

WILFRIED SCHLÜTER, NORBERT LIEDMEIER

## NOWE PRAWO O PIECZY NAD PEŁNOLETNIM

### I

Zadaniem prawa niemieckiego, jak i prawa każdego innego państwa, jest ochrona tych osób pełnoletnich, które wskutek wieku lub choroby wymagają pomocy. Doniosłość tego zadania będzie wzrastać w nadchodzących latach, albowiem w 2000 r. co czwarty obywatel RFN będzie w wieku powyżej 60 lat<sup>1</sup>. Należy też zaznaczyć, że coraz więcej starszych ludzi żyje samotnie. W 1986 r. było w RFN już 56,26% osób powyżej 65 lat prowadzących samotnie gospodarstwo domowe, podczas gdy w 1976 r. — tylko 52,05%. Troska o osoby samotne rzadziej wchodzi w rachubę wtedy, gdy członkowie rodziny pozostają w oddaleniu lub są czynni zawodowo, niż w wypadku pozostawania we wspólnym gospodarstwie domowym. Pomoc starszym ludziom samotnym świadczą coraz częściej instytucje pozarodzinne. Wzrasta liczba osób niezdolnych do samodzielnego prowadzenia własnych spraw i zdanych na pomoc państwa. Państwo powinno im zapewnić konieczne wsparcie właśnie na gruncie aktualnego prawa opiekuńczego.

Od chwili wejścia w życie BGB w 1900 r. ochronę tych osób realizowano przy pomocy instytucji opieki nad pełnoletnimi i kurateli nad osobami ułomnymi. Te unormowania, które obecnie dotyczą ok. 250 000 osób pełnoletnich, opierają się na koncepcjach pochodzących z XIX w. Dziś jednak kwestionuje się je jako nie odpowiadające już czasom współczesnym i żąda się ich nowego unormowania.

### II

Kodeks cywilny (BGB) według obecnego stanu prawnego wyróżnia w tym względzie dwie instytucje prawne. Pierwszą z nich jest ubezwłasnowolnienie, które uzupełniają normy o opiece nad pełnoletnimi. Drugą instytucją prawną istniejącą jakby obok pierwszej jest tzw. kuratela nad osobą ułomną.

<sup>1</sup> Informacja nr 73/87 Federalnego Ministra Sprawiedliwości; por. także Rocznik Statystyczny RFN za 1986 r., s. 67.

A. Ubezważnowolnienie oznacza ograniczenie albo uchylenie zdolności do dokonywania samodzielnie ważnych czynności prawnych. Ubezważnowolnionemu może być przydany opiekun, który dokonuje czynności prawnych zamiast niego albo w uzupełnieniu jego ograniczonej zdolności do czynności prawnych. Według § 6 BGB może być ubezważnowolniony ten, kto wskutek choroby umysłowej albo słabości umysłowej nie jest w stanie troszczyć się o własne sprawy. Pojęcie choroby umysłowej i słabości umysłowej oznacza anomalie, która może polegać również na niedorozwoju umysłowym<sup>2</sup>.

Może być również ubezważnowolniony ten, kto wskutek marnotrawstwa bądź skłonności do nierozsądnych i bezcelowych wydatków naraża siebie lub swoją rodzinę na niebezpieczeństwo niedostatku. To samo dotyczy osoby, która wskutek pijaństwa lub narkomanii nie jest w stanie troszczyć się o własne sprawy lub naraża siebie albo swoją rodzinę na niedostatek, albo wreszcie zagraża bezpieczeństwu innych osób. W praktyce ubezważnowolnienie następuje przeważnie z powodu choroby lub słabości umysłowej<sup>3</sup>. Pewną doniosłość praktyczną ma także alkoholizm jako przesłanka ubezważnowolnienia. Natomiast w niewielkim zakresie przesłanką tą jest marnotrawstwo.

B. Postępowanie w sprawie o ubezważnowolnienie jest cywilnoprosesowym postępowaniem skargowym, które prowadzi się przed sądem powiatowym. Według § 646 ust. 1 i § 680 ust. 3 k.p.c. (ZPO) uprawniony do żądania ubezważnowolnienia jest przede wszystkim małżonek i krewni. Jeżeli chodzi o chorobę lub słabość umysłową, uprawniony jest również prokurator. W praktyce wnioski o ubezważnowolnienie najczęściej składają członkowie rodziny. Prokurator działa w tej sprawie z inicjatywy takich instytucji, jak zakład opiekuńczy, szpital, organ administracyjny i inne władze. W postępowaniu o ubezważnowolnienie z powodu choroby lub słabości umysłowej konieczne jest przesłuchanie osoby mającej być ubezważnowolnioną oraz — w każdym wypadku — wezwanie biegłego na rozprawę.

C. Skutkiem ubezważnowolnienia z powodu choroby umysłowej jest brak zdolności do czynności prawnych, w innych wypadkach — ograniczenie tej zdolności (§ 114 BGB). Informację o ubezważnowolnieniu wpisuje się do centralnego rejestru federalnego. Osoba ubezważnowolniona z powodu choroby umysłowej nie może zawrzeć małżeństwa, a w razie ubezważnowolnienia z innych przyczyn wymagana jest zgoda opiekuna. Ubezważnowolniony nie może także sporządzić testamentu (§ 2229 ust. 3 BGB) ani nie ma czynnego i biernego prawa wyborczego.

<sup>2</sup> Heinrichs, w: BGB Komentarz (Palandt), wyd. 48, 1989, § 6.

<sup>3</sup> Por. odpowiedź rządu federalnego na interpretację frakcji SPD, BT-Drucks. 10/5970, s. 8.

Skoro tylko odpadną przesłanki ubezwłasnowolnienia, osoba ubezwłasnowolniona może żądać uchylenia ubezwłasnowolnienia. Przywrócenie pełnej zdolności do czynności prawnych następuje w ok. 10 - 20% przypadków.

## 2

Kuratela nad osobą ułomną jest instytucją, która w porównaniu z ubezwłasnowolnieniem w mniejszym stopniu ingeruje w sferę prawną zainteresowanego. Zasadą jest, że ten, kto nie może samodzielnie troszczyć się o swoje sprawy, chociaż nie jest ubezwłasnowolniony, otrzymuje do pomocy kuratora.

