Sąd Okręgowy w Szczecinie oddalił powództwo i odstąpił od obciążania powoda kosztami procesu.

Sąd Okręgowy ustalił poniższy stan faktyczny.

We wniosku z dnia 24 lutego 2009r Ł. K. wniósł do Sądu Rejonowego Szczecin Centrum w Szczecinie Wydziału VIII Rodzinnego wniosek o powierzenie mu wykonywania władzy rodzicielskiej nad małoletnią N. K., ur. (...).

W uzasadnieniu wniosku powód Ł. K. wskazał, że władza rodzicielska Ł. K. i matki dziecka, M. K. jest ograniczona poprzez poddanie dozorowi kuratora; wskazał również, że wcześniej nie mógł opiekować się dzieckiem, ponieważ uczęszczał na kurs spawacza, obecnie zaś zamierza podjąć pracę i zająć się córką. Wskazywał również, że matka dziecka zabrała je w nieznanne mu miejsce, a jest osobą nieodpowiedzialną, zajmującą się zawodowo prostytutką.

W sprawozdaniu kuratora z 7.04.2009r A. S. wskazała, że miała problem ze skontaktowaniem się z Ł. K., ponieważ przebywał w Holandii, w pracy; deklarował wobec kuratora, że w czerwcu wróci do Polski i będzie szukał tu pracy. Kurator wskazywał również, że matki dziecka szuka komornik, że jeździ ona samochodem bez prawa jazdy, że rozważa zabranie dziecka "na złość rodzinie" do Niemiec.

Na rozprawie dnia 23 kwietnia 2009r strony wyraziły zgodę, aby wnioski o zabezpieczenie zostały rozpoznane po uzyskaniu wywiadów.

Na posiedzeniu w dn. 23.04.2009r. Ł. K. cofnął wniosek o umieszczeniu małoletniej córki przy nim, a jego pełnomocnik wniósł o ograniczenie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom i umieszczenie małoletniej u rodziców Ł. B. i S. K.. Matka małoletniej podtrzymała wniosek o powierzenie jej w całości władzy rodzicielskiej nad małoletnią N..

W trakcie tego posiedzenia B. K. przyznała, iż małoletnia N. w weekendy przebywa u niej, a w ciągu tygodnia u dziadków S..

Ł. K. zeznał wówczas, iż pracuje w Holandii za wynagrodzeniem 700 Euro tygodniowo i zadeklarował przyjazdy co tydzień do kraju i potem powrót do kraju i poszukiwanie pracy w kraju gdyż umowę ma od 17 marca do 17 czerwca 2009r. chciał aby na czas jego pobytu w Holandii dziecko zostało przekazane jego rodzicom lub rodzicom żony. Ponadto, iż od września 2008r. nie miał stałej pracy. Ł. K. wskazał, że władzę rodzicielską miał ograniczoną, gdyż żona oskarżyła go o alkoholizm i pobicie, co negował, przyznając, że raz izbie wytrzeźwień na skutek zawiadomienia żony. Wskazał na kilkakrotne próby samobójcze żony oraz to że prawdopodobnie pracuje jako prostytutka. M. K. między innymi zeznała, iż uciekła z domu bo bił ją ojciec i przyznała że wówczas pracowała 3 miesiące w agencji towarzyskiej. Według niej to Ł. K. od 2005 –do 2008 kilkakrotnie wysyłał ją do pracy w agencji towarzyskiej i poszła tam dwukrotnie:

raz w 2005r. na 1,5, potem pracowała w L. oraz potem ponownie trudniła się prostytutką na przełomie stycznia i lutego 2008 gdyż według niej nie mieli wraz z mężem za co żyć.

W dniu 20 maja 2009r H. S. i M. S. (1), rodzice M. K., złożyli w sprawie VIII Nsm 761/09 wnioski o ustanowienie ich rodziną zastępczą dla małoletniej N. K..

W związku z ich wnioskiem Rodzinny Ośrodek Diagnostyczno-Konsultacyjny wydawał opinię w celu ustalenia związków emocjonalnych małoletniej N. K. z rodzicami oraz dziadkami, oraz którzy z dziadków dają większą gwarancję i mają większe możliwości, aby stanowić rodzinę zastępczą dla małoletniej.

W sprawozdaniu RODK wskazano, że podczas badania w RODK czuć było od Ł. K. silny zapach alkoholu oraz, że zgłaszał on zażywanie amfetaminy pomiędzy 18 a 25 rokiem życia.

We wnioskach końcowych wskazano, że małoletnia jest związana z obojgiem rodziców i z dziadkami ze strony obojga rodziców, a nadto, że w swoich preferencjach uczuciowych wyróżnia babcię ze strony matki. Wskazano również, że H. S. i M. S. (1) prawidłowo wywiązują się ze swoich obowiązków opiekuńczo wychowawczych ze strony wnuczki i nie ma potrzeby zmiany pobytu dziecka, które przebywa u nich.

B. K., matka powoda, zakwestionowała tę opinię.

Na rozprawie dnia 30 listopada 2009r pełnomocnik Ł. K. oświadczył że wnosi o powierzenie jemu władzy rodzicielskiej, a w piśmie z dnia 30 listopada 2009r zakwestionował opinię RODK.

W protokole przesłuchania w charakterze biegłej pracownika RODK E. P. zanotowano zeznania "Ł. K. (...) na badanie do RODK przyszedł i wyczuwalny był od niego zapach alkoholu i podejrzewamy, że może być problem alkoholowy(...) Ł. K. odpowiedział mi w dniu badania, że poprzedniego dnia wypił grzane piwo, bo był przeziębiony i brał leki(...) Wyczuwałam ten alkohol w trakcie badania, kiedy prowadziłam rozmowę".

W protokole przesłuchania w charakterze biegłej pracownika RODK T. P. zanotowano zeznania świadka "Ja również wyczułam zapach alkoholu od Ł. K. jak weszłam do pomieszczenia gdzie był badany przez psycholog, w całym pomieszczeniu był bardzo silny zapach alkoholu i nawet był wyczuwalny w poczekalni od niego alkohol. Pracownicy pytali, od kogo to czuć".

W piśmie procesowym z dn. 30.11.2009r. Ł. K. ponowił swój wniosek o powierzenie mu wykonywania władzy rodzicielskiej nad małoletnią córką N. K. cofając ponownie wniosek o ustanowienie dla niej rodziny zastępczej. W uzasadnieniu wskazał, iż jego uprzednie decyzje były powodowane jego sytuacją ekonomiczną i pracą w Holandii, a obecnie powrócił do kraju i ma stałą pracę w firmie (...) i osiąga zarobki w kwocie ok. 3.000 zł netto. Związał się emocjonalnie z dzieckiem i nie chce aby wychowywali je dziadkowie. Przyznał, iż w dniu badania RODK wypił piwo, lecz twierdził, że był przeziębiony, więc wypił grzane piwo.

Postanowieniem z dnia 7 stycznia 2010r Sąd Rejonowy Szczecin Centrum w Szczecinie ograniczył wykonywanie władzy rodzicielskiej Ł. K. i M. K. na małoletnią N. K. poprzez umieszczenie jej w rodzinie zastępczej u H. S. i M. S. (1).

Ł. K. 16 lutego 2010r, w terminie ustawowym, wniósł apelację od tego orzeczenia. We wniosku z dnia 10 marca 2010r wniósł o zawieszenie postępowania na podstawie art. 445<sup>1</sup>§2 kpc, wskazując, że 18 lutego 2010r do X Wydziału Rodzinnego wpłynął pozew o rozwód, zarejestrowany pod sygnaturą XRC 446/10.

Wniosek ten nie został rozpoznany przez Sąd- zarządzeniem z dnia 7 kwietnia 2010r akta wraz z apelacją i wnioskiem o zawieszenie przedstawiono Sądowi Okręgowemu w Szczecinie.

Sąd Okręgowy w Szczecinie X Wydział Cywilny Rodzinny postanowieniem z dnia 25 czerwca 2010r zawiesił postępowanie apelacyjne w sprawie do czasu prawomocnego zakończenia przez Sąd Okręgowy w Szczecinie postępowania o rozwód XRC 446/10.

We wniosku z dnia 2 lipca 2010r H. i M. S. (1) wnieśli na podstawie art. 730 kpc i następnych o udzielenie zabezpieczenia poprzez uregulowanie sposobu roztoczenia pieczy nad małoletnią N. K. poprzez umieszczenie jej u H. i M. S. jak w rodzinie zastępczej. Wskazali ponadto, że dobro dziecka jest zagrożone, ponieważ do tej pory przebywało z nimi, miało swoje łóżko, ubrania i zabawki, zaś 25 czerwca 2010r zostało zabrane przez Ł. K. z przedszkola. Wnioskodawcy wskazali, że dziecko przebywa z ojcem w nieznanych im warunkach oraz, że ojciec odmówił wydania dziecka, ponieważ postanowienie Sądu Rejonowego w przedmiocie rodziny zastępczej nie istnieje

Wnioskodawcy wskazali, że Ł. K. przyprowadził do nich córkę dnia 28 czerwca 2010r, ale zabrał ją 30 czerwca 2010r, i nie wiadomo gdzie obecnie przebywa. Wnioskodawcy podali również, że Ł. K. nie pracuje już w dotychczasowym miejscu pracy i przedstawili na tę okoliczność zaświadczenie od pracodawcy, oraz, że wielokrotnie zdarzało się, że dziecko przychodziło od ojca nienakarmione i w brudnych rzeczach.

26 lipca 2010r Sąd Okręgowy w Szczecinie X Wydział Rodzinny na posiedzeniu niejawnym w/w wniosek, działając jako sąd II instancji, i udzielił zabezpieczenia wnioskodawcom H. i M. S. (1) zabezpieczenia do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej nad małoletnią N. K. w sprawie z powództwa Ł. K. przeciwko M. K. o rozwód sygn akt XRC 446/10 w ten sposób, że powierzył pieczę nad małoletnią N. K. i umieścił ją u H. i M. S. (1) jak w rodzinie zastępczej.

W uzasadnieniu w/w Sąd między innymi wskazał, iż w przedmiocie ustalenia okoliczności faktycznych oparł się na:

- odpisach aktu małżeństwa M. K. i Ł. K. k. 6,5;
- postanowieniu Sądu Rejonowego w Szczecinie z dn. 26.06.2007r. sygn. akt VII RNsm 53/07 ograniczającym władze rodzicielską w/w małżonkom nad ich małoletnią córką N. K., wydanym w postępowaniu na skutek zawiadomienia Prokuratury Rejonowej Szczecin – Śródmieście o zagrożeniu dobra małoletniej N. K.;
- zeznaniach M. S. (2) k. 33;
- zeznaniach Ł. K. k. 31,32 z których miało wynikać, iż nie ma stałego zatrudnienia, podejmuje prace dorywcze, okresowo przebywał w Holandii skąd wrócił w 2009r.;
- wywiadzie kuratora k. 37-39, 24-29;
- wniosku Ł. K. z dn. 24.02.2009r. o powierzeniu mu wykonywania władzy rodzicielskiej nad małoletnią córką N. z jednoczesnym ograniczeniem władzy rodzicielskiej matce małoletniej k. 2-4;
- wniosku rodziców Ł. K.: B. i S. K. z dn. 28.04.2009r. sygn. akt VIII RNsm 93/09 o umieszczenie u nich małoletniej N. K. na zasadzie rodziny zastępczej, akcentując że została ona połączona ze sprawą VIII RNsm 761/09;
- wniosku rodziców M. K.: H. i M. S. (1) o ustanowienie ich rodziną zastępczą dla N. K. k. 54-55;
- oświadczeniu rodziców Ł. K.: B. i S. K. złożonych na rozprawie w dn. 30.11.2009r., iż cofają swój wniosek w przedmiocie ustanowienia ich rodziną zastępczą k. 107;
- oświadczeniu M. K. z dn. 07.01.2010r. o powierzenie jej wykonywania władzy rodzicielskiej nad małoletnią córką N. k. 131;
- postanowieniu Sądu Rejonowego Szczecin – Centrum w Szczecinie w dn. 07.01.2010r. którym ograniczono rodzicom małoletniej N. K.: Ł. K. i M. K. wykonywanie władzy rodzicielskiej poprzez umieszczenie jej w rodzinie zastępczej u rodziców matki małoletniej to jest H. i M. S. (1), zobowiązując ich do składania sprawozdań Sądowi co sześć miesięcy k. 134;
- apelacji Ł. K. k. 152-156;

- postanowieniu z dn. 25.06.2010r. Sądu Okręgowego w Szczecinie w sprawie zawieszenia postępowania na skutek wszczęcia przez Ł. K. procesu o rozwód k. 192;
- opinii RODK k. 82-86;
- zeznaniach H. i M. S. (1) k. 68-70;
- orzeczeniu ZUS k. 72;
- porozumieniu z dn. 14.01.2012r. k. 170;
- pismach H. i M. S. (1) z dn. 02 i 20.07.2010r.

Ponadto Sąd Okręgowy Wydział X Cywilny Rodzinny uwzględnił okoliczność, iż Ł. K. w dn. 25.06.2010r. odmówił odprowadzenia córki N. do H. i M. S. (1) argumentując to tym, że postanowienie Sądu Rejonowego jest nieprawomocne i zawarte w nim rozstrzygnięcia nie są obowiązujące, oraz, że następnie w dn. 07.07.2010r. Ł. K. zabrał córkę N. od dziadków H. i M. S. (1) i pomimo wcześniejszych ustaleń, iż przyprowadzi ją do dziadków w dn. 15.07.2010r. nie uczynił tego, odmawiając jakichkolwiek wyjaśnień. Pismem dn. 12.07.2010r. pełnomocnik Ł. K. poinformował matkę małoletniej N. K., iż N. od lipca 2010r. przebywa na wakacjach pod jego opieką.

