

Sygn. akt I CSKP 38/21

POSTANOWIENIE

Dnia 17 marca 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Anna Owczarek (przewodniczący)

SSN Paweł Grzegorzcyk

SSN Monika Koba (sprawozdawca)

w sprawie z wniosku D. F.

przy uczestnictwie E. R.

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w P. i Rzecznika Praw Dziecka

o nakazanie powrotu dziecka,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym

w Izbie Cywilnej w dniu 17 marca 2021 r.,

skargi kasacyjnej Rzecznika Praw Dziecka

od postanowienia Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 24 kwietnia 2020 r., sygn. akt I ACa (...),

1) oddała skargę kasacyjną,

**2) oddała wniosek wnioskodawcy o zasądzenie kosztów
postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Pismem z dnia 20 sierpnia 2020 r. Ministerstwo Sprawiedliwości, działając jako organ centralny wyznaczony na podstawie art. 6 Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, sporządzonej w Hadze dnia 25 października 1980 r. (Dz. U. nr 108, poz. 528/529, dalej - „Konwencja haska”) przekazało do Sądu Okręgowego w P. wniosek D. F. o powrót małoletniej córki E.

F., zwracając się o jego rozpoznanie zgodnie z postanowieniami Konwencji haskiej i przepisami rozporządzenia Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. o jurysdykcji oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1347/2000 (Dz. Urz. UE L 338, s. 1, dalej - „rozporządzenie nr 2201/2003”).

Postanowieniem z dnia 13 stycznia 2020 r. Sąd Okręgowy w P. nakazał uczestniczce E. R. zapewnienie powrotu do Republiki Włoskiej małoletniej E. F. w terminie siedmiu dni od dnia uprawomocnienia się orzeczenia.

Sąd pierwszej instancji ustalił, że wnioskodawca D. F. (posiadający obywatelstwo włoskie) oraz uczestniczka E. R. (posiadająca obywatelstwo polskie) pozostawali w związku konkubenckim, z którego pochodzi córka E. F., urodzona 18 marca 2015 roku w Ś., posiadająca obywatelstwo polskie i włoskie. Uczestnicy poznali się w Polsce, po narodzinach małoletniej E. zamieszkali w wynajętym mieszkaniu w Ś.. Następnie wnioskodawca zakupił dwa domy w U., w jednym z nich zamieszkali uczestnicy z małoletnią E., zaś drugi został wynajęty. Rodzice wspólnie sprawowali opiekę nad córką, ich związek układał się wówczas dobrze, a relacje z małoletnią były prawidłowe. Uczestniczka pracowała zawodowo, po urodzeniu dziecka korzystała z urlopu macierzyńskiego, a następnie wychowawczego. Wnioskodawca pracował w Polsce jedynie okresowo, utrzymując się głównie z dochodów z wynajmu.

Małoletnia E. była dzieckiem chorowitym, w związku z czym pozostawała w Polsce pod stałą opieką lekarską aż do stycznia 2017 roku. Miała wykonywane regularnie badania i przeszła obowiązkowe szczepienia ochronne. Po pewnym czasie uczestnicy doszli do wniosku, że dalsze zamieszkiwanie na wsi nie służy rozwojowi dziecka, które będzie miało lepsze warunki bytowe we Włoszech, gdzie wnioskodawca mógł liczyć na wsparcie rodziny. Zdecydowali o wynajęciu zajmowanego dotychczas mieszkania i zorganizowali wysyłkę trzech paczek z rzeczami do Włoch. Pracodawca uczestniczki został poinformowany, że nie będzie ona kontynuować zatrudnienia po urlopie wychowawczym. W celu zapewnienia

dziecku prawidłowej opieki medycznej w nowym miejscu zamieszkania dokonali w lutym 2017 r. tłumaczenia karty szczepień dziecka na język włoski.

Po przyjeździe do Włoch uczestnicy zaadaptowali się w nowym miejscu i ułożyli swoje sprawy życiowe. Zamieszkali w wynajmowanym mieszkaniu. D. F. utrzymywał się z dochodu uzyskiwanego z najmu nieruchomości oraz pomocy rodziny. Uczestniczka znalazła pracę w markecie, należącym do rodziny wnioskodawcy. Uczestnicy pozostawali w stałym kontakcie zarówno ze - wspierającą ich - rodziną wnioskodawcy, jak i - odwiedzającymi ich co jakiś czas w R. - rodzicami uczestniczki postępowania i innymi członkami jej rodziny. Uczestniczka przyjeżdżała także do Polski, a ostatni jej samodzielny wyjazd do kraju miał miejsce w styczniu 2019 r. i trwał około tygodnia.

W lipcu 2018 roku na skutek wniosku E. R. małoletnia została zameldowana na pobyt stały w R., a we wrześniu 2018 roku zaczęła uczęszczać do przedszkola G. w R., w którym się dobrze zaaklimatyzowała. Posługiwała się językiem włoskim i polskim w podstawowym zakresie. Rodzice małoletniej wspólnie zajmowali się nią, korzystając ze wsparcia babci wnioskodawcy. Z czasem ich relacje zaczęły się psuć, zaczęło dochodzić do kłótni, wskutek czego przestali się porozumiewać w kluczowych sprawach. Począwszy od listopada 2018 roku w ich relacjach zaczęła panować napięta atmosfera, a nasilający się konflikt doprowadził do sytuacji, w której wnioskodawca po powrocie uczestniczki z pracy wychodził do domu swojej babci, w którym nocował przez około dwa tygodnie, wracając do mieszkania rano, gdy E. R. wychodziła do pracy. Wnioskodawcy zdarzały się porywcze zachowania, w grudniu 2018 r. przytrzymał partnerkę w czasie kłótni za gardło. Jednorazowo, zdarzyła się także sytuacja, gdy uderzył córkę przewodem od gitary, którą dziecko potrafiło.

Od lipca 2018 r. uczestnika dwukrotnie sama odwiedziła rodziców w Polsce, w październiku 2018 r. i styczniu 2019 r., a oba pobyty trwały około tygodnia. W tym czasie dzieckiem opiekował się wnioskodawca i jego babcia. Uczestniczka wracając do Włoch w styczniu 2019 r. liczyła na to, że związek z partnerem uda się uratować.

Na przełomie marca i kwietnia 2019 r. E. R. zgłosiła się do Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w R. informując, że jest ofiarą przemocy domowej. W dniu 11 kwietnia 2019 roku w siedzibie Konsulatu odbyło się spotkanie z udziałem adwokata, podczas którego uczestniczka uzyskała niezbędne informacje o możliwych do podjęcia krokach prawnych, których jednak nie zainicjowała. Została również poinformowana, że nie może, zgodnie z prawem, opuścić Włoch z córką bez zgody wnioskodawcy. Podobną informację uzyskała jej siostra J. R. od prawników w Polsce. Uczestniczka planowała w maju 2019 r. wyjazd z dzieckiem do Polski do swoich rodziców. Sprzeciwiał się temu wnioskodawca z uwagi na stan zdrowia dziecka, jednak ostatecznie wyraził zgodę na wyjazd małoletniej w okresie od 1 do 11 maja. Uczestniczka kupiła bilety w obie strony, nie wróciła jednak do Włoch w ustalonym przez partnerów terminie.

Obecnie D. F. i E. R. pozostają w ostrym konflikcie. Wnioskodawca nie jest w stanie wybaczyć uczestniczce uprowadzenia córki, które doprowadziło do pozbawienia go kontaktu z dzieckiem. Zarzuca jej także brak kompetencji wychowawczych i nieodpowiedzialną postawę względem małoletniej. Uczestniczka stawia wnioskodawcy coraz poważniejsze zarzuty dotyczące stosowania względem niej przemocy.

E. R. mieszka z małoletnią w wynajmowanym mieszkaniu w Ś.. Nie pracuje, jest zarejestrowana jako bezrobotna. Osiąga dochód w łącznej kwocie 2.400 zł z najmu dwóch domów w U., które uprzednio wnioskodawca zbył na jej rzecz. Złożyła w Ośrodku Pomocy Społecznej w Ś. wniosek o dodatek 500 plus. Od dnia 25 czerwca 2019 roku zapisała córkę do przedszkola. Wnioskodawca w zasadzie nie ma kontaktu z córką od chwili jej wyjazdu do Polski. Uczestnicy nie byli w stanie uzgodnić miejsca, gdzie mogłoby dojść do realizacji kontaktów; ostatecznie do spotkania - które przebiegało prawidłowo - doszło dopiero w trakcie mediacji w toku postępowania.

Aktualnie - z inicjatywy wnioskodawcy - toczy się we Włoszech postępowanie karne w przedmiocie uprowadzenia dziecka, gróźb oraz złego traktowania, których to zachowań miała się dopuszczać uczestniczka. Wnioskodawca złożył także w sądzie opiekuńczym w R. pozew o ustalenie miejsca

zwykłego pobytu E. F. w R. i pozbawienie uczestniczki władzy rodzicielskiej. Uczestniczka zgłosiła w nich swój udział i podjęła obronę. Przed Sądem Rejonowym w Ś. toczą się natomiast postępowania z powództwa E. R. o ograniczenie wnioskodawcy władzy rodzicielskiej i ustalenie miejsca zamieszkania dziecka przy matce; zostały one zawieszone.

Od dnia 4 września 2019 roku uczestniczka korzysta z pomocy psychologicznej, którą została objęta przez Powiatowe Centrum Pomocy Rodzinie w Ś.. Nadto, co najmniej od listopada 2019 roku pozostaje pod opieką Terenowego Komitetu Ochrony Praw Dziecka w P.. Wnioskodawca od lat okresowo korzysta ze wsparcia psychologa. W przeszłości z powodu depresji chodził do psychiatry, nie był z tego powodu hospitalizowany.

Stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił na podstawie dołączonych do akt sprawy dokumentów, zeznań wnioskodawcy i uczestniczki, a także sprawozdania kuratora i zeznań świadków. Podkreślił, że ze zgromadzonej w sprawie dokumentacji wynika, iż małoletnia z rodzicami na stałe przeniosła się do Rzymu około marca 2017 r., a następnie - po dwóch latach - przy okazji odwiedzin rodziny w Polsce w maju 2019 r. na skutek działań matki podjętych bez zgody ojca i decyzji właściwego sądu opiekuńczego, nie powróciła do Włoch.

Sąd pierwszej instancji w większości odmówił wiary zeznaniom siostry uczestniczki J. R. i jej partnera A. C.. Wskazał, że świadkowie ci stanowią najbliższą rodzinę skonfliktowanej z wnioskodawcą matki małoletniej, z treści ich zeznań wynika, że zostały uzgodnione, a w zakresie zachowań przemocowych w stosunku do dziecka i uczestniczki stanowią relację wyolbrzymioną i nieadekwatną do rzeczywistego przebiegu zdarzeń. Zwrócił uwagę, że uczestniczka nie miała obaw by pozostawiać dziecko pod opieką ojca podczas samodzielnych wyjazdów do Polski, co poddaje w wątpliwość zarówno jej zeznania, jak i zeznania świadków co do zakresu, natężenia i znaczenia przemocowych zachowań wnioskodawcy.

Sąd Okręgowy dał zasadniczo wiarę zeznaniom wnioskodawcy, za wyjątkiem tej ich części, w której zaprzeczył jednorazowemu uderzeniu dziecka i jednorazowej incydentalnej przemocy wobec uczestniczki. Zeznaniom

uczestniczki odmówił co do zasady wiary. Uznał, że nie ma w zgromadzonym materiale dowodowym żadnego potwierdzenia zarzut znęcania się przez wnioskodawcę nad uczestniczką oraz wielokrotnego stosowania przemocy wobec niej i dziecka. Stwierdził, że niewiarygodny jest zaprezentowany przez E. R. opis zdarzenia z grudnia 2018 r., w toku którego wnioskodawca miał ją dusić, okładać pięściami i kopać, także wtedy, gdy wzięła dziecko na ręce. Miał na względzie, że wcześniejsza relacja z tego zdarzenia przekazana jej siostrze, kuratorowi oraz przedstawiona w pismach przygotowawczych, jako naruszenie nietykalności cielesnej, nie wskazywała na to, by miało ono tak drastyczny przebieg. Wskazał, że w przypadku tak agresywnego zachowania wnioskodawcy uczestniczka nie byłaby w stanie trzymać dziecka na rękach. Nie byłoby także zrozumiałe, z jakich przyczyn jedynym śladem „brutalnego ataku” było jedynie zaczerwienienie (zasinienie) na szyi. Zaprezentowanej przez uczestniczkę wersji zdarzeń przeczy także - w ocenie Sądu Okręgowego - to, że w trakcie samodzielnego pobytu w Polsce w styczniu 2019 r. nie poinformowała nikogo o zachowaniu swojego partnera, a wracając do Włoch liczyła, że związek uda się jeszcze uratować.