A. Najważniejsza przesłanka wyznaczenia kuratora polega na tym, że pełnoletni nie podlegający opiece nie może troszczyć się o własne sprawy albo o określony zakres swych spraw (§ 1910 ust. 2 BGB). Według judykatury<sup>4</sup> przez pojęcie „umysłowe kalectwo” rozumie się nie tylko lżejsze postaci anomalii umysłowych, lecz także chorobę lub słabość umysłową, która uzasadniałaby ubezwłasnowolnienie. Taka wykładnia § 1910 BGB pozwala dostrzec tendencję do możliwie najszerszego zakresu stosowania tego przepisu, aby zamiast ubezwłasnowolnienia móc posłużyć się łagodniejszym środkiem, jakim jest kuratela.

Ta sama tendencja dotyczy wykładni § 1910 ust. 3 BGB. Kuratora można bowiem ustanowić bez zgody osoby ułomnej tylko wtedy, gdy porozumienie się z nią jest niemożliwe. Za niemożliwość porozumienia uznaje się również sytuację, w której osoba ułomna nie jest w stanie dokonać skutecznego oświadczenia woli. W konsekwencji kuratelę ustanawia się na ogół wbrew woli albo bez wyrażenia woli osoby zainteresowanej<sup>5</sup>.

B. Kuratelę nad osobą ułomną ustanawia się w postępowaniu, do którego mają zastosowanie przepisy o postępowaniu niespornym. Właściwy jest sąd powiatowy jako sąd opiekuńczy. Wszczęcie postępowania i ustanowienie kurateli następuje z urzędu, przy czym inicjatywa z reguły pochodzi od członków rodziny. Dla wyjaśnienia sprawy konieczne jest przesłuchanie osoby mającej być poddaną kurateli. Przy ustanowieniu kurateli wbrew jej woli należy również zasięgnąć opinii biegłego.

C. Sama kuratela nie wpływa na zdolność do czynności prawnych pupila. Istnieją jednak z jej przyczyny różne ograniczenia, choćby te, które dotyczą prawa wyborczego do Bundestagu. Pozycja prawna kuratora za-

<sup>4</sup> KG OLGZ 69, 257; OLG Zweibrücken, FamRZ 1982, s. 961.

<sup>5</sup> Zenz, von Eicken, Ernst, *Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige, Rechtsstatsachenforschung; eine Untersuchung zur Praxis und Kritik des geltenden Rechts*, BMJ 1987, s. 13.

leży od zdolności pupila do czynności prawnych. Jeżeli bowiem pupil jest według § 104 pkt 2 BGB (a więc niezależnie od kurateli) niezdolny do czynności prawnych, kurator jest jego przedstawicielem ustawowym w wyznaczonym zakresie spraw. W zakresie niektórych uprawnień kuratora pupil zachowuje zdolność do działania. W razie różnicy zdań między kuratorem a pupilem pierwszeństwo ma wola pupila. Kolidujące ze sobą czynności prawne kuratora i pupila traktuje się tak, jakby pupil dokonał obydwu czynności. Kurator nie ma uprawnień do stosowania przymusu. Kuratela nad osobą ułomną ma prawie zawsze trwały charakter. Do rzadkości należy ustanowienie jej w celu załatwienia jakiejś konkretnej sprawy. Obserwując wyznaczone zakresy kompetencji kuratorów można stwierdzić, że kuratela nad osobą ułomną w znacznym stopniu jest podobna do ubezwłasnowolnienia.

### III

Jak już wspomniano, obowiązujące prawo dotyczące opieki, przy założeniu swego pierwotnego celu, nie jest już przez praktykę akceptowane. Rozwinęła ona modele rozwiązań odbiegające od koncepcji ustawowej. Liczne sądy skłaniają się ku temu, aby także w wypadku ułomności umysłowej zamiast ubezwłasnowolnienia ustanawiać kuratelę<sup>6</sup>. Chodzi o to, aby orzecznictwo sądowe możliwie w najmniejszym stopniu ingerowało w sferę praw osoby zainteresowanej. Ten kierunek orzecznictwa wyraźnie zaaprobował Federalny Sąd Konstytucyjny (BVerfGE 19,93). Najogólniej mówiąc, nastąpiło wyraźne przesunięcie praktyki orzeczniczej od ubezwłasnowolnienia ku kurateli. Istnieją jednak w tej materii silne różnice regionalne. Obowiązujące prawo dotyczące ubezwłasnowolnienia stosuje się w sposób zróżnicowany w poszczególnych krajach związkowych. W 1984 r. liczba ubezwłasnowolnień na 100 tys. mieszkańców wynosiła w Palatynacie Renu 1,3, w Berlinie 1,9, natomiast w krajach północnych było ich prawie dziesięciokrotnie więcej niż w Palatynacie. Gdyby przenieść praktykę sądów berlińskich w zakresie ubezwłasnowolnienia na wszystkie kraje związkowe, byłoby rocznie tylko nieco więcej niż 600 orzeczeń o ubezwłasnowolnieniu, podczas gdy rzeczywistość, pełna liczba tych orzeczeń wyniosła w 1986 r. 3031. W krajach, w których możliwość ubezwłasnowolnienia wykorzystuje się ogólnie, dotyczy ono głównie osób dotkniętych kalectwem umysłowym od urodzenia albo od wczesnego dzieciństwa. Nie mogąc żyć samodzielnie, osoby te są na ogół ubezwłasnowolnione w krótkim czasie po uzyskaniu pełnoletności.