Wskazując na treść art. 730 §1 k.p.c., art. 755 §1 pkt. 4 k.p.c., 738 k.p.c. w/w Sąd między innymi wskazał, iż postanowienie zostało wydane w sprawie rodzinnej. Celu postępowania zabezpieczającego w sprawie rodzinnej nie można interpretować jak dla zakresu prawa zobowiązań. W sprawach rodzinnych istotna jest troska o los małoletniego, gdyż jakakolwiek destabilizacja życiowa dziecka może spowodować trwałe zmiany w jego rozwoju niweczące lub poważnie utrudniając możliwość osiągnięcia celu postępowania jakim jest wyłącznie dobro małoletniego. W związku tym Sąd ten wziął przede wszystkim pod uwagę, iż w pomiędzy rodzicami małoletniej zawisła sprawa o rozwód, małoletnia nie ma stałego zamieszkania, rodzina jest w konflikcie i małoletnia jest świadkiem sporów. Małoletnia nie wie kiedy i z kim będzie spędzała najbliższy czas. Sąd uznał, iż wnioskodawcy uprawdopodobnili, że ich sytuacja życiowa umożliwia właściwe sprawowanie funkcji rodziny zastępczej dla małoletniej N.. Udostępniali kontakty z małoletnią wszystkim zainteresowanym: rodzicom i dziadkom ze strony ojca. Ojciec małoletniej Ł. K. odmówił współpracy z dziadkami S. i samowolnie zabrał małoletnią do siebie, co uprawdopodobniło pismo jego pełnomocnika z dn. 12.07.2010r., z którego wynika, że pełnomocnik zawiadomił w ten sposób dziadków S. i pobycie N. u niego na wakacjach, zatem wbrew porozumieniu storn z dn. 14.01.2009r. w myśl którego wszelkie zmiany miały być uzgadniane wspólnie na linii ojciec Ł. K. – dziadkowie H. i M. S. (1). Sąd wziął również pod uwagę, iż z opinii (...) nr (...) wynika, że małoletnia w swoich preferencjach uczuciowych wyróżnia babcię ze strony matki, która wraz z dziadkiem od dłuższego czasu pełni wiodącą rolę w opiece i wychowaniu małoletniej. Sąd miał na względzie przy wydawaniu postanowienia w przedmiocie udzielenia zabezpieczenia również i to, że prowadzący badania RODK wskazali, iż wyczuwali od Ł. K. woń alkoholu. Sąd wskazał również, iż z zaświadczenia z dn. 28.05.2010r. wynika również, że Ł. K. nie ma stałej pracy, a więc i stałych źródeł dochodu i nie ma z czego zapewnić potrzeb małoletniej córki N..

Tak wskazując w/w Sąd uznał, iż powyższe okoliczności uprawdopodobniają, że dobro dziecka wymaga pozostawienia małoletniej N. u dziadków aby przez czas procesów mogła ona spokojnie się rozwijać i swobodnie spotykać ze swoimi rodzicami dziadkami ze strony swojego ojca.

Zażalenie Ł. K. na to postanowienie zostało odrzucone prawomocnym postanowieniem Sądu Okręgowego w Szczecinie jako niedopuszczalne.

Postanowieniem z dn. 18.01.2011r. wydanym w sprawie sygn. akt II CNP 91/10 ze skargi Ł. K. o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego postanowienia Sądu Okręgowego w Szczecinie z dn. 26.07.2010r. sygn. akt XRCa 128/10 wydanego w sprawie z wniosku Ł. K. przy udziale M. K. o powierzenie i ograniczenie władzy rodzicielskiej nad małoletnią N. K. z wniosku M. K. przy udziale Ł. K. o powierzenie i ograniczenie władzy rodzicielskiej nad

małoletnią N. K. w z wniosku H. i M. S. (1) oraz B. i S. K. przy udziale Ł. K. i M. K. o ustanowienie rodziny zastępczej dla małoletniej N. K. – umorzył postępowanie w sprawie uznając skargę za niedopuszczalną mocy prawa wskazując, iż rozpoznawana skarga nie jest objęta kognicją Sądu Najwyższego, jako że nie należy do żadnego typu spraw wymienionych w art. 424<sup>(1)</sup> k.p.c., art. 519<sup>(2)</sup> k.p.c., 1148<sup>(1)</sup> § 3 k.p.c., art. 1151<sup>(1)</sup> § 3 k.p.c., art. 1215 § 3 k.p.c. i w związku tym odszkodowania można domagać się ewentualnie z art. 424<sup>(1b)</sup> k.p.c. przed właściwym sądem okręgowym.

W piśmie z dn. 23.03.2011r. Ł. K. złożył do Sądu Rejonowego Szczecin Prawobrzeże i Zachód w Szczecinie VIII Wydziału Rodziny i Nieletnich w Szczecinie wniosek o ustanowienie w trybie natychmiastowym nadzoru kuratora sądowego nad sposobem sprawowania władzy rodzicielskiej nad małoletnią N. K. przez rodzinę zastępczą wraz z wnioskiem o zobowiązanie uczestników do odprowadzania małoletniej do przedszkola. W uzasadnieniu skazał między innymi, iż matka małoletniej zamieściła w na stronach internetowych ogłoszenie o swoich odpłatnych usługach seksualnych, które świadczyła jeszcze przed ślubem, wskazywał również, że matka małoletniej prowadzi samochody bez prawa jazdy, w tym wozi N.. Zakwestionował kompetencje dziadków małoletniej N. ze strony matki H. i M. S. (1) do sprawowania funkcji rodziny zastępczej, skoro ich córka M. uciekła z domu w wieku 18 lat i zaczęła uprawiać prostytucję. Zarzucił, iż uczestnicy postępowania z uwagi na brak wykształcenia, problemy zdrowotne nie są w stanie przyczynić się do rozwoju dziecka i pogłębiania jego zainteresowań i edukacji oraz indukują u małoletniej N. niechęć do ojca i dziadków z jego strony. Tym bardziej, iż M. S. (1) demoralizuje małoletnią pijąc przy niej alkohol, co sam zarzucał ojcu małoletniej. Małoletnia spędza niewłaściwie czas, gdyż zamiast bawić się innymi dziećmi lub spędzać pożytecznie czas w przedszkolu rozlepia z dziadkami S. ulotki. Uczestnicy aktywnie współdziałali ze swoją córką M., matka małoletniej N., podczas gdy matka dziecka wraz z innymi dwoma mężczyznami porwała małoletnią z W. w dn. 07.11.2011r. gdy ta była u ojca po mimo, iż w toku była sprawa o przymusowe wydanie dziecka sygn. akt VIII RNSM 1100/10.

Postanowieniem z dn. 16.05.2011r. wydanym w sprawie o sygn. akt VIII R Nsm 761/09 Sąd Rejonowy Szczecin – Centrum w Szczecinie, VIII Wydział Rodziny i Nieletnich uwzględnił w/w wniosek Ł. K. z dn. 23.03.2011r. i na podstawie art. 755 § 1 pkt. 4 k.p.c. udzielił dodatkowe zabezpieczenia w sprawie w ten sposób, że nad sprawowaniem funkcji rodziny zastępczej przez H. i M. S. (1) nad małoletnią N. K., zamieszkałych w S. przy ul. (...) (postanowienie Sądu Okręgowego w dn. 26.07. 2010r. sygn. akt X RCa 128/10) ustanowić nadzór kuratora sądowego do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej nad małoletnią N. K. przez Sąd Okręgowy w Szczecinie w sprawie z powództwa Ł. K. przeciwko M. K. o rozwód sygn. akt XRC 446/10 i w pozostałej części wniosek oddalił.

Powyższe postanowienie na skutek zażalenia uczestników Sąd Okręgowy w Szczecinie, X Wydział Rodziny postanowieniem z dn. 20.06.2011r. sygn. akt X RCz 154/11 uchylił w całości jako nieważne z uwagi na to, iż w sprawie orzekł sąd rejonowy podczas gdy rozpoznanie tego wnioski zostało zastrzeżone do kognicji sądu okręgowego.

Ł. K. wnioskiem z dnia 18.08.2011r. ponowił swój wniosek z dn. 23.03.2011r. o ustanowienie nadzoru kuratora nad prawidłowością sprawowanej pieczy przez H. i M. S. (1)

Nieprawomocnym wyrokiem z dn. 26.11.2012r. Sąd Okręgowy w Szczecinie, X Wydział Cywilny w sprawie o sygn. akt X RC 446/10 z powództwa Ł. K. przeciwko M. K. o rozwód rozwiązała małżeństwo w/w z winy obojga małżonków ponadto między innymi wykonywanie władzy rodzicielskiej w/w nad ich wspólną małoletnią córką N. ograniczył poprzez umieszczenie małoletniej w rodzinie zastępczej.

Sąd Okręgowy uznał, że powództwo okazało się niezasadne w całości.

Jako bezprawne działanie, stanowiące podstawę faktyczną rozpoznawanego powództwa z art. 424<sup>(1b)</sup> k.p.c. jest postanowienie Sądu Okręgowego w Szczecinie, X Wydział Cywilny Rodziny z dn. 26.07.2010r. sygn. akt XRCa 128/10 w przedmiocie udzielenia zabezpieczenia, wydane przez ten Sąd jako Odwoławczy (apelacyjny, drugiej instancji) na etapie zawieszono postępowania apelacyjnego - od postanowienia sądu pierwszej instancji to jest Sądu Rejonowego Szczecin - Centrum w Szczecinie z dn. 07.01.2010r.; sygn. akt VIII RNsm 761/09 w sprawie o powierzenie władzy rodzicielskiej nad małoletnim dzieckiem małżonków, niniejszego powoda i jego żony.

Sąd Okręgowy wskazał, iż punktem wyjścia dla rozważań jest czy w/w postanowienie Sądu Okręgowego w Szczecinie z dn. 26.07.2010r. sygn. akt XRCa 128/10 zostało wydane zgodnie z prawem oraz czy art. 445<sup>(1)</sup> § 2 k.p.c. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 734 k.p.c., a jeżeli tak czy ma charakter kategoriycznie wyłączający stosowanie *lex generalis* 734 k.p.c., czy też może wyłączający względnie lub charakter przemienne.

Wymaga zatem wskazania, iż komentowany przepis art. 445<sup>1</sup> k.p.c. jest stosunkowo nową regulacją, gdyż wszedł w życie z dniem 13.06.2009r. wprowadzony nowelą ustawy z dn. 06.11.2008r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw Dz.U.2008.220.1431. i zastąpił uprzednio obowiązujący art. 443 k.p.c., który między innymi regulował kwestię uregulowania opieki nad małoletnimi dziećmi w trakcie postępowania o rozwód. W § 1 art. 445<sup>1</sup> k.p.c. ustawodawca *experessis verbis* sformułował zakaz wszczynania odrębnych postępowań w kwestii władzy rodzicielskiej nad małoletnimi dziećmi małżonków w trakcie procesu tych małżonków o rozwód. W takiej sytuacji gdy sąd rodzinny ustali, iż sprawa rozwodowa jest w toku jest zobowiązany wniosek w przedmiocie władzy rodzicielskiej na małoletnimi dziećmi przekazać do sądu rozwodowego. Natomiast w art. § 2 art. 445<sup>1</sup> k.p.c. ustawodawca przewidział sytuację odwrotną, to jest sytuację w której w trakcie trwania sprawy o władzę rodzicielską zostało wszczęte postępowanie o rozwód. W tym wypadku ustawodawca nakazał sądowi rodzinnemu opiekuńczemu z urzędu zawieszenie postępowania w sprawie o władzę rodzicielską do czasu wydania prawomocnego wyroku rozwodowego. W obydwu omawianych tu przypadkach, to jest przewidzianych w § 1 oraz w § 2 art. 445<sup>1</sup> k.p.c. ustawodawcy nie umknęło, iż w toku procesu o rozwód może również zaistnieć potrzeba uregulowania kwestii pieczy (władzy rodzicielskiej) nad małoletnim dzieckiem małżonków w trakcie trwania procesu o rozwód. W obu przypadkach ustawodawca w kwestii sprawowania pieczy nad małoletnim (władzy rodzicielskiej) wprost nakazał aby „sąd” stosował regulacje odnoszące się do postępowania zabezpieczającego, nie wskazując jednak dokładnie, który sąd rodzinny opiekuńczy, czy sąd rozwodowy.

Według Sądu Okręgowego ugruntowanym już poglądem (tak Sąd Najwyższy w uchwale z dn. 29.04.1997r. III CZP/20/77 LEX nr 2131) zarówno pod rządami uprzednio obowiązującego art. 443 k.p.c. jak też obecnie obowiązującego art. 445<sup>1</sup> k.p.c. (tak komentarz do art. 445<sup>1</sup> k.p.c.: Joanna Bodio stan prawny na 23.10.2011 oraz Iwona Koper stan prawny na 01.01.2010 LEX 27/2012 on line; dr hab. prof. nadzw. UW r Elwira Marszałkowska – Krześ, rok wydania 2012, wydawnictwo C.H.Beck, wydanie 7 publikacja LEGALIS on line) jest, iż na czas trwania sprawy o rozwód w przedmiocie roztoczenia pieczy (władzy rodzicielskiej) nad małoletnimi dziećmi rozwodzących się małżonków właściwy jest wyłącznie sąd rozwodowy orzekający w trybie postępowania zabezpieczającego.

Wg sądu I instancji za przyjęciem takiego stanowiska przemawia zasada jednotorowości i ekonomii postępowania zapobiegająca sprzeczności orzeczeń wydawanych przez różne sądy ( szerzej Sąd Najwyższy w uchwale z dn. 29.04.1997r. III CZP/20/77 LEX nr 2131). Ponadto w jego ocenie niczym nieuzasadnione byłoby różnicowanie stron z uwagi na chwilę wytoczenia procesu o rozwód czy złożenia wniosku w przedmiocie pieczy nad małoletnim dzieckiem. Skoro w §1 art. 445<sup>1</sup> k.p.c. ustawodawca wyraźnie zakazał wszczynania odrębnych postępowań odnośnie władzy nad małoletnimi dziećmi rozwodzących się małżonków i wynika z tego nakaz dla sądu rodzinnego opiekuńczego do przekazania tego typu wniosku do sprawy o rozwód, to taki sam wniosek musi również płynąć z nakazu wynikającego dla sądu z § 2 art. 445<sup>1</sup> k.p.c., to jest obligatoryjnego zawieszenia z urzędu przez sąd rodzinny opiekuńczy postępowania wywołanego wnioskiem w przedmiocie władzy rodzicielskiej z chwila gdy sąd ten poweźmie informację o wszczęciu pomiędzy rodzicami małoletniego dziecka procesu o rozwód. W konsekwencji, analogiczne jak w § 1 art. 445<sup>1</sup> k.p.c. rodzi to po stronie sądu rodzinnego opiekuńczego obowiązek przekazania wniosku w przedmiocie pieczy (władzy rodzicielskiej ) do sądu rozwodowego jeżeli wpłynie do tego sadu w trakcie zawieszonoego na postawie § 2 art. 445<sup>1</sup> k.p.c. postępowania o powierzenie władzy rodzicielskiej.