Odnosnie do zdarzenia opisywanego przez uczestniczkę, jako próba wyrzucenia jej z balkonu, które - w świetle jej relacji miało przesądzić o jej odejściu od partnera - Sąd Okręgowy uznał, że nie miało ono miejsca. Uczestniczka nie wspomniała o nim, ani w korespondencji z siostrą, ani kuratorowi, nie zostało ono przytoczone w pismach procesowych, ani nie stało się podstawą złożenia zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa, mimo że E. R. została poinformowana o możliwych do podjęcia krokach prawnych. Stwierdził także, że niewiarygodne jest by uczestniczka dowiedziała się, iż podjęcie jakichkolwiek czynności w tym przedmiocie jest uzależnione od uprzedniego uzyskania zameldowania w R.. W konsekwencji przyjął, że opis przemocowych zachowań wnioskodawcy, relacjonowany przez uczestniczkę i zawnioskowanych przez nią świadków, nie znajduje potwierdzenia w rzeczywistym stanie rzeczy.

Za symptomatyczne uznał niesformułowanie przez uczestniczkę w pismach przygotowawczych, a także w trakcie wywiadu kuratora, zarzutu przemocy wnioskodawcy wobec małoletniej. Wskazuje to - jego zdaniem - jednoznacznie, na

instrumentalne przywołanie w toku postępowania jednego zdarzenia, kiedy wnioskodawca uderzył dziecko, które uprzednio - także w percepcji uczestniczki - było incydem nie wpływającym na prawidłowe relacje ojca z dzieckiem. Jako całkowicie niewiarygodną uznał relację uczestniczki, że miała słyszeć, stojąc na ulicy, klaps wymierzony małoletniej przez ojca, gdy przebywał on z dzieckiem w mieszkaniu na siódmym piętrze budynku. Podkreślił Sąd Okręgowy, że do akt sprawy złożono nagrania ze spotkania wnioskodawcy z dzieckiem w trakcie mediacji, które wskazują – co przyznała uczestniczka – że relacje ojca z córką są normalne. Nie sposób w tych okolicznościach - zdaniem Sądu - przyjąć, że dziecko boi się ojca z uwagi na przemoc, którą miał on stosować wobec niego i matki. Sąd zaakcentował, że przez cztery lata życia dziecka uczestniczka - aktualnie zarzucająca wnioskodawcy stosowanie przemocy wobec dziecka - potrafiła wiarygodnie wykazać tylko jedno niewłaściwe zachowanie ojca wobec dziecka, które sama uprzednio traktowała jako incydent, do którego nie przywiązywała wagi. Niewiarygodne jest także, by uczestniczka rzeczywiście obawiała się partnera, skoro proponowała mu spotkania z córką w swoim miejscu zamieszkania. W konsekwencji przyjął, że przyczyną wyjazdu matki z dzieckiem do Polski nie były aktualnie eksponowane i niepotwierdzone w postępowaniu dowodowym zachowania przemocowe wnioskodawcy wobec uczestniczki i małoletniej, lecz postępujący rozpad związku i konflikty z tym związane.

Sąd Okręgowy dostrzegł także szereg innych niekonsekwencji w postawie i zeznaniach uczestniczki. Zwrócił uwagę, że w toku postępowania twierdziła, że planowała ucieczkę z dzieckiem od partnera, a kuratora poinformowała, że decyzję by pozostać z dzieckiem w Polsce podjęła dopiero w ostatnim dniu pobytu. Twierdziła, że małoletnia w maju 2019 r. biegle władała językiem polskim, co jest sprzeczne z zaświadczeniem z przedszkola. Niespójnie podawała także przyczyny decyzji o wyjeździe na stałe do Włoch raz twierdząc, że było to motywowane próbą naprawy związku, a następnie, że chodziło o postępowanie rentowe. W zakresie ostatniego miejsca pobytu dziecka kwestionowała, by był to Rzym, jednocześnie potwierdzając wszystkie istotne do oceny tej kwestii okoliczności faktyczne. Jako niewiarygodne ocenił również zeznania uczestniczki w zakresie, w jakim twierdziła, że pod jej nieobecność dzieckiem zajmowała się

wyłącznie babcia wnioskodawcy, skoro w odpowiedzi na wniosek przyznała, że opiekowali się nim oboje rodzice. Ponadto babcia nie mieszkała na stałe z rodzicami małoletniej, jej opieka nie była zatem - w ocenie Sądu Okręgowego - możliwa w takim zakresie, jak na to wskazywała uczestniczka.

Odnosnie do złożonych do akt sprawy przez uczestniczkę zdjęć wykonanych w niewiadomych okolicznościach, które wnioskodawca określił jako „wyglupy” inspirowane przez uczestniczkę, Sąd Okręgowy stwierdził, że nie mogą one przekonywać o fascynacji ojca małoletniej Hitlerem, a znamienne jest podniesienie tej kwestii dopiero na ostatnim etapie postępowania. Podobnie Sąd Okręgowy ocenił przeglądanie przez wnioskodawcę stron internetowych epatujących przemocą. Zwrócił uwagę, że tego rodzaju przekazy (materiały z drastycznych wypadków, czy działań terrorystycznych) są rozpowszechniane także w powszechnie dostępnych kanałach telewizyjnych, a skoro nie zostały w postępowaniu dowodowym powiązane z niewłaściwym zachowaniem ojca wobec dziecka, to nie mogły mieć wpływu na rozstrzygnięcie sprawy. Podkreślił, że zainteresowania i fascynacje wnioskodawcy mogą mieć znaczenie dla oceny jego kompetencji rodzicielskich, której Sąd w sprawie o wydanie dziecka nie dokonuje.

Dalsze wnioski dowodowe Sąd Okręgowy pominął. Stwierdził, że zwracanie się o dokumentację medyczną wnioskodawcy do włoskiego odpowiednika Narodowego Funduszu Zdrowia jest niecelowe, tego rodzaju instytucje z reguły nie posiadają bowiem takiej dokumentacji, a dalsze postępowanie dowodowe w tym przedmiocie znacząco przedłużyłoby postępowanie, co jest sprzeczne z jego celem. Ponadto wnioskodawca zaprzeczył, by chorował psychicznie, a wskazał na trudności związane ze stanami depresyjnymi wymagające sporadycznego leczenia farmakologicznego, co zostało potwierdzone w złożonym do akt sprawy zaświadczeniu lekarskim. Sąd Okręgowy zwrócił także uwagę, że uczestniczka o rzekomej chorobie psychicznej wnioskodawcy (schizofrenii) miała dowiedzieć się od niego po jednej z wizyt lekarskich, a jednocześnie nie opisała - mimo, że pozostawała z nim przez cztery lata w związku konkubenckim - żadnych zachowań, które mogłyby wskazywać na powzięcie przez nią jakichkolwiek

wątpliwości co do stanu zdrowia psychicznego wnioskodawcy. Bezpośredni kontakt z wnioskodawcą również nie budził takich zastrzeżeń Sądu Okręgowego.

Sąd pierwszej instancji zaniechał wysłuchania małoletniej E. F. uznając, że przemawia za tym jej wiek, a co za tym idzie aktualny rozwój umysłowy i stopień dojrzałości. Oddalił także wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii Opiniodawczego Zespołu Sądowych Specjalistów (dalej - „OZSS”) argumentując, że przeprowadzone w sprawie postępowanie dowodowe pozwoliło na ustalenie wszystkich istotnych okoliczności. Stwierdził, że uczestniczka upatrywała zagrożenia dla córki - w przypadku uwzględnienia wniosku - w jej rozdzieleniu z matką. Tymczasem nakazanie powrotu dziecka do Włoch nie przesądza kwestii władzy rodzicielskiej ani opieki nad małoletnią i nie stoi na przeszkodzie powrotowi uczestniczki wraz z dzieckiem do Włoch. W konsekwencji zagrożenie dobra dziecka mające polegać na rozdzieleniu go z matką nie będzie konsekwencją rozstrzygnięcia Sądu, lecz wyłącznie decyzji uczestniczki, by nie wracać wraz z małoletnią do Włoch.

W ocenie Sądu Okręgowego zostały spełnione przesłanki nakazania powrotu E. F. wymienione w art. 3 Konwencji haskiej. Małoletnia bezpośrednio przed jej uprowadzeniem mieszkała na stałe wraz z rodzicami, którzy posiadali prawo do opieki nad dzieckiem i je wykonywali w Republice Włoskiej w R., który był jej centrum życiowym. W sprawie nie budziło również wątpliwości, że uczestniczka dopuściła się bezprawnego uprowadzenia małoletniej wyjeżdżając z nią do Polski 1 maja 2019 r. i mimo wcześniejszych uzgodnień poczynionych z ojcem dziecka nie powracając z nią do miejsca jej stałego pobytu w dniu 11 maja 2019 r.

Uczestniczka - zdaniem Sądu Okręgowego - nie wykazała również, by w sprawie zachodził któryś z wyjątków przewidzianych w art. 13 Konwencji haskiej, uzasadniający odmowę nakazania powrotu małoletniej. Poważnego ryzyka narażenia dziecka na szkodę fizyczną lub psychiczną oraz postawienia go w sytuacji nie do zniesienia (art. 13 lit. b Konwencji haskiej) upatrywała w tym, że nie chce już wracać do Włoch celem kontynuowania związku konkubenckiego, co - jej zdaniem - będzie skutkować rozdzieleniem jej z dzieckiem. Powoływała się

także na przemoc wobec niej, której córka miała być świadkiem, a Rzecznik Praw Dziecka, który zgłosił swój udział w sprawie, także na przemoc wobec dziecka.

Sąd Okręgowy podkreślił, że nakazanie powrotu ma służyć jedynie przywróceniu stanu sprzed uprowadzenia i nie zakłada oddzielenia dziecka od sprawcy jego uprowadzenia. Jego zdaniem E. R. może (a nawet powinna) wrócić z dzieckiem do Włoch i nie istnieją żadne formalne przeszkody, które by jej to uniemożliwiały. Wskazał, że uczestniczka włada językiem włoskim w stopniu co najmniej komunikatywnym, skoro musiała się nim posługiwać w kontaktach z rodziną wnioskodawcy, a także w miejscu pracy, gdzie - jak sama przyznała - relacjonowała swoim kolegom kłopoty rodzinne. Wprawdzie była zatrudniona w sklepie należącym do rodziny wnioskodawcy, ale nabyła już odpowiednie doświadczenie zawodowe w pracy zagranicą. Ponadto - jak sama twierdziła - to właśnie z jej dochodów uzyskiwanych z pracy było utrzymywane wynajmowane w R. mieszkanie. Nie sposób zatem przyjąć, że powrót z dzieckiem do miejsca jego stałego pobytu jest niemożliwy, zwłaszcza że sytuacja matki jest stabilizowana przez dochód uzyskiwany z najmu nieruchomości w Polsce. W konsekwencji - zdaniem Sądu Okręgowego - ewentualna szkoda w postaci rozdzielenia matki i dziecka nie będzie skutkiem wydanego orzeczenia, a tylko i wyłącznie decyzji uczestniczki. Miał także na względzie, że okoliczności faktyczne sprawy nie wskazują, by powrót do Rzymu miał być szczególnie trudny dla dziecka, skoro funkcjonowało ono dobrze we Włoszech, zna język włoski i ma tam bliską rodzinę. Podkreślił, że adaptacja dziecka do warunków życia w Polsce pozostaje bez znaczenia, skoro wniosek został złożony przed upływem roku od dnia uprowadzenia (art. 12 Konwencji haskiej).

Sąd wskazał, że kwestie władzy rodzicielskiej, opieki nad dzieckiem i kontaktów będą rozstrzygane dopiero przez właściwy sąd opiekuńczy we Włoszech, a okoliczność, że uczestniczka dokonując bezprawnego uprowadzenia dziecka postawiła się przed tym sądem w niekorzystnej sytuacji, jest tylko efektem jej decyzji, podjętej wbrew informacjom - powziętym z dwóch niezależnych źródeł - co do skutków takiego działania.

