

Kazimierz Korzan

Postępowanie nieprocesowe w systemie postępowania cywilnego (cz. I)

§ 1. Postępowanie cywilne i postępowanie nieprocesowe w rozwoju historycznym

Postępowanie cywilne jest odrębną i bardzo rozległą dziedziną nauki. Obejmuje różne postępowania. Najogólniej można powiedzieć, że w jego skład wchodzi postępowanie cywilne sądowe i pozasądowe.

Podział ten jest dokonany według kryterium podmiotu, który rozpoznaje sprawy cywilne. Gdy podlegają one kognicji sądów państwowych, wówczas mówimy o postępowaniu sądowym, a gdy innym organom – o postępowaniu pozasądowym. Należy podkreślić, że żadne z tych postępowań nie jest uregulowane jednym aktem normatywnym. Odmienna procedura obowiązuje sądy powszechne i sądy szczególne.

Sądy powszechne do rozpoznawania spraw cywilnych stosują Kodeks postępowania cywilnego z 1964 r., natomiast postępowanie przed Naczelnym Sądem Administracyjnym, jako sądem szczególnym, reguluje ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r.

Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z dnia 20 września 2002 r. Nr 153, poz. 1270).

W sprawach nie unormowanych w tym postępowaniu w zakresie obrotu zagranicznego stosuje się odpowiednio przepisy części trzeciej kodeksu postępowania cywilnego. Wynika to wyraźnie z art. 300 prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, o którym wyżej wspomniano.

Postępowanie przed sądami administracyjnymi ma charakter cywilny. Naczelny Sąd Administracyjny bowiem (odmiennie niż organa administracyjne) rozstrzyga sprawy w ramach równości procesowej stron i posługuje się metodą niezawisłości, którą w literaturze (także obcej)¹ uznaje się za kryterium odgraniczające wymiar sprawiedliwości od działalności administracyjnej.

Spojrzenie na omawiany problem od strony procesowej nie podważa prezentowanego stanowiska. Sprawy, które rozpoznaje Naczelny Sąd Administracyjny na skutek wniesienia skargi, stają się cywilnymi tylko z procesowego punktu widzenia. Oznacza to, że są one nadal sprawami administracyjnymi w znaczeniu materialnoprawnym².

Szeroki zakres odesłań różnych aktów prawnych do postępowania cywilnego potwierdza słuszność poglądów eksponujących jego uniwersalność³ i lepsze wykształcenie się w tym postępowaniu poszczególnych instytucji procesowych niż w postępowaniu administracyjnym i karnym⁴.

Najogólniej postępowanie sądowe cywilne można podzielić na postępowanie rozpoznawcze, postępowanie pomocnicze (zabezpieczające w razie zaginięcia lub zniszczenia akt) i postępowanie wykonawcze⁵.

¹ Por. F. Zoulik, *Konstitutivni rozsudky*, Pravnik 1966, nr 5, s. 435.

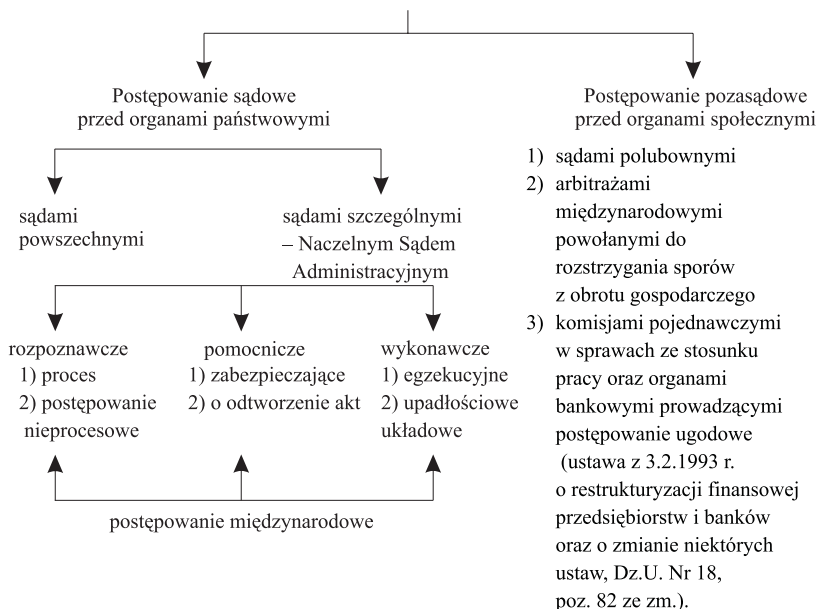
² Por. K. Korzan, *Sądowa kontrola decyzji administracyjnych i charakter postępowania przed NSA*, Palestra 1980, nr 11-12, s. 54 i nast.; K. Korzan, H. Wolak, *Charakter postępowania prowadzonego przed Naczelnym Sądem Administracyjnym*, [w:] *Studia z procesu cywilnego*, pod red. K. Korzana, Katowice 1985, s. 115 i nast.; W. Siedlecki, *Stosowanie przepisów KPC w postępowaniu przed Naczelnym Sądem Administracyjnym*, PiP 1981, nr 2, s. 52 i nast. Zagadnienie to jest sporne, gdyż Z. Resich, *Ochrona stosunków administracyjnoprawnych w działalności Naczelnego Sądu Administracyjnego: Studia z procesu cywilnego...*, s. 30 i nast., wypowiada odmienny pogląd. Sprzeczności na ten temat zarysowały się także na ogólnopolskim zjeździe w Wiśle. Jedni wypowiadali się za cywilnym charakterem postępowania przed sądem NSA, a drudzy za administracyjnym; patrz z D. Sawicz, *Ogólnopolski Zjazd Katedr i Zakładów Postępowania Cywilnego (Wisła 14-17.10.1981)*, PiP 1982, z 8, s. 141 i nast.

³ D.M. Czeczot, *Subiektywne prawo i formy jego zaszczyty*, Leningrad 1968, rozdz. III § 3, s. 49 oraz recenzja tej monografii opracowana przez K. Korzana, NP 1973, nr 7-8, s. 1119.

⁴ M. Waliński, *Proces cywilny. Funkcja i struktura*, Warszawa 1947, s. 12. Co do doniosłości społecznej postępowania cywilnego patrz również W. Siedlecki, *Stan i zadania polskiej nauki prawa procesowego cywilnego*, PiP 1980, z. 6, s. 3 i nast.

⁵ W postępowaniu cywilnym wyodrębnia się również postępowanie międzynarodowe, tj. postępowanie z elementami zagranicznymi oraz postępowanie dotyczące sądu polu-

RODZAJE POSTĘPOWANIA CYWILNEGO



Postępowanie nieprocesowe należy do postępowania rozpoznawczego. Jest to drugi, obok procesu, tryb postępowania rozpoznawczego, toczącego się przed sądami powszechnymi w sprawach cywilnych.

Usytuowanie postępowania nieprocesowego w systemie postępowania cywilnego obrazuje powyższy schemat.