Wobec powyższego Sąd Okręgowy uznał, iż w chwili zawieszenia na podstawie § 2 art. 445<sup>1</sup> k.p.c. postępowania o władzę rodzicielską sąd rodzinny opiekuńczy zarówno pierwszej jak i drugiej instancji (odpowiednio sąd rejonowy i okręgowy) zobowiązany jest przekazać wniosek o zabezpieczenie w przedmiocie władzy rodzicielskiej nad małoletnimi

dziećmi rozwodzących się małżonków do sądu rozwodowego (odpowiednio okręgowego lub apelacyjnego), a w konsekwencji, iż regulacja art. 445<sup>1</sup> k.p.c. stanowi *lex specialis* w stosunku do *lex generalis* art. 734 k.p.c. o charakterze bezwzględnie wyłączającym stosowanie art. 734 k.p.c. i w rezultacie płynie z tego zakaz orzekania w przedmiocie zabezpieczenia w zakresie władzy rodzicielskiej czy pieczy nad małoletnim dla sądu rodzinnego opiekuńczego w tym drugiej instancji, tj. sądu okręgowego.

Postępowanie Sądu Rodzinnego Wydziału X Cywilnego Rodzinnego było zatem oczywiście nieprawidłowe; pozbawiło ono powoda możliwości wniesienia środka odwoławczego. Sąd Okręgowy Wydział X Cywilny Rodzinny orzekał bowiem jako sąd drugiej instancji i od spornego orzeczenia niniejszemu powodowi nie przysługiwał żaden środek odwoławczy. Gdyby natomiast w przedmiocie spornego zabezpieczenia orzekał sąd rozwodowy, to orzekłaby jako sąd pierwszej instancji i od jego orzeczenia przysługiwałoby powodowi prawo do wniesienia zażalenia i związanej z tym środkiem merytorycznej kontroli zaskarżonego rozstrzygnięcia.

W konsekwencji na skutek przedmiotowego uchybienia niniejszy powód został pozbawiony prawa do rozpoznania jego sprawy w postępowaniu dwuinstancyjnym zagwarantowanego nie tylko w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego w tym art. 363, 367, 394 k.p.c. lecz również zagwarantowanego w art. 78 i 176 Konstytucji RP .

Zatem już tylko z tych przyczyn wg Sądu Okręgowego sporne postanowienie Sądu Okręgowego w Szczecinie, X Wydział Cywilny Rodzinny z dn. 26.07.2010r. sygn. akt XRCa 128/10 należało uznać za wydane niezgodnie z prawem w rozumieniu art. 424<sup>(1b)</sup> k.p.c. jako niezgodne z art. 445<sup>(1)</sup> § 2 k.p.c. A contrario brak jest podstaw do uznania, aby zostało ono wydane niezgodnie z art. 730 i 734 k.p.c.

Sąd ten dodał też, że brak jest również podstaw do uznania, iż sporne postanowienie zostało wydane w trybie art. 579 § 2 k.p.c. to jest zarządzenia wydanego w nagłych wypadkach – świadczy o tym nie tylko treść całego postanowienia, skład w nim ujawniony i uzasadnienie spornego rozstrzygnięcia, lecz przede wszystkim czas kilku dni od dnia wpłynięcia wniosku do tego Sądu, z tych też przyczyn nie jest możliwym uznanie aby sporne orzeczenie miało charakter zarządzenia wydanego w nagłym przypadku w rozumieniu art. 579 § 2 k.p.c.

Natomiast zdaniem sądu I instancji za chybiony należało uznać zarzut powoda, iż pozwany rozpoznając wniosek w przedmiocie zabezpieczenia zobowiązany był prowadzić pełne postępowanie dowodowe jak dla procesu cywilnego. To twierdzenie stoi w sprzeczności z sformułowanym wprost przez ustawodawcę nakazie w art. 730<sup>1</sup> § 1 k.p.c., art. 736 § 1 pkt. 2 k.p.c. oraz w art. 738 k.p.c. iż wniosek o zabezpieczenie ma być stosownie „uprawdopodobniony”, a nie „wykazany” i sąd rozpoznający wniosek o zabezpieczenie co do zasady orzeka na podstawie materiału zgromadzonego w sprawie. Ustawodawca w art. 737 zd. 2 k.p.c. przewidział co prawda dla wniosku o zabezpieczenie przeprowadzenie rozprawy, lecz nie dla spraw o władzę rodzicielską i pieczę nad małoletnim dzieckiem małżonków w trakcie procesu o rozwód.

W ocenie Sądu Okręgowego zamieszczenie w spornym postanowieniu sformułowania, iż zabezpieczenie zostało udzielone, aż do czasu „prawomocnego rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej w sprawie o rozwód” nie stanowi o niezgodności w/w orzeczenia z art. 742 k.p.c., a stanowi ono jedynie wyraz reguły płynącej z komentowanego powyżej art. 445<sup>1</sup> § 2 k.p.c. i służyło zaakcentowaniu, iż sporne orzeczenie zostało wydane w toku procesu o rozwód na drodze postępowania zabezpieczającego. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia również okoliczność, iż powód w myśl art. 742 k.p.c. bezspornie wykorzystał możliwości płynące dla niego z tej regulacji i złożył stosowny wniosek o zmianę czy uchylenie zabezpieczenia udzielonego spornym postanowieniem z dn. 26.07.2010r. sygn. akt XRCa 128/10.

Podkreślenia jednak wymaga, wbrew twierdzeniom pozwanego, iż środek ten w żaden sposób nie stanowi środka obrony czy rewizyjnego dla strony dla nietrafnego dla niej rozstrzygnięcia. Podstawy prowadzące do jego uwzględnienia, jak wynika z § 1 art. 742 k.p.c., mogą bowiem stanowić jedynie nowe ujawnione okoliczności lub gdy odpadną podstawy na jakich zabezpieczenia udzielono poprzednio - które to zdarzenia nie stanowią chociażby efektu prawa strony do krytyki na drodze dwuinstancyjnego rozpoznania sprawy orzeczenia z którym storna się nie zgadza, lecz stanowią zupełnie inny środek procesowy, całkowicie nieskuteczny gdy owe nowe okoliczności nie ujawnią się



lub nie odpadną podstawy na których poprzednio udzielono zabezpieczenia, nawet gdy zabezpieczenie udzielono w sposób błędny czy niezasadny.

W tych okolicznościach Sąd Okręgowy uznał, iż powód wykazał pierwszą niezbędną przesłankę tj. wydania orzeczenia niezgodnego z prawem od którego nie przysługuje mu żaden nawet szeroko pojęty środek odwoławczy.

Rozważył również, czy bezprawne postępowanie Skarbu Państwa spowodowało naruszenie dóbr osobistych powoda i czy istnieje związek przyczynowy pomiędzy tym naruszeniem a bezprawnym działaniem statio fisci Skarbu Państwa i wg niego odpowiedź na oba te pytania musiała być przecząca.

Jedyne dobro osobiste, na naruszenie którego mógłby powołać się powód, to prawo do życia w rodzinie i prawo do kontaktów z dzieckiem (inne okoliczności, powoływane przez powoda, że jego wniosek o udzielenie zabezpieczenia w postępowaniu rozwodowym rozpoznawano zbyt długo, nie są okolicznościami stanowiącymi o naruszeniu dóbr osobistych; prawo do postępowania sądowego prowadzonego bez zbędnej zwłoki nie jest bowiem dobrem osobistym, zaś ochronie tego prawa służą zupełnie inne środki, aniżeli powództwo o ochronę dóbr osobistych). Należy zająć jednak stanowcze stanowisko, że nie istnieje związek przyczynowy pomiędzy sytuacją powoda przed wydaniem postanowienia, w który powód upatruje podstawy faktycznej swojego roszczenia, a sytuacją powoda po jego wydaniu. Córka powoda, małoletnia N. K., przed wydaniem postanowienia również przebywała u H. S. i M. S. (1) i faktycznie nic w tym zakresie nie uległo zmianie, co powód przyznał w swoich zeznaniach. Miejsce stałego pobytu małoletniej nie uległo zmianie. Jediną istotną zmianą, jaką spowodowało wydanie postanowienia o zabezpieczeniu, jest według zeznań powoda to, że M. i H. S.- według zeznań powoda- utrudniają mu kontakt z córką. Ich obecne działania nie pozostają jednak w związku przyczynowym z wydaniem postanowienia, które wszakże nie zakazało powodowi kontaktów z dzieckiem. Niezgodne z prawem oraz dobrem dziecka działania M. i H. S., odmawiające powodowi kontaktu z dzieckiem, nie są bowiem skutkiem wydania postanowienia zabezpieczającego w sposób wskazany na wstępie, lecz wynikiem indywidualnych decyzji tych osób. Wykazanie wszakże, że wpływ na te decyzje miało wydanie postanowienia w sposób niezgodny z przepisami kpc jest w zasadzie niemożliwe. Aby udowodnić, że powód poniósł szkodę wskutek wydania orzeczenia niezgodnie z przepisami procedury cywilnej, powód musiałby wykazać, że gdyby wniosek przekazano do rozpoznania sądowi rozwodowemu, i gdyby mógł skorzystać z postępowania dwuinstancyjnego, uzyskałby inne, korzystne dla siebie orzeczenie, to zaś w niniejszej sprawie udowodnione nie zostało .

Sąd rozwodowy, działając jako sąd pierwszej instancji, orzekałby bowiem w przedmiocie zabezpieczenia na podstawie tego samego materiału dowodowego, którym dysponował Sąd Okręgowy Wydział X Cywilny Rodzinny, wydając postanowienie w przedmiocie zabezpieczenia w sprawie VIII RNsm 761/09 (dysponując również niewielkim na owy moment materiałem ze sprawy rozwodowej).

Materiał dowodowy zebrany w sprawie VIII RNsm 761/09 wskazywał na istniejący konflikt pomiędzy rodzicami dziecka, na nieodpowiedzialność matki dziecka, więc przesądzał o tym, że dziecko nie może pozostać z matką. Powód pozostaje w błędzie, twierdząc, że materiał ten mógłby stać się podstawą do pozostawienia córki przy powodzie na czas trwania postępowania rozwodowego. Materiał ten zawierał bowiem dane niejako dyskwalifikujące powoda jako potencjalnego kandydata na opiekuna córki. Pracownicy Rodzinnego Ośrodka Diagnostyczno-Konsultacyjnego w dniu badania, które miało przesądzić o losach jego córki, czuli od powoda alkohol. Ponadto powód w wywiadzie w RODK przyznał się do używania amfetaminy do 25-go roku życia. Okoliczności te bardzo obciążały osobę powoda i przesądzały, z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, o tym, że żaden sąd, w postępowaniu czy to dwu, czy jednoinstancyjnym, nie przyznałby w trybie postępowania zabezpieczającego opieki nad dzieckiem powodowi. Sąd Okręgowy, orzekając sprzecznie z przepisami kpc, dysponował m.in. materiałem dowodowym w postaci wyjaśnień biegłych psychologa i psychiatry, które w przypadku E. P. brzmiały "Ł. K. (...) na badanie do RODK przyszedł i wyczuwalny był od niego zapach alkoholu i podejrzewamy, że może być problem alkoholowy(...) Ł. K. odpowiedział mi w dniu badania, że poprzedniego dnia wypił grzane piwo, bo był przeziębiony i brał leki(...) Wyczuwałam ten alkohol w trakcie badania, kiedy prowadziłam rozmowę", a w przypadku T. P.: "Ja również wyczułam zapach alkoholu od Ł.

K. jak weszłam do pomieszczenia gdzie był badany przez psycholog, w całym pomieszczeniu był bardzo silny zapach alkoholu i nawet był wyczuwalny w poczekalni od niego alkohol. Pracownicy pytali, od kogo to czuć".

Sąd Okręgowy zaakcentował, że przy tego rodzaju materiale dowodowym mniemanie, że ktokolwiek orzekłby o opiece przez powoda nad dzieckiem zgodnie z jego wnioskiem, niezależnie od tego, czy powód miałby przed sobą dwie, czy jedną instancję, jest naiwne. Osoba, która deklaruje używanie amfetaminy w niedalekiej przeszłości i która przychodzi na badanie do RODK pod wpływem alkoholu nie ma szans na przyznanie praw do dziecka w ramach postępowania zabezpieczającego. Oczywiście nie przekreśla to szans powoda na przyznanie mu pełni praw rodzicielskich w przyszłości, niemniej jednak, biorąc pod uwagę, że granice postępowania zabezpieczającego, określone w art. 738 kpc, zakreślał już zebrany materiał dowodowy. Treść tego materiału w zasadzie dyskwalifikował powoda jako osobę, przy której można pozostawić małoletnią córkę, a granice tegoż, również czasowe, zakreślone w art. 737 kpc, nie pozwalały na szczegółową weryfikację np. poprzez opinie biegłych, tego, czy powód jest osobą uzależnioną, czy też nie.

Sąd Okręgowy wobec powyższego, jako, że nie ma związku przyczynowego pomiędzy wydaniem orzeczenia przez sąd II instancji, a okolicznościami opisywanymi przez powoda jako szkoda uznał, że powództwo podlegało oddaleniu w całości.