Oдноśnie do zarzutów E. R. dotyczących przemocy, którą miał stosować wnioskodawca, Sąd Okręgowy stwierdził, że udowodnione zostało tylko jedno niewłaściwe zachowanie wobec uczestniczki w grudniu 2018 r., kiedy podczas kłótni przytrzymał ją za szyję powodując zaczerwienienie. Miał na względzie, że nawet gdyby dziecko było świadkiem tego zachowania, to nie miało ono - wbrew stanowisku uczestniczki - takiego przebiegu by wpłynęło na relacje ojca z małoletnią. Świadczy o tym jednoznacznie nie tylko przebieg spotkania córki z ojcem w trakcie mediacji, ale także zachowanie uczestniczki, która zarówno w czasie gdy pracowała, jak i w okresie samodzielnych wyjazdów do Polski - już w czasie konfliktu z wnioskodawcą - pozostawiała dziecko pod jego opieką, nie mając żadnych obaw z tym związanych.

Sąd Okręgowy nie znalazł także podstaw do przyjęcia, by nakazanie powrotu dziecka nie było dopuszczalne w świetle podstawowych zasad państwa wezwanego dotyczących ochrony praw człowieka i podstawowych wolności (art. 20 Konwencji haskiej).

Postanowieniem z dnia 24 kwietnia 2020 r. Sąd Apelacyjny w (...) orzekając na skutek apelacji uczestniczki E. R. oraz Rzecznika Praw Dziecka oddalił obie apelacje, dzielając w całości ustalenia faktyczne i rozważania prawne Sądu Okręgowego.

Za bezzasadne uznał zarzuty apelacji dotyczące oddalenia przez Sąd Okręgowy wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii OZSS. Zwrócił uwagę, że uczestniczka domagała się przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego psychologa (a następnie dowodu z opinii OZSS) na okoliczność ustalenia czy wydanie dziecka wnioskodawcy do Włoch naraziłoby je na szkodę fizyczną lub psychiczną lub w inny sposób postawiłoby je w sytuacji nie do zniesienia. Motywując swoje stanowisko nie wskazywała jednak, by ryzyko to miało wynikać ze stosowania przez wnioskodawcę przemocy fizycznej względem małoletniej córki, a gdyby taki stan rzeczy istotnie miał miejsce - jak uczy doświadczenie życiowe - podniosłaby tę kwestię, jako główny argument przemawiający za oddaleniem wniosku. Poruszyłaby także ten problem w korespondencji prowadzonej z wnioskodawcą, odpowiedzi na wniosek oraz dokonała zgłoszenia właściwym

organom nieprawidłowości w zakresie wykonywania władzy rodzicielskiej przez ojca dziecka - a nic takiego nie miało miejsca. Nie pozostawiałaby również córki pod opieką wnioskodawcy w czasie wyjazdów do Polski. Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko Sądu Okręgowego, że twierdzenia uczestniczki, iż opiekę nad dzieckiem podczas jej nieobecności sprawowała w sposób wyłączny babcia wnioskodawcy jest niewiarygodne, a zasady doświadczenia życiowego wskazują, że wspomagała ona jedynie rodziców w opiece nad małoletnią.

Sąd Apelacyjny stwierdził, że jednorazowy incydent uderzenia dziecka przez ojca - wbrew zarzutom apelacji - nie został przez Sąd Okręgowy zignorowany - lecz prawidłowo oceniony w kontekście regulacji art. 13 lit. b Konwencji haskiej. Inne akty przemocy wobec dziecka trafnie zostały przez Sąd Okręgowy ocenione jako niewiarygodne, nie ma zatem żadnych podstaw do uznania, że wnioskodawca stanowi zagrożenie dla małoletniej córki. Przeprowadzanie natomiast dowodu z opinii biegłych na okoliczność, który z rodziców daje większe gwarancje wykonywania władzy rodzicielskiej oraz jak powinny być uregulowane kontakty małoletniej z rodzicami, nie ma żadnego znaczenia w sprawie o wydanie dziecka, a powinno być zbadane przez sąd właściwy dla miejsca jego stałego pobytu. Sąd Apelacyjny podkreślił, że wiek małoletniej oraz okoliczność, że od maja 2019 r. pozostaje pod wyłączną opieką matki pozwala stwierdzić - z uwzględnieniem zasad doświadczenia życiowego - że uczestniczka jest aktualnie dla dziecka pierwszoplanowym rodzicem, a ewentualny powrót córki bez matki do Włoch byłby sprzeczny z jej dobrem z uwagi na jej wiek i silną więź emocjonalną z matką. Podzielił jednak stanowisko Sądu pierwszej instancji, że nie ma obiektywnych przeszkód by matka powróciła wraz z małoletnią do Włoch.

Sąd Apelacyjny w pełni również zaakceptował stanowisko Sądu Okręgowego, że wiek małoletniej (5 lat) oraz adekwatny do wieku stopień jej rozwoju umysłowego i dojrzałości uzasadniały zaniechanie jej wysłuchania. W konsekwencji nie znalazł podstaw do uwzględnienia wniosku uczestniczki zgłoszonego w apelacji, by biegli określali, czy wiek i stopień dojrzałości małoletniej jest wystarczający do jej wysłuchania przez sąd. Podkreślił, że w toku postępowania pierwszoinstancyjnego rodzice małoletniej nie mieli w tym zakresie żadnych wątpliwości, zajmując zgodne stanowisko, że wysłuchiwanie małoletniej jest bezcelowe.

Sąd Apelacyjny nie znalazł również podstaw do uwzględnienia wniosku uczestniczki o przeprowadzenie dowodu z wydruków stron internetowych, skoro nie wykazano by rodzaj odwiedzanych przez wnioskodawcę stron internetowych stał się przyczyną jakichkolwiek jego nagannych zachowań. Za bezzasadne i prowadzące do przedłużenia postępowania uznał także wnioski uczestniczki o zwrócenie się o dokumentację lekarską z leczenia wnioskodawcy uznając, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy jest wystarczający do uznania, że stan zdrowia ojca małoletniej nie stanowi przeszkody do nakazania powrotu dziecka do Włoch. Miał na względzie, że wnioskodawca przedstawił zaświadczenie lekarskie wystawione po zbadaniu i obejmujące aktualny stan zdrowia, a nie ma uzasadnionych podstaw do jego kwestionowania. Nie potwierdza ono wersji uczestniczki o schizofrenii, gdyż wynika z niego, że wnioskodawca leczył się w latach 2016 - 2019 r. z powodu zespołu depresyjno - lękowego. Podkreślił, że szczegółowa ocena stanu zdrowia wnioskodawcy pod kątem rozważenia, czy pieczę nad dzieckiem należy powierzyć ojcu czy matce dziecka, powinna być dokonana w postępowaniu dotyczącym władzy rodzicielskiej, prowadzonym przed sądem właściwym dla stałego miejsca pobytu dziecka.

Za bezzasadne - z perspektywy charakteru prowadzonego postępowania - Sąd drugiej instancji uznał zgłoszone w postępowaniu apelacyjnym wnioski dowodowe o dopuszczenie dowodu z dokumentów mających wykazywać aklimatyzację dziecka w nowym środowisku po jego powrocie do Polski. Nie znalazł także podstaw do dopuszczenia dowodu z prywatnej opinii psychologicznej sporządzonej na zlecenie uczestniczki. Miał na względzie, że została ona wydana w oparciu o jednostronny przekaz matki małoletniej, bez zbadania faktycznych relacji dziecka z ojcem oraz bez możliwości przedstawienia przez wnioskodawcę swojego stanowiska. Podkreślił, że nie można wykluczyć, że deklarowanie przez małoletnią niechęci do ojca w obecności psychologa jest wynikiem przekazywania jej przez matkę jego negatywnego obrazu, przy jednoczesnym braku właściwych kontaktów z wnioskodawcą od prawie roku.

Sąd Apelacyjny uznał także za bezzasadne zarzuty apelacji kwestionujące ustalenia Sądu Okręgowego dotyczące jednorazowego charakteru agresji wnioskodawcy wobec E. R. i podzielił pogląd tego Sądu, że nie istnieją obiektywne

podstawy zgłaszanych przez uczestniczkę obaw odnośnie do powrotu z małoletnią do Włoch. Zwrócił uwagę, że na incydentalny charakter tego zdarzenia, niemający takiego przebiegu, jak to wynika z relacji uczestniczki, wskazuje niezgłoszenie go organom ścigania, samodzielny wyjazd do Polski i pozostawienie małoletniej pod opieką ojca, a następnie powrót do Włoch celem kontynuowania związku, bez informowania nawet bliskiej rodziny o zaistnieniu takiej sytuacji, a także niepodnoszenie argumentu o obawie powrotu z uwagi na zagrożenie ze strony wnioskodawcy w korespondencji z nim. Ponadto uczestniczka przyznała, że w czasie jej wyjazdu do Polski w styczniu 2019 r. dzieckiem opiekował się wnioskodawca, a zasady doświadczenia życiowego wskazują, że gdyby uznawała partnera za człowieka agresywnego i zagrażającego córce, to z pewnością nie pozostawiłaby jej pod jego opieką na okres tygodnia.

Uznał również za logiczne i szczegółowo wyjaśnione stanowisko Sądu Okręgowego wskazujące na nie zaistnienie w rzeczywistości aktu przemocy wnioskodawcy wobec uczestniczki mającego mieć miejsce na balkonie. Stwierdził, że do odmiennych wniosków nie prowadzi odbycie przez uczestniczkę spotkania w ambasadzie Rzeczypospolitej Polskiej w R., skoro z e-maila ambasady wynika jedynie, że uczestniczka opisała się jako ofiara przemocy, nie przytoczono jednak żadnych zdarzeń z tym związanych, a postępowanie dowodowe nie wykazało by istotnie miały one miejsce. W konsekwencji uznał, że niewiarygodne są zeznania uczestniczki, że jedynym powodem pozostania wraz z małoletnią w Polsce był lęk przed agresywnymi zachowaniami wnioskodawcy. Zwrócił uwagę, że gdyby istotnie tak było, to nie rozważałaby w ogóle możliwości powrotu do Włoch i nie jechałaby z dzieckiem na lotnisko - a jak sama przyznała - taki właśnie stan rzeczy miał miejsce.

W konsekwencji przyjął, że rzeczywistym powodem odmowy powrotu przez uczestniczkę z córką do Włoch jest brak woli kontynuowania związku konkubenckiego, co nie może być traktowane, jako obiektywna przyczyna uniemożliwiająca powrót. Wskazał, że postawa matki, będzie w tej sytuacji dla dziecka źródłem stresu, ale jako konsekwencja jedynie jej decyzji, a nie zagrożenia ze strony wnioskodawcy. Zwrócił uwagę, że uczestniczka nie musi zamieszkać po powrocie do Włoch wraz z wnioskodawcą i, co oczywiste, nie jest zobligowana do kontynuowania związku z nim. Zna język włoski co najmniej na poziomie

komunikatywnym, jest zatem w stanie podjąć prace na terenie Włoch i uzyskiwać środki na swoje utrzymanie. Działania te może ułatwić zapewnienie wnioskodawcy, że pomoże w znalezieniu mieszkania i pracy oraz będzie pokrywał połowę czynszu za wynajem mieszkania.

Obiektywną przeszkodą uniemożliwiającą powrót matki wraz z dzieckiem do Włoch nie mogą być także - zdaniem Sądu Apelacyjnego - postępowania prowadzone w związku z bezprawnym uprowadzeniem, ograniczaniem wnioskodawcy prawa do kontaktów i konfliktem byłych partnerów. Celem Konwencji haskiej jest bowiem przeciwstawienie się właśnie takim postawom, jakie zaprezentowała uczestniczka oraz przywrócenie stanu jaki istniał przed uprowadzeniem dziecka. Stwierdził, że cel postępowania zostanie osiągnięty, także wtedy, gdy matka powróci wraz z dzieckiem do Włoch, do czego nie ma obiektywnych przeszkód. Jeżeli przeszkody takiej uczestniczka upatruje w obawach o wynik prowadzonej we Włoszech sprawy karnej, oznacza to tylko, że swój interes stawia wyżej niż dobro dziecka na które się powołuje, a któremu sama zagroziła dokonując uprowadzenia, mimo że była informowana o niedopuszczalności takiego postępowania. Miał na względzie, że na rozprawie apelacyjnej wnioskodawca zapewnił, że w przypadku zapadnięcia prawomocnego orzeczenia nakazującego wydanie dziecka zobowiązuje się wycofać wszelkie zawiadomienia, które skutkowały wszczęciem postępowań wobec uczestniczki dotyczących uprowadzenia dziecka, a także pozbawienia jej władzy rodzicielskiej z uwagi na pozostanie z córką w Polsce bez jej zgody. Podtrzymał także swoją deklarację, że będzie pokrywał połowę kosztów wynajmu lokalu, w którym E. R. zamieszkałaby z małoletnią we Włoszech.