Proces jest zasadniczym i najbardziej powszechnym trybem postępowania, a ponadto historycznie najstarszym. Już w okresie wczesnego niewolnictwa zaczęły się zarysowywać pewne formy uczestnictwa sędziego w kształtowaniu niektórych stosunków prawnych, polegającego na legalizowaniu adopcji, roztaczaniu pieczy prawnej nad małoletnimi itp. Te i inne formy działalności sędziego w prawie rzymskim zaczęto określać

bownego. Postępowanie regulujące kontrolę wyroków sądu polubownego przez sąd powszechny jest postępowaniem cywilnym sądowym. Postępowanie przed sądem polubownym ma natomiast (choć można spotkać i odmienne poglądy) charakter pozasądowy. Zbliżoną wypowiedź W. Berutowicza, *Przewodnik do nauki o postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1978, s. 14, moim zdaniem, można uznać za słuszną.

jako postępowanie dobrowolne (*iurisdiction voluntaria*)⁶. Termin ten nadal zachował się obok odpowiadającego mu i częściej używanego wyrażenia „postępowanie nieprocesowe”. Na przykład we Francji postępowanie nieprocesowe jest znane pod nazwą *jurisdiction gracieuse*, w Niemczech pod nazwą *freiwillige Gerichtsbarkeit*, a we Włoszech pod nazwą *giurisdizione volontaria*⁷. W byłym ZSRR odmianą tego postępowania było szczególne postępowanie (*osoboje proizvodstvo*). Ustawodawca radziecki odrzucił koncepcję objęcia postępowania szczególnego odrębnym aktem prawnym z obawy, że takie objęcie doprowadziłoby – tak samo jak w krajach kapitalistycznych – do dwutorowości zaprzeczającej jedności procesu⁸. Podobnie rozwiązano ten problem w Bułgarii⁹, a także – z pewnymi zmianami – w niektórych byłych krajach socjalistycznych.

Ustawodawca polski przyjął natomiast własne, odmienne rozwiązanie. Utrzymując w mocy kodeks postępowania cywilnego z 1932 r., oparty na zasadzie prawdy formalnej, wprowadził w 1945 r., obok tego kodeksu, drugi akt procesowy pod nazwą postępowania niespornego, które pozwoliło sądowi na podejmowanie czynności z urzędu w sprawach o dużej doniosłości społecznej. Doprowadziło to do rozdwojenia postępowania w sprawach cywilnych na dwa przeciwstawne tryby. Tę dwutorowość pogłębiło odgraniczenie „drogi procesu cywilnego” od „drogi postępowania niespornego”, gdyż naruszenie którejś z nich uzasadniało pozew lub wniosek wszczynający postępowanie niesporne. Ten stan rzeczy został zmieniony dopiero w 1950 r., w którym ustawodawca zobowiązał sąd

⁶ J. B ä r m a n n, *Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht*, New York 1968, s. 1 i nast.

⁷ Por. F. Z o u l i k, *Rizeni sporně a nesporně jako druhy civilniho procesu*, Praga 1969, s. 34; J. J o d ł o w s k i, *La procédure civile non contentieuse. Rapports Généraux au VII Congrès International de Droit Comparé*, Uppsala 6-13 aout, Sztokholm 1966, s. 193 i nast.; Z. S t a l e v, *Die Freiwillige Gerichtsbarkeit und ihre Entwicklung*, [w:] *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung. Die Generalberichte zum VII. Internationalen Kongress für Prozessrecht*, pod red. Waltera I. Habscheida, Würzburg 1983, s. 253-289.

⁸ M.A. G u r w i c z i n, *Sowieckij graždanskij process*, Moskwa 1975, s. 219 i nast.; N.A. C z e c z i n a, D.M. C z e c z o t, *Graždanskij process*, Moskwa 1968, s. 725 i nast.; I. B e r u o l i s, *Suszczynost sowietskogo graždanskogo processa*, Wilno 1969, s. 173-201.

⁹ Z. S t a l e v, *Błgarsko graždansko procesualno prawo*, Sofia 1979, s. 698 i nast., s. 725 i nast.

do przekazania sprawy do właściwego trybu w razie stwierdzenia, że skierowano ją na niewłaściwą drogę.

Wspomniana zamiana jednak nie zlikwidowała całkowicie różnic między omawianymi trybami postępowania.

Idea pełnego scalenia procesu i postępowania niespornego znalazła odzwierciedlenie w projekcie kodeksu postępowania cywilnego z 1955 r. i w późniejszych projektach. Została jednak zrealizowana w kodeksie postępowania cywilnego z dnia 17.11.1964 r., który zunifikował całe postępowanie cywilne.

Unifikacja postępowania cywilnego z 1964 r. nie doprowadziła jednak do wchłonięcia przez proces postępowania niespornego. W ramach procesu, uregulowanego w części pierwszej księgi pierwszej, utrzymano jedynie sześć odrębnych postępowań dotyczących spraw ze stosunków małżeńskich, ze stosunków między rodzicami a dziećmi, z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, posesoryjnych oraz nakazowych i upominawczych. Później zostały jeszcze wprowadzone do procesu dwa postępowania odrębne, tj. ze stosunków gospodarczych i dotyczących przeciwdziałania praktykom monopolistycznym. Sprawom, które dotychczas były rozpoznawane w postępowaniu niespornym, przeznaczono księgę drugą postępowania rozpoznawczego. Ustawodawca kierował się m.in. tradycją i nawykami ukształtowanymi przez procedury państw zaborczych. Procedury te znały postępowanie niesporne i obowiązywały na naszym terenie aż do 1.1.1933 r., tj. do dnia wejścia w życie kodeksu postępowania cywilnego z 1930 r. Podstawowy jednak motyw, przesądający o odmowie zaliczenia postępowania niespornego do jednego z trybów szczególnych (odrębnych) procesu, wypływa zarówno z jego istoty, jak i z istoty wspomnianego postępowania. We wszystkich sprawach należących do wymienionych ośmiu odrębnych trybów procesu występują dwie przeciwstawne strony. Tego jednak nie można powiedzieć o sytuacji, w której chodzi o ustanowienie kuratora dla częściowo ubezwłasnowolnionego czy np. powołania opiekuna dla osoby nie mającej zdolności prawnej. W tych i innych sprawach bowiem nie ma stron, a uczestnicy postępowania są jakby, używając terminologii J. Krajewskiego¹⁰, „partnerami okrągłego stołu”.

¹⁰ J. K r a j e w s k i, *Stosunek procesu do postępowania nieprocesowego*, ZN UMK w Toruniu, Nauki Humanistyczno-społeczne, Prawo VII, Toruń 1967, z. 23, s. 23.

Z przytoczonych względów objęcie szczególnym trybem procesu spraw należących, według dotychczasowej nomenklatury, do postępowania niespornego byłoby konstrukcją sztuczną. Uregulowanie więc przez ustawodawcę w 1964 r. problemu dotyczącego tego postępowania w odrębnej księdze kodeksu postępowania cywilnego należy uznać za w pełni uzasadnione. Skoro problemy te nie mieszczą się w sformalizowanych ramach reglamentacji prawnej procesu, niepodobna było włączać postępowania niespornego do szczególnego trybu tegoż procesu jedynie dla tego, że uczyniły to inne kraje. Przeciwnie szablonowemu naśladownictwu ustawodawstw tych krajów przemawiała zresztą okoliczność przekazania przez nie większości spraw należących do postępowania niespornego organom administracyjnym bądź notariatowi¹¹.