Krytykę obowiązującego prawa kieruje się zwłaszcza przeciwko regu-

<sup>6</sup> Lempp, FamRZ 1987, s. 766.

lacji ubezwłasnowolnienia, ale ponadto również przeciwko równoczesnemu istnieniu obu instytucji, tj. ubezwłasnowolnienia i kurateli nad osobą ułomną.

a) Ustawowe rodzaje sprawowania pieczy są rozproszone w różnych instytucjach prawnych bez jasnego rozgraniczenia zakresu ich zastosowania<sup>7</sup>. W związku z tym pojawiły się regionalne różnice w ich stosowaniu. W okolicznościach, w których jeden sąd dokonał ubezwłasnowolnienia, inny sąd ustanowił kuratelę nad osobą ułomną. Nie jest możliwe jasne rozróżnienie zakresu stosowania obu instytucji prawnych, ponieważ choroby i zaburzenia od których zależy potrzeba udzielenia pomocy różnią się nierzadko objawami i stopniem ich zaawansowania. Tym potrzebom może sprostać tylko jednolita i elastyczna instytucja prawna pieczy.

b) Język prawny zawierający takie terminy jak np. choroba umysłowa, słabość umysłowa, marnotrawstwo, pijaństwo, narkomania, ułomność jest odczuwany jako dyskryminujący. Pojęcie ubezwłasnowolnienia jest co prawda w społeczeństwie mocno zakorzenione, ma ono jednak tak negatywne konotacje, że utrudnia leczenie i rehabilitację ubezwłasnowolnionego. Powoduje ono nie tylko jakby dyskryminację danej osoby, ale i w jakiś sposób ją piętnuje<sup>8</sup>.

c) Regulację prawną ubezwłasnowolnienia i kurateli daje się z trudem pogodzić z konstytucyjną zasadą proporcjonalności stosowanego środka prawnego. Przede wszystkim nieproporcjonalny jest automatyczny skutek ubezwłasnowolnienia, tj. pozbawienie albo ograniczenie zdolności do czynności prawnych. Niemożliwość wyjątkowego odstąpienia od ograniczenia zdolności do czynności prawnych wcale nie chroni ani osoby zainteresowanej, ani obrotu prawnego. Niektóre osoby z powodu znacznych zaburzeń rzeczywiście nie mogą uczestniczyć w obrocie prawnym i dokonywać czynności prawnych. W takim wypadku druga strona czynności prawnej łatwo rozpozna, że zainteresowany nie może działać skutecznie (§ 104 nr 2 BGB). Nie potrzeba wtedy wyraźnego, stwierdzonego przez sąd wykluczenia z uczestnictwa w obrocie prawnym. Są jednak także choroby i zaburzenia psychiczne, przy których dana osoba zachowuje pewną dozę rozeznania i zdolności do działania. Całkowite pozbawienie zdolności do czynności prawnych odczuwają takie osoby jako ich niesprawiedliwe traktowanie.

Kuratela nad osobą ułomną, którą znacznie łatwiej ustanowić niż dokonać ubezwłasnowolnienia, prowadzi w praktyce częstokroć do podobnego, jak przy ubezwłasnowolnieniu pozbawienia uprawnienia do samodzielnego działania. Obydwie wspomniane instytucje prawne nie pozwalają uwzględnić woli osoby niezdolnej do czynności prawnych, choćby

<sup>7</sup> Hellmann, *Recht und Psychiatrie*, 1986, s. 42; Lempp, *FamRZ* 1987, s. 767.

<sup>8</sup> Hendel, *FamRZ* 1982, s. 1058.

w stopniu, w jakim jest ona jeszcze w stanie przedstawić swe rozsądne życzenia. Takie rozwiązanie nie sprzyja w żadnym razie rehabilitacji tej osoby. Stosunek prawny między zainteresowanym a opiekunem lub kuratorem jest uregulowany w sposób niewystarczający. Opiekuna obciąża się całością pieczy nad majątkiem i osobą jego pupila, przy czym nie ustalono w jaki sposób i przy jakich przesłankach wolno jemu skorzystać ze swych kompetencji. Nie ustalono także, w jakiej mierze opiekun i kurator powinien uwzględniać interesy podopiecznego.

Zastanawiające jest również i to, że uchylenie ubezwłasnowolnienia następuje stosunkowo rzadko, chociaż nowoczesne terapie i sposoby rehabilitacji przynoszą często dobre rezultaty<sup>9</sup>.

d) Niewystarczające są środki do nawiązania osobistych kontaktów między podopiecznym a opiekunem lub kuratorem. Szczególnie niekorzystna jest sytuacja podopiecznych mających zawodowych opiekunów lub kuratorów, których obciążono tą funkcją w więcej niż stu wypadkach. Nie ma wtedy miejsca dla osobistych kontaktów i dla jakiegoś szczególnego stosunku zaufania.

e) Niesłuszne jest proceduralne rozłączenie ubezwłasnowolnienia rozstrzyganego w postępowaniu spornym od opieki, która należy do postępowania niespornego. Jedną z ważniejszych przyczyn zainteresowania się ustanowieniem kurateli jest łatwość proceduralna w porównaniu z postępowaniem o ubezwłasnowolnienie, które jest bardziej przewlekłe.

f) Dalszą krytykę kieruje się pośrednio przeciwko samemu obowiązującemu prawu, a zwłaszcza w odniesieniu do jego stosowania. Z badań praktyki prawniczej wynika, że często nie przestrzega się gwarancji procesowych wypracowanych przez orzecznictwo najwyższych instancji sądowych w odniesieniu do ustanowienia kurateli. W wielu wypadkach odstępuje się bowiem nawet od przesłuchania przez sędziego samego zainteresowanego. Zamiast opinii biegłego przyjmuje się często krótkie zaświadczenie domowego lekarza za wystarczającą podstawę orzeczenia nawet co do kurateli przymusowej.

#### IV

Dyskusja o nowym kształcie prawa dotyczącego ubezwłasnowolnienia, opieki nad pełnoletnimi i o kurateli nad osobą ułomną pojawiła się przede wszystkim wskutek opublikowanego w 1975 r. komunikatu o stanie psychiatrii w RFN<sup>10</sup>. W powtarzających się debatach w Bundestagu wszystkie reprezentowane w nim partie zwróciły uwagę na pilną potrze-

<sup>9</sup> Wspomniana wyżej odpowiedź rządu federalnego, s. 3 i 11; Lempp, FamRZ 1987, s. 768.