Sąd podkreślił, że jego kognicja jest wąska, nie obejmuje badania kompetencji wychowawczych rodziców, orzekania o władzy rodzicielskiej, o prawie do opieki, określania gdzie dziecko powinno mieć miejsce zamieszkania, o kontaktach, gdyż będzie o nich decydować dopiero sąd opiekuńczy właściwy dla zwykłego pobytu dziecka (art. 12 zd. 1 i 2 Konwencji haskiej oraz art. 8 zd. 1 w zw. z art. 10 i 11 ust. 6 - 8 rozporządzenia nr 2201/2003). Stwierdził, że nie ma żadnych podstaw, by podawać w wątpliwość niezawisłość sądów opiekuńczych Republiki

Włoskiej i zakładać, że ich przyszłe rozstrzygnięcia nie będą zgodne z najlepiej pojmowanym dobrem dziecka.

W konsekwencji Sąd Apelacyjny nie podzielił zgłoszonych w apelacjach zarzutów naruszenia prawa materialnego. Stwierdził, że Sąd Okręgowy nakazując powrót małoletniej do Włoch prawidłowo przyjął, że nie zachodzi poważne ryzyko zaistnienia sytuacji, o której mowa w art. 13 pkt b Konwencji haskiej. Z przyczyn wyżej podniesionych podzielił także stanowisko Sądu Okręgowego, że nie istnieją jakiegokolwiek obiektywne przeszkody uniemożliwiające uczestnicze powrót wraz z małoletnią do jej dotychczasowego miejsca pobytu.

Sąd Apelacyjny stwierdził także, że sytuacja finansowa stron i trudności ekonomiczne nie są przesłanką konwencyjną, a tym samym nie można na ich podstawie oddalić wniosku o nakazanie powrotu dziecka. Pogorszenie sytuacji materialnej nie powoduje także poważnego ryzyka powstania dla dziecka sytuacji niemożliwej do zniesienia. W szczególności trudności natury materialnej nie mogą być przyczyną odmowy powrotu wówczas, gdy mogą być usunięte przy udziale osoby domagającej się powrotu dziecka, bądź przy wsparciu organów opieki społecznej w państwie, do którego dziecko miałoby powrócić lub innych organów tego państwa.

Postanowienie Sądu Apelacyjnego zaskarżył skargą kasacyjną w całości Rzecznik Praw Dziecka, zarzucając naruszenie: art. 13 lit. b Konwencji haskiej w związku z art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (jedn. tekst: Dz.U. z 2020r., poz. 218, dalej - „u.p.p.r.” lub „ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie”) przez błędną wykładnię i uznanie, że jednorazowe naruszenie nietykalności cielesnej polegające na wielokrotnym uderzaniu małoletniej przewodem do gitary w pośladki oraz przytrzymywanie uczestniczki za szyję nie jest wystarczające do oddalenia wniosku o wydanie małoletniej, podczas gdy jednorazowe naruszenie nietykalności cielesnej jest przemocą w rozumieniu art. 2 pkt 2 u.p.p.r., a samo zagrożenie stosowania przemocą – zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka jest wystarczające do oddalenia wniosku; art. 13 lit. b Konwencji haskiej w związku z art. 3 ust. 1 i art. 27 Konwencji o prawach dziecka,

przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. 1991 r., nr 120, poz. 525 ze zm., dalej - „KPD”) oraz art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie, dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 ze zm., dalej - „EKPCz”) przez uznanie, że nie zachodzi poważne ryzyko powstania u małoletniej szkody psychicznej, podczas gdy we Włoszech toczą się z inicjatywy wnioskodawcy postępowania opiekuńcze o pozbawienie uczestniczki władzy rodzicielskiej oraz karne o uprowadzenie dziecka, gdzie jest to podstawa do pozbawienia władzy rodzicielskiej, co oznacza że powrót do Włoch małoletniej E. będzie się wiązał z rozstaniem z pierwszoplanowym opiekunem matką i przejęciem przez ojca pieczy nad dzieckiem, co będzie skutkowało postawieniem małoletniej w sytuacji co najmniej nie do zniesienia, a w dalszej kolejności powstaniem u niej szkody psychicznej; art. 13 lit. b Konwencji haskiej w zw. z art. 3 ust. 1 KPD i art. 8 EKPC przez błędną wykładnię i uznanie, że poważne ryzyko wystąpienia wymienionych w nim konsekwencji wiąże się z możliwością nadużyć lub zaniedbań w stosunku do dziecka ze strony wnioskodawcy ubiegającego się o jego wydanie, a nie stanowi go fakt braku możliwości utrzymania dziecka przez wnioskodawcę, w sytuacji gdy od momentu przeprowadzki do Włoch ojciec dziecka nie pracował, był na wyłącznym utrzymaniu swojej rodziny, nie partycypował w utrzymaniu małoletniej, co oznacza, że jej powrót do Włoch pod pieczę ojca będzie stanowić zagrożenie dla zapewnienia podstawowych potrzeb dziecka i zachodzi wysokie ryzyko powstania szkody psychicznej u małoletniej lub też zostanie ona postawiona w sytuacji nie do zniesienia; art. 3 i art. 27 KPD oraz art. 72 Konstytucji przez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż dobro małoletniej E. nie zostanie zagrożone w przypadku nakazania powrotu dziecka do Włoch, w sytuacji, gdy będzie się ono wiązało z przejęciem przez ojca pieczy nad małoletnią, co spowoduje naruszenie jej prawa do poziomu życia odpowiadającego jej rozwojowi fizycznemu, psychicznemu, duchowemu, moralnemu i społecznemu, poprzez pozbawienie pieczy pierwszoplanowego rodzica, narażenie dziecka na ryzyko stosowania przemocy ze strony ojca, jak i spowoduje brak możliwości zaspokojenia potrzeb materialnych dziecka przez ojca, co będzie stanowiło naruszenie naczelnej zasady dobra dziecka; art. 232 zd. 2 w zw. z art. 227 k.p.c. oraz art. 278 k.p.c. i 290

k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. w zw. z brzmieniem motywu preambuły Konwencji haskiej, które to uchybienie polegało na tym, że Sądy obu instancji, na których spoczywał obowiązek dbałości o interes małoletniej - nie przeprowadziły dowodu z opinii biegłych z OZSS, pomimo że było to konieczne celem uzyskania wiadomości specjalnych, dla kompleksowej i prawidłowej oceny, czy w przedmiotowej sprawie nie występują przesłanki ujemne do nakazania powrotu małoletniej E., określone w art. 13 lit. b Konwencji haskiej, w szczególności wobec podnoszenia, że wnioskodawca dopuszczał się stosowania przemocy fizycznej wobec dziecka, jak i jego matki, co miało istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż ograniczyło zebrany w niej materiał dowodowy, a tym samym spowodowało wydanie orzeczenia z naruszeniem praw dziecka, w tym w szczególności prawa do niezakłóconego rozwoju psychicznego i fizycznego.

Wskazując na powyższe zarzuty wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w (...).

Skargę kasacyjną poparła uczestniczka postępowania, a wnioskodawca i Prokurator w odpowiedzi na skargę wnieśli o jej oddalenie; wnioskodawca sformułował także wniosek o zasądzenie kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

W związku z konstrukcją podstaw skargi i argumentacją przywołaną na ich uzasadnienie, a także treścią odpowiedzi na skargę złożoną przez uczestniczkę - przypomnienia wymaga - że skarga kasacyjna jest instrumentem służącym do kontroli prawidłowości stosowania i wykładni prawa przez sąd drugiej instancji, a nie oceny prawidłowości poczynionych przez ten Sąd ustaleń faktycznych. Sąd Najwyższy w postępowaniu kasacyjnym jest związany podstawą faktyczną zaskarżonego orzeczenia, nie jest w nim dopuszczalne powoływanie nowych faktów i dowodów, a podstawą skargi nie mogą być zarzuty dotyczące ustalenia faktów lub oceny dowodów (art. 398¹³ § 2 i 398³ § 3 k.p.c.). Niedopuszczalne jest zatem wykazywanie przez skarżącego zasadności skargi na bazie hipotetycznej wersji stanu faktycznego, który - jego zdaniem - powinien być w sprawie ustalony, gdyby Sąd Apelacyjny ocenił zgromadzone w sprawie dowody w sposób przez

niego oczekiwany (por. m. in. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 października 1997 r., II CKN 359/97, niepubl. oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 1999 r., I CKN 1056/97, niepubl.). Przypomnienie to jest konieczne, ponieważ obraz, który wyłania się ze skargi kasacyjnej - na co zwrócili uwagę w odpowiedziach na skargę także Prokurator i wnioskodawca - nie znajduje żadnego potwierdzenia w podstawie faktycznej zaskarżonego rozstrzygnięcia.

Rzecznik Praw Dziecka zgłasza bowiem zarzuty skargi w sprawie, w której - wedle jej uzasadnienia - ojciec znęcał się nad matką i dzieckiem oraz wielokrotnie stosował wobec nich przemoc, uczestniczka wyjechała z małoletnią do Polski obawiając się o życie swoje i dziecka, wnioskodawca nigdy nie opiekował się samodzielnie córką, a matka pozostawiała ją wyłącznie pod opieką babci. Dodatkowo ojciec leczył się psychiatrycznie na bliżej nie wyjaśnione choroby, przeglądał strony internetowe epatujące przemocą, co wzbudzało jego agresję, stosował przemoc ekonomiczną wobec matki i dziecka oraz ze złej woli uchylał się od pokrywania kosztów utrzymania córki. Na tej skrajnie subiektywnej i nie potwierdzonej w dwuinstancyjnym postępowaniu relacji matki dziecka, która - co oczywiste - nie stanowi podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, skarżący buduje następnie zarzuty materialnoprawne skargi.

Nie zasługuje na podzielenie jedyny, skierowany przeciwko podstawie faktycznej rozstrzygnięcia, zarzut dotyczący odmowy przeprowadzenia przez Sąd Apelacyjny dowodu z opinii biegłych (OZSS). W sprawach z zakresu Konwencji haskiej zasadność przeprowadzenia takiego dowodu podlega zasadom ogólnym, jest on zatem konieczny wtedy, gdy do rozstrzygnięcia sprawy są konieczne wiadomości specjalne (art. 278 § 1 w związku z art. 13 § 2 k.p.c.). Dotyczy to jedynie sytuacji, gdy zagadnienie wymagające opinii biegłych wykracza poza zakres wiadomości i doświadczenia życiowego osoby nie posiadającej wiadomości specjalnych z określonej dziedziny. Ma to miejsce wówczas, gdy ustalenia dokonane przy pomocy innych środków dowodowych wskazują na zaburzenia relacji rodzinnej z udziałem dziecka, nadto mają taki charakter i stopień nasilenia, że nieodzowne jest zbadanie, z wykorzystaniem wiadomości specjalnych, czy mogą one skutkować poważnym ryzykiem w rozumieniu art. 13 lit. b Konwencji haskiej (por. m.in. wyroki ETPC z dnia 26 listopada 2013 r., nr. 27853/09,

X przeciwko Łotwie oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 1998 r., I CKN 745/98, niepubl.). Dowód ten należy jednak traktować jako subsydiarny, a korzystanie z niego nie powinno polegać na przerzucaniu na biegłych ciężaru należącej do sądu decyzji, czy zaistniały przesłanki odmowy wydania dziecka na podstawie art. 13 pkt b Konwencji haskiej i wykraczać poza ramy niedającej się uniknąć konieczności (por. m.in. wyroki ETPC z dnia 21 lipca 2006 r., nr 7198/04, Iosub Caras przeciwko Rumunii, z dnia 21 lipca 2015 r., nr 63777/09, R.S. przeciwko Polsce, i z dnia 19 lipca 2016 r., GN przeciwko Polsce, nr 2171/14 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2020 r., I CSK 183/20, niepubl.). Ustawodawca wprowadził wprawdzie, począwszy od dnia 27 sierpnia 2018 r., zasadę, że opinia OZSS w sprawach z zakresu Konwencji haskiej powinna być wydana niezwłocznie (art. 3 a ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o opiniodawczych zespołach sądowych specjalistów - jedn. tekst: Dz.U. z 2018 r., poz. 708), nie zmienia to jednak oceny, że dowód ten powinien być przeprowadzany w sprawach, w których jest to rzeczywiście niezbędne. Długotrwałość postępowania może bowiem pogłębiać krzywdę dziecka spowodowaną jego zabraniem oraz poddawać w wątpliwość sens zarządzania jego powrotu, skoro opóźniony powrót może doprowadzić do kolejnego, wtórnego jego pokrzywdzenia.