Należy podkreślić, że w kodeksie postępowania cywilnego z 1964 r. zastąpiono nazwę „postępowanie niesporne” wyrażeniem „postępowanie nieprocesowe”. Nazwa „postępowanie niesporne” była używana do dnia wejścia w życie powołanego kodeksu, tj. do dnia 1.1.1965 r., jako przeciwstawienie terminowi „postępowanie sporne”, którym posługuje się dawny kodeks postępowania cywilnego. Kodeks postępowania cywilnego z 1964 r. w księdze pierwszej postępowania rozpoznawczego posługuje się określeniem „proces”, dlatego postanowiono do oznaczenia przeciwstawnego mu postępowania użyć bardziej adekwatnego wyrażenia, jakim jest „postępowanie nieprocesowe”.

Na skutek zmian polityczno-ustrojowych (przekształcenia państwa totalitarnego w demokratyczne państwo prawne), jakie się u nas dokonały w 1989 r. pod wpływem realizacji ideałów liberalno-wolnościowych, zaszła potrzeba dostosowania kodeksu postępowania cywilnego do nowych warunków. Innymi słowy, do standardów zachodnioeuropejskich, którym odpowiadał również kodeks postępowania cywilnego z 1930 r. Do najważniejszych aktów prawnych odnoszących się do owego dostosowania należą: ustawa z dnia 24.5.1989 r. o rozpoznawaniu przez sądy spraw gospodarczych (Dz.U. Nr 33, poz. 175 ze zm.), ustawa z dnia 13.7.1990 r. o powołaniu sądów apelacyjnych oraz o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Kodeks postępowania cywilnego,

¹¹ K. N a t h a n i n n i, *Das Zivilprozessrecht der Deutschen Demokratischen Republik*, Berlin 1957, s. 13 i 61; G. M. S w i e r d ł o w, *Sowietskoje zakonadatelstwo o braki i siemje*, Moskwa 1961, s. 85.

Kodeks postępowania karnego, o Sądzie Najwyższym, o Naczelnym Sądzie Administracyjnym i o Krajowej Radzie Sądownictwa (Dz.U. Nr 53, poz. 306 ze zm.), ustawa z dnia 13.7.1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 55, poz. 318).

Ponieważ postępowanie nieprocesowe nie odbiegło w kwestiach podstawowych od wspomnianych standardów¹², ustawodawca w przytoczonych przepisach wprowadził w postępowaniu nieprocesowym niewielkie zmiany.

Mimo wspomnianych zmian, postępowanie nieprocesowe pozostało nadal równorzędnym procesowi trybem postępowania rozpoznawczego,

¹² Po odzyskaniu niepodległości w 1918 r. obowiązywały na terytorium Polski trzy kodeksy postępowania cywilnego, odziedziczone po państwach zaborczych (rosyjska ustawa procesowa z 1864, niemiecka procedura cywilna z 1877 oraz austriacki Kodeks postępowania cywilnego z 1895). Na tych ustawach, które obowiązywały u nas przez ponad 120 lat, wykształciło się kilka pokoleń prawników. Wpływ, jaki wywarło ustawodawstwo niemieckie i austriackie, uzewnętrznili się w takcie tworzenia Kodeksu postępowania cywilnego z 1930 r. Kodeks ten w zestawieniu z poprzednimi był kodyfikacją doskonalszą. Ze względu na wysoki poziom merytoryczny i technicznolegislacyjny, Kodeks postępowania cywilnego z 1930 r. po pewnej przebudowie, zwłaszcza w 1950 i 1953 r., obowiązywał blisko 20 lat.

Powyższy poziom stał się bezpośrednią przyczyną przyjęcia tego kodeksu za podstawę uchwalenia kodeksu z 1964 r. Ten ostatni recypował niemal wszystkie **podstawowe** instytucje procesowe z pierwszego z wymienionych kodeksów. Dzięki temu, mimo adaptowania go do zabezpieczenia ówczesnego państwa ideologicznego, w 1989 r. i późniejszych latach udało się usunąć te zabezpieczenia bez szkody dla samej struktury omawianego postępowania.

W wyniku owego usunięcia i korekty kodeksu z 1964 r., reglamentującego to postępowanie, stał się on, choć stworzony w poprzedniej epoce, zupełnie nowym kodeksem, w pełni zapewniającym ochronę ideałów, zaliczanych, zgodnie z Paktami praw człowieka, do rzędu najwyższych wartości.

O metamorfozie kodeksu, co w świetle dotychczasowych wywodów łatwo zauważyć, zdecydowało usunięcie tych norm prawnych, które przeczyły idei, że to organy państwa pełnią funkcję służebną wobec obywateli, a nie odwrotnie; bliżej o tym K. K o r z a n, [w:] *I.A.C.P.L. International Symposium of Civil Procedural Law. Unity of Civil Procedural Law and Its National Divergencies*, red. M. Sawczuk, Lublin 1994, s. 118. W związku ze wspomnianą funkcją należy dokonać jeszcze jednego spostrzeżenia. Zmiany, jakie wprowadzono w Kodeksie postępowania z 1964 r. nie są wystarczające. W celu realizacji celów, jakie wynikają z obowiązku respektowania swobód obywatelskich oraz ideałów wolności gospodarczej, charakterystycznej dla wolnokonkurencyjnego rynku, konieczne jest dokonanie dalszych zmian.

unormowanym odrębnie w takim tylko zakresie, w jakim było to konieczne do dostosowania go do specyfiki spraw rozpoznawanych w omawianym trybie. Oba tryby postępowania zbliża fakt uregulowania ich w jednym akcie procesowym oraz okoliczność oddziaływania zasad procesu na postępowanie nieprocesowe. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że art. 524 k.p.c., dopuszczając żądanie wznowienia postępowania także przez uczestnika nie biorącego udziału w sprawie, znosi ostatni relikw przeszłości, w którym poprzez m.in. treść art. 44 k.p.n. wyznaczono proces ponad postępowanie niesporne (obecnie nieprocesowe). Pomijając te i inne względy wskazujące na zrównanie obu trybów postępowania z punktu widzenia skutków wywoływanych przez zapadłe w nich orzeczenia, należy stwierdzić, że zrównanie to nie likwiduje i nie może likwidować wszystkich różnic pomiędzy procesem a postępowaniem nieprocesowym. Fakt ten wynika z wyeksponowanej już specyfiki spraw, która zadecydowała o zachowaniu przez ustawodawcę odrębności tego postępowania.

§ 2. Cel i funkcja postępowania nieprocesowego oraz kryteria odgraniczające je od procesu

Cel jako stan rzeczy, do którego zmierzamy w konkretnej działalności, jest zjawiskiem statycznym, w bezruchu. Nie można więc go utożsamiać z działalnością. Z tego powodu w nauce mówi się o celu postępowania cywilnego jako o skutku pożądanym w sferze prawnej jednostki porządku prawnego¹³. Przytoczone stanowisko jest słuszne. Cała bowiem działalność procesowa sądu zmierza do wprowadzenia w życie normy prawa materialnego przez wydanie orzeczenia zgodnego z jej treścią. W tym wprowadzeniu wyczerpuje się cel postępowania rozpoznawczego.

Funkcji postępowania nieprocesowego nie można utożsamiać (inaczej niż to się niekiedy czyni w literaturze) z celem. W przeciwieństwie do niego, wspomniana funkcja jest kategorią dynamiczną. Wyraża się w całokształcie ochrony czynności prawnej, zmierzającej do osiągnięcia omawianego celu (skutku)¹⁴. Przedmiotem ochrony są stosunki prawne oraz prawo przedmiotowe, określające te stosunki. Precyzując wspomnianą ochronę, należy podkreślić, że przybiera ona bądź formę potwier-

¹³ W. Berutowicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 1978, s. 65.