<sup>10</sup> BT-Drucks. 7/4200.

bę nowej regulacji tych zagadnień. Od kwietnia 1986 r. przygotowaniem reformy zajmuje się grupa robocza powołana przez Ministerstwo Sprawiedliwości spośród różnego rodzaju specjalistów. W grudniu 1987 r. i w kwietniu 1988 r. przedstawiono do dyskusji dwa częściowe projekty ustawy o pieczy nad pełnoletnimi. Projekty te zawierają propozycje w zakresie prawa materialnego i proceduralnego, które mają zastąpić dotychczasowe prawo o ubezwłasnowolnieniu oraz o opiece i kurateli. W dyskusji wyrażono wiele poglądów tym bardziej, że wypowiedzi pochodziły od organów administracji sądowej, od obu Kościołów, a także od uczestników 57 Niemieckiego Zjazdu Prawników, który w 1988 r. tej problematyce poświęcił swe obrady. W konsekwencji tej dyskusji opracowano dalsze projekty wspomnianej ustawy w tym projekt rządowy ustawy o pieczy (*Betreuungsgesetz*)<sup>11</sup>. W projekcie tym respektuje się prawno-polityczną linię zarysowaną w dyskusji, wniesiono jednak pewne zmiany i uzupełnienia. Natomiast Bundestag bez istotnych zmian uchwalił na początku 1990 r. ustawę o reformie prawa o opiece i kurateli nad pełnoletnimi (*Betreuungsgesetz*). Po dokonanych już zatwierdzeniu tej ustawy przez Bundesrat wejdzie ona w życie od 1 stycznia 1992 r.

Ustawa zmierza do usunięcia większości wskazanych już usterek obowiązującego prawa. Przedłożono bowiem koncepcję obejmującą prawo materialne i procesowe, które zmierza do możliwie nieznacznej ingerencji w zakres uprawnień osoby zainteresowanej i do polepszenia jej pozycji prawnej w postępowaniu sądowym. Chociaż tendencja ta zasługuje na aprobatę, ustawę cechuje jednak w kilku kwestiach procesowych zbędny perfekcjonizm i niepotrzebny formalizm.

## 1

Omawiana ustawa o pieczy nad pełnoletnimi charakteryzuje się dążeniem do uzależnienia ingerencji w prawną sferę osoby zainteresowanej od istnienia stosownej potrzeby. Ustawa ma tym samym dokonać przewartościowania praw osobistych osoby wymagającej pieczy. Uwzględnienie zasady konieczności pieczy wskazuje na silniejsze niż dotychczas zobowiązanie opiekuna i sądu do respektowania woli pupila oraz, tak dalece jak to jest możliwe, do stosowania się do jego życzeń. Zasada konieczności pieczy wyraża się także w tym, że ustanowienie opiekuna nie powinno już w przyszłości automatycznie ograniczać udziału podopiecznego w obrocie prawnym. Zasadniczo opiekun ma mieć kompetencje tylko jesz-

<sup>11</sup> BT-Drucks. 11/4528.

cze w poszczególnych sprawach swego podopiecznego. Najważniejszy cel ustawy poza przyjęciem zasady konieczności pieczy polega na tym, że zamiast anonimowego zajmowania się „przypadkami” pojawia się osoba piecza. W tym celu ustawa proponuje, aby znieść ubezwłasnowolnienie, a kuratelę nad osobą ułomną zastąpić nową, jednolitą instytucją prawną pieczy. Nazywając tę nową instytucję prawną „pieczą” autorzy ustawy zrezygnowali z dotychczasowej terminologii mającej częściowo dyskryminujące znaczenie. Nie ma w ustawie takich pojęć, jak „choroba umysłowa” lub „niedorozwój umysłowy”.

Krag osób, dla których można będzie ustanowić opiekuna, sięga dalej niż w prawie obecnie obowiązującym. Przesłanka ustanowienia opiekuna ma polegać na tym, że osoba pełnoletnia nie może całkowicie albo częściowo dbać o własne sprawy z powodu choroby psychicznej lub zaburzeń fizycznych albo duchowych. Marnotrawstwo, pijaństwo i narkomania mająca dotychczas duże znaczenie w praktyce dotyczącej ubezwłasnowolnienia nie są więcej eksponowane jako przyczyny ustanowienia pieczy.

Opiekuna ustanawia się na wniosek zainteresowanego — niezależnie od jego zdolności do czynności prawnych — albo z urzędu. W wypadku kalectwa fizycznego z zasady wyłącza się dopuszczalność ustanowienia opiekuna z urzędu. Ustanowienia opieki i wyznaczenia opiekuna dokonuje się w jednym akcie. Ściśle przestrzegając zasady konieczności opieki i umiaru w tym względzie ustawa pozwala tak określić zakres kompetencji opiekuna, aby dotyczyły one tylko spraw, o które podopieczny nie może zatroszczyć się samodzielnie. To unormowanie jest tak dalece elastyczne, że czyni zbędne wyróżnienie rodzajów i stopnia zaawansowania choroby lub zaburzenia, jakie zawiera obecnie obowiązujące prawo.

Mając na uwadze zasadę konieczności opieki § 1896 ust. 2 S. 2 BGB stanowi, że opieka ma charakter subsydiarny względem innego rodzaju pomocy zarówno prywatnej, jak i publicznej. Oznacza to np., że ten, kto potrzebuje „faktycznej” pomocy przy praniu, gotowaniu, zakupach, pielęgnacji ciała, pomocy lekarskiej itd. nie otrzyma opiekuna, albowiem otrzymuje już pomoc od rodziny, sąsiadów, albo od służb socjalnych. Ustawa stanowi jednak wyraźnie, że opiekuna wyznacza się w wypadku, gdy zainteresowany potrzebuje przedstawiciela ustawowego. Dotyczy to sytuacji, w której osoba ta nie ma zdolności do czynności prawnych, albo zdolność ta jest wątpliwa tak dalece, że w obrocie prawnym nie przyjmuje się oświadczeń tej osoby, albo też nie może ona wystarczająco nadzorować działania swego pełnomocnika.