W skardze kasacyjnej skarżący nie przywołał przekonujących argumentów, które precyzowałyby, jakie konkretne ustalenia i z jakich przyczyn mogły być dokonane wyłącznie przy wykorzystaniu wiadomości specjalnych i specjalistycznych badań, co czyniłoby nieodzownym przeprowadzenie dowodu z opinii OZSS. Sąd Apelacyjny ustalił stan zdrowia psychicznego wnioskodawcy na podstawie przedstawionego przez niego aktualnego zaświadczenia lekarskiego, uwzględnił fakt jednorazowego uderzenia dziecka, jego normalne relacje z ojcem w toku mediacji, mimo prawie półrocznego braku osobistych kontaktów, oraz warunki, w których małoletnia wychowywała się przebywając na terenie Włoch i jakie będzie miała zapewnione po powrocie do miejsca stałego pobytu (dokumentacja fotograficzna i video ilustrująca życie dziecka w R. oraz spotkanie z ojcem w czasie mediacji X-XI 2019 r. k. 364).

Zastępowanie Sądów *meriti* i czynienie ustaleń faktycznych, czy wnioskodawca stosował przemoc wobec uczestniczki i dziecka nie jest rolą biegłych. Nie sposób również przyjąć, że biegli powinni w okolicznościach sprawy wypowiedzieć się w kwestii tego, czy powrót małoletniej do Włoch - przy założeniu rozdzielenia jej z matką i bez osobistego kontaktu z nią - nie będzie skutkować poważnym ryzykiem powstania sytuacji, o której mowa w art. 13 pkt b Konwencji haskiej. Zaakceptować należy stanowisko Sądu Apelacyjnego, że, zważywszy na wiek małoletniej, okoliczność, iż od maja 2019 r. na skutek jednostronnej decyzji matki przebywa wyłącznie pod jej opieką i nie ma - poza jednorazowym spotkaniem w trakcie mediacji - osobistego kontaktu z ojcem, jej powrót do Włoch bez matki byłby sprzeczny z jej dobrem, a dopuszczenie dowodu z opinii OZSS co do stwierdzenia takiego stanu rzeczy nie jest konieczne. Rzecz jednak w tym, że obowiązek zapewnienia powrotu dziecka do miejsca zwykłego pobytu nie oznacza, że rodzic uprowadzający dziecko nie może wrócić wraz z nim, a jeżeli ma na względzie dobro dziecka to powinien to uczynić. Nie jest także zrozumiałe, z jakich przyczyn skarżący zakłada, że matka nie tylko nie wróci z dzieckiem do Włoch, ale dodatkowo zerwie z nim wszelką więź emocjonalną, nie podtrzymując z nim - w dobie rozwiniętej komunikacji elektronicznej - kontaktu w żadnej formie. Trudna sytuacja, w której postawione zostanie dziecko na skutek rozstania z matką - o ile nie wykona ona orzeczenia Sądu w sposób optymalny z perspektywy dobra dziecka - będzie zatem tylko skutkiem decyzji uczestniczki, a nie zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 13 lit. b Konwencji haskiej, a opinia biegłych nie zmieni tego stanu rzeczy. Nie mogłaby ona dotyczyć również zagadnień związanych z kompetencjami wychowawczymi rodziców ewentualnie kontaktów małoletniej z nimi, skoro wykracza to poza przedmiot postępowania prowadzonego na podstawie Konwencji haskiej i jest czynione przy założeniu, że małoletnia zostanie oddana pod wyłączną opiekę ojca lub będzie zamieszkiwać z ojcem, podczas gdy ocena w tym przedmiocie należy do kognicji sądu orzekającego w przedmiocie pieczy i kontaktów z dzieckiem.

Zasadniczym celem Konwencji haskiej jest ochrona dzieci przed szkodliwymi skutkami wynikającymi z bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania. Jest on realizowany przez zapewnienie poszanowania praw do opieki i kontaktów

z dzieckiem, przyznanych prawem jednego z umawiających się państw, oraz zapewnienie niezwłocznego powrotu dzieci uprowadzonych lub zatrzymanych w sposób bezprawny, to jest z naruszeniem prawa do opieki przysługującego rodzicom lub rodzicowi dziecka albo innej osobie (art. 1 Konwencji haskiej), zgodnie z prawem państwa, w którym dziecko miało stały (zwykły) pobyt bezpośrednio przed uprowadzeniem lub zatrzymaniem (art. 3 Konwencji haskiej).

U podstaw tego dążenia stoi założenie, że ofiarą bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania jest przede wszystkim dziecko, w którego najlepszym interesie jest przeciwdziałanie takim czynom i zapewnienie szybkiego powrotu dziecka do państwa jego stałego pobytu, którego sądy są najlepiej predestynowane do tego, by rozstrzygać o pieczy nad dzieckiem i kontaktach z nim. Zapewnienie niezwłocznego powrotu dziecka służy jego reintegracji w miejscu stałego pobytu i zapewnieniu ciągłych oraz pełnych relacji z obojgiem rodziców. Zapobiega także uzyskaniu przez sprawcę bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dziecka korzystnego dla niego *forum* do orzekania o dalszych losach dziecka przez tworzenie faktów dokonanych (por. m.in. wyroki TSUE z dnia 23 grudnia 2009 r., C-409 PPU, *Jasna Detiček przeciwko Maurizio Sguegli*, i z dnia 19 września 2018 r., C-325 PPU, *Hampshire County Council przeciwko C.E. i N.E.*).

Przepisy Konwencji haskiej nie mogą być wykorzystywane do rozstrzygania sporu o opiekę nad dzieckiem. Orzeczenie nakazujące powrót dziecka nie rozstrzyga o sposobie sprawowania pieczy, miejscu przyszłego pobytu i o kontaktach rodziców z dzieckiem. Nie ma ono także znaczenia prejudycjalnego ani innej prawnej doniosłości w postępowaniu dotyczącym tego zagadnienia. Służy wyłącznie przywróceniu stanu poprzedniego, a rozstrzygnięcie w przedmiocie pieczy winno nastąpić, po jego powrocie, w państwie stałego pobytu dziecka (por. m.in. wyroki ETPC z dnia 6 grudnia 2007 r., nr 39388/05, *Maumousseau i Washington przeciwko Francji*, z dnia 1 marca 2016 r., nr 30813/14, *K.J. przeciwko Polsce*, uchwała Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 2017 r., III CZP 78/17, OSNC 2018, nr 5, poz. 51 oraz postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 1998 r., I CKN 921/97, niepubl., z dnia 1 grudnia 1999 r., I CKN 992/99, OSNC 2000, nr 6, poz. 111, z dnia 20 października 2010 r., III CZP 72/10, OSNC 2011, nr 5, poz. 60, i z dnia 24 sierpnia 2011 r., IV CSK 566/10, niepubl.)

Obowiązek nakazania powrotu dziecka zgodnie z art. 12 ust. 1 Konwencji haskiej jest zasadą, która może być przełamana w razie wystąpienia wyjątków uzasadniających odmowę zwrotu dziecka ze względu na jego dobro (art. 12, art. 13 i art. 20 Konwencji haskiej). Powinny być one interpretowane wąsko, ponieważ odmienna wykładnia zagrażałaby unicestwieniem celów Konwencji. Nie jest zatem rzeczą sądu rozstrzygającego wniosek o wydanie dziecka badanie, czy sytuacja będzie kształtować się korzystniej, gdy pozostanie ono z uprowadzającym rodzicem, czy też gdy wróci do kraju, skąd zostało uprowadzone (por. wyroki ETPC z dnia 6 grudnia 2007 r., *Maumousseau i Washington przeciwko Francji*, nr 39388/05, z dnia 26 listopada 2013 r., *X przeciwko Łotwie*, nr 27853/09, z dnia 1 marca 2016 r., nr 30813/14, *K.J. przeciwko Polsce*, z dnia 19 lipca 2016 r., *GN przeciwko Polsce*, nr 2171/14 oraz postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 2000 r., V CKN 1747/00, Prok. i Pr. 2001, nr 5, str. 34, z dnia 1 grudnia 1999 r., I CKN 992/99, OSNC 2000, nr 6, poz. 111, i z dnia 7 października 1998 r., I CKN 745/98).

W dominującym nurcie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, zaznacza się konsekwentnie, że art. 13 lit. b Konwencji haskiej, odczytywany w zgodzie z art. 8 EKPCz, obejmuje jedynie takie sytuacje, które wykraczają poza to, co zgodnie z oczekiwaniami dziecko może znieść; nie dotyczy on natomiast tych wszystkich uciążliwości, które koniecznie łączą się z doświadczeniem powrotu do państwa stałego pobytu (por. m.in. wyroki ETPC z dnia 6 grudnia 2007 r., *Maumousseau i Washington przeciwko Francji*, nr 39388/05, z dnia 26 listopada 2013 r., *X przeciwko Łotwie* i z dnia 18 czerwca 2019 r., nr 15122/17, *Vladimir Ushakov przeciwko Rosji*). Taki sam standard wypracowano w orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmując, że odmowę nakazania powrotu dziecka uzasadnia tylko taka szkoda fizyczna lub psychiczna, która stawia dziecko w sytuacji nie do zniesienia, przy czym ryzyko takiej szkody, podobnie jak ryzyko powstania innej sytuacji, która byłaby dla dziecka nie do zniesienia, musi być realne i poważne. Niewystarczające są natomiast wszelkie inne uciążliwości i niedogodności związane z nieuniknioną niepewnością i lękiem, które następują po niechcianym powrocie na obszar jurysdykcji sądu stałego miejsca pobytu dziecka (por. m.in. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 1999 r., I CKN 992/99, z dnia 26 września 2000 r., I CKN 776/00, OSNC 2001, nr 3,

poz. 38, z dnia 1 grudnia 2000 r., V CKN 1747/00, niepubl., i z dnia 17 grudnia 2020 r., I CSK 183/20, niepubl.).

Sąd Apelacyjny, opierając się na zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym, rozważył zasadność wniosku w aspekcie ewentualnej szkody fizycznej lub psychicznej, a także w aspekcie poważnego ryzyka wystąpienia innej sytuacji, która byłaby dla dziecka nie do zniesienia. Nie naruszył art. 13 lit. b Konwencji haskiej w zw. z art. 2 pkt 2 u.p.p.r. przyjmując, że jednorazowe naruszenie nietykalności cielesnej dziecka polegające na uderzeniu przewodem do gitary w pośladki oraz jednokrotne przytrzymanie uczestniczki za szyję, formalnie wchodzące w zakres definicji, o której mowa w art. 2 pkt 2 u.p.p.r., nie jest sytuacją uzasadniającą przyjęcie, że zrealizowane zostały przesłanki z art. 13 lit. b Konwencji haskiej.

Po pierwsze, nie znajduje oparcia w podstawie faktycznej rozstrzygnięcia argumentacja że wnioskodawca miał stosować przemoc względem dziecka, polegającą na „wielokrotnym uderzaniu przewodem do gitary w pośladki”. W sprawie ustalono bowiem, że przez okres czterech lat życia dziecka miało miejsce jedno niewłaściwe zachowanie ojca względem niego, polegające na jednokrotnym uderzeniu przewodem do gitary elektrycznej, którą dziecko potrafiło biegając. Był to incydent, do którego uczestniczka nie przywiązywała wagi, nie mający wpływu na relacje wnioskodawcy z małoletnią, co doskonale uwidocznili nagranie z ich spotkania w czasie mediacji. Z poczynionych w sprawie ustaleń nie wynika także, by uczestniczka miała uzasadnione podstawy „obawiać się o swoje życie, jak i o życie córki”, gdyż „wnioskodawca leczył się psychiatrycznie” i nie można wykluczyć, że cierpi na schizofrenię, a także że jego zachowanie pozostawało w jakimkolwiek związku z przeglądanyymi stronami internetowymi, wzbudzającymi agresję i propagującymi przemoc czy z rzekomą fascynacją faszyzmem. Nie ustalono również, by wnioskodawca „znęcał się” nad uczestniczką i dzieckiem, co miało być przyczyną podjęcia decyzji o powrocie do Polski wraz z córką. Ustalono natomiast, że między rodzicami małoletniej dochodziło do konfliktów na tle rozpadu ich związku, jednorazowego uderzenia małoletniej, oraz jednorazowej przemocy wobec matki w postaci przytrzymania jej za szyję w czasie kłótni. Ustalono także, że wnioskodawca cierpiał na depresję

i leczył się z tego powodu już w czasie pobytu w Polsce, czego uczestniczka była świadoma i co nie stało na przeszkodzie podjęciu przez partnerów wspólnej decyzji o przeniesieniu centrum życiowego rodziny do Rzymu.