¹⁴ K. Korzan, *Arbitraż i postępowanie arbitrażowe*, Warszawa 1980, s. 80 i nast.

dającą stosunek prawny, który wypływa z normy prawnej urzeczywistnionej (*Rechtsverwirklichung*) już poza sądem i niezależnie od jego woli, (co ma miejsce w postępowaniu deklaratywnym) bądź formę urzeczywistniającą tę normę dopiero w drodze orzeczenia konstytucyjnego¹⁵.

W tak ujętym pojęciu ochrony prawnej Z. Resich sprowadza funkcję konstytucyjnego prawa do wymiaru sprawiedliwości. Ostro przy tym przeciwstawia się w wąsko pojętym koncepcjom ochrony prawnej¹⁶, uzewnętrzniającej się (co również podkreśla F. Zoulik¹⁷ w polemice z N. Abramowem) tylko w potwierdzeniu stosunku prawnego istniejącego już w chwili wniesienia sprawy do sądu.

Łatwo zauważyć, że przy spojrzeniu na funkcje ochrony prawnej przez pryzmat celu, do którego zmierza się w działalności procesowej, trudno dopatrzeć się jakichkolwiek różnic pomiędzy postępowaniem nieprocesowym a procesem. Oba bowiem zmierzają do identycznego celu: wprowadzenia w życie normy prawa materialnego w formie potwierdzenia lub urzeczywistnienia stosunku prawnego, w zależności od tego, czy w danym wypadku chodzi o działalność deklaratywną, czy konstytucyjną.

Wielu przedstawicieli nauki jednak w rzekomej odmienności celów postępowania nieprocesowego i procesu dopatrują się kryterium dyferencjującego te postępowania.

W rozważaniach na poruszony temat da się wyodrębnić trzy teorie. Według pierwszej z nich, której przedstawicielem jest A. Wach¹⁸, proces służy potwierdzeniu istniejącego prawa, bez względu na to, czy zostało ono naruszone, czy zagrożone, zaś postępowanie nieprocesowe służy przekształceniu dotychczasowego stanu prawnego. A. Wach przyznaje wprawdzie, że w procesie również zapadają orzeczenia konstytucyjne,

¹⁵ K. K o r z a n, *Orzeczenia konstytucyjne w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1972, s. 41 i nast.

¹⁶ Z. R e s i c h, *Przesłanki procesowe*, Warszawa 1966, s. 21-31; Z. H a h m, *Powództwo o ukształtowanie prawa*, Nowa Palestra 1935, nr 6-7, s. 245, również ujmując problem jurysdykcji deklaratywnej i konstytucyjnej z punktu widzenia ochrony prawnej.

¹⁷ F. Z o u l i k, *Konstitutivni rozsudky...*, s. 434 i nast.

¹⁸ A. W a c h, *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Lipsk 1885, s. 4-84; J. K r a - j e w s k i, *op. cit.*, s. 25, niesłusznie uznaje A. Wacha za twórcę teorii, za którą się opowiada, gdyż była ona znana już wcześniej; por. np. S. W e n t z e l, *System des ordentlichen Zivilprozesses*, Berlin 1978, s. 513.

ale uważa, że okoliczność ta nie podważa reprezentowanego przez niego stanowiska, gdyż wywołany przez wspomniane orzeczenia skutek jest drugim następstwem wynikającym z ustawy, a nie celem czynności sądu. Nie ulega wątpliwości, że orzeczenia konstytutywne są wydawane w procesie np. w sprawach o unieważnienie małżeństwa czy w sprawach rozwodowych. Wbrew jednak pogładowi A. Wacha, skutek konstytutywny orzeczeń zapadłych w postępowaniu nieprocesowym nie jest immanentną cechą tych orzeczeń, lecz – tak samo jak skutek konstytutywny wyroku – automatycznym następstwem wynikającym z ustawy¹⁹.

Druga teoria została opracowana przez A. Mengera²⁰. Według niego, w postępowaniu spornym sąd udziela ochrony prawnej w formie represyjnej, będącej reakcją na naruszenie prawa, natomiast cel postępowania nieprocesowego wyczerpuje się w działalności prewencyjnej sądu. Teoria ta, która i u nas miała zwolenników²¹, nie wytrzymuje krytyki, gdyż w procesie o ustalenie stosunku prawnego (art. 189 k.p.c.) również ma miejsce działalność prewencyjna. W pewnych wypadkach także postępowanie nieprocesowe może prowadzić do rozstrzygnięć o charakterze represyjnym, tak jak wyroki zasądzające świadczenie²².

Trzecia teoria, której reprezentantem jest K. Hellwig²³, wychodzi z innych założeń. Według niej celem postępowania nieprocesowego jest piecza prawna, podczas gdy cel procesu wyczerpuje się w ochronie praw podmiotowych. Przeciw teorii głoszonej przez K. Hellwiga wystąpił F. Lent²⁴, który różnicę między tymi postępowaniami widzi w odmienności przedmiotu.

Pomijając kwestię, że zgodnie z ustaleniami dokonanymi na wstępie niniejszego artykułu cel postępowania procesowego i postępowania nieprocesowego jest ten sam, trzeba stwierdzić, iż krytykowane teorie podwa-

¹⁹ Por. K. Korzan, *op. cit.*, s. 47, s. 105 i nast.; tenże, *Orzeczenia zastępujące oświadczenie woli w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1977, s. 138-182.

²⁰ A. Menger, *System des österreichischen Zivilprozessrechts*, Wiedeń 1876, s. 20 i nast.

²¹ F.K. Fierich, *Nauka o sądach cywilnych i procesie cywilnym*, Kraków 1898, s. 15.

²² Por. F. Zoulik, *Rizeni sporně a nesporně...*, s. 49.

²³ K. Hellwig, *System des Zivilprozessrechts*, Lipsk 1912, s. 54.

²⁴ F. Lent, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 1954, s. 4 i nast.

za fakt niewypracowania jednolitych argumentów, które by w większym lub mniejszym stopniu skłaniały do uznania hołdowanej przez te teorie rozbieżności celów za kryterium rozgraniczające omawiane postępowania.

Z przytoczonych względów w literaturze zaproponowano inną koncepcję. Wysłunięto mianowicie tezę, że oba tryby postępowania dzieli odmiennność zasad procesowych²⁵. Za tą teorią opowiedzieli się również normatywiści, podkreślając, że proces ma charakter autonomiczny, a postępowania nieprocesowe – heteronomiczny²⁶. Zwolennicy teorii, którzy w rozdzielnosci zasad widzą kryterium dyferencjacji obu trybów postępowania (procesowego i nieprocesowego), starają się wzmacniać swoje argumenty odmową łączenia powagi rzeczy osądzonej z orzeczeniami wydawanymi w postępowaniu nieprocesowym. Za tą odmową opowiedzieli się także niektórzy nasi przedstawiciele nauki²⁷. Z tym wszakże stanowiskiem nie można się zgodzić, gdyż – jak wiadomo – z reguły i orzeczenia zapadłe w postępowaniu nieprocesowym mają cechę powagi rzeczy osądzonej²⁸.