Sąd Okręgowy odstąpił od obciążania powoda kosztami procesu na podstawie art. 102 kpc, przyjmując, że choć powództwo okazało się bezzasadne, obciążanie powoda kosztami zastępstwa procesowego byłoby niesłuszne. Podstawą faktyczną powództwa było bowiem działanie faktycznie bezprawne, wyraźnie wbrew przepisom, pozbawiające powoda możliwości zaskarżenia postanowienia; ponadto w sprawie rozwodowej stwierdzono przewlekłość postępowania w zakresie rozpoznania wniosku powoda o udzielenie zabezpieczenia, zaś jego wniosek o dodatkowy nadzór kuratora nad rodziną zastępczą został ostatecznie uwzględniony. Kumulacja tych okoliczności przesądziła o tym, że obciążanie powoda kosztami wystąpienia z niezasadnym powództwem byłoby nie do pogodzenia z zasadą sprawiedliwości społecznej.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód zaskarżając go w całości i podnosząc następujące zarzuty:

I. naruszenia prawa procesowego, a w szczególności art. 233 § 1 kpc poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów przejawiającej się w:

1. przyjęciu, że sprzeczne z prawem i dobrem dziecka zachowanie H. i M. S. (1) odmawiające powodowi kontaktów z małoletnią N. K. nie pozostaje w związku przyczynowym z wydaniem niezgodnego z prawem postanowienia Sądu Okręgowego w Szczecinie X Wydział Cywilny Rodzinny z dnia 26 lipca 2010 r., podczas gdy zachowanie H. i M. S. (1) w powyższym zakresie nastąpiło wskutek instrumentalnego wykorzystania przedmiotowego postanowienia, podstawą którego z inicjatywy tych osób przeciwko powodowi wszczęto:

- postępowanie o przymusowe wydanie dziecka, sygn. akt VIII RNsm 1100/10:

- postępowanie karne o bezprawne zatrzymanie małoletniej N. K. wbrew woli opiekunów prawnych H. i M. S. (1), sygn. akt VK 391/11

2. przyjęciu, że gdyby wniosek o zabezpieczenie rozpoznawał sąd rozwodowy jako sąd pierwszej instancji dysponowałby takim samym materiałem dowodowym jaki stanowił podstawę wydania niezgodnego z prawem postanowienia, podczas gdy sąd rozwodowy jako sąd pierwszej instancji przy rozpoznawaniu wniosku o zabezpieczenie miał obowiązek wyznaczenia rozprawy celem zgromadzenia nowego materiału dowodowego i zbadania aktualnej sytuacji powoda, jego relacji z córką, czego sąd wydający postanowienie nie zrobił opierając się na nieaktualnym materiale dowodowym, w tym na opinii RODK z dnia 23.10.2009 r.

II. sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego polegającą na:

1. bezzasadnym przyjęciu, iż w dacie wydania niezgodnego z prawem postanowienia Sądu Okręgowego w Szczecinie X Wydział Cywilny Rodzinny w przedmiocie udzielenia zabezpieczenia i po jego wydaniu sytuacja powoda nie uległa zmianie bowiem małoletnia N. K. w dalszym ciągu pozostawała u H. i M. S. (1), podczas gdy prawidłowe ustalenia prowadzą do wniosku odmiennego albowiem przedmiotowe postanowienie regulując kwestię pieczy, pozbawiło powoda prawa do jej sprawowania względem córki, która w dacie wydania przedmiotowego postanowienia przebywała pod opieką powoda w W.;

2. bezzasadnym przyjęciu, że powód nie wykazał zaistnienia szkody powstałej na skutek wydanego niezgodnie z prawem postanowienia Sądu Okręgowego w Szczecinie X Wydział Cywilny Rodzinny z dnia 26 lipca 2010 r., podczas gdy prawidłowe ustalenia w tej materii prowadzą do wniosku odmiennego albowiem powód wskazał, że instrumentalne wykorzystanie przedmiotowego postanowienia przez H. i M. S. (1) doprowadziło do powstania u powoda szkody niemajątkowej przejawiającej się w:

a) naruszeniu dóbr osobistych powoda w postaci prawa do wychowywania dziecka zgodnie z własnymi przekonaniami i sprawowania pieczy nad małoletnią córką N. K.,

b) wszczętym przeciwko powodowi postępowaniu o przymusowe wydanie dziecka, sygn. akt VIII RNsm 1100/10,

c) podstępny porwanie małoletniej N. K., zorganizowanym przez M. K. oraz dwóch nieustalonych mężczyzn w czasie gdy dziecko przebywało pod opieką powoda,

d) wszczętym przeciwko powodowi postępowaniu karnym o bezprawne zatrzymanie małoletniej N. K. wbrew woli opiekunów prawnych H. i M. S. (1), sygn. akt V K 391/11,

e) utracie przez powoda kontaktów z małoletnią córką,

f) wszczęciu na wniosek powoda postępowania VIII RNsm 21/11 o ustalenie jego kontaktów z małoletnią córką,

g) postępującym procesie „wrastania” małoletniej w rodzinę zastępczą,

h) utrwaleniu istniejącego stanu rzeczy w nieprawomocnym wyroku rozwodowym Sądu Okręgowego w Szczecinie X Wydział Cywilny Rodzinny z dnia 26 listopada 2012 r. (odpis apelacji w załączeniu) a także szkody majątkowej przejawiającej się w konieczności opłacania udziału kuratora sądowego w każdym kontakcie powoda z córką począwszy od 02.03.2011 r. do 28.11.2012 r., wydatki przeznaczone na ten cel na chwilę obecną wynoszą 7 308,66 zł naruszenia prawa materialnego, a w szczególności art. 361 kc, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, że pomiędzy powstałą szkodą niemajątkową powoda a wydaniem niezgodnego z prawem postanowienia Sądu Okręgowego w Szczecinie X Wydział Cywilny Rodzinny z dnia nie zachodzi adekwatny związek przyczynowy, podczas gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego prowadzi do wniosku odmiennego.

W oparciu o powyższe powód wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez uwzględnienie powództwa w całości oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych za obie instancje.

W uzasadnieniu wskazano, że powód wyraźnie wskazywał na negatywne następstwa jakie miały miejsce już po wydaniu niezgodnego z prawem orzeczenia, określając je mianem szkody jaka została wyrządzona po stronie powoda, czego sąd orzekający już nie dostrzegł.

W pierwszej kolejności podniesiono błędną ocenę materiału dowodowego dokonaną przez sąd pierwszej instancji w zakresie przyjętego założenia, że gdyby wniosek o zabezpieczenie rozpoznawał sąd rozwodowy jako sąd pierwszej instancji dysponowałby takim samym materiałem dowodowym jaki stanowił podstawę wydania niezgodnego z prawem postanowienia. Założenie to jest czysto hipotetyczne a nadto nie znajduje oparcia w przepisach prawa albowiem obowiązkiem nałożonym przez ustawodawcę na sąd rozpoznający wniosek o zabezpieczenie, wówczas sąd rozwodowy jest konieczność poczynienia aktualnych ustaleń faktycznych dla prawidłowego rozstrzygnięcia.

Obowiązek ten w świetle art. 579 kpc powinien zostać zrealizowany poprzez wyznaczenie rozprawy celem zbadania aktualnej sytuacji osobistej powoda, sposobu kształtowania się jego relacji z małoletnią córką N. K.. Tym bardziej, że jak stwierdził sąd pierwszej instancji nie zachodziła konieczność wydania postanowienia w trybie pilnym przewidzianym w art. 5791 § 2 kpc z uwagi na zagrożenie życia lub zdrowia dziecka. Obowiązek poczynienia przez sąd rozpoznający wniosek w przedmiocie zabezpieczenia nowych ustaleń faktycznych jest o tyle istotny, iż dotyka spraw dziecka a zatem wymaga od sądu orzekającego pełnego i aktualnego zgromadzenia materiału dowodowego.

Oparcie się w tym zakresie na dotychczasowym materiale dowodowym, w szczególności na opinii RODK z dnia 23.10.2009 r. tj. wydanej ponad 9 miesięcy wcześniej jest w ocenie apelującego niewystarczające. Tym bardziej, że dalsze postępowanie dowodowe jakie przeprowadził sąd rozwodowy nie potwierdziło rzekomego problemu alkoholowego powoda (zeznania lekarza J. S.).

W apelacji wskazano również na niedopuszczalną ocenę zgromadzonego materiału dowodowego w sprawach X RCa 128/10 oraz X RC 466/10 dokonaną przez sąd pierwszej instancji pod kątem ewentualnych szans powoda na uzyskanie rozstrzygnięcia w przedmiocie pozostawienia małoletniej N. K. przy powodzie na czas trwania procesu rozwodowego. Rozważania sądu I instancji w tej części są z jednej strony bezprzedmiotowe albowiem jak podniesiono wcześniej stan faktyczny jaki powinien stanowić podstawę rozstrzygnięcia w sprawie rozwodowej byłby inny aniżeli ten jakim dysponował Sąd Okręgowy w Szczecinie wydając niezgodne z prawem postanowienie z dnia 26 lipca 2010 r. Z drugiej strony w ocenie apelującego analiza tego stanu faktycznego pod kątem hipotetycznego rozważenia kwestii rozstrzygnięcia pieczy nad małoletnią w toku postępowania rozwodowego nie mieści się w zakresie kognicji sądu orzekającego w niniejszej sprawie. To bowiem nie sąd cywilny w osobie jednego sędziego zawodowego jest władny rozpoznać wniosek o udzielenie zabezpieczenia w toku procesu rozwodowego, a sąd cywilny rodzinny w składzie jednego sędziego zawodowego i dwóch ławników.

Konsekwencją powyższych naruszeń za chybione uznać należy ustalenie sądu pierwszej instancji, iż w dacie wydania niezgodnego z prawem postanowienia i po jego wydaniu sytuacja powoda nie uległa zmianie bowiem małoletnia N. K. w dalszym ciągu pozostawała u H. i M. S. (1). Nic bardziej mylnego, prawidłowo poczynione ustalenia faktyczne nie pozwalają na takie stwierdzenie. Mianowicie, z chwilą wydania przez Sąd Okręgowy w Szczecinie X Wydział Cywilny Rodzinny postanowienia z dnia 25 czerwca 2010 r., sygn. akt X RCa 128/10 w przedmiocie zawieszenia postępowania apelacyjnego do czasu zakończenia postępowania o rozwód, nie funkcjonowało żadne prawomocne orzeczenie pozbawiające, ograniczające czy zawieszające władzę rodzicielską powoda Ł. K. nad małoletnią córką N. K.. Powód w tamtym okresie wielokrotnie składał do sądu rozwodowego wnioski o zmianę przedmiotu zabezpieczenia, które jednak nie były wówczas rozpoznawane. Nie przypuszczał, że Sąd Okręgowy w Szczecinie po zawieszeniu postępowania apelacyjnego i wbrew przepisom prawa wyda postanowienie regulujące kwestię pieczy nad małoletnią N. K..

Wówczas dziecko znajdowało się pod opieką ojca w W., a zatem to powód sprawował nad nią faktyczną pieczę. Natomiast H. i M. S. (1) wraz ze swoją córką M. K. powołując się na niezgodne z prawem orzeczenie podjęli zintensyfikowane działania zmierzające do odebrania córki powodowi, co ostatecznie zakończyło się jej porwaniem

W tym stanie rzeczy w ocenie powoda nie sposób przychylić się do stanowiska sądu pierwszej instancji, aby sprzeczne z prawem i dobrem dziecka zachowanie H. i M. S. (1) odmawiające powodowi kontaktów z małoletnią N. K. nie pozostawały w związku przyczynowym z wydaniem niezgodnego z prawem postanowienia Sądu Okręgowego w Szczecinie X Wydział Cywilny Rodzinny z dnia 26 lipca 2010 r. Naganna postawa rodziny zastępczej oraz M. K. na mocy przedmiotowego orzeczenia uzyskała legitymację do dalszego działania pozbawiając powoda kontaktów z córką w majestacie prawa. Podstępne uprowadzenie małoletniej N. K. z W. przez M. K. oraz dwóch nieustalonych mężczyzn przy użyciu przemocy wobec powoda nastąpiło po wydaniu przedmiotowego postanowienia, a zachowanie M. K. o czym wielokrotnie zeznawała przed sądem podyktowane było jego treścią.

Instrumentalne wykorzystanie przez H. i M. S. (1) rzeczonych postanowienia spowodowało lawinę postępowań skierowanych przeciwko powodowi, podstawą wszczęcia których było właśnie to postanowienie. Warto w tym miejscu

wskazać chociażby na postępowanie o przymusowe wydanie dziecka, sygn. akt VIII RNsm 1100/10 czy postępowanie karne o bezprawne zatrzymanie małoletniej N. K. wbrew woli opiekunów prawnych H. i M. S. (1), sygn. akt V K 391/11.

W powyższym zakresie wg powoda za chybione uznać należy stwierdzenie sądu pierwszej instancji co do nie wykazania przez powoda zaistnienia szkody powstałej na skutek wydanego niezgodnie z prawem postanowienia Sądu Okręgowego w Szczecinie X Wydział Cywilny Rodzinny z dnia 26 lipca 2010 r. Powód zarówno w pozwie jak też składając zeznania przed sądem w niniejszej sprawie wyraźnie wskazał na negatywne następstwa mające bezpośredni lub pośredni związek z przedmiotowym postanowieniem z dnia 26 lipca 2010 r. Wskazał na instrumentalne wykorzystanie tego orzeczenia przez H. i M. S. (1), które doprowadziło do powstania u powoda szkody niemajątkowej przejawiającej się przede wszystkim w naruszeniu jego dóbr osobistych w postaci prawa do kontaktów z małoletnią córką N. K.. Nadto z inicjatywy rodziny zastępczej przeciwko powodowi wszczęte zostało postępowanie o przymusowe wydanie dziecka, sygn. akt VIII RNsm 1100/10, a także postępowanie karne o bezprawne zatrzymanie małoletniej N. K. wbrew woli opiekunów prawnych H. i M. S. (1), sygn. akt V K 391/11. Treść wydanego postanowienia z dnia 26 lipca 2010 r. posłużyła za argument M. K. do podstępnego porwania małoletniej N. K., podczas gdy dziecko przebywało pod opieką powoda. Dalej, z uwagi na jego treść rodzice zastępczy uniemożliwili powodowi jakikolwiek kontakt z małoletnią córką, wskutek czego wystąpił on z wnioskiem o ich uregulowanie przez sąd w sprawie VIII RNsm 21/11. W efekcie zaistniała sytuacja doprowadziła do niebezpiecznego procesu „wrastania” dziecka w rodzinę zastępczą.