W zakresie swych kompetencji opiekun reprezentuje podopiecznego przed sądem i poza nim; jest on więc przedstawicielem ustawowym. Ustanowienie opieki i wyznaczenie opiekuna w zasadzie tak samo nie-



wiele wpływa na zdolność do czynności prawnych podopiecznego, jak i ustanowienie kurateli nad osobą ułomną według obecnie obowiązującego prawa. Zmiana nie polega jednak na tym, aby podopieczny był niezdolny do dokonywania czynności prawnych (§ 104 nr 2 BGB), ale mianowicie na tym, aby znajdował się on w stanie chorobowego zaburzenia umysłowego wyłączającego wyrażenie swej woli. W wypadku jednak, gdyby podopieczny był za mało chroniony przez § 104 nr 2, § 105 i n. BGB ustawa przewiduje kompetencję sądu do ograniczenia w danej sprawie udziału podopiecznego w obrocie prawnym. Ponadto według § 1903 ust. 1 BGB sąd opiekuńczy może zarządzić, iż dla oświadczenia woli podopiecznego z zakresu kompetencji opiekuna, konieczna jest również jego zgoda, jeżeli w danej sprawie istnieje potrzeba zażegnania niebezpieczeństwa dla osoby lub majątku podopiecznego. W zasięgu skuteczności owego zastrzeżenia zgody opiekuna, podopieczny może działać tylko za jego zgodą. Ustawa o pieczy pozwala w ten sposób stopniować ograniczenie zdolności do czynności prawnych podopiecznego. Sąd opiekuńczy może więc każdorazowo badać, czy i w jakim stopniu dana osoba potrzebuje opiekuna ze względu na chorobę psychiczną, albo z powodu ułomności fizycznej lub duchowej. Niezależnie od tego może on rozstrzygać, czy i w jakim zakresie zdolność podopiecznego do czynności prawnych powinna być ograniczona przez zastrzeżenie zgody ze strony opiekuna. W ten sposób sąd opiekuńczy może dostosować do okoliczności sprawy swoje kompetencje w zakresie ingerencji w sferę zdolności podopiecznego do czynności prawnych. Owo zastrzeżenie zgody nie może dotyczyć oświadczenia woli dotyczącego zawarcia małżeństwa, ani rozporządzenia na wypadek śmierci.

Według prawa obowiązującego osoby niezdolne do czynności prawnych są bowiem także niezdolne do zawarcia małżeństwa. Małżeństwo zawarte przez taką osobę jest nieważne (§ 18 ust. 1 ustawy o małżeństwie). Natomiast osoby z ograniczoną zdolnością do czynności prawnych mogą zawrzeć małżeństwo, jednak wymaga się przy tym zezwolenia ich ustawowego przedstawiciela. Urzędnik stanu cywilnego bada zdolność do czynności prawnych nupturientów jako przesłankę zawarcia małżeństwa. Badanie tej przesłanki nabiera doniosłości zwłaszcza wtedy, gdy w przyszłości nie dojdzie do ubezwłasnowolnienia danej osoby. Jeżeli w przyszłości krąg podopiecznych obejmie bez różnicy wszystkie osoby ułomne bez względu na ich zdolność do czynności prawnych, ustanowienie pieczy jako takiej może wtedy już nie stwarzać wątpliwości co do zdolności do czynności prawnych. Pojawia się jednak niebezpieczeństwo, iż osoby podlegające wprowadzie opiece, ale jednocześnie w pełni zdolne do czynności prawnych będą zmuszone poddać badaniu swą zdolność do zawarcia małżeństwa w dodatkowym postępowaniu<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Dieckmann, JZ 1988, s. 789 i 795. Krytycznie co do istnienia zastrzeżenia zgo-

Jest również problematyczne, czy zastrzeżenie zgody opiekuna nie może dotyczyć rozporządzeń na wypadek śmierci. Pomijając nawet skrajną sytuację przewidzianą w § 104 nr 2 BGB, w wypadku dziedziczenia mogą powstać wątpliwości co do ważności rozporządzenia majątkiem przez spadkodawcę.

## 3

Omawiana ustawa o pieczy ma zapobiec sytuacji, w której zainteresowany byłby jakby „zarządzany” bezosobowo i anonimowo przez „zawodowego opiekuna” lub „zawodowego kuratora”, którego często obciąża się tym obowiązkiem względem więcej niż 100 osób. W takim wypadku nie ma miejsca dla bezpośrednich kontaktów osobistych z podopiecznym i nie może ukształtować się stosunek zaufania między tymi osobami. Dlatego też w § 1897 ust. 1 przewidziano, że na opiekuna należy wyznaczyć w zasadzie tylko osobę fizyczną, która jest zdatna troszczyć się o sprawy podopiecznego w zakresie sędownie wyznaczonym i w wymaganym zakresie roztoczyć nad nim osobistą pieczę. Pierwotnie przewidywano bezwzględne respektowanie zasady, iż opiekunem może być tylko osoba fizyczna. Powierzenie opieki działającemu na tym polu stowarzyszeniu lub innej organizacji mogło mieć miejsce tylko w wypadku wyznaczenia jego pracownika jako opiekuna. Przeciwno odrzuceniu opieki sprawowanej przez organizację społeczną podnoszono już dawno wątpliwości. Obawiano się, że nie uda się znaleźć dla każdego podopiecznego oddzielnego opiekuna i to działającego z motywów honorowych<sup>13</sup>. Szczególnie wątpliwe wydawało się to w odniesieniu do osób wymagających opieki ze względu na ciężką chorobę psychiczną. Argumentowano, że powodzenie reformy zależy w istotnej mierze od tego, czy w praktyce uda się dostosować jej założenia do potrzeb życia. Osoby nadające się na opiekunów można znaleźć właśnie w kręgu działalności stowarzyszeń i związków charytatywnych. Trudno będzie więc znaleźć taką osobę bez pośrednictwa tych organizacji i spoza jej kręgu. Godne aprobaty jest dostrzeżenie tych kwestii również w ustawie o pieczy. § 1900 umożliwia wyznaczenie opiekunem taką organizację, jeżeli nie można znaleźć opiekuna wśród osób fizycznych. Ostatecznie może nawet wchodzić w rachubę wyznaczenie właściwego organu jako opiekuna.

## 4

Na aprobatę zasługuje także § 1901 BGB zawierający wytyczne co do sposobu troszczenia się przez opiekuna o sprawy swego podopiecznego. Według § 1901 ust. 1 rozstrzygające znaczenie ma jego dobro. Przedy na zawarcie małżeństwa wypowiada się Holzhauser w: *Gutachten B für den 57. Deutschen Juristentag*, München 1988, B, s. 76; odmiennie Schwab, w: *Festschrift für Rebmann*, 1989, s. 685.