Nie brak również poglądów przypisujących elementowi sporności sprawy znaczenia kryterium rozgraniczającego omawiane postępowania. Według tych poglądów, **do postępowania nieprocesowego należą sprawy, w których nie ma sporu o prawo**²⁹. Wysłuniętemu kryterium zarzuca się, że w postępowaniu tym rozpoznaje się również sprawy o dużym natę-

²⁵ K. Heil, *Das österreichische Verjähren außer Streitsachen*, Wiedeń 1913, s. 3 i nast.

²⁶ F. Gerlich, *K právní povage nesporného řízení*, Praga 1939, s. 77 i nast.

²⁷ Mam na myśli M. Piekarskiego, *Glosa do orzeczenia SN z 13.10.1947 (CI 1205/47)*, PiP 1948, z. 9-10, s. 163 i nast.

²⁸ Patrz M. Sawczuk, *Wznowienie postępowania cywilnego*, Warszawa 1970, s. 46 i nast., K. Korzan, *Orzeczenia konstytucyjne...*, s. 114.

²⁹ Tak M.A. Gurwicz i inni, *Sowietskij graždanskij...*, s. 219; M.G. Awdiukow i in.: *Komentarj k GPK RSFR*, Moskwa 1976, s. 319. Należy zauważyć, że odmienny pogląd wypowiada W.W. Zejder, *Sudiebnoje rieszenije po graždanskom diełu*, Moskwa 1966, s. 4-16. Jego zdaniem, w postępowaniu nieprocesowym również występuje spór o prawo. O sporności prawa świadczy, według Zejdery, sama konieczność uzyskania odpowiedniego sądowego orzeczenia. Orzeczenie więc wydane w postępowaniu nieprocesowym usuwa, podobnie jak w procesie, sporność danego prawa, „czyniąc go trwałym, ustalonym i określonym” (s. 15).

zeniu sporności, jak np. sprawy o podział spadku, zniesienie współwłasności, ustanowienie drogi koniecznej³⁰.

Nie można również pominąć wypowiedzi kładących nacisk, przy rozgraniczeniu analizowanych trybów postępowania, na charakter czynności podejmowanych przez sąd. Rozważania jednak na ten temat nie doprowadziły do ujednolicenia stanowisk. Jakkolwiek w nauce włoskiej i niemieckiej przeważa stanowisko, że czynności podejmowane w postępowaniu nieprocesowym mają charakter jurysdykcyjny, to spotyka się i takie poglądy, które dopatrują się w orzeczeniach zapadłych w tym postępowaniu cech aktów administracyjnych³¹. Moim zdaniem, W. Siedlecki³² słusznie odrzuca koncepcję o administracyjnym charakterze działalności sądów w postępowaniu nieprocesowym. Sądy te bowiem rozstrzygają sprawy metodą niezawisłości, a ta (por. nb 11-13) przekreśla możliwość przyjęcia omawianej koncepcji.

Dotychczasowe rozważania uwypukliły w dostatecznie jasny sposób trudności, jakie powstają przy poszukiwaniu jednolitego kryterium rozgraniczającego postępowanie nieprocesowe od procesu. Istnienie wspomnianych trudności potwierdził fakt niemożności sformułowania tego kryterium na dwóch zjazdach międzynarodowych, w Mediolanie i w Wenecji, oraz na VII Kongresie Prawa Porównawczego w Uppsali w 1966 r.

Przyczyny, które komplikują znalezienie właściwego kryterium, nie są jednolite. Do ważnych zalicza się przede wszystkim fakt różnorodnej reglamentacji prawa postępowania nieprocesowego w poszczególnych systemach prawnych. Należy podkreślić, że z najbardziej ogólnego punktu widzenia wyodrębniły się dwa systemy prawne: oparty na prawdzie formalnej i prawdzie obiektywnej. Pierwszy z nich charakteryzowała okoliczność stawiania procesu i postępowania nieprocesowego w pozycji przeciwstawnej. W drugim systemie natomiast, ze względu na to, że przyjęta w nim jedność władzy zakładała jedność porządku prawnego, przeciwstawność tę znacznie złagodzone. Niwelował ją w sposób ewidentny obowiązek rozpoznawania przez sąd sprawy we właściwym trybie.

³⁰ Tak J. Krajewski, *op. cit.*, s. 27.

³¹ Bliżej o tym F. Bellati i F. de Marco, [w:] *Convegno di studio sui procedimenti in camera di consiglio*, Mediolan 1960, s. 181 i nast. oraz s. 229-231.

³² W. Siedlecki, [w:] J. Polickiewicz, W. Siedlecki, E. Wengerek, *Postępowanie nieprocesowe*, Warszawa 1980, s. 15.

W świetle tego obowiązku odrzucenie pozwu lub wniosku wszczynającego postępowanie nieprocesowe było niedopuszczalne w razie naruszenia trybu postępowania.

W systemie prawnym hołdującym prawdzie obiektywnej wyodrębniono dwa modele jako najbardziej typowe: radziecki i polski (pozostałe kraje Wschodu oscylowały raczej wokół jednego lub drugiego z nich). Model radziecki charakteryzował fakt, że *osoboje proizvodstvo*, stanowiące odpowiednik postępowania nieprocesowego, było wyodrębnione w ramach procesu. W naszym natomiast kodeksie postępowania cywilnego, postępowanie to zostało uregulowane poza procesem jako równorzędny z nim tryb samego postępowania rozpoznawczego.

Wprowadzenie u nas monteskjuszowskiego trójpodziału władz nie przemawia za uregulowaniem postępowania nieprocesowego w odrębnym akcie prawnym na wzór przedwojenny i ustawodawstwa zachodnioeuropejskiego. Doświadczenia praktyki wykazały, że ukształtowane instytucje z dziedziny postępowania nieprocesowego w zunifikowanym postępowaniu cywilnym z 1964 r. nadal prawidłowo funkcjonują.

Wprowadzenie w Polsce trójinstancyjnego systemu wymiaru sprawiedliwości³³ nie tylko wzmocni cały ów system, ale i doprowadzi do pełniejszego zabezpieczenia praw podmiotowych. Wskutek tego nasz kodeks postępowania cywilnego, jak się podkreśla w literaturze³⁴, zachowa (w ramach odrębności narodowej w stosunku do wypracowanych założeń kodeksu postępowania cywilnego ponadnarodowego)³⁵ zunifikowany model cywilnoprawnej ochrony prawnej. W tych warunkach nie wydaje się, aby były głosy przemawiające za ewentualnym wyodrębnieniem z kodeksu postępowania cywilnego przepisów reglamentujących postępowania nieprocesowe czy np. postępowanie międzynarodowe.

W związku z przedstawioną odrębnością reglamentacji prawnej postępowania nieprocesowego w wymienionych sytuacjach prawnych, która w poszczególnych państwach jest jeszcze bardziej zróżnicowana, oraz utrwalaną u nas ideą unifikacji postępowania cywilnego, niektórzy procesualiści wysuwają wątpliwości, czy w ogóle możliwe jest uznawanie

³³ Patrz rozdział VIII § 26, nb 203.

³⁴ Patrz K. Korzan, *International Symposium of Civil Procedural Law...*, przypis 13.