Ponadto z uwagi na naganne zachowanie rodziny zastępczej powstała konieczność sądowego uregulowania kontaktów powoda z małoletnią N. K.. Następstwem czego na powodzie ciąży obowiązek opłacania udziału kuratora sądowego w każdym kontakcie z córką począwszy od 02.03.2011 r. do 28.11.2012 r. Wydatki jakie powód przeznaczył na ten cel w chwili obecnej wynoszą 7 308,66 zł

W świetle powyższych argumentów zdaniem apelującego nie sposób uznać za trafną ocenę dokonaną przez sąd pierwszej instancji ażeby pomiędzy zaistniałą szkodą po stronie powoda a wydaniem niezgodnego z prawem prawomocnego orzeczenia nie zachodził związek przyczynowy. Zwrócono uwagę, że związek przyczynowy oznacza przyczynowe powiązanie przesłanki szkody oraz zdarzeń prawnych szkodę wywołujących. Na kanwie niniejszej sprawie następstwa jakie wywołało wydanie niezgodnego z prawem postanowienia były typowe, zarówno bezpośrednie jak i pośrednie. Warunkiem sine qua non a zarazem źródłem ich powstania było nieprawidłowe postępowanie Sądu Okręgowego w Szczecinie X Wydział Cywilny Rodzinny w dniu 26 lipca 2010 r.

W ocenie apelującego wydanie przedmiotowego postanowienia „uwikłało” niejako Sąd Okręgowy w Szczecinie X Wydział Cywilny Rodzinny w konflikt jaki zarysował się pomiędzy powodem a rodziną zastępczą i M. K. i to po stronie tych ostatnich, a to przecież powód wystąpił z wnioskiem o powierzenie jemu wykonywania władzy rodzicielskiej nad małoletnią N. K. w sprawie VIII RNsm 761/09, a skutki postanowienia z dnia 26 lipca 2010 r. naruszające dobra osobiste powoda trwają do dnia dzisiejszego, tak jak i nadal w obrocie prawnym funkcjonuje niezgodne z prawem orzeczenie

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o oddalenie apelacji, oddalenie wniosku dowodowego powoda w postaci odpisu aktu oskarżenia oraz wydruku wydatków, z uwagi na brak wykazania przez powoda, iż nie było możliwe powołanie tych dowodów w postępowaniu przed sądem I instancji albo, że potrzeba ich powołania się na nie wyniknęła później oraz o zasądzenie kosztów zastępstwa. W uzasadnieniu pozwany rozwinął argumentację przemawiającą za bezzasadnością zarzutów apelacji jak i ich uzasadnienia.

### ***Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:***

Apelacja powoda jako bezzasadna podlegała oddaleniu w całości.

Sąd Okręgowy w uzasadnieniu skarżonego wyroku przedstawił stan faktyczny przedmiotowej sprawy, podał w jaki sposób go ustalił oraz wskazał dowody, na których się oparł.

Sąd Odwoławczy stwierdził, że ustalenia faktyczne, które zostały dokonane przez Sąd Okręgowy w oparciu o przeprowadzone dowody należy uznać za prawidłowe, ustalenia te jako takie podziela i przyjmuje za własne, co czyni zbędnym ich ponowne przytaczanie w tym miejscu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 sierpnia 2001 roku, V CKN 348/00, LEX nr 52761, Prok.i Pr. 2002/6/40).

Jednakże Sąd Apelacyjny nie podzielił w całości rozważań teoretycznych dotyczących prawnych podstaw orzeczenia przytoczonych przez sąd I instancji, co jednak nie zmieniło oceny, iż zaskarżony wyrok odpowiada prawu.

Sąd Okręgowy uznał, że jako bezprawne działanie, stanowiące podstawę faktyczną rozpoznawanego powództwa z art. 424<sup>(1b)</sup> k.p.c. jest postanowienie Sądu Okręgowego w Szczecinie, X Wydział Cywilny Rodzinny z dn. 26.07.2010r. sygn. akt XRCa 128/10 w przedmiocie udzielenia zabezpieczenia, wydane przez ten Sąd jako Odwoławczy (apelacyjny, drugiej instancji) na etapie zawieszono postępowania apelacyjnego - od postanowienia sądu pierwszej instancji to jest Sądu Rejonowego Szczecin - Centrum w Szczecinie z dn. 07.01.2010r.; sygn. akt VIII RNsm 761/09 w sprawie o powierzenie władzy rodzicielskiej nad małoletnim dzieckiem małżonków, niniejszego powoda i jego żony.

Sąd ten przyjął, że w chwili zawieszenia na podstawie § 2 art. 445<sup>1</sup> k.p.c. postępowania o władzę rodzicielską sąd rodzinny opiekuńczy zarówno pierwszej jak i drugiej instancji (odpowiednio sąd rejonowy i okręgowy) zobowiązany jest przekazać wniosek o zabezpieczenie w przedmiocie władzy rodzicielskiej nad małoletnimi dziećmi rozwodzących się małżonków do sądu rozwodowego (odpowiednio okręgowego lub apelacyjnego), a w konsekwencji, iż regulacja art. 445<sup>1</sup> k.p.c. stanowi lex specialis w stosunku do lex generalis art. 734 k.p.c. o charakterze bezwzględnie wyłączającym stosowanie art. 734 k.p.c. i w rezultacie płynie z tego zakaz orzekania w przedmiocie zabezpieczenia w zakresie władzy rodzicielskiej czy pieczy nad małoletnim dla sądu rodzinnego opiekuńczego w tym drugiej instancji, tj. sądu okręgowego.

Zdaniem Sądu Okręgowego postępowanie Sądu Rodzinnego Wydziału X Cywilnego Rodzinnego było zatem oczywiście nieprawidłowe; pozbawiło ono powoda możliwości wniesienia środka odwoławczego - Sąd Okręgowy Wydział X Cywilny Rodzinny orzekł bowiem jako sąd drugiej instancji i od spornego orzeczenia niniejszemu powodowi nie przysługiwał żaden środek odwoławczy. Gdyby natomiast w przedmiocie spornego zabezpieczenia orzekł sąd rozwodowy, to orzekłaby jako sąd pierwszej instancji i od jego orzeczenia przysługiwałoby powodowi prawo do wniesienia zażalenia i związanej z tym środkiem merytorycznej kontroli zaskarżonego rozstrzygnięcia, w konsekwencji na skutek przedmiotowego uchybienia niniejszy powód został pozbawiony prawa do rozpoznania jego sprawy w postępowaniu dwuinстанcyjnym zagwarantowanego nie tylko w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego w tym art. 363, 367, 394 k.p.c. lecz również zagwarantowanego w art. 78 i 176 Konstytucji RP.

Ostatecznie Sąd Okręgowy uznał, że już tylko z tych przyczyn sporne postanowienie Sądu Okręgowego w Szczecinie, X Wydział Cywilny Rodzinny z 26.07.2010r. sygn. akt XRCa 128/10 należało uznać za wydane niezgodnie z prawem w rozumieniu art. 424<sup>(1b)</sup> k.p.c. jako niezgodne z art. 445<sup>(1)</sup> § 2 k.p.c.

Jednakże Sąd Apelacyjny nie podziela powyższego stanowiska sądu I instancji, jak i jego argumentacji w tym zakresie.

W pierwszym rzędzie należy wskazać, że Sąd Okręgowy nie wskazał jednoznacznie właściwej podstawy prawnej mającej zastosowanie do oceny odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego, tj. że powinien ją stanowić art. 417<sup>1</sup> § 2 k.c. w zw. z art. 424<sup>1b</sup> k.p.c. (regulacje te obowiązują od 25 września 2010 roku) oraz art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 22 lipca 2010 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny, ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy - Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. Nr 155, poz. 1037), zgodnie z którym przepis art. 417<sup>1</sup> § 2 Kodeksu cywilnego w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą ma zastosowanie do orzeczeń, które uprawomocniły się od dnia 17 października 1997 r.

Właściwym postępowaniem, które zapewnia stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia (uzyskanie właściwego prejudykatu warunkującego odpowiedzialność odszkodowawczą), jest postępowanie ze skargi

o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia (art. 424<sup>1</sup> k.p.c. i n.), czy też m.in. orzeczenie Sądu Najwyższego wydane na skutek wniesienia skargi kasacyjnej (art. 424<sup>1</sup>a § 2 k.p.c). Przepisem szczególnym, który wyłącza konieczność uzyskania prejudykatu stwierdzającego niezgodność z prawem prawomocnego orzeczenia jest właśnie art. 424<sup>1</sup>b k.p.c, według którego w wypadku prawomocnych orzeczeń, od których skarga kasacyjna nie przysługuje, odszkodowanie z tytułu szkody wyrządzonej przez wydanie prawomocnego orzeczenia niezgodnego z prawem można domagać się bez uprzedniego stwierdzenia niezgodności orzeczenia z prawem w postępowaniu ze skargi, chyba że strona nie skorzystała z przysługujących jej środków prawnych. Przepis ten należy jednak wiązać wyłącznie z podstawą prawną określoną w art. 417<sup>1</sup> § 2 k.c. Jednoznacznie na to wskazuje także powoływany już powyżej przepis przejściowy zawarty w art. 4 ust. 1 .

Regulacje te mają więc zastosowanie - retroaktywnie - do orzeczeń wydanych przed dniem 25 września 2010 r., tj. dniem wejścia w życie znowelizowanych przepisów (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 2010 r., III! CNP 49/10,), a w niniejszej sprawie przedmiotowe orzeczenie zostało właśnie wydane przed tym dniem, bo w dniu 26 lipca 2010 roku.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu swojego wyroku z 21 marca 2013 r., sygn. akt II CSK 420/12 wskazał, że kategoria „bezprawności judykacyjnej” z art. 417<sup>1</sup> § 2 k.c. jest węższa od bezprawności obiektywnej z art. 417 § 1 k.c. Względem na specyfikę władzy sądowniczej obdarzonej w atrybut niezawisłości sędziowskiej sprzeciwia się przyjęciu, że każde obiektywnie niezgodne z prawem orzeczenie, niezależnie od stopnia tej niezgodności, stanowi działanie, które może być źródłem odpowiedzialności Skarbu Państwa. Działalność orzecznicza sądów wymaga bowiem zapewnienia sędziom pewnego zakresu władzy dyskrecyjnej, ponadto polega ona na konieczności interpretacji i stosowania przepisów zawierających pojęcia nieostre i ocenne, co może prowadzić do przyjmowania różnych interpretacji przez sądy tych samych przepisów w podobnych stanach faktycznych. Z tych względów, ustawodawca w stosunku do ogólnego przepisu zawartego w art. 417 § 1 k.c, regulującego odpowiedzialność odszkodowawczą za bezprawne działania władzy publicznej, przyjął odrębną regulację prawną, obecnie zawartą w art. 417<sup>1</sup> § 2 k.c. oraz powiązany z nim art. 424<sup>1</sup> k.p.c, dotyczącą odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną przez wydanie prawomocnego orzeczenia niezgodnego z prawem. Zgodnie z art. 417<sup>1</sup> § 2 k.c, jeżeli szkoda została wyrządzona przez wydanie prawomocnego orzeczenia jej naprawienia można żądać po stwierdzeniu we właściwym postępowaniu ich niezgodności z prawem, chyba że przepisy odrębne stanowią inaczej. Istota tego przepisu dotyczy więc przyjęcia specyficzniej rozumianej przesłanki bezprawności działania w postaci orzeczenia niezgodnego z prawem oraz sposobu jej stwierdzenia - co do zasady - w odrębnym postępowaniu.

Zgodnie z art. 417<sup>1</sup> § 2 k.c, odpowiedzialność odszkodowawcza Skarbu Państwa za bezprawie judykacyjne wiąże się z wydaniem prawomocnego orzeczenia „niezgodnego z prawem”. Pojęcie to, interpretowane także w powiązaniu z art. 424<sup>1</sup> § 1 k.p.c, jak przyjmuje się jednolicie w orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 31 marca 2006 r., IV CNP 25/05, OSNC 2007, nr 1, poz. 17, z dnia 7 lipca 2006 r., I CNP 33/06, OSNC 2007, nr 2, poz. 35), nie obejmuje każdego orzeczenia obiektywnie sprzecznego z prawem, lecz tylko takie, którego niezgodność z prawem jest oczywista, rażąca i przybiera postać kwalifikowaną. Przedstawiona wyżej wykładnia „bezprawia judykacyjnego” została uznana za zgodną z art. 77 ust. Konstytucji w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 września 2012 r., SK 4/11 (OTK-A 2012, nr 8, poz. 97). Orzeczeniem niezgodnym z prawem jest orzeczenie niewątpliwie sprzeczne z zasadniczymi i niepodlegającymi różnej wykładni przepisami, z ogólnie przyjętymi standardami rozstrzygnięć albo wydane w wyniku szczególnie rażąco błędnej wykładni lub niewłaściwego zastosowania prawa. Tego rodzaju sytuacja nie zachodzi wówczas, gdy sąd wybiera jeden z możliwych wariantów interpretacji przepisów, które stosuje w sprawie (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 18 stycznia 2006 r., II BP 1/05, OSNP 2006, nr 23-24, poz. 351, z dnia 7 lipca 2006 r., I CNP 33/06, OSNC 2007, nr 2, poz. 35).

W orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. wyroki: z dnia 17 maja 2006 r., I CNP 14/06, nie publ., z dnia 29 stycznia 2008 r., IV CNP 182/07, nie publ.) przyjęto, że niezgodność z prawem należy odnosić nie tylko do samego orzeczenia, ale także do okoliczności jego wydania; nie można wykluczyć, że szkoda przez wydanie

orzeczenia zostanie stronie wyrządzona na skutek naruszenia istotnych przepisów postępowania, co oznacza, że takie uchybienie sądu powinno w sposób zasadniczy wpływać na treść i przesłanki wydania prawomocnego orzeczenia. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wyrażano jednak stanowisko, że naruszenia przepisów postępowania, także o charakterze elementarnym, nie mogą same w sobie powodować odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa, wówczas gdy mimo ich popełnienia treść rozstrzygnięcia, jest zgodna z prawem, tj. w sposób prawidłowy orzeka o przedstawionym pod osąd roszczeniu, mimo obrazy - także licznych, a nawet powodujących nieważność postępowania przepisów prawa procesowego (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2008 r., III CNP 50/08, OSNC-ZD 2009, nr B, poz. 59 oraz wyrok Sądu Najwyższego: z dnia 22 stycznia 2010 r., V CNP 52/09, nie publ.). Należy podzielić to ostatnie zapatrywanie, że same wady postępowania poprzedzającego wydanie orzeczenia, nie zawsze powodują jego niezgodność z prawem.