<sup>13</sup> Bürgle, NJW 1988, s. 1881.

pis ten jasno stanowi, że dobro to oznacza również możliwość kształtowania życia podopiecznego zgodnie z jego życzeniami i wyobrażeniami, oczywiście odpowiednio do jego możliwości rozeznania w tym względzie. Dotyczy to także sytuacji, w której podopieczny jest niezdolny do czynności prawnych. Należy więc przyjąć z aprobatą zalecenie wyrażone w § 1901, aby podopieczny w ramach środków finansowych pozostających do jego dyspozycji miał roszczenie o zachowanie swego dotychczasowego poziomu życia<sup>14</sup>. W praktyce jednak okazuje się, że przy zarządzie majątkiem osoby nie mającej zdolności do czynności prawnych najczęściej zwraca się uwagę na to, aby majątek pupila w większej, albo choćby w małej części zachować dla przyszłych spadkobierców.

Godny pochwały jest więc § 1901 ust. 2 S.2, który wyraźnie nakazuje opiekunowi uwzględnić w tym względzie życzenia podopiecznego, chyba że nie ma on rozeznania. Należy jednak przestrzegać postanowień samego podopiecznego, jakie sformułował on wcześniej na wypadek potrzeby ustanowienia pieczy. Takie „rozporządzenia z przezorności” rozpowszechnione od dawna w południowych Niemczech mogą odnosić się nie tylko do zarządu majątkiem, lecz mogą dotyczyć wyboru opiekuna, wyboru określonego zakładu, w którym chciałby być on umieszczony w razie konieczności ustanowienia pieczy.

## 5

Szczególnie problematyczny jest § 1904 ust. 2, który Bundesrat słusznie zamierzał skreślić<sup>15</sup>. Według tego przepisu opiekun chcąc udzielić zgody na badanie lekarskie, na leczenie albo na zabieg lekarski w zasadzie powinien uzyskać zezwolenie sądu opiekuńczego, jeżeli jest z tym połączone niebezpieczeństwo śmierci podopiecznego lub może on doznać znacznej i długotrwałej szkody na zdrowiu. Bez tego zezwolenia sądu opiekuńczego można podjąć stosowne działania tylko w wypadku, gdy zwłoka powodowałaby niebezpieczeństwo dla podopiecznego. Takie unormowanie jest niezbyt szczęśliwe, ponieważ w praktyce jest niemożliwe ściśle określenie, kiedy taka zgoda sądu jest wymagalna, a kiedy można od niej odstąpić. W interesie zainteresowanego należy unikać niepewności prawnej, jaką wprowadza ustawa. Nie można bowiem stawiać pod znakiem zapytania opieki lekarskiej, jakiej wymaga stan zdrowia podopiecznego. Poza tym nie można zbyt wiele wymagać od sędziego opiekuńczego, jako nie mającego wiedzy lekarskiej, aby orzekał o potrzebie zabiegu medycznego<sup>16</sup>. Sąd opiekuńczy mógłby wtedy tylko zasięgnąć opinii biegłego.

<sup>14</sup> Ibidem, s. 1883.

<sup>15</sup> BT-Drucks. 11/4528, s. 208 i n.

<sup>16</sup> Tak samo Bundesrat; por. BT-Drucks. 11/4528, s. 208.

Autorzy wychodzą nawet z założenia, że w wypadku, gdy opiekunem jest mąż kobiety ciężarnej niezdolnej do wyrażenia zgody na przerwanie ciąży, może on sam udzielić takiego przyzwolenia. Takie zastępcze przyzwolenie ze strony przedstawiciela ustawowego na przerwanie ciąży wydaje się chybione nie tylko z punktu widzenia polityki prawnej, lecz także wątpliwe w świetle prawa konstytucyjnego. Poza tym należy mieć na uwadze, że niekaralne przerwanie ciąży kobiety niezdolnej do wyrażenia zgody na ten zabieg często nie wchodzi w rachubę, ponieważ jest niemożliwe przeprowadzenie konsultacji wymaganej bezwzględnie w § 218 b k.k. Przepis § 1904 nie powinien więc w żadnym wypadku dotyczyć kwestii przerwania ciąży.

## 6

Wątpliwa wydaje się także próba rozwiązania w ustawie o pieczy kwestii sterylizacji. W proponowanym § 1631 e BGB wyjaśnia się, że rodzice nie mogą wyrazić zgody na sterylizację ich dziecka. Tym samym zabrania się bez jakiegokolwiek wyjątku sterylizacji małoletniego. Wbrew niektórym wypowiedziom ze strony praktyki<sup>17</sup>, przepis ten zasługuje na aprobatę.

§ 1905 BGB normuje zagadnienie sterylizacji osób pełnoletnich. Według omawianej ustawy nie budzi wątpliwości prawnych dobrowolna sterylizacja, na którą opiekun skutecznie wyraził zgodę. We wspomnianym przepisie uregulowano sytuację, w której opiekun wyraża zgodę na sterylizację podopiecznego niezdolnego do samodzielnego decydowania w tej sprawie. Takie postępowanie jest dopuszczalne przy spełnieniu następujących przesłanek: 1) sterylizacja nie może być sprzeczna z wolą podopiecznego, 2) podopieczny jest trwale niezdolny do wyrażenia zgody, 3) istnieje przekonanie, że bez dokonania sterylizacji podopieczna zaszłaby w ciążę, 4) istnieje przekonanie, że w wyniku tej ciąży należy spodziewać się niebezpieczeństwa dla życia, albo ciężkiego uszczerbku zdrowia cielesnego lub psychicznego, któremu nie można by zapobiec innym dopuszczalnym sposobem, 5) nie można przeszkodzić zajściu w ciążę innymi dopuszczalnymi środkami. Według projektowanego § 1905 ust. 2 BGB zgoda udzielona przez opiekuna wymaga ponadto zatwierdzenia przez sąd opiekuńczy. Sterylizacji można dokonać dopiero po upływie 2 tygodni od prawomocnego zezwolenia orzeczonego przez sąd.