³⁵ K. Korzan, *Uwagi do recenzji pracy „Prawo prywatne międzynarodowe. Zarys wykładu”*, PiP 1989, z. 5, s. 123 i nast.

rozwiązań teoretycznych za podstawę dyferencjacji obu postępowań i czy za tę podstawę nie powinno być przyjęte wyłącznie ustawodawstwo pozatywne³⁶.

Jest, jak się wydaje, rzeczą oczywistą, że przy poszukiwaniu kryterium rozgraniczającego te postępowania nie można pomijać stanu prawnego. Nie można przy tym również rezygnować z poznania naukowego. Jak wiadomo, jest ono cenniejsze niż ustalenie omawianych kryteriów na podstawie komentarzowej interpretacji tekstów prawnych, daje bowiem wskazówkę ustawodawcy, czym się powinien kierować przy przekazywaniu danej sprawy do rozpoznania w postępowaniu nieprocesowym. Regulacja prawna postępowania cywilnego w wymienionych systemach prawnych ponadto nie jest na tyle odmienna, aby można było twierdzić, że nie nadaje się do porównania z punktu widzenia cech wspólnych. Takie cechy niewątpliwie istnieją, dlatego ich egzystencji nikt dotąd nie kwestionował. Rzecz jedynie w tym, aby przy wprowadzaniu cech wspólnych z porównania różnych regulacji prawnych ograniczać się jedynie do wyciągania wniosków najbardziej ogólnych (wnioski szczegółowe są z reguły omawiane nawet przy analizie tego samego systemu prawnego przez różnych autorów). Przy poszukiwaniu kryterium dyferencyjnego procesu i postępowania nieprocesowego również nie można zapomnieć, że jest to problem szerszy, dotyczący stosunku postępowania cywilnego do prawa materialnego. Jak wiemy, wspomniane postępowania służy wprowadzeniu w życie prawa materialnego. Struktura tego postępowania jest więc determinowana potrzebami prawa materialnego. Innymi słowy, jest dostosowana do udzielania takiej ochrony prawom podmiotowym, jakie narzucają określone normy prawa materialnego. Wiemy zaś, że normy te w wielu wypadkach udzielają wymienionej ochrony poszczególnym stosunkom prawnym nie tylko ze względu na interes indywidualny danego podmiotu, ale i ze względu na silnie zarysowujący się interes społeczny (publiczny). W tych właśnie wypadkach, gdy ponadto nie ma przeciwnych, którzy mogliby występować w procesie jako strony, zwykle się przekazywać sprawy do rozstrzygnięcia sądowi w postępowaniu

³⁶ Prekursorem tej myśli jest J. N u s s b a u m, *Freiwillige Gerichtsbarkeit im Reiche und Preußen 1900*, s. 3 i nast.; por. także F. B a u e r, *Grundbegriffe der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Tübingen 1973, s. 17 i nast.

nieprocesowym. W celu zapewnienia prawom podmiotowym ochrony, która leży także w interesie społecznym, upoważnia się sąd do działania z urzędu.

Interes społeczny (publiczny) występuje w różnym natężeniu. Niekiedy jest tak silny (jak np. w sprawach opiekuńczych), że zachodzi potrzeba wszczęcia postępowania nieprocesowego z własnej inicjatywy sądu. Wystąpienie interesu publicznego w stopniu narzucającym konieczność udzielenia szczególnej ochrony prawnej oznaczonym przez prawo materialne stosunkom prawnym w sprawach, w których stwierdza się brak istnienia dwóch przeciwstawnych podmiotów, stanowi dyrektywę nakazującą ustawodawcy przekazywanie tych spraw do rozpoznania w trybie postępowania nieprocesowego, a jednocześnie uniwersalne kryterium odgraniczające to postępowanie od procesu³⁷. Uniwersalne dlatego, że występuje we wszystkich sprawach rozpoznawanych w postępowaniu nieprocesowym, a więc i wówczas, gdy w danej sprawie brak jest sporu o prawo, gdzie uznawany jest za kryterium główne. Niekiedy interes publiczny zarysowuje się tak silnie, że ustawodawca przyjmuje go za samodzielną przesłankę decydującą o przekazaniu danej sprawy do trybunału nieprocesowego.

Interes ów, jako dyrektywa legislacyjna przydzielania spraw do danego trybu postępowania, w węższym lub szerszym zakresie jest uwzględniany w wielu krajach cywilizowanego świata. W niektórych z nich stało się to bezpośrednią przyczyną rozszerzenia kompetencji sądów do rozpoznawania spraw cywilnych w postępowaniu nieprocesowym. Fakt ten współczesna literatura³⁸ uznaje za podstawę podziału postępowania nieprocesowego, niezależnie od przynależności regulacji ustawowej do danego systemu prawnego, na dwie grupy:

³⁷ W. Siedlecki, *op. cit.*, s. 12 przy rozgraniczeniu obu trybów postępowania rozpoznawczego cywilnego również przywiązuje decydujące znaczenie do interesu społecznego i niewystępowania dwóch przeciwstawnych podmiotów, które mogłyby występować w procesie jako strony. Do podobnych wniosków dochodzi także F. Zollik *op. cit.*, s. 44 i nast., z tą w zasadzie różnicą, że kładzie główny nacisk zamiast na interes społeczny, na rozdzielczość celów postępowania niespornego i procesu.

³⁸ Z. Stalev, *Die Freiwillige Gerichtsbarkeit und ihre Entwicklung*, [w:] *Effektiver Rechtsschutz...*, przypis 8 do niniejszego rozdziału.

Do pierwszej z nich zalicza kraje obejmujące postępowaniem nieprocesowym sprawy, w których z natury swej nie ma sporu o prawo.

Do drugiej zaś, włącza kraje przejawiające tendencje do obejmowania postępowaniem nieprocesowym, poza wspomnianymi sprawami, także spraw o charakterze spornym.

Ostatnio niektórzy przedstawiciele nauki³⁹, nie kwestionując tego podziału, wysunęli pewne wątpliwości co do możliwości uznania kryterium interesu społecznego (publicznego) za podstawę dyferencjacji obu postępowań: procesu i postępowania nieprocesowego. Ich zdaniem, regulacja normatywna oraz bezsporny charakter spraw nadal decydują o przydzieleniu owej sprawy do trybu postępowania nieprocesowego.

Niewątpliwie, przy praktycznej ocenie spraw, które podlegają rozpoznaniu przez sąd w postępowaniu nieprocesowym, decyduje (co wykaże w następnym paragrafie niniejszego rozdziału) kryterium normatywne. Współczesne jednak ustawodawstwa coraz częściej zrywają ze sztywną regułą uznawania „braku sporu o prawo” za czynnik odgraniczający postępowanie procesowe od nieprocesowego. Naukowa zaś analiza omawianego zagadnienia wyklucza (przy rezygnacji z prowadzenia rozważań *de lege ferenda*) możliwość pomijania unormowań owego ustawodawstwa.

Przy uznaniu tego założenia za słuszne, a nie wydaje się, by można skutecznie bronić stanowiska przeciwnego, nie sposób uznawać nadal braku sporu o prawo za kryterium wyłącznie decydujące przy przekazywaniu danej sprawy do trybunału postępowania nieprocesowego.