Po wtóre, pojęcia, którymi posługuje się Konwencja haska, nie opierają się na jednym systemie prawnym, nie korelują zatem z żadnymi konkretnymi pojęciami w prawie krajowym. Podlegają zatem wykładni autonomicznej i nie mogą być wiążąco wypełniane treścią przez definicje funkcjonujące w ustawodawstwie krajowym tworzonym na inne potrzeby. Ustalenie znaczenia poszczególnych pojęć Konwencji, w tym pojęcia „poważnego ryzyka szkody fizycznej”, musi zatem uwzględniać autonomiczną naturę oraz cele Konwencji, do których należą ochrona dziecka na płaszczyźnie międzynarodowej przed szkodliwymi skutkami jego uprowadzenia lub zatrzymania oraz zapewnienie jego bezzwłocznego powrotu do państwa jego stałego pobytu (por. m.in. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 1999r., I CKN 992/99, OSNC 2000, nr 6, poz. 11).

Sąd Apelacyjny prawidłowo przyjął, że w okolicznościach sprawy jedno niewłaściwe zachowanie ojca wobec dziecka nie miało żadnego wpływu na jego prawidłowe relacje z córką i nie rodziło żadnych realnych zagrożeń z jego strony, a tym bardziej wysokiego ryzyka stosowania przemocy fizycznej. Dowodziło tego wprost postępowanie uczestniczki, która zostawiała dziecko pod jego opieką zarówno wychodząc do pracy, jak i w trakcie wyjazdów do rodziny w Polsce, a także zachowanie dziecka, które w czasie spotkania z ojcem - mającego miejsce w toku postępowania pierwszoinstancyjnego - po ponad pięciomiesięcznym braku osobistych z nim kontaktów, miało zachowany normalny, serdeczny kontakt. Nie można zatem identyfikować takiego stanu faktycznego z systematycznym dyscyplinowaniem dziecka za pomocą kar cielesnych przez wnioskującego o jego wydanie rodzica, co istotnie tworzyłoby zagrożenie takiego postępowania w przyszłości i mogłoby wykraczać poza to, co dziecko może racjonalnie znieść, skoro miałoby być odesłane do otoczenia, gdzie będzie narażone na poważne ryzyko przemocy domowej (por. wyrok ETPC z dnia 21 maja 2019 r., nr 49450/17, O.C.I and Others przeciwko Rumunii).

Również jednokrotne przemocowe zachowanie wobec uczestniczki polegające na przytrzymaniu jej za szyję w czasie kłótni, nie tworzyło sytuacji, w której jej powrót do Włoch jest obiektywnie niemożliwy, zwłaszcza, że nie może być on identyfikowany z kontynuowaniem związku konkubenckiego, czy wspólnym zamieszkaniem. Dostrzeżenia wymaga, że wnioskodawca - w związku z napiętą sytuacją zaistniałą w relacji z E. R. - opuszczał lokal, w którym zamieszkiwał po jej powrocie z pracy, co oznacza, że nie było jego zamiarem eskalowanie dalszych konfliktowych sytuacji, a raczej ich unikanie. Trafnie również Sądy *meriti* wskazywały, że uczestniczka nie upatrywała żadnego zagrożenia w osobie wnioskodawcy ani dla siebie ani dla dziecka, skoro proponowała realizację kontaktów właśnie w miejscu swojego zamieszkania w Polsce, czego unikał wnioskodawca, obawiając się próby instrumentalnego ich wykorzystania na potrzeby prowadzonego postępowania.

Sąd Apelacyjny ustalił, w oparciu o zaświadczenie lekarskie, że D. F. cierpiał na depresję, co wymagało doraźnego leczenia farmakologicznego. Nie do zaaprobowania jest zatem próba kwestionowania tych ustaleń w postępowaniu kasacyjnym w oparciu o relację uczestniczki, której Sąd nie dał wiary i wywodzenie, że dolegliwości psychiczne wnioskodawcy mają dużo większe natężenie i powinny być łączone z ryzykiem przemocy fizycznej i psychicznej wobec małoletniej, a zaświadczenie lekarskie jest niewiarygodne. Dolegliwości depresyjne wnioskodawcy nie stały na przeszkodzie funkcjonowaniu związku, wspólnemu wychowywaniu dziecka, a także podjęciu decyzji o zmianie centrum życiowego rodziny na Włochy, co wskazuje, że nie były przez E. R. postrzegane, jako zagrożenie.

Co do zasady poważne ryzyko szkody psychicznej lub innej sytuacji nie do zniesienia dla dziecka w rozumieniu art. 13 lit. b Konwencji haskiej, nie może powstać wyłącznie z powodu rozłąki z rodzicem, który jest odpowiedzialny za bezprawne uprowadzenie dziecka, a separacja taka, jakkolwiek trudna dla dziecka, nie spełnia automatycznie kryterium poważnego ryzyka i nie uzasadnia odmowy nakazania powrotu dziecka. Byłoby ono bowiem wówczas uzależnione od jednostronnej decyzji uprowadzającego rodzica, czy zechce powrócić z dzieckiem, co prowadziłoby do podważenia celów Konwencji haskiej, które nie pozwalają na to,

by jedno z rodziców lub osoba trzecia wykorzystywała wykreowaną przez siebie bezprawnie sytuację jako argument przemawiający za tym, że powrót będzie dla dziecka nie do zniesienia (por. m.in. wyroki ETPC z dnia 26 listopada 2013 r., X przeciwko Łotwie i z dnia 19 lipca 2016 r., G.N. przeciwko Polsce oraz postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 2009 r., I CKN 992/99 i z dnia 26 września 2000 r., I CKN 776/00).

Postanowienia Konwencji haskiej nie dają podstawy do zobowiązania rodzica, który uprowadził lub bezprawnie zatrzymał dziecko, do powrotu z nim. Nie można zatem wykluczyć sytuacji, w których rozłączenie dziecka z rodzicem, pod którego faktyczną opieką dziecko się znajduje - mimo nagannej postawy tego rodzica - będzie dla dziecka bardziej szkodliwe, niż rozdzielenie z rodzicem, który domaga się powrotu. Celem prowadzonego postępowania jest bowiem dobro dziecka w ujęciu, jakie ma na względzie Konwencja haska, a nie dążenie do napiętnowania określonych zachowań jego rodziców.

Uczestniczka upatrywała krzywdy dziecka - w przypadku wydania orzeczenia powrotowego - przede wszystkim w rozstaniu z nią i przejęciu przez wnioskodawcę i jego rodzinę pieczy nad córką (k. 390). Powołanie się przez stronę sprzeciwiającą się powrotowi dziecka na tę okoliczność wymaga m.in. oceny, czy w okolicznościach sprawy od rodzica uprowadzającego lub bezprawnie zatrzymującego można obiektywnie i rozsądnie oczekiwać powrotu z dzieckiem do państwa, w którym miało ono stały pobyt, przy czym jeżeli odpowiedź na to pytanie jest twierdząca, odstąpienie od obowiązku nakazania powrotu jest nieuzasadnione, chyba że w okolicznościach konkretnego przypadku wymuszałaby je nadzwyczajna sytuacja dziecka. Jeżeli wspólny powrót sprawcy z dzieckiem nie napotyka obiektywnych przeszkód, a sprawca nie chce z nim wrócić, można przyjąć, że stawia swoje interesy wyżej niż dobro dziecka na które się powołuje, a któremu przede wszystkim dokonując jego uprowadzenia sam zagroził.

Odstępstwa od obowiązku nakazania powrotu dziecka określone w art. 13 lit. b Konwencji haskiej zakładają istnienie poważnych ryzyk dotyczących dziecka, nie zaś ryzyk lub uciążliwości po stronie postępującego bezprawnie rodzica. Nakazanie powrotu dziecka nie jest tożsame ze stwierdzeniem, że drugi z rodziców

stanie się wyłącznym lub pierwszoplanowym opiekunem dziecka. Obiektywne przyczyny utrudniające lub stojące na przeszkodzie powrotowi rodzica z dzieckiem, nawet jeśli istnieją, mogą mieć zatem znaczenie o tyle, o ile mogą one wywoływać ryzyko dla dziecka, przy czym ryzyko to musi być poważne i implikować stan, który byłby dla niego nie do zniesienia (por. wyroki ETPC z dnia 1 marca 2016 r., K.J. przeciwko Polsce, nr 30813/14).

Uczestniczka nie wykazała, by powrót z dzieckiem był dla niej z obiektywnych przyczyn niemożliwy. W świetle dokonanych ustaleń zamieszkiwała we Włoszech przez dwa lata, zna język włoski w stopniu komunikatywnym, pracowała w sklepie uzyskując dochody pozwalające na swoje utrzymanie i partycypowanie w połowie kosztów utrzymania dziecka. Braku woli kontynuowania związku z uczestnikiem nie można uznać za obiektywne przyczyny wykluczające powrót z dzieckiem. Materiał sprawy nie wskazywał przeszkód do podjęcia przez uczestniczkę we Włoszech pracy, odpowiadającej charakterem dotychczas tam wykonywanej. Ponadto, E. R. uzyskuje dochód z najmu dwóch mieszkań w Polsce - co jak trafnie podkreśliły Sądy *meriti* - stabilizuje jej sytuację materialną. Nie zasługuje zatem na podzielenie stanowisko skarżącego Rzecznika, że uczestniczka jest w stanie zapewnić samodzielnie byt małoletniej w Polsce, czego nie byłaby w stanie uczynić we Włoszech.

Obiektywnej przeszkody wykluczającej powrót uczestniczki wraz z dzieckiem do Polski nie mogą także stanowić prowadzone we Włoszech postępowania karne o uprowadzenie dziecka oraz opiekuńcze o pozbawienie E. R. władzy rodzicielskiej nad córką, zwłaszcza, że zakres sankcji karnych oczekujących na uczestniczkę po powrocie - o ile takie w ogóle będą - nie został skonkretyzowany. Takie ujęcie problemu spowodowałoby bowiem sparaliżowanie wykonywania Konwencji haskiej w obrocie z wszystkimi krajami, które wprowadziły penalizację uprowadzeń rodzicielskich. Uczestniczka ponadto świadomie naruszyła obowiązujące w tym przedmiocie normy, mając wiedzę z dwóch niezależnych źródeł co do niedopuszczalności takiego postępowania, a zatem skutków, na jakie naraża siebie i dziecko. Jednocześnie z podstawy faktycznej rozstrzygnięcia nie wynika, by w tych postępowaniach zapadły jakiegokolwiek rozstrzygnięcia, a grożące uczestniczcze sankcje przybrały postać uniemożliwiającą jej - w razie powrotu do Włoch -

sprawowanie pieczy nad dzieckiem lub osobistą z nim styczność. Nie ma żadnych podstaw do stawiania hipotez co do wyniku tych postępowań i uznawania, że przyjęte w nich rozstrzygnięcia przyjmą kształt zakładany przez skarżącego, a sąd opiekuńczy pozbawi matkę władzy rodzicielskiej lub powierzy pieczę nad dzieckiem ojcu. Nie można również utożsamiać władzy rodzicielskiej z kontaktem z dzieckiem, skoro są to dwa odrębne zagadnienia. Nie do zaakceptowania jest również identyfikowanie dążenia uczestniczki do uniknięcia odpowiedzialności karnej i jej obaw o wynik postępowania przed sądem opiekuńczym stałego pobytu dziecka z obiektywną przyczyną uniemożliwiającą jej powrót wraz z dzieckiem do Włoch (por. m.in. wyroki ETPC z dnia 19 lipca 2016 r., G.N. przeciwko Polsce, nr 2171/14, z dnia 6 grudnia 2007 r., Maumousseau i Washington przeciwko Francji, z dnia 15 maja 2003 r., nr 4783/03, Paradis i in. przeciwko Niemcom).

Niezależnie od powyższego zaznaczenia wymaga, że art. 574 - bis ust. 1 i 2 włoskiego kodeksu karnego istotnie przewiduje odpowiedzialność karłą za uprowadzenie i przetrzymywanie dzieci za granicą (*Sottrazione e trattenimento di minore all'estero*). Artykuł 574-bis ust. 3 stanowi natomiast, że jeżeli czyny, o których mowa w art. 574-bis ust. 1 i 2 zostały popełnione przez rodzica na szkodę małoletniego dziecka, skazanie pociąga za sobą zawieszenie wykonywania władzy rodzicielskiej.