Przy tej okazji powinno się unormować zagadnienie przymusowej sterylizacji, która od dawna wzbudza wiele kontrowersji. Ustawa na-

<sup>17</sup> Palatynat Renu zaproponował w Bundesracie, aby w dalszym postępowaniu ustawodawczym zbadać kwestię, czy i w jakim stopniu względ na dobro osoby małoletniej z zaburzeniami umysłowymi, ale już płciowo dojrzałej, mógłby uzasadnić jej sterylizację. Wspomniana propozycja nie została jednak przyjęta; por. BR-Drucks. 59/7/89.

tomiast ukrywa ten problem. Dopuszcza ona bowiem z pewnymi ograniczeniami przymusową sterylizację osoby pełnoletniej, przy czym zgoda jej opiekuna na taki zabieg obwarowana określonymi przesłankami wymaga ponadto zezwolenia sądu opiekuńczego. Sterylizacji nie można jednak dokonać wbrew „naturalnej woli” podopiecznego. Przez wzgląd na tę „naturalną wolę” pragnie się wywołać wrażenie, że przymusowa sterylizacja powinna być dopuszczalna. W samej rzeczy należałoby wyjść poza samą kwestię przymusowej sterylizacji. W każdym bowiem razie norma ta nie jest poprawna, ponieważ nieostro sformułowano przesłanki uprawniające opiekuna do zastępczego wyrażenia zgody na sterylizację<sup>18</sup>. Najpierw należy podnieść zarzut, że nie określono przesłanek, które należy uwzględnić przy ocenie niezdolności podopiecznego do wyrażenia zgody w tej sprawie. Pozostaje nadal niejasne, czy projekt wiąże ze sobą niezdolność do wyrażenia zgody ze zdolnością do czynności prawnych. Otwarta jest również kwestia, jakie wymagania należy stawiać przy ocenie sprzeczności z „naturalną wolą” podopiecznego. Pojawia się zwłaszcza pytanie, jak należy oceniać tę (domniemaną) naturalną wolę, aby przeszkodzić zabiegowi sterylizacji. Obecne ujęcie tej kwestii wprowadza znaczną niepewność prawa dla wszystkich uczestników w tym i dla lekarza dokonującego sterylizacji. Wprowadzone do projektowanego § 1905 BGB przesłanki wyjaśniają tylko, kiedy opiekun nie może udzielić zgody na sterylizację. Pozostawia się jednak otwartą kwestię, według jakich kryteriów powinien opiekun rozstrzygać o tym, w jakich sytuacjach powinien on swą decyzję zastąpić zgodą podopiecznego na sterylizację. Brak jednak jakiegokolwiek kryterium co do odpowiedzialności opiekuna w tym politycznie i prawnie najtrudniejszym zakresie. Wobec tych najbardziej zróżnicowanych etyczno-prawnych wyobrażeń o dopuszczalności sterylizacji wydaje się przedwczesne i niewskazane, aby tę problematykę ubocznie potraktować w ustawie mającej zresztą inny cel do spełnienia. Zagadnienie sterylizacji powinno się unormować w odrębnej ustawie po poprzedniej dyskusji nad podstawowymi kwestiami moralnymi w ich związku z niedobłą historią przymusowej sterylizacji w Niemczech.

## 7

W ustawie zachowuje się kompetencję opiekuna do „cywilno-prawnego” umieszczenia podopiecznego w zakładzie. Ma to tę zaletę, że decyzję o konieczności i czasie trwania umieszczenia podopiecznego nie pozostawia się wyłącznie w rękach organów administracyjnych i sądów, które nie mają tak ścisłej więzi z podopiecznymi, jaką powinien mieć

<sup>18</sup> Stanowisko takie zajmuje również Bundesrat, który zalecił bardziej precyzyjne sformułowanie odnośnych przepisów.

opiekun sprawujący przeciw osobistą pieczę. Stosownie do projektowanego § 1906 ust. 1 BGB potrzebę umieszczenia podopiecznego w zakładzie należy uzasadnić samozagrożeniem podopiecznego albo potrzebą roztoczenia nad nim szczególnej troski.

Godny aprobaty jest § 1907 BGB, według którego opiekun nie może bez zezwolenia sądu opiekuńczego wypowiedzieć stosunku najmu mieszkania zajmowanego przez podopiecznego. Wychodzi się bowiem z założenia, że dla człowieka ma mieszkanie dominujące znaczenie, jako przestrzeń, w której koncentruje się jego życie. Wspomniany przepis zapobiega wcześniejszemu rozwiązaniu umowy najmu mieszkania w wypadku, gdy podopieczny nie może z niego korzystać z powodu dłuższego pobytu w szpitalu. W razie utraty dotychczasowego mieszkania, podopieczny nie ma innego wyboru, jak tylko swój schyłek życia spędzić w zakładzie dla ludzi starych lub niedołącznych. Z tego względu należy uznać za korzystne rozwiązanie, według którego również pozbycie się mieszkania spowodowane często przez oszczędnego opiekuna lub krewnych podopiecznego jest możliwe tylko za zezwoleniem sądu opiekuńczego.

## 9

W celu realizacji zasady, iż opieka trwa tylko tak długo i w takim zakresie, w jakim jest to konieczne, ustawa przewiduje uchylenie albo ograniczenie opieki z urzędu, jeżeli odpadną dotychczasowe przesłanki. Poza tym opiekuna ustanawia się na określony czas, przy czym najdłuższy termin wynosi 5 lat. Dopuszczalne jest jednak przedłużenie tego terminu.

## 10

Szczególnie doniosła jest zmiana prawa procesowego, zmierzająca do zapewnienia ochrony osoby potrzebującej pieczy.

A. Ustawa pomija mało przejrzyste i z punktu widzenia polityki prawnej przestarzałe współistnienie w tej dziedzinie ustawy o postępowaniu procesowym i ustawy o postępowaniu niespornym. Sprawy opiekuńcze mają należeć do sądu opiekuńczego. Tworzy się jednolitą procedurę prawną, która jest elastyczniejsza niż obecnie obowiązujące postępowanie o ubezwłasnowolnienie według obowiązującego obecnie postępowania cywilnego (ZPO).

