


RODZINA I PRAWO

Nr 12 2009



Kwartalnik sędziów rodzinnych

w y d a w c a

Instytut Badań DNA

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodniczący

Prof. zw. dr hab. Tadeusz Ereciński – prezes Izby Cywilnej Sądu Najwyższego.

Zastępca przewodniczącego

Dr Joanna Nowacka – ekspert Instytutu Badań DNA.

Członkowie:

- Prof. dr hab. Elżbieta Holewińska-Łapińska – Uniwersytet Warszawski, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości
- Prof. dr hab. Tomasz Justyński – UMK w Toruniu, prodziekan Wydziału Prawa i Administracji,
- Grażyna Niemiałtowska – sędzia wizytator ds. rodzinnych i nieletnich, SO Warszawa–Praga,
- Prof. dr hab. Lech K. Paprzycki – prezes Izby Karnej Sądu Najwyższego,
- Prof. zw. dr hab. Krzysztof Pietrzykowski – sędzia Sądu Najwyższego,
- Barbara Rymaszevska – sędzia WSA w Łodzi,
- Elżbieta Schubert – sędzia SO w Olsztynie,
- Prof. zw. dr hab. Tadeusz Smoczyński – Instytut Nauk Prawnych PAN w Warszawie
- Prof. zw. dr hab. Wanda Stojanowska – kierownik Katedry Prawa Rodzinnego i Prawa Nieletnich UKSW
- Prof. zw. dr hab. Bogusław Sygit