Sąd Apelacyjny w całej rozciągłości podziela powyższe stanowisko Sądu Najwyższego jak i jego argumentację.

W oparciu o powyższe sąd odwoławczy nie uznał, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z tzw. „bezprawnością judykacyjną” z art. 417<sup>1</sup> § 2 k.c., nie każde bowiem obiektywnie niezgodne z prawem orzeczenie, niezależnie od stopnia tej niezgodności, stanowi działanie, które może być źródłem odpowiedzialności Skarbu Państwa, gdyż działalność orzecznicza sądów wymaga zapewnienia sędziom pewnego zakresu władzy dyskrecjonalnej, ponadto polega ona na konieczności interpretacji i stosowania przepisów zawierających pojęcia nieostre i ocenne, co może prowadzić do przyjmowania różnych interpretacji przez sądy tych samych przepisów w podobnych stanach faktycznych.

W szczególności zaakcentowania wymaga zdaniem Sądu Apelacyjnego to, że pojęcie niezgodne z prawem. obejmuje tylko takie orzeczenia, którego niezgodność z prawem jest oczywista, rażąca i przybiera postać kwalifikowaną, jest nim np. orzeczenie niewątpliwie sprzeczne z zasadniczymi i niepodlegającymi różnej wykładni przepisami, z ogólnie przyjętymi standardami rozstrzygnięć albo wydane w wyniku szczególnie rażąco błędnej wykładni lub niewłaściwego zastosowania prawa.

Tego rodzaju sytuacja nie zachodzi wówczas, gdy sąd wybiera jeden z możliwych wariantów interpretacji przepisów, które stosuje w sprawie i właśnie z taką sytuacją zdaniem Sądu Apelacyjnego mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Sąd Okręgowy sam w swoim uzasadnieniu podał, że rozważenia wymaga, czy art. 445<sup>1</sup> § 2 k.p.c. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 734 k.p.c., a jeżeli tak czy ma charakter kategoriycznie wyłączający stosowanie *lex generalis* 734 k.p.c., czy też może wyłączający względnie lub charakter przemiennej.

W nawiązaniu do powyższego wskazał, że przepis art. 445<sup>1</sup> k.p.c. jest stosunkowo nową regulacją, gdyż wszedł w życie z dniem 13.06.2009r. wprowadzony nowelą ustawy z dn. 06.11.2008r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw Dz.U.2008.220.1431. i zastąpił uprzednio obowiązujący art. 443 k.p.c., który między innymi regulował kwestię uregulowania opieki nad małoletnimi dziećmi w trakcie postępowania o rozwód. W § 1 art. 445<sup>1</sup> k.p.c. ustawodawca *expressis verbis* sformułował zakaz wszczynania odrębnych postępowań w kwestii władzy rodzicielskiej nad małoletnimi dziećmi małżonków w trakcie procesu tych małżonków o rozwód. W takiej sytuacji gdy sąd rodzinny ustali, iż sprawa rozwodowa jest w toku jest zobowiązany wniosek w przedmiocie władzy rodzicielskiej na małoletnimi dziećmi przekazać do sądu rozwodowego. Natomiast w art. § 2 art. 445<sup>1</sup> k.p.c. ustawodawca przewidział sytuację odwrotną, to jest sytuację w której w trakcie trwania sprawy o władzę rodzicielską zostało wszczęte postępowanie o rozwód. W tym wypadku ustawodawca nakazał sądowi rodzinnemu opiekuńczemu z urzędu zawieszenie postępowania w sprawie o władzę rodzicielską do czasu wydania prawomocnego wyroku rozwodowego. W obydwu omawianych tu przypadkach, to jest przewidzianych w § 1 oraz w § 2 art. 445<sup>1</sup> k.p.c. ustawodawcy nie umknęło, iż w toku procesu o rozwód może również zaistnieć potrzeba uregulowania kwestii pieczy (władzy rodzicielskiej) nad małoletnim dzieckiem małżonków w trakcie trwania procesu o rozwód. W obu przypadkach ustawodawca w kwestii sprawowania pieczy nad małoletnim (władzy rodzicielskiej) wprost nakazał aby „sąd” stosował regulacje odnoszące się do postępowania zabezpieczającego, nie wskazując jednak dokładnie, który sąd rodzinny opiekuńczy, czy sąd rozwodowy.



Zresztą, co znamienne Sąd Okręgowy sam zaakcentował, że według niego ugruntowanym już poglądem (tak Sąd Najwyższy w uchwale z dn. 29.04.1997r. III CZP/20/77) zarówno pod rządami uprzednio obowiązującego art. 443 k.p.c. jak też obecnie obowiązującego art. 445<sup>1</sup> k.p.c. (tak komentarz do art. 445<sup>1</sup> k.p.c.: Joanna Bodio stan prawny na 23.10.2011 oraz Iwona Koper stan prawny na 01.01.2010 ; dr hab. prof. nadzw. UW r Elwira Marszałkowska – Krześ, rok wydania 2012, wydawnictwo C.H.Beck, wydanie 7) jest, iż na czas trwania sprawy o rozwód w przedmiocie roztoczenia pieczy (władzy rodzicielskiej) nad małoletnimi dziećmi rozwodzących się małżonków właściwy jest wyłącznie sąd rozwodowy orzekający w trybie postępowania zabezpieczającego.

Sąd Okręgowy dodał też, że za przyjęciem takiego stanowiska przemawia zasada jednotorowości i ekonomii postępowania a zapobiegająca sprzeczności orzeczeń wydawanych przez różne sądy ( szerzej Sąd Najwyższy w uchwale z dn. 29.04.1997r. III CZP/20/77 ,ponadto niczym nieuzasadnione byłoby różnicowanie stron z uwagi na chwilę wytoczenia procesu o rozwód czy złożenia wniosku w przedmiocie pieczy nad małoletnim dzieckiem skoro w §1 art. 445<sup>1</sup> k.p.c. ustawodawca wyraźnie zakazał wszczynania odrębnych postępowań odnośnie władzy nad małoletnimi dziećmi rozwodzących się małżonków i wynika z tego nakaz dla sądu rodzinnego opiekuńczego do przekazania tego typu wniosku do sprawy o rozwód, to taki sam wniosek musi również płynąć z nakazu wynikającego dla sądu z § 2 art. 445<sup>1</sup> k.p.c., to jest obligatoryjnego zawieszenia z urzędu przez sąd rodzinny opiekuńczy postępowania wywołanego wnioskiem w przedmiocie władzy rodzicielskiej z chwila gdy sąd ten poweźmie informację o wszczęciu pomiędzy rodzicami małoletniego dziecka procesu o rozwód. W konsekwencji, analogiczne jak w § 1 art. 445<sup>1</sup> k.p.c. rodzi to po stronie sądu rodzinnego opiekuńczego obowiązek przekazania wniosku w przedmiocie pieczy (władzy rodzicielskiej ) do sądu rozwodowego jeżeli wpłynie do tego sadu w trakcie zawieszzonego na postawie § 2 art. 445<sup>1</sup> k.p.c. postępowania o powierzenie władzy rodzicielskiej.

Już w świetle powyższego wyraźnie wynika, że regulacja art.445<sup>1</sup>§ 2 k.p.c., zgodnie z którym postępowanie w sprawie dotyczącej władzy rodzicielskiej lub kontaktów wszczęte przed wytoczeniem powództwa o rozwód lub o separację ulega z urzędu zawieszeniu, a o władzy rodzicielskiej lub kontaktach przez cały czas trwania sprawy o rozwód lub o separację sąd orzeka w postępowaniu zabezpieczającym jest nieostra i pozwala na oceną interpretację sądu właściwego do orzekania w postępowaniu zabezpieczającym, co może prowadzić do przyjmowania różnych interpretacji przez sądy tych samych przepisów w podobnych stanach faktycznych.

To, że przedmiotowy przepis wymagał interpretacji świadczy również powoływane przez Sąd Okręgowy stanowisko judykatury oraz doktryny.

Sąd Apelacyjny podziela powyższe rozważania tj., że w chwili zawieszenia na podstawie art. 445<sup>1</sup> § 2 k.p.c. postępowania o władzę rodzicielską sąd rodzinny opiekuńczy zarówno pierwszej jak i drugiej instancji zobowiązany jest przekazać wniosek o zabezpieczenie w przedmiocie władzy rodzicielskiej nad małoletnimi dziećmi rozwodzących się małżonków do sądu rozwodowego, jednakże nie zmienia to w niczym jego oceny, że dokonana przez Sąd Okręgowy Wydział X Cywilny Rodzinny wykładnia przedmiotowego przepisu w ten sposób, że nie wykluczyła ona możliwości wydania przez ten sąd orzeczenia w przedmiocie udzielenia zabezpieczenia w oparciu o art. 755. § 1.pkt.4 kpc nie była oczywistą niezgodnością z prawem, nie miała charakteru rażącego i nie przybrała postaci kwalifikowanej.

Niestety powyższego Sąd Okręgowy nie wziął pod uwagę przy swoim procedowaniu, a przynajmniej nie dał temu wyrazu w swoim pisemnym uzasadnieniu, co tym bardziej budzi zastrzeżenia, że pozwany zwracał na powyższe uwagę już w swojej odpowiedzi na pozew i sąd powinien był się do tego odnieść zgodnie z wymogami art. 328§ 2 kpc.( zresztą zastrzeżeń co do sposobu sporządzenia przez sąd uzasadnienia jest więcej, o czym będzie mowa dalej).

Nadto Sąd Apelacyjny nie zgadza się również ze stanowiskiem sądu I instancji, że omawiane orzeczenie należało uznać za wydane niezgodnie z prawem w rozumieniu art. 424<sup>1b</sup> k.p.c. również z tego powodu, że w konsekwencji na skutek przedmiotowego uchybienia niniejszy powód został pozbawiony prawa do rozpoznania jego sprawy w postępowaniu

dwuinstancyjnym zagwarantowanego nie tylko w przepisach kodeksu postępowania cywilnego w tym art. 363, 367, 394 k.p.c. lecz również zagwarantowanego w art. 78 i 176 Konstytucji RP.

Przyjęcie takiego stanowiska oznaczałoby, że w procesie cywilnym zawsze strona ma w odniesieniu do postępowania wпадkowego ( w niniejszej sprawie postępowania zabezpieczającego) zagwarantowane postępowanie dwuinstancyjne, a tak przecież nie jest i to z woli ustawodawcy np. art.734 kpc przewiduje, że wniosek o udzielenie zabezpieczenia zgłoszony w toku postępowania rozpoznaje sąd tej instancji, w której toczy się postępowanie- a więc w sytuacji, gdy to będzie przed sądem odwoławczym (jak to miało miejsce w niniejszej sprawie), to nie będzie już stronie przysługiwały środki prawne pozwalające na kwestionowanie zasadności danego rozstrzygnięcia i to z woli ustawodawcy.

Przesłanki z art. 424<sup>1b</sup> k.p.c. stanowią: wydanie prawomocnego orzeczenia niezgodnie z prawem, szkoda oraz związek pomiędzy szkodą a wydaniem prawomocnego orzeczenia niegodnie z prawem.

Powyższe w przesłanki mają charakter kumulatywny, co oznacza, iż brak chociażby jednej z w/w przesłanek musi skutkować oddaleniem powództwa.

Dlatego też stwierdzenie przez Sąd Apelacyjny braku podstaw do przyjęcia, że powód wykazał w sprawie bezprawie judykacyjne wiążące się z wydaniem prawomocnego orzeczenia „niezgodnego z prawem” pozwalało na uznanie powództwa za bezzasadne, bez konieczności odnoszenia się do szkody i związku przyczynowego.

Jednakże z uwagi na to, że apelacja powoda zawiera zarzuty w powyższym zakresie, dlatego też Sąd Apelacyjny odniesie się do nich i oceni je merytorycznie.

Przyjmując nawet, że Sąd Okręgowy zasadnie przyjął, że powód wykazał pierwszą niezbędną przesłankę tj. wydania orzeczenia niezgodnego z prawem od którego nie przysługuje mu żaden nawet szeroko pojęty środek odwoławczy, to i tak jego powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie.

Sąd I instancji uznał, że z uwagi na to, że nie ma związku przyczynowego pomiędzy wydaniem orzeczenia przez sąd II instancji, a okolicznościami opisywanymi przez powoda jako szkoda, powództwo podlegało oddaleniu w całości, praktycznie w swoim uzasadnieniu sąd ten w żaden sposób nie ustosunkował się co do twierdzeń powoda o poniesionej przez niego szkodzie , nie podał też z jakich przyczyn tego zaniechał – choć można się domyślać, że być może uznał, że brak jednej z przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej zwalnia go od rozważania co do istnienia szkody.

Jednakże powyższy, przypuszczalny tok rozumowania sądu i instancji nie można uznać za prawidłowy.

Odpowiedzialność deliktowa Skarbu Państwa, oparta na art. 417 k.c. i art. 417<sup>1</sup> k.c., powstaje wówczas, gdy spełnione są łącznie jej trzy ustawowe przesłanki: bezprawność działania lub zaniechania sprawcy, szkoda oraz normalny związek przyczynowy między bezprawnym zachowaniem sprawcy a szkodą. Kolejność badania przez sąd powyższych przesłanek nie może być dowolna. W pierwszej kolejności konieczne jest ustalenie działania (zaniechania), z którego, jak twierdzi poszkodowany, wynikała szkoda oraz dokonanie oceny jego bezprawności, następnie ustalenie czy wystąpiła szkoda i jakiego rodzaju i dopiero po stwierdzeniu, że obie te przesłanki zachodzą, możliwe jest zbadanie istnienia między nimi normalnego związku przyczynowego.

Nie sposób więc ustalić adekwatnego związku przyczynowego albo go odrzucić nie określając uprzednio, czy doszło do zarzucanego bezprawnego zachowania strony pozwanej oraz do szkody strony powodowej.