B. W ustawie kładzie się szczególny akcent na to, aby w każdym wypadku uczestnik postępowania, którego dotyczy sprawa został wysłucha-

ny. Dopiero teraz można dostrzec znaczne uchybienia z przeszłości, kiedy nawet przymusową opiekę według § 1910 ust. 3 BGB ustanawiano często bez wysłuchania osoby zainteresowanej. W § 68 ust. 1 reformowanej również ustawy o postępowaniu niespornym zaleca się, aby sąd przed wyznaczeniem opiekuna albo przed orzeczeniem odmowy stosownego zezwolenia w sprawie opiekuńczej wysłuchał osobę zainteresowaną i wyrobił sobie w tym zakresie bezpośredni pogląd.

C. W rządowym projekcie ustawy nową regulację prawa proceduralnego cechowało zbędne dążenie do perfekcjonizmu. Wychodziła ona poza pożądaną ochronę podopiecznego i wymagała inicjatywy sądu opiekuńczego, która w rezultacie mogła okazać się nawet niekorzystna dla zainteresowanego. Realizacja tych postulatów wymagałaby wiele nakładu pracy i byłyby one trudne do spełnienia za pomocą środków będących do dyspozycji sądów. Pominięto godny ochrony interes zainteresowanego, aby sąd nie niepokoił go w jego mieszkaniu, skoro tam właśnie przewidywano wysłuchanie zainteresowanego przez sędziego. Czynność tę powinien dokonać nie jakikolwiek sędzia, lecz ten, który jest powołany do prowadzenia sprawy i do wydania orzeczenia. W projekcie ustawy nałożono także na sąd obowiązek omówienia z zainteresowanym wyników owego wysłuchania, jak i opinii biegłego, albo zaświadczenia lekarskiego, a w tym i ewentualnego zakresu opieki oraz kwestii wyboru osoby opiekuna. Na wniosek Bundesratu te nadmierne wymagania zostały usunięte. Zarówno samo wysłuchanie zainteresowanego w jego mieszkaniu, jak i rozmowa końcowa o wynikach postępowania opiekuńczego wchodzi więc w rachubę tylko w wypadku, gdy jest to konieczne dla wyjaśnienia sprawy (§ 68 ust. 1 zdanie 1 i 3, oraz ust. 5).

Zachowano natomiast § 68 ust. 1 zdanie 3 postępowania niespornego, który jednak również powinien ulec zmianie. Przepis ten zobowiązuje sąd do pouczenia zainteresowanego o możliwym przebiegu postępowania opiekuńczego. W wielu bowiem wypadkach chodzi o osoby z zaburzeniami umysłowymi, z którymi nie można się porozumieć nawet co do zwykłych, codziennych spraw. Inne natomiast osoby są samą interwencją sądu i spodziewanym orzeczeniem w takim stopniu zaniepokojone, że dalsze omawianie możliwego przebiegu sprawy niepokoi je dodatkowo bez koniecznej ku temu potrzeby.

Dalece niejasna jest w proponowanej ustawie kwestia finansowania pieczy. § 1835 i 1836 BGB zawierają tylko nieliczne i uzupełniające unormowania co do zwrotu nakładów i wynagrodzenia opiekuna. Przede wszystkim jednak ustawa utrzymuje w tym względzie zasadę nieodpłatności pieczy. Istnieje jednak obawa, że nie łatwo znajdzie się honorowego opiekuna na czas niezbędny do sprawowania pieczy. Te trudne

zagadnienia finansowe, które pojawiają się wraz z rosnącą liczbą ludzi starych nie znalazły w projekcie nie tylko rozwiązania, ale nawet o nich nie wspomniano. Nie da się uniknąć w przyszłości sytuacji, w której właśnie państwo będzie w dużym zakresie spełniać funkcję opiekuna przez pracowników swoich organów. Ustawa o pieczy powinna by więc wyraźniej w wielu miejscach wyeksponować zasadę subsydiarności co do sprawowania pieczy. Na pierwszym bowiem miejscu rodzina jest powołana do pieczy nad jej starymi lub niedołączonymi członkami, a dopiero w drugiej kolejności — honorowy, indywidualny opiekun. Jak długo nie można pozyskać do tej funkcji takiej osoby, rolę tę powinny przyjąć stowarzyszenia charytatywne. Dopiero w wypadku, gdy i te zawiodą, samo państwo powinno podjąć taką działalność. Zadaniem państwa jest jednak także wspierać, również finansowo, organizacje charytatywne zwłaszcza przy pozyskiwaniu i kształceniu honorowych opiekunów.

## VI

Dotychczasowe wywody wyraźnie wskazują, że ustawa o pieczy porusza zasadnicze i delikatne jednocześnie zagadnienia zdolności do czynności prawnych. Dotyczą one najważniejszego zakresu ochrony praw osoby ludzkiej. Odpowiadając na te pytania należy zastanowić się nad tym, jaką rolę powinna spełniać społeczność lokalna w zakresie ochrony osób starych i niedołączonych. Niezmiernie doniosłe są skutki społeczno-polityczne tej problematyki związanej z faktem nadmiernego starzenia się naszego społeczeństwa. Jest już pewne, że społeczność lokalna nie może już w pełni polegać na rodzinie, chociaż jest ona powołana do troski o los człowieka od początku aż do końca jego życia. Jednym z ważniejszych celów również i tego przedsięwzięcia ustawodawczego jest przeciwdziałanie zjawisku dalszego rozpadu struktury rodziny i działania na rzecz jej wzmocnienia. Rozwiązania przewidziane w omawianej ustawie trzeba postrzegać w ich związku z nowoczesną polityką rodzinną. Powinna ona zapewnić rodzinie poczesne miejsce w hierarchii wartości rozwiniętego społeczeństwa.

*Z języka niemieckiego tłumaczył Tadeusz Smoczyński*

### NEW LAW ON CUSTODY OVER ADULTS

#### S u m m a r y

The law on custody over adults in force in the Federal Republic of Germany is the expression of the XIXth c. ideas. Presently, legislative works on the amendment of the said law are in progress. They aim at taking into account to a greater extent a humane aspect and at making legal provisions more flexible, thus making it possible to adjust legal procedure and a court decree to an individualised situation of a handicapped person.