Skarżący powołując się na obligatoryjne zawieszenie władzy rodzicielskiej przewidziane w art. 574-bis ust. 3 włoskiego kodeksu karnego w przypadku prawomocnego skazania uczestniczki za przestępstwo z art. 574-bis ust. 1 pomija, że wyrokiem z dnia 29 maja 2020 r. włoski Trybunał Konstytucyjny stwierdził niezgodność z konstytucją art. 574-bis ust. 3 w części, w której przewiduje, że orzeczenie wobec rodzica kary za przestępstwo uprowadzenia i zatrzymania dziecka za granicą na szkodę małoletniego dziecka pociąga za sobą automatyczne zawieszenie wykonywania władzy rodzicielskiej, zamiast przyznania sędziemu możliwości wydania postanowienia o zawieszeniu wykonywania tej władzy z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy, w tym przede wszystkim dobra dziecka (Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana, parte prima, Roma - Mercoledì, 3 giugno 2020, numero 23). Oznacza to, że nawet w przypadku prawomocnego skazania E. R. za przestępstwo stypizowane w art. 574-bis ust. 1

włoskiego kodeksu karnego - o ile taki stan rzeczy kiedykolwiek nastąpi - kwestia zawieszenia wykonywania władzy rodzicielskiej z tej przyczyny, będzie dopiero przedmiotem oceny właściwego sądu w zależności od konkretnych okoliczności sprawy.

Jest zrozumiałe, że uczestniczka po zakończeniu związku z wnioskodawcą może nie chcieć kontynuować dotychczasowego życia we Włoszech; może także oczekiwać lepszych perspektyw oraz czuć się stabilnie i bezpiecznie w Polsce. Jeżeli jednak decyzja o zmianie miejsca zamieszkania miałaby wpływać również na zmianę miejsca stałego pobytu dziecka, to nie może być ona podejmowana w sposób jednostronny, ponieważ dziecko ma dwoje rodziców, których prawa do opieki muszą być respektowane, chyba że nie służy to interesowi dziecka. Obiektywnie ujmowany najlepszy interes dziecka nie może, w związku z tym, być identyfikowany z indywidualnym interesem jego matki lub ojca. Pozostaje to w pełni zgodne z prawem dziecka do utrzymywania stałego, osobistego związku i bezpośredniego kontaktu z obojgiem rodziców, za wyjątkiem sprzeczności z jego interesami (art. 24 ust. 3 KPP) oraz do tego, aby nie było ono oddzielane od rodziców wbrew ich woli (art. 9 ust. 1 KPD) (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2020 r., I CSK 183/20).

Uczestniczka pozostając w maju 2019 r. w Polsce z dzieckiem podjęła decyzję, którą uznawała za dogodną z perspektywy swoich interesów, z uwagi na postępujący rozpad jej związku z wnioskodawcą. Dokonała w ten sposób pierwotnej, bezprawnej ingerencji w prawo małoletniej do poszanowania jej życia rodzinnego. Potraktowała córkę będącą w fazie najszybszego rozwoju emocjonalnego, fizycznego i poznawczego (3-5 lat) przedmiotowo, „wrywając” ją z dotychczasowego środowiska, w którym funkcjonowała od dwóch lat i w którym się zaaklimatyzowała. Nie bacząc, jakie są konsekwencje takich działań w życiu osoby o nieuksztalowanej jeszcze konstrukcji emocjonalnej (utrata naturalnego środowiska, poczucia bezpieczeństwa, trudności emocjonalne, społeczne) usiłowała ponadto - jak ustaliły Sądy - instrumentalnie uzasadniać swe postępowanie *ex post* przyczynami leżącymi po stronie D. F.. Pozbawiła także ojca możliwości utrzymywania regularnych kontaktów z dzieckiem, oraz wpływu na jego wychowanie, kształcenie i warunki bytowe.

Nie stanowiło niedopuszczalnego zawężenia zakresu oceny w kontekście art. 13 lit. b Konwencji haskiej stanowisko Sądu Apelacyjnego, że konflikt między rodzicami na tle rozpadu ich związku i zarzucane przez uczestniczkę braki w kompetencjach wychowawczych po stronie ojca powinny stanowić przedmiot rozważań w postępowaniu dotyczącym władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem. Podnoszenie, że małoletnia przypadkowo doznała poparzenia herbatą, gdy przebywała pod opieką wnioskodawcy, w żadnym wypadku nie stanowi podstawy do odmowy wydania dziecka, bowiem sytuacje takie zdarzają się nawet najbardziej opiekuńczym rodzicom. Jak się wydaje takie też stanowisko wcześniej prezentowała uczestniczka, skoro wielokrotnie pozostawiała córkę pod opieką ojca, a nawet zdecydowała o przeniesieniu jej centrum życiowego do Rzymu, mając wiedzę w jaki sposób wnioskodawca funkcjonuje w związku oraz jakim jest rodzicem. Wątpliwość co do tego, czy wnioskodawca posiada predyspozycje, żeby stać się pierwszoplanowym opiekunem dziecka, nie mogła rzutować na zasadność wniosku i powinna być rozstrzygnięta przez właściwy sąd opiekuńczy. Postępowanie prowadzone w ramach badania przesłanek z art. 13 lit. b Konwencji haskiej nie może prowadzić - do czego zmierza skarżący Rzecznik - do przekształcenia sprawy o wydanie dziecka w postępowanie opiekuńcze.

Sposób funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości w Republice Włoskiej, nie daje powodu, by kwestionować, że do rozstrzygnięć dotyczących osoby dziecka dojdzie niezwłocznie, z poszanowaniem praw jego i innych uczestników postępowania. Nie ma również podstaw do uznania, że w Republice Włoskiej - będącej członkiem Unii Europejskiej - nie obowiązują wysokie standardy w zakresie ochrony praw człowieka i podstawowych wolności, a sąd ten nie podejmie - również w trybie zabezpieczenia - odpowiednich środków celem ochrony dziecka. Skarżący takich zarzutów nie przedstawił. Nie zaistniały także inne okoliczności, które w tym kontekście mogłyby być rozważane w świetle standardów formułowanych na tle art. 8 EKPCz, takich jak niemożność obrony przez uczestniczkę swoich praw lub interesów dziecka w wyżej wymienionych postępowaniach, prawna niemożność powrotu na terytorium Włoch lub istnienie obiektywnych podstaw to uniemożliwiających (por. wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 1

marca 2016 r., nr 30813/14, K.J. przeciwko Polsce i z dnia 19 lipca 2016 r., nr 2171/14, G.N. przeciwko Polsce).

Sąd Apelacyjny dysponował, w dacie orzekania, informacjami wystarczającymi dla określenia, czy istniało poważne ryzyko w rozumieniu art. 13 lit. b Konwencji haskiej. Przede wszystkim w toku postępowania nie wykazano - z przyczyn wyżej szczegółowo przytoczonych - by dziecko, przed uprowadzeniem, doznawało w miejscu stałego pobytu rzeczywistej szkody a Sądy *meriti* wersję prezentowaną przez uczestniczkę uznały za wyolbrzymioną i niewiarygodną. Nie ma zatem podstaw do przyjęcia, że małoletnią po powrocie do Włoch spotka krzywda, skoro warunki, które ma tam zapewnione, oboje rodzice uważali uprzednio za bardziej optymalne dla jej rozwoju. Wnioskodawca niezwłocznie złożył wniosek o wydanie orzeczenia powrotowego, uczestniczył we wszystkich rozprawach oraz w mediacji i zamierza przejąć pieczę nad córką, jeżeli uczestniczka podtrzyma swoją deklarację o odmowie powrotu do Włoch. Dla dziecka powrót bez matki - o ile zdecyduje się ona na takie rozwiązanie - będzie trudny, ale nie będzie to sytuacja nie do zniesienia, skoro powróci ono do tych warunków, w których już poprzednio, bez żadnych komplikacji funkcjonowało. Zauważenia wymaga, że E. R. nie była jedynym opiekunem córki, gdyż wnioskodawca współuczestniczył w tej opiece, a oboje rodzice korzystali ze wsparcia jego rodziny, które może nadal być kontynuowane po wykonaniu orzeczenia. Ojciec miał prawidłowe relacje ze swoją jedyną córką, a jeżeli uległy one osłabieniu, to jest to skutek uprowadzenia dziecka, braku z nim bieżących kontaktów oraz niezdolności rodziców do kompromisu i koncentrowaniu się na własnych problemach związanych z rozpadem związku, bez dostrzeżenia dziecka i jego potrzeb.

W toku postępowania przed Sądem Okręgowym (k. 386) i Apelacyjnym (k. 629 verte) wnioskodawca złożył zapewnienia dotyczące pomocy dla uczestniczki po powrocie z dzieckiem do Włoch w postaci poszukania dla niej pracy, mieszkania do wynajęcia, pokrywania połowy czynszu, a także cofnięcia – w granicach swoich uprawnień - żądań dotyczących ukarania E. R. za uprowadzenie dziecka i pozbawienia jej władzy rodzicielskiej po wydaniu prawomocnego orzeczenia nakazującego powrót dziecka do Włoch. Kwestia czy

wnioskodawca zadośćuczynił tym zapewnieniom, nie może być przedmiotem postępowania dowodowego na etapie rozpoznawania skargi kasacyjnej. Sąd Apelacyjny wziął te zapewnienia pod uwagę, a wnioskodawca nie wykazał ich zdatności do przymusowego wykonania w świetle prawa włoskiego. Realizacja tych zapewnień nie została także zabezpieczona przez uwarunkowanie nakazu powrotu dziecka nałożeniem na wnioskodawcę określonych obowiązków, w zakresie, w jakim pozwala na to Konwencja haska, względnie przez orzeczenie z inicjatywy wnioskodawcy lub z urzędu odpowiednich środków tymczasowych lub zabezpieczających przez właściwy sąd miejsca stałego pobytu dziecka. Rzecznik Praw Dziecka nie zgłosił w tym przedmiocie żadnych zarzutów, a Sąd Najwyższy jest związany podstawami skargi. Stwierdzić jedynie można, że ewentualny brak dobrowolnej realizacji wskazanych zapewnień stanowiłby wyraz braku lojalności wnioskodawcy wobec polskiego sądu, wobec którego oświadczenia te zostały złożone, co powinno zostać wzięte pod uwagę przy ocenie całokształtu okoliczności przez właściwy sąd orzekający w przedmiocie opieki nad dzieckiem, którego rolą będzie podjęcie dalszych niezwłocznych decyzji, uwzględniających przesłankę dobra dziecka. Uczestniczka ma możliwość zgłoszenia przed tym sądem, także w trybie zabezpieczenia, stosownych wniosków dotyczących alimentacji, pieczy nad dzieckiem na czas trwania postępowania, kontaktów, zobowiązania ojca do zapewnienia mieszkania matce i dziecku, zapisania dziecka do przedszkola i opłacania go, ułatwienia podjęcia pracy przez matkę.

Zaskarżone orzeczenie nie naruszało art. 13 lit. b Konwencji haskiej, a oceny tej nie zmieniło wielokrotne odwoływanie się przez skarżącego do klauzuli dobra dziecka lub najlepszego interesu dziecka, w tym w kontekście zarzutów naruszenia art. 3 ust. 1 i art. 27 KPD. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wyrażono pogląd, zasługujący na podzielenie, że sprawach dotyczących bezprawnego uprowadzenia dziecka, rozstrzyganych na podstawie Konwencji haskiej, nakaz dążenia do najlepszego zabezpieczenia interesów dziecka trzeba postrzegać, przy każdej decyzji dotyczącej jego osoby (art. 3 KPD i art. 24 ust. 2 KPP), przez pryzmat celów Konwencji haskiej, którymi są zapewnienie niezwłocznego powrotu dzieci bezprawnie uprowadzonych lub zatrzymanych, poszanowanie ustawowego prawa do opieki (art. 1 lit. a i b Konwencji haskiej) oraz wyjątków od obowiązku nakazania

powrotu dziecka określonych w art. 12, art. 13 i art. 20 Konwencji haskiej. Jest to zatem odmienne ujęcie najlepszego interesu dziecka, jak w przypadku innych postępowań, w tym toczących się w przedmiocie władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2020 r., I CSK 183/20).

Odwoływanie się do norm formułujących dyrektywy generalne dotyczące konieczności kierowania się jako zasadą naczelną dobrem dziecka - przy decyzjach go dotyczących - nie dostarcza argumentów wspierających stanowisko skarżącego. Klauzula najlepszego interesu dziecka nie stwarza samodzielnej przesłanki do rozważań nad zasadnością odmowy nakazania powrotu dziecka bezprawnie uprowadzonego lub zatrzymanego, a jej znaczenia należy upatrywać na tle wykładni podstaw odmowy uwzględnienia wniosku przewidzianych wprost w postanowieniach Konwencji haskiej (por. wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 26 listopada 2013 r., X przeciwko Łotwie, z dnia 21 lipca 2015 r., nr 2361/13, G.S. przeciwko Gruzji, i z dnia 19 września 2019 r., nr 79441/17, Andersena przeciwko Łotwie). Zarzut naruszenia art. 72 Konstytucji - z uwzględnieniem uwag wyżej poczynionych - również nie zawiera takiej treści normatywnej, która umożliwia skuteczne postawienie kasacyjnego zarzutu jego naruszenia.