Powód w swojej apelacji podniósł, że Sąd Okręgowy bezzasadnie przyjął, że nie wykazał on zaistnienia szkody powstałej na skutek wydanego niezgodnie z prawem postanowienia Sądu Okręgowego w Szczecinie X Wydział Cywilny Rodzinny z dnia 26 lipca 2010 r., podczas gdy prawidłowe ustalenia w tej materii prowadzą do wniosku odmiennego albowiem powód wskazał, że instrumentalne wykorzystanie przedmiotowego postanowienia przez H. i M. S. (1) doprowadziło do powstania u powoda szkody niemajątkowej przejawiającej się w:

a) naruszeniu dóbr osobistych powoda w postaci prawa do wychowywania dziecka zgodnie z własnymi przekonaniami i sprawowania pieczy nad małoletnią córką N. K.,

b) wszczętym przeciwko powodowi postępowaniu o przymusowe wydanie dziecka, sygn. akt VIII RNsm 1100/10,

c) podstępny porwaniu małoletniej N. K., zorganizowanym przez M. K. oraz dwóch nieustalonych mężczyzn w czasie gdy dziecko przebywało pod opieką powoda,

d) wszczętym przeciwko powodowi postępowaniu karnym o bezprawne zatrzymanie małoletniej N. K. wbrew woli opiekunów prawnych H. i M. S. (1), sygn. akt V K 391/11,

e) utracie przez powoda kontaktów z małoletnią córką,

f) wszczęciu na wniosek powoda postępowania VIII RNsm 21/11 o ustalenie jego kontaktów z małoletnią córką,

g) postępującym procesie „wrastania” małoletniej w rodzinę zastępczą,

h) utrwaleniu istniejącego stanu rzeczy w nieprawomocnym wyroku rozwodowym Sądu Okręgowego w Szczecinie X Wydział Cywilny Rodzinny z dnia 26 listopada 2012 r

Dodał też, że doznał także szkody majątkowej przejawiającej się w konieczności opłacania udziału kuratora sądowego w każdym kontakcie powoda z córką poczynawszy od 02.03.2011 r. do 28.11.2012 r., wydatki przeznaczone na ten cel na chwilę obecną wynoszą 7 308,66 zł.

Natomiast w uzasadnieniu podniósł, że zarówno w pozwie jak też składając zeznania przed sądem w niniejszej sprawie wyraźnie wskazał na negatywne następstwa mające bezpośredni lub pośredni związek z przedmiotowym postanowieniem z dnia 26 lipca 2010 r., na instrumentalne wykorzystanie tego orzeczenia przez H. i M. S. (1), które doprowadziło do powstania u powoda szkody niemajątkowej przejawiającej się przede wszystkim w naruszeniu jego dóbr osobistych w postaci prawa do kontaktów z małoletnią córką N. K.. Nadto z inicjatywy rodziny zastępczej przeciwko powodowi wszczęte zostało postępowanie o przymusowe wydanie dziecka, sygn. akt VIII RNsm 1100/10, a także postępowanie karne o bezprawne zatrzymanie małoletniej N. K. wbrew woli opiekunów prawnych H. i M. S. (1), sygn. akt V K 391/11. Treść wydanego postanowienia z dnia 26 lipca 2010 r. posłużyła za argument M. K. do podstępnego porwania małoletniej N. K., podczas gdy dziecko przebywało pod opieką powoda, nadto z uwagi na jego treść rodzice zastępczy uniemożliwili powodowi jakikolwiek kontakt z małoletnią córką, wskutek czego wystąpił on z wnioskiem o ich uregulowanie przez sąd w sprawie VIII RNsm 21/11, w efekcie zaistniała sytuacja doprowadziła do niebezpiecznego procesu „wrastania” dziecka w rodzinę zastępczą.

Powód dodał też, że z uwagi na naganne zachowanie rodziny zastępczej powstała konieczność sądowego uregulowania kontaktów powoda z małoletnią N. K., a na powódzie ciąży obowiązek opłacania udziału kuratora sądowego w każdym kontakcie z córką poczynawszy od 02.03.2011 r. do 28.11.2012 r., a wydatki jakie powód przeznaczył na ten cel w chwili obecnej wynoszą 7 308,66.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego w zakresie szkody określonej przez powoda jako niemajątkowej należy rozważyć jedynie twierdzenia powoda o naruszeniu jego dóbr osobistych w postaci prawa do wychowywania dziecka zgodnie z własnymi przekonaniami i sprawowania pieczy nad małoletnią córką N. K., co do pozostałych okoliczności powód nie pokwapił się nawet chociażby o szcztątkową argumentację, dlaczego akurat w nich upatruje swoją szkodę, przez co uniemożliwił sądowi odwoławczemu merytoryczne odniesienie się do nich, w konsekwencji doprowadzając do uznania ich za bezzasadne.

Zgodnie z cytowanym już wcześniej art. 417<sup>1</sup>. § 2 kc jeżeli szkoda została wyrządzona przez wydanie prawomocnego orzeczenia lub ostatecznej decyzji, jej naprawienia można żądać po stwierdzeniu we właściwym postępowaniu ich niezgodności z prawem, chyba że przepisy odrębne stanowią inaczej.

Do szkody odnosi się też art. 417 § 1 kc, który stanowi, że za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej ponosi odpowiedzialność Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego lub inna osoba prawna wykonująca tę władzę z mocy prawa.

W powyższym przepisie posłużono się sformułowaniem "szkoda", nie definiując tego pojęcia dla potrzeb przyjętej regulacji i nie wprowadzając ograniczeń co do zakresu odszkodowania, natomiast zasadnicza wątpliwość związana z treścią art. 417 KC dotyczy kwestii kompensacji na jego podstawie krzywdy niemajątkowej

Z uwagi na powyższe w doktrynie przyjmuje się, że takie rozwiązanie legislacyjne pozwala przy wykładni art. 417 § 1 kc posługiwać się szerokim pojęciem szkody, obejmującym nie tylko wszelki uszczerbek majątkowy wynikły z bezprawnego działania lub zaniechania przy wykonywaniu władzy publicznej, lecz także krzywdę pozostającą w normalnym związku przyczynowym z takim zdarzeniem. Nie ma bowiem dostatecznych podstaw prawnych, by niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie władzy publicznej wiązać wyłącznie z majątkową postacią szkody. W piśmiennictwie zwrócono jednak uwagę, że porównanie art. 417 § 1 z art. 417<sup>2</sup> kc, w którym obok naprawienia szkody na osobie przewidziano także zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę, może prowadzić do wniosku, iż szkoda ujęta w generalnej formule deliktu władzy publicznej sprowadza się wyłącznie do uszczerbku majątkowego.

Jest również w doktrynie pogląd, że mimo pewnych wątpliwości należy przyjąć, że komentowany przepis reguluje jedynie zasady indemnizacji uszczerbków majątkowych (wynikłych ze szkód na mieniu lub na osobie), a za stanowiskiem takim przemawiają przynajmniej dwa argumenty oparte na wykładni systemowej.

Po pierwsze, konstrukcja Tytułu VI Księgi III KC opiera się na wyróżnianiu odrębnych przepisów dotyczących kompensacji szkody majątkowej i krzywdy niemajątkowej (art. 445 i 448 KC). Ponieważ art. 417 KC umieszczony został w Tytule VI, a ustawodawca posłużył się pojęciem szkody, które na tle tego tytułu ma znaczenie odmienne od krzywdy, art. 417 KC nie znajduje zastosowania do naprawienia krzywd niemajątkowych. Treść art. 417 KC nie wskazuje, aby wolą ustawodawcy było nadanie pojęciu naprawienia szkody innego znaczenia niż przypisywane temu terminowi na tle pozostałych przepisów tego Tytułu. Po drugie, w dyspozycji art. 417<sup>2</sup> KC ustawodawca posługuje się pojęciem naprawienia szkody i przyznania zadośćuczynienia, a w art. 417 KC tylko naprawienia szkody, co sugeruje, że zakres zastosowania komentowanego przepisu jest węższy i obejmuje jedynie uszczerbki o charakterze majątkowym.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego należy się opowiedzieć za pierwszym poglądem, a więc, że szkodę z art. 417<sup>1</sup> § 1 kc należy interpretować w szerokim ujęciu, obejmującym nie tylko wszelki uszczerbek majątkowy lecz także krzywdę.

Z uwagi na powyższe należało przyjąć, że szkodą powoda mogło być naruszenie dóbr osobistych powoda w postaci prawa do wychowywania dziecka zgodnie z własnymi przekonaniami i sprawowania pieczy nad małoletnią córką N. K., z określoną przez niego kwotą 10.000 zł jako zadośćuczynienia za krzywdę.

Z uwagi na to, że powód swoje żądanie pozwu opierał na podst. 424<sup>1b</sup> k.p.c. i okoliczności faktyczne podawane przez niego były związane jedynie z powyższą podstawą, tak więc Sąd Apelacyjny nie mógł orzekać ponad żądanie, dlatego też nie odnosił się przy omawianiu ewentualnej podstawy prawnej żądanie do ochrony dóbr osobistych z art. 24 kc. w zw. z art. 448 kc.

Należy też podkreślić, że powód dopiero w treści apelacji wskazuje, jakoby poniósł szkodę majątkową mającą się przejawiać w postaci konieczności opłacania udziału kuratora sądowego w jego kontaktach z córką.

Jednakże okoliczności te w żadnym przypadku nie były podnoszone przez powoda w treści pozwu, ani także nie były wykazane w toku postępowania przed Sądem I instancji.

Nie wskazał też skarżący z jakich powodów nie było możliwe powołanie tych okoliczności przed Sądem Okręgowym, dlatego też Sąd Apelacyjny w oparciu o art. 381 kpc pominął te nowe dowody zgłoszone w apelacji.

Z uwagi na powyższe należało uznać twierdzenia powoda o szkodzie majątkowej przejawiającej się w konieczności opłacania udziału kuratora sądowego w każdym kontakcie powoda z córką począwszy od 02.03.2011 r. do 28.11.2012 r. ( wydatki przeznaczone na ten cel na chwile obecną wynoszą 7 308,66 zł.) za niewykazane.

Zresztą brak był też w tym zakresie związku przyczynowego z przedmiotowym orzeczeniem, gdyż powód sam wskazał, że to z uwagi na naganne zachowanie rodziny zastępczej powstała konieczność sądowego uregulowania kontaktów powoda z małoletnią N. K., następstwem czego na powodzie ciąży obowiązek opłacania udziału kuratora sądowego w każdym kontakcie z córką.

Przechodząc do omówienia ostatniej przesłanki odpowiedzialności pozwanego (oczywiście tylko przy ewentualnym założeniu zaistnienia w sprawie bezprawia judykacyjnego, wiążącego się z wydaniem prawomocnego orzeczenia niezgodnego z prawem ) tj istnienia ewentualnego związku przyczynowego pomiędzy wydaniem orzeczenia niezgodnego z prawem a szkodą, jakiej doznał powód, to zdaniem Sądu Apelacyjnego taki związek nie zaistniał w niniejszej sprawie.

W powyższym zakresie Sąd Apelacyjny w całej rozciągłości podzielił rozważania sądu i instancji , uznając je tym samym za własne .

W szczególności na akceptację zasługuje to, że nie istnieje związek przyczynowy pomiędzy sytuacją powoda przed wydaniem postanowienia, w którym powód upatruje podstawy faktycznej swojego roszczenia, a jego sytuacją po jego wydaniu dlatego, że jego córka małoletnia N. K., przed wydaniem postanowienia również przebywała u H. S. i M. S. (1) i faktycznie nic w tym zakresie nie uległo zmianie, co powód przyznał w swoich zeznaniach, a jej miejsce stałego pobytu nie uległo zmianie.

Stanowisko skarżącego kwestionujące powyższe i podnoszące, że przedmiotowe postanowienie regulując kwestię pieczy, pozbawiło go prawa do jej sprawowania względem córki, która w dacie wydania przedmiotowego postanowienia przebywała pod opieką powoda w W. w żaden sposób nie zasługuje na aprobatę.

Jak wynika z ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego, które nie zostały skutecznie zakwestionowane przez skarżącego, to powód zabrał dziecko od dziadków 25 czerwca 2010 roku, odprowadził je 28 czerwca 2010 roku , ponownie zabrał 30 czerwca 2010 roku, w tym okresie nie pracował już też w dotychczasowym miejscu pracy.

Powód ponownie zabrał dziecko 7 lipca 2010 roku i wbrew ustaleniom poczynionym z dziadkami nie odprowadził jej 15 lipca 2010 roku, jedynie pismem z 12 lipca 2010 roku jego pełnomocnik poinformował dziadków, iż córka przebywa u ojca na wakacjach.

Powyższe nie czyniło też zadość wcześniejszemu porozumieniu powoda i dziadków co do miejsca pobytu małoletniej, a wówczas nie utrudniali oni kontaktów dziecka ani z rodzicami, ani z dziadkami ze strony ojca.

Dlatego też należało uznać, że w rzeczywistości miejsce stałego pobytu małoletniej nie uległo zmianie, a córka powoda miała przebywać u niego jedynie czasowo (incydentalnie), na wakacjach.

Zasadnie też przyjął Sąd Okręgowy, że w oparciu o zeznania samego powoda jedyną istotną zmianą, jaką spowodowało wydanie postanowienia o zabezpieczeniu, jest to, że M. i H. S. utrudniają mu kontakt z córką, jednakże ich działania nie pozostają w związku przyczynowym z wydaniem postanowienia, które nie obejmowało zakazu powodowi kontaktów z dzieckiem.

Zresztą niejako potwierdza powyższe sam sposób sformułowania przez powoda zarzutu apelacyjnego, a mianowicie, że Sąd Okręgowy niezasadnie uznał, że sprzeczne z prawem i dobrem dziecka zachowanie H. i M. S. (1) odmawiające powodowi kontaktów z małoletnią N. K. nie pozostaje w związku przyczynowym z wydaniem niezgodnego z prawem postanowienia Sądu Okręgowego w Szczecinie X Wydział Cywilny Rodzinny z dnia 26 lipca 2010 r., podczas gdy

zachowanie H. i M. S. (1) w powyższym zakresie nastąpiło wskutek instrumentalnego wykorzystania przedmiotowego postanowienia, podstawą którego z inicjatywy tych osób przeciwko powodowi wszczęto.