W żadnym razie brak ów nie może uchodzić za takie kryterium w polskim porządku prawnym. Zwolennicy omawianego poglądu przemilczają fakt coraz częstszego przekazywania u nas spraw spornych do trybu nieprocesowego, pomijając również okoliczność, że obecnie w wielu typach

³⁹ Mam tu na myśli stanowisko A. Miączyńskiego i M. Jędrzejewskiej wyrażone w koreferatach do referatu głównego. K. K o r z a n a, *Teoretyczne podstawy wyodrębnienia postępowania nieprocesowego z sądowego postępowania cywilnego*. Referaty te były wygłoszone na Zjeździe Katedr i Zakładów Postępowania Cywilnego w dniach 24-26.9.1984 r. w Jastrzębiej Górze. Spośród wspomnianych referatów został opublikowany tylko referat K. K o r z a n a, [w:] *Acta Universitatis Wratislaviensis*, No 1028. Prawo CLXX, Wrocław 1990, s. 65 i nast.

spraw rozstrzyganych w postępowaniu nieprocesowym (por. nb 248-251 i 406-457) spór o prawo uzewnętrznia się w sposób ewidentny. Zwłaszcza w sprawach o zniesienie współwłasności i dział spadku rozstrzyga się niemal wszystkie związane z tymi sprawami problemy sporne, które przed wejściem w życie kodeksu postępowania cywilnego z 1964 r. należały do drogi procesu cywilnego. Doszło niejako do wchłonięcia przez tryb nieprocesowy przykładowo wskazanych spraw o charakterze procesowym. Celem doprowadzenia do owego wchłonięcia było dążenie do optymalnej efektywności postępowania, stworzenia warunków do sprawnego i szybkiego rozpoznawania spraw pozostających ze sobą w ścisłym związku. Nie można więc oczekiwać, by ustawodawca spory rozstrzygane obecnie w trybie postępowania nieprocesowego ponownie przekazywał na drogę procesu. O bezcelowości takiego oczekiwania świadczą m.in. poglądy domagające się objęcia wspomnianym postępowaniem innych jeszcze spraw⁴⁰.

W tych warunkach twierdzenie, jakoby do owego trybu należały sprawy bezsporne, jest sztuczne i wypacza obiektywny stan prawny. Współczesne tendencje rozwoju teorii prawa procesowego wyraźnie skłaniają się w kierunku przesunięcia braku sporu o prawo jako kryterium dyferencjującego proces i postępowanie nieprocesowe z pozycji pierwszoplanowej na dalszą, ale tylko w tych wypadkach, w których silnie zarysowujący się interes publiczny przemawia za przekazaniem sprawy do trybunału postępowania nieprocesowego, mimo jej spornego charakteru.

Fakt otoczenia przez sąd również w procesie szczególną troską niektórych praw podmiotowych nie podważa w analizowanej sytuacji zasadności traktowania interesu publicznego jako dyrektywy uzewnętrzniającej potrzebę przekazania do postępowania nieprocesowego danej kategorii spraw.

Po pierwsze, fakt ten występuje w wyjątkowych wypadkach, jak np. w sporach o unieważnienie małżeństwa.

Po drugie, inaczej niż to ma miejsce w procesie, w którym ochrony prawnej prawom podmiotowym udziela się głównie ze względu na tzw.

⁴⁰ Por. np. M. Ty c z k a, *Postępowanie sądowe w sprawach związanych z działalnością przedsiębiorstw państwowych i ich samorządów*, RPEiS 1982, nr 2, s. 27.

interes prywatnoprawny, w postępowaniu niespornym owa ochrona jest udzielana ze względu na tzw. interes publicznoprawny.

Prezentowanego stanowiska nie osłabia teoria o braku sprzeczności między interesem indywidualnym a społecznym. Interesy owe bowiem występują się w różnym natężeniu. W jednej sprawie przeważa interes indywidualny, a w drugiej społeczny. Są też sprawy, w których interes społeczny (publiczny) występuje tak silnie, że wymagają one rozpoznania w szczególnym postępowaniu.

Dotyczy to np. sprawy o uniemożliwienie wyborów (art. 106 ustawy z dnia 16.7.1998 r. – Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików wojewódzkich, tekst jedn.: Dz.U. z 2003 r. Nr 159, poz. 1547, zwanej dalej ordynacją).

Podobnie interes społeczny przeważa w sprawach o ustanowienie opieki. Ustanowienie opieki nad osobą małoletnią leży w przeważającej mierze w interesie społecznym, ogólnym, a nie wyłącznie owej osoby. To samo – *mutatis mutandis* – odnosi się do innych spraw rozpoznawanych w postępowaniu nieprocesowym. W szczególności do spraw działowych. Zakaz rozdrabniania gospodarstw rolnych został wprowadzony przede wszystkim w interesie społecznym dla efektywnego ich funkcjonowania, dlatego mimo istnienie sporu o prawo, sprawy te zostały przekazane do trybu postępowania nieprocesowego.

Powyższe ustalenie nie deprecjonują doniosłego znaczenia „braku sporu o prawo” jako kryterium, które ustawodawca powinien uwzględnić przy podejmowaniu decyzji w sprawie owego przekazywania.

Chociaż, jak już wyżej podkreślono, interes publiczny może niekiedy stanowić samodzielną przesłankę do przekazania sprawy do postępowania nieprocesowego, to nie można tracić z pola widzenia faktu, że w sprawach, w których zachodzi brak sporu o prawo, również występuje interes publiczny. W tym ostatnim przypadku mamy do czynienia z tzw. kwalifikowanym interesem publicznym. Ustawodawca zatem powinien przekazywać do trybu nieprocesowego w zasadzie tylko sprawy, w których występuje interes publiczny kwalifikowany. Innymi słowy, sprawy charakteryzujące się brakiem sporu o prawo. Przekazywanie spraw do trybu nieprocesowego z elementami sporności, czyli powołaniem się wyłącznie na interes publiczny jako podstawowe i jedyne kryterium, winno stanowić wyjątek od wyeksponowanej poprzednio zasady.

Nieprzestrzeganie przez normodawcę tej zasady i kierowanie się przy przekazywaniu sprawy do trybu nieprocesowego niczym nieskrępowaną dowolnością zawsze doprowadza do zgubnych w skutkach teoretycznych i praktycznych wyników. Ujemne następstwa takiego przekazywania, polegające na lekceważeniu kryterium podstawowego (głównego), jakim jest brak sporu o prawo (kwalifikowanego interesu publicznego), wyraża obezwładnienie owego kryterium w sposób uniemożliwiający odróżnienie postępowania nieprocesowego od procesu.

Należy przy tym pamiętać, że sporu o prawo nie można utożsamiać ze sporem w technicznodowodowym znaczeniu. W pierwszym przypadku chodzi o wyjaśnienie, kto np. jest nosicielem praw własności, natomiast spór w technicznodowodowym znaczeniu występuje również w sporach, w których sporu o prawo nie ma. Na przykład w sprawie o odtworzenie dyplomu, chociaż nikt nie przeciwstawia wnioskodawcy własnego prawa, jednak istnienie podstaw do owego odtworzenia musi on udowodnić.

Biorąc udział w sprawie, prokurator może zresztą podważyć treść wniosku lub kwestionować dowody złożone przez wnioskodawcę.

Z podobnych względów nie ma także podstaw do utożsamienia braku sporu o prawo z tzw. bezspornością spraw w technicznodowodowym znaczeniu. W tym znaczeniu w wielu wypadkach sprawy rozpoznawane w procesie często są bezsporne.