Warunki bytowe wnioskodawcy i możliwość zapewnienia córce mieszkania oraz utrzymania zostały poddane przez Sądy *meriti* analizie w ramach art. 13 lit. b Konwencji haskiej. Ewentualne obniżenie standardu życia dziecka na skutek powrotu do państwa stałego pobytu - którego w toku dwuinstancyjnego postępowania nie wykazano - nie stanowi, w znaczeniu przyjętym w art. 13 lit. b Konwencji haskiej, poważnej szkody ani innej sytuacji nie do zniesienia (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2000 r., I CKN 776/00). Twierdzenia, że ojciec dziecka nie jest w stanie sprostać prawidłowej opiece nad małoletnią gdyż samodzielnie nigdy się nią nie zajmował, a także zaspokoić podstawowych potrzeb życiowych dziecka w tym w zakresie jego zabezpieczenia majątkowego, gdyż nie pracuje - są nieadekwatne do podstawy faktycznej rozstrzygnięcia. Nie ma również podstaw do konstruowania zarzutów, że wnioskodawca stosował wobec uczestniczki przemoc ekonomiczną, uchylał się

ze złej woli od obowiązku łożenia na utrzymanie dziecka i lekceważył swoje obowiązki, a uczestniczka była jedynym żywicielem rodziny.

W sprawie nie ustalono bowiem, że wnioskodawca nie partycypował w utrzymaniu małoletniej i był na wyłącznym utrzymaniu swojej rodziny. Wnioskodawca nie pracuje, ale ma środki na utrzymanie siebie i dziecka z dochodów, które pozyskuje z wynajmu mieszkań, a także od swojej bardzo dobrze sytuowanej rodziny we Włoszech. Podkreślenia wymaga, że strony realizowały taki model związku konkubenckiego praktycznie przez cały czas jego trwania, zarówno w Polsce jak i we Włoszech, i nie stanowiło to żadnego zagrożenia dla dziecka, które było utrzymywane przez oboje rodziców. Był on akceptowany przez uczestniczkę, która zaczęła go kontestować dopiero w trakcie rozpadu związku. Zauważenia wymaga że, jak wynika z poczynionych ustaleń, E. R. także nie pracuje, a dochód zapewnia jej wynajem domów, wcześniej nabytych właśnie przez wnioskodawcę. Uczestnicy nie byli małżeństwem, koszty utrzymania dziecka ponosili po połowie, czego nie sposób określać „przemocą ekonomiczną”.

W okolicznościach sprawy nie zaistniały także podstawy do odmowy wydania dziecka na skutek zgłoszenia przez nie sprzeciwu. W najbliższym czasie - ze względu na wiek i związany z tym stopień dojrzałości - nie można bowiem oczekiwać jego dojrzałej decyzji co do preferencji odnośnie miejsca zamieszkiwania. Oczywistym jest również, że 4-5 letnie dziecko nie jest w stanie oddzielić woli własnej od woli rodzica, pod którego faktyczną opieką pozostaje. Ponadto im większy upływ czasu od uprowadzenia, tym większa obcość między dzieckiem a wnioskującym o jego wydanie, co zwiększa ryzyko manipulacji emocjonalnej przez rodzica uprowadzającego i jego otoczenie oraz wzbudzania w nim poczucia zagrożenia (por. m.in. wyroki ETPC z dnia 22 lipca 2014 r., nr 3592/08, Roullier przeciwko Szwajcarii i z dnia 1 lipca 2014 r., nr 54443/10, Blaga przeciwko Rumunii oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 października 1998 r., I CKN 825/98, niepubl.).

Skarżący nie objął podstawami skargi odmowy wysłuchania dziecka przez Sąd Apelacyjny. Ubocznie zatem stwierdzić należy, że Konwencja haska nie

wyznacza żadnego sztywnego progu wiekowego, po którego osiągnięciu właściwe jest wysłuchanie dziecka i uwzględnienie jego opinii, w literaturze przedmiotu wskazuje się na próg 7 lub 10 lat, jako wiek, w którym w praktyce międzynarodowej sprzeciw dziecka może zostać wzięty pod uwagę, jednak z uwzględnieniem okoliczności konkretnego przypadku, mając na względzie czy jest ono w stanie zrozumieć cel i skutki powrotu do państwa stałego pobytu i przedstawić powody sprzeciwu. Ocena w tej mierze należy do sądu i nie wymaga każdorazowo potrzeby odwoływania się do opinii biegłego, choć w granicznych przypadkach środek ten może okazać się nieodzowny (por. uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2020 r., I CSK 183/20 i orzeczenia przywołane w jego uzasadnieniu).

W okolicznościach sprawy rodzice E. F. przed Sądem Okręgowym oświadczyli zgodnie, że wysłuchanie 4,5 letniego dziecka jest bezcelowe (k. 395). Zmiana stanowiska uczestniczki w toku postępowania apelacyjnego, w związku z osiągnięciem przez dziecko pięciu lat, nie zmienia tej oceny, nie wpłynęła bowiem w żadnym stopniu na osiągnięcie przez dziecko dojrzałości, uzasadniającej jego wysłuchanie w aspekcie celów prowadzonego postępowania (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2000 r., III CKN 1254/00)

Skarga kasacyjna zakłada, w modelu przewidzianym w Kodeksie postępowania cywilnego, że Sąd Najwyższy dokonuje kontroli prawomocnego orzeczenia, oceniając jego zgodność z prawem według stanu faktycznego ustalonego na chwilę orzekania przez sąd drugiej instancji (art. 398¹³ § 2 k.p.c.). Ewentualne późniejsze zmiany tego stanu nie mogą stanowić podstawy oceny legalności zaskarżonego orzeczenia. W związku z podnoszeniem przez uczestniczkę, w toku postępowania kasacyjnego, okoliczności odnoszących się do zdarzeń mających miejsce już po wydaniu zaskarżonego orzeczenia - nie objętych kognicją Sądu Najwyższego - ubocznie stwierdzić należy, że w sprawie o wydanie dziecka na podstawie Konwencji haskiej, wszczętej po wejściu w życie ustawy z dnia 26 stycznia 2018 r. o wykonywaniu niektórych czynności organu centralnego w sprawach rodzinnych z zakresu obrotu prawnego na podstawie prawa Unii Europejskiej i umów międzynarodowych (Dz.U. z 2018 r., poz. 416), nie stosuje się art. 577 k.p.c. do fazy postępowania prawomocnie rozstrzygającego o wydaniu

dziecka (art. 598⁵ § 5 k.p.c.), co w orzecznictwie Sądu Najwyższego było przed nowelizacją uznawane za dopuszczalne (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 2017 r., III CZP 78/17, OSNC 2018, nr 5, poz. 51 oraz postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2015 r., III CZP 3/15, niepubl. i z dnia 27 kwietnia 2017 r., II CNP 67/17, niepubl.). Ustawodawca uwzględnił w ten sposób wątpliwości dotyczące jurysdykcji krajowej do orzekania w tej kwestii w związku z unormowaniami prawa unijnego, a także chciał zapobiec ponownej ingerencji sądu w treść prawomocnego orzeczenia, co nie odpowiadałoby celom Konwencji haskiej (por. uzasadnienie rządowego projektu ustawy o wykonywaniu niektórych czynności organu centralnego w sprawach rodzinnych z zakresu obrotu prawnego na podstawie prawa Unii Europejskiej i umów międzynarodowych oraz o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego i niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 1827, Sejm VIII Kadencji).

Wyłączenie art. 577 k.p.c., o którym mowa w art. 598⁵ § 5 k.p.c., dotyczy postępowania rozpoznawczego w przedmiocie wniosku o nakazanie powrotu dziecka. Odmiennym zagadnieniem jest możliwość stosowania art. 577 k.p.c. w odniesieniu do orzeczeń sądu zapadających w postępowaniu wykonawczym na skutek ewentualnych nowych okoliczności powstających na tym etapie, w związku z realizacją orzeczenia. Sąd, który wydał na wniosek uprawnionego postanowienie zlecające kuratorowi sądowemu przymusowe odebranie dziecka (art. 598⁶ k.p.c.), jest zobligowany do zapewnienia, by postępowanie wykonawcze przebiegało w taki sposób, by dobro dziecka nie zostało naruszone, zwłaszcza by nie doznało ono krzywdy fizycznej lub moralnej. Może to skutkować wstrzymaniem wykonania orzeczenia do czasu ustania stanu zagrożenia i wydaniem stosownych zarządzeń zapewniających przeprowadzenie procedury wydania dziecka w sposób nie naruszający jego dobra, w tym zmierzających do przywrócenia lub wzmocnienia więzi między dzieckiem a rodzicem, który ma przejąć nad nim pieczę, zneutralizowania postępowania rodziców, pochłoniętych własnym sporem, nie dostrzegających potrzeb dziecka i czyniących z jego wydania zdarzenie traumatyczne, pociągające za sobą znaczne ryzyko szkód psychicznych (art. 598¹² k.p.c.). Okoliczności tego rodzaju nie stanowią - wobec treści art. 598⁵ § 5 k.p.c. - podstawy zmiany prawomocnego postanowienia nakazującego powrót dziecka,

ale mogą uzasadniać czasowe wstrzymanie jego wykonania (art. 598¹² § 2 k.p.c.) i podjęcie w tym czasie wszystkich środków, których można rozsądnie oczekiwać, ułatwiających realizację postanowienia powrotowego oraz złagodzenie trudnej dla dziecka sytuacji z tym związanej, w tym odpowiedniego zorganizowania kolejnej próby jego odbioru. W tym czasie rodzic inicjujący postępowanie wykonawcze również może podjąć kroki ułatwiające organizację powrotu dziecka, do czasu rozstrzygnięcia sporu o opiekę.

Nie można także wykluczyć, że okoliczności powstałe w związku z prowadzeniem postępowania wykonawczego, będą miały taki charakter i nasilenie, że - w skrajnych i wyjątkowych przypadkach - mogą uzasadniać potrzebę rozważenia zmiany uprzednio wydanego postanowienia o zleceniu kuratorowi wydania dziecka (art. 577 k.p.c.). System prawny każdorazowo przewiduje rozwiązania, które umożliwiają - w wypadku wystąpienia już po wydaniu prawomocnego orzeczenia istotnych zmian okoliczności (*causa superveniens*) - podjęcie przez Sąd stosownych działań, także wówczas, gdy orzeczeniu przysługuje atrybut wykonalności (por. np. art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c., art. 840² k.p.c.). Systemowo niespójne byłoby zatem przyjęcie, że w związku z wyłączeniem w procedurze wydania dziecka na podstawie Konwencji haskiej - która ma na celu pełne i rzeczywiste, a nie formalne zabezpieczenie interesów dziecka - stosowania art. 577 k.p.c., taka możliwość została całkowicie i definitywnie wykluczona. Wyjątkowo, w razie ujawnienia się trwałych przeszkód w wykonaniu orzeczenia i związanych z nimi nowych okoliczności, których sąd nie mógł wziąć pod uwagę przy wydaniu orzeczenia i których nie można przezwyciężyć za pomocą wszelkich środków pozostających do dyspozycji sądu w postępowaniu wykonawczym, może dojść do odmowy wykonania prawomocnego postanowienia powrotowego, jeżeli kontynuowanie tego postępowania sprzeciwiałoby się najlepszemu interesowi dziecka, w ujęciu chronionym postanowieniami Konwencji haskiej (por. wyroki ETPC z dnia 24 lipca 2003r., nr 36812/97 i nr 40104/98 w sprawie Sylvester przeciwko Austrii, a także z dnia 8 kwietnia 2008r., w sprawie PP przeciwko Polsce nr 8677/03 i z dnia 2 listopada 2010r. w sprawie Serghides przeciwko Polsce nr 31515/04, w których Trybunał nie kwestionował, że istotna zmiana okoliczności może uzasadniać niewykonanie prawomocnego orzeczenia

odnośnie wydania dziecka, z tym, że władze krajowe powinny niezwłocznie podjąć wszystkie czynności - których można od nich rozsądnie oczekiwać - w celu ułatwienia wykonania postanowienia powrotowego).

Z tych względów Sąd Najwyższy orzekł, na podstawie art. 398¹⁴ w związku z art. 13 § 2 i art. 520 § 1 w związku z art. 391 § 1 i art. 398²¹ k.p.c., jak w sentencji.

jw