Skoro więc osoby te wykorzystwały te orzeczenie jedynie instrumentalnie, to ciężko tu mówić o związku przyczynowym pomiędzy ich postępowaniem a przedmiotowym orzeczeniem.

Apelujący podniósł też, że z chwilą wydania przez Sąd Okręgowy w Szczecinie X Wydział Cywilny Rodzinny postanowienia z dnia 25 czerwca 2010 r., sygn. akt X RCa 128/10 w przedmiocie zawieszenia postępowania apelacyjnego do czasu zakończenia postępowania o rozwód, nie funkcjonowało żadne prawomocne orzeczenie pozbawiające, ograniczające czy zawieszające władzę rodzicielską powoda Ł. K. nad małoletnią córką N. K..

Jednakże z powyższym nie można się zgodzić, być może uwadze powoda uszło to, że w uzasadnieniu swojego wniosku z dnia 24 lutego 2009r. wniesionym do Sądu Rejonowego Szczecin Centrum w Szczecinie Wydziału VIII Rodzinnego dotyczącym powierzenie mu wykonywania władzy rodzicielskiej nad małoletnią N. K. sam wskazał, że jego władza rodzicielska jak i matki dziecka, M. K. jest ograniczona poprzez poddanie dozorowi kuratora.

Apelujący wskazał też na błędną ocenę materiału dowodowego dokonaną przez sąd pierwszej instancji w zakresie przyjętego założenia, że gdyby wniosek o zabezpieczenie rozpoznawał sąd rozwodowy jako sąd pierwszej instancji dysponowałby takim samym materiałem dowodowym jaki stanowił podstawę wydania niezgodnego z prawem postanowienia.

Podał, że założenie to jest czysto hipotetyczne, a nadto nie znajduje oparcia w przepisach prawa albowiem obowiązkiem nałożonym przez ustawodawcę na sąd rozpoznający wniosek o zabezpieczenie, wówczas sąd rozwodowy jest konieczność poczynienia aktualnych ustaleń faktycznych dla prawidłowego rozstrzygnięcia, a obowiązek ten w świetle art. 579 kpc powinien zostać zrealizowany poprzez wyznaczenie rozprawy celem zbadania aktualnej sytuacji osobistej powoda, sposobu kształtowania się jego relacji z małoletnią córką N. K..

Dodał też, że jak stwierdził sąd pierwszej instancji nie zachodziła konieczność wydania postanowienia w trybie pilnym przewidzianym w art. 579<sup>1</sup> § 2 kpc z uwagi na zagrożenie życia lub zdrowia dziecka. Obowiązek poczynienia przez sąd rozpoznający wniosek w przedmiocie zabezpieczenia nowych ustaleń faktycznych jest o tyle istotny, iż dotyczy spraw dziecka a zatem wymaga od sądu orzekającego pełnego i aktualnego zgromadzenia materiału dowodowego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 2000 r. V CKN 1237/00. Oparcie się w tym zakresie na dotychczasowym materiale dowodowym, w szczególności na opinii RODK z dnia 23.10.2009 r. tj. wydanej ponad 9 miesięcy wcześniej jest w ocenie apelującego niewystarczające, tym bardziej, że dalsze postępowanie dowodowe jakie przeprowadził sąd rozwodowy nie potwierdziło rzekomego problemu alkoholowego powoda (zeznania lekarza J. S.).

Jednakże i powyższego stanowiska skarżącego Sąd Apelacyjny nie podzielił, uznając w tym zakresie zasadność stanowiska sądu I instancji.

Zgodnie z art. 579 kpc postanowienia w sprawach o powierzenie wykonywania, ograniczenie, zawieszenie, pozbawienie i przywrócenie władzy rodzicielskiej, ustalenie, ograniczenie albo zakazanie kontaktów z dzieckiem mogą być wydane tylko po przeprowadzeniu rozprawy. Dotyczy to także zmiany rozstrzygnięć w tym przedmiocie, zawartych w wyroku orzekającym rozwód, separację, unieważnienie małżeństwa albo ustalającym pochodzenie dziecka. Postanowienia takie stają się skuteczne i wykonalne po uprawomocnieniu się.

Powyższy przepis dotyczy spraw rozpoznawanych w postępowaniu nieprocesowym, a więc nie obejmuje postępowania rozwodowego.

Natomiast zasadniczym założeniem modelu procesu rozwodowego jest koncentracja w sądzie rozwodowym całokształtu spraw związanych z bieżącym funkcjonowaniem rodziny znajdującej się w sytuacji kryzysowej, czego efektem jest wniesienie pozwu o rozwód (separację) oraz unormowanie całokształtu spraw rodziny w wyroku rozwiązującym małżeństwo (orzekającym separację), a wyrazem tej koncentracji są m.in. art. 58 k.r.o. oraz art. 444,

445, 445<sup>1</sup> i 445<sup>2</sup> k.p.c., a także przepisy o udzieleniu zabezpieczenia - art. 730 i n. k.p.c., które to postępowanie jest postępowaniem wpadkowym, ale rządzącym się swoimi regułami.

Z kolei zgodnie z art. 755 § 1 pkt 4 kpc jeżeli przedmiotem zabezpieczenia nie jest roszczenie pieniężne, sąd udziela zabezpieczenia w taki sposób, jaki stosownie do okoliczności uzna za odpowiedni, nie wyłączając sposobów przewidzianych dla zabezpieczenia roszczeń pieniężnych. W szczególności sąd może uregulować sposób roztoczenia pieczy nad małoletnimi dziećmi i kontaktów z dzieckiem.

Natomiast w myśl art. 756 kpc w sprawach dotyczących pieczy nad małoletnimi dziećmi i kontaktów z dzieckiem sąd orzeka w przedmiocie zabezpieczenia po przeprowadzeniu rozprawy, chyba że chodzi o wypadek niecierpiący zwłoki – jednakże przepis ten został dodany przez art. 1 pkt 71 ustawy z dnia 16 września 2011 r. (Dz.U.2011.233.1381) zmieniającej nin. ustawę z dniem 3 maja 2012 r.

Powyższy przepis stanowi wyjątek od zasady wyrażonej w art. 735 § 1 k.p.c., zgodnie z którą wniosek o udzielenie zabezpieczenia sąd rozpoznaje na posiedzeniu niejawnym, która to zasada jest przejawem szybkości postępowania zabezpieczającego, ale jednocześnie ograniczeniem jego kontrydiktoryjności, gdyż do wydania postanowienia dochodzi wtedy bez wysłuchania drugiej strony.

W świetle powyższego nie jest uzasadnionym twierdzenie apelującego, że istniał obowiązek sądu rozwodowego poczynienia przez rozpoznawaniu wniosku w przedmiocie zabezpieczenia dokonania nowych ustaleń faktycznych, zatem wymaga od sądu orzekającego pełnego i aktualnego zgromadzenia materiału dowodowego.

Potwierdzenia tezy skarżącego próżno poszukiwać w powoływanym przez niego orzeczeniu Sądu Najwyższego, które dotyczyło innego stanu faktycznego.

Szkoda, że powołując się na powyższe orzeczenie powód nie zapoznał się bardziej wnikliwie z jego uzasadnieniem, a szczególnie z tym fragmentem, w którym wskazano, że Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. stanowi część porządku prawnego RP, art. 3 konwencji nakazuje we wszystkich działaniach dotyczących dzieci podejmowanych między innymi przez sądy kierować się interesem dziecka jako wartością nadrzędną, przepis ten formułuje bezwzględny obowiązek prawny i odnosi się do każdej indywidualnej decyzji stosowania prawa przez Sąd i to zarówno w sferze stosowania przepisów postępowania, jak i wykładni norm prawa materialnego stanowiących merytoryczne usprawiedliwienie rozstrzygnięć dotyczących dzieci.

Sąd Najwyższy dodał też, że wymagania dotyczące zabezpieczenia interesów dziecka w sferze postępowania mogą przekładać się na obowiązek podejmowania z urzędu przez Sąd ustaleń zmierzających do wszechstronnego wyjaśnienia sytuacji dziecka, którego ma dotyczyć wynik postępowania, obowiązek ten jednak w każdym wypadku uzależniony jest od stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy, oznacza to, że Sąd, realizując wymagania z art. 3 konwencji, tylko wtedy ma obowiązek przeprowadzenia dodatkowego postępowania dowodowego, jeżeli dotychczas zebrany w sprawie materiał nie jest wystarczający do rozstrzygnięcia odpowiadającego jak najlepszemu zabezpieczeniu interesów dziecka.

Mając na uwadze powyższe jak i materiał dowodowy zebrany i przeprowadzony w sprawie, na podstawie którego ustalono prawidłowy stan faktyczny, to usprawiedliwiony był powyższy pogląd sądu I instancji.

Sąd Okręgowy zaznaczył też, że wykazanie, iż wpływ na te decyzje miało wydanie postanowienia w sposób niezgodny z przepisami kpc jest w zasadzie niemożliwe, gdyż aby udowodnić, że powód poniósł szkodę wskutek wydania orzeczenia niezgodnie z przepisami procedury cywilnej, powód musiałby wykazać, że gdyby wniosek przekazano do rozpoznania sądowi rozwodowemu, i gdyby mógł skorzystać z postępowania dwuinstancyjnego, uzyskałby inne, korzystne dla siebie orzeczenie, a to w niniejszej sprawie udowodnione nie zostało.

W odniesieniu do powyższego apelujący podniósł, że niedopuszczalną była ocena zgromadzonego materiału dowodowego w sprawach X RCa 128/10 oraz X RC 466/10 dokonana przez sąd pierwszej instancji pod kątem ewentualnych szans powoda na uzyskanie rozstrzygnięcia w przedmiocie pozostawienia małoletniej N. K. przy powodzie na czas trwania procesu rozwodowego, a rozważania sądu w tej części są z jednej strony bezprzedmiotowe albowiem jak podniesiono wcześniej stan faktyczny jaki powinien stanowić podstawę rozstrzygnięcia w sprawie rozwodowej byłyby inny aniżeli ten jakim dysponował Sąd Okręgowy w Szczecinie wydając niezgodne z prawem postanowienie z dnia 26 lipca 2010 r. Z drugiej strony w ocenie apelującego analiza tego stanu faktycznego pod kątem hipotetycznego rozważenia kwestii rozstrzygnięcia pieczy nad małoletnią w toku postępowania rozwodowego nie mieści się w zakresie kognicji sądu orzekającego w niniejszej sprawie, gdyż to nie sąd cywilny w osobie jednego sędziego zawodowego jest władny rozpoznać wniosek o udzielenie zabezpieczenia w toku procesu rozwodowego, a sąd cywilny rodzinny w składzie jednego sędziego zawodowego i dwóch ławników.

Powyższej argumentacji skarżącego nie podzielił Sąd Apelacyjny uznając ją za całkowicie bezzasadną.

Wręcz przeciwnie sąd i instancji zobowiązany był do poczynienia rozważań w tym właśnie kierunku, gdyż było to istotne dla rozstrzygnięcia istnienia ewentualnego związku przyczynowego pomiędzy wydaniem orzeczenia niezgodnego z prawem a szkodą, jakiej doznał powód.

W takiej sytuacji prawidłowa zresztą ocena Sądu Okręgowego, że gdyby w sprawie orzekał sąd rozwodowy, to wydałby identyczne orzeczenie albowiem orzekałby na podstawie tego samego materiału dowodowego, którym dysponował Sąd Okręgowy Wydział X Cywilny Rodzinny, wydając postanowienie w przedmiocie zabezpieczenia w sprawie VIII RNsm 761/09 – sprawiła to, że wydanie przedmiotowego orzeczenia udzielającego zabezpieczenia nie miało żadnego związku przyczynowego z ewentualną szkodą, jakiej doznał powód wskutek wydania orzeczenia przez sąd niewłaściwy.

W ocenie apelującego niewystarczające było oparcie się w tym zakresie na dotychczasowym materiale dowodowym, w szczególności na opinii RODK z dnia 23.10.2009 r. tj. wydanej ponad 9 miesięcy wcześniej jest.

Niestety nie wskazano żadnych merytorycznych argumentów, które czyniłyby ten zarzut zasadnym.

Natomiast niezbyt zrozumiały jest kolejny zarzut powoda, że dalsze postępowanie dowodowe jakie przeprowadził sąd rozwodowy nie potwierdziło rzekomego problemu alkoholowego powoda (zeznania lekarza J. S.).

Sąd Okręgowy nie podawał, że taki problem ma powód, lecz wskazał jedynie (i to zasadnie), że pracownicy Rodzinnego Ośrodka Diagnostyczno-Konsultacyjnego w dniu badania, które miało przesądzić o losach jego córki, czuli od powoda alkohol, że powód w wywiadzie w RODK przyznał się do używania amfetaminy do 25-go roku życia - okoliczności te bardzo obciążały osobę powoda i przesądzały, z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, o tym, że żaden sąd, w postępowaniu czy to dwu, czy jednoinstancyjnym, nie przyznałby w trybie postępowania zabezpieczającego opieki nad dzieckiem powodowi.

Stwierdzenie ewentualnego problemu alkoholowego było jedynie w przytoczeniu przez sąd I instancji zeznań E. P., które brzmiały "Ł. K. (...) na badanie do RODK przyszedł i wyczuwał był od niego zapach alkoholu i podejrzewamy, że może być problem alkoholowy (...) Ł. K. odpowiedział mi w dniu badania, że poprzedniego dnia wypił grzane piwo, bo był przeziębiony i brał leki (...) Wyczuwałam ten alkohol w trakcie badania, kiedy prowadziłam rozmowę" oraz T. P.: "Ja również wyczułam zapach alkoholu od Ł. K. jak weszłam do pomieszczenia gdzie był badany przez psycholog, w całym pomieszczeniu był bardzo silny zapach alkoholu i nawet był wyczuwalny w poczekalni od niego alkohol. Pracownicy pytali, od kogo to czuć".

Biorąc pod uwagę całokształt powyższych rozważań Sąd Apelacyjny działając na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację powoda, jako bezzasadną, a o kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c., nie znajdując jakichkolwiek podstaw w postępowaniu apelacyjnym do zastosowania w stosunku do powoda przesłanek z art.102 kpc.



SSA M. Iwankiewicz SSA D. Rostał SSA D. Jezierska