Jak widać, przeprowadzenie powyższych rozważań było konieczne nie tylko w celu uniknięcia nieporozumień terminologicznych, ale i w celu potwierdzenia wypowiedzianej już tezy, że dla delimitacji postępowania procesowego i nieprocesowego należy wyodrębnić kwalifikowany interes publiczny jako kryterium główne, w odróżnieniu od pozostałych kryteriów.

Uwzględniając to kryterium, Z. Stalev na VII Międzynarodowym Kongresie Procesualistów, który odbył się w dniach 12-17.9.1983 r. w Würzburgu⁴¹, dokonał w systemie światowym podziału postępowania nieprocesowego, niezależnie od przynależności regulacji ustawowej do

⁴¹ Por. Z. Stalev, *Die Freiwillige Gerichtsbarkeit und ihre Entwicklung*, [w:] *Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order. The General Reports for the Vth International Congress on Procedural Law*, red. W.J. Habscheid, Würzburg 1983, s. 257 i nast.

danego systemu prawnego, na dwie zasadnicze grupy: pierwszą z nich objął kraje przekazujące do postępowania nieprocesowego sprawy z natury swej bezsporne, do drugiej zaś zaliczył ustawodawstwa krajów hołdującym tendencjom do obejmowania postępowaniem nieprocesowym, poza wspomnianymi, także sprawy o charakterze spornym.

Według klasyfikacji Z. Staleva, Polska zalicza się do krajów przekazujących do trybu nieprocesowego sprawy, w których zachodzi brak sporu o prawo w przedstawionym wyżej znaczeniu. J. Jodłowski w polemice ze Z. Stalevem zajął odmienne stanowisko. Według niego, w Polsce postępuje tendencja do przekazywania przez ustawodawcę do postępowania nieprocesowego również spraw o wyraźnym wydźwięku sporności⁴².

Stanowisko J. Jodłowskiego jest słuszne. W aktualnych warunkach rozwoju naszego ustawodawstwa postępowanie nieprocesowe ma cechy upoważniające do zaliczenia go do drugiej z wymienionych grup. Tendencja bowiem do szerokiego otwierania u nas drogi sądowej, z jednoczesnym przekazywaniem spraw spornych (co wyżej zostało już wykazane) do trybu nieprocesowego, zarysowała się dość wyraźnie, stąd powyżej zwrócono uwagę na konieczność respektowania zasady, zgodnie z którą we wspomnianym trybie winny być rozpoznawane (poza nielicznymi wyjątkami) sprawy charakteryzujące się kryterium braku sporu o prawo.

Przytoczone kryterium można podzielić na dwa rodzaje: uzupełniające kryterium główne i kryterium mające charakter wtórny.

Pierwsze z nich dodatkowo określa cechy spraw przydzielonych do trybu postępowania nieprocesowego. Kryterium to powinno, lecz nie musi, występować kumulatywnie z kryterium głównym. Mimo to z reguły przy przekazywaniu przez ustawodawcę sprawy do trybu postępowania nieprocesowego powinno decydować występowanie obok kryterium głównego innego jeszcze kryterium, zwłaszcza gdy w danej sprawie wyraźnie zarysowuje się spór o prawo. Powoływanie się w takiej sytuacji jedynie na silnie uzewnętrzniający się interes społeczny przy włączaniu spraw do owego trybu nie jest wskazane. Może to bowiem w wypadkach

⁴² Wypowiedź J. Jodłowskiego na kongresie przytoczonym w przypisie przedmiotu; patrz też T. E r e c i ń s k i, *Sprawozdanie z VII Międzynarodowego Kongresu Prawa Procesowego*, PiP 1984, z. 1, s. 128.

granicznych, gdy natężenie owego interesu jest nieuchwytnie, doprowadzić do niedopuszczalnego przekazania do postępowania nieprocesowego także spraw, które w sposób prawidłowy mogą być rozpatrywane tylko w procesie, jak np. spory i pozytywne lub negatywne ustalenie ojcostwa.

Kryterium uzupełniające kryterium główne charakteryzuje:

1) brak przeciwnych stron (kryterium to jest najważniejsze spośród kryteriów uzupełniających, ale nie ma znaczenia bezwzględnego, dlatego że – zgodnie z dokonanymi ustaleniami – interes społeczny może niekiedy decydować o przekazaniu do rozpoznania w postępowaniu nieprocesowym także spraw działowych czy spraw dotyczących rozgraniczenia nieruchomości, w których element sporu o prawo zarysowuje się wyraźnie);

2) konieczność wszczęcia postępowania z urzędu;

3) wielokrotne powtarzanie się czynności przy załatwieniu niektórych⁴³ spraw (dotyczących sprawowania opieki itp.);

4) fakt potrzeby przekształcenia poprzez sąd stosunku prawnego lub innej sytuacji prawnej.

Należy zauważyć, że sprawy o ukształtowanie z reguły są rozpoznawane w postępowaniu nieprocesowym, ze względu na interes społeczny. W procesie są załatwione w zasadzie tylko te sprawy, których przekazanie do postępowania nieprocesowego, mimo występowania owego interesu, wyłączone zostaje przez okoliczność istnienia dwóch przeciwnych podmiotów, co zachodzi w sprawach rozwodowych, o unieważnienie małżeństwa, ustalenie ojcostwa itp. Okoliczność tę potwierdza również istnienie większej liczby przepisów przekazujących do postępowania nieprocesowego sprawy o ukształtowanie stosunku prawnego w zależności od liczby przepisów nakazujących rozpoznawanie tych spraw w procesie. Dokonane ustalenie nie daje jednak podstawy do uznania postępowania nieprocesowego za domenę kształtowania wymienionych stosunków nie tylko dlatego, że w omawianym postępowaniu są również rozpoznawane sprawy, w których zapadają orzeczenia deklaratywne, ale z innego jeszcze powodu. O tym bowiem, czy dane postępowanie jest

⁴³ W. Siedlecki, *op. cit.*, s. 12, a jeszcze wcześniej M. Guldner, *Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz*, Zurich 1954, s. 2.

domeną rozpoznawania określonych spraw nie decydują względy kompetencyjne, lecz rzeczywistość faktyczna. Badania statystyczne przeprowadzone przy innej okazji⁴⁴ dowiodły, że w procesie wydaje się więcej orzeczeń konstytutywnych niż w postępowaniu nieprocesowym.

Kryteria wtórne określają wyłącznie specyfikę trybu postępowania nieprocesowego, a nie określają specyfiki spraw przekazywanych do załatwienia w tym trybie. Uwzględnienie wspomnianych kryteriów nadaje odrębny charakter temu postępowaniu i przez to tworzy warunki do udzielenia prawidłowej ochrony prawnej, tj. zgodnej nie tylko z interesem indywidualnym nosicieli praw podmiotowych, ale i z interesem społecznym. Taką ochronę zabezpiecza przede wszystkim szeroko rozwinięty w postępowaniu nieprocesowym element oficjalności i inkwizycyjności, a ponadto charakteryzujące to postępowanie zasady procesowe, które odgraniczają postępowanie nieprocesowe od procesu (por. nb 57-69). Należy podkreślić, że wymienione odgraniczenie nie zarysowuje się u nas w sposób ostry, gdyż do zabezpieczenia w naszym procesie prawdy obiektywnej wykorzystuje się także czynnik oficjalności.

⁴⁴ K. Korzan, *Orzeczenia konstytutywne...*, s. 240 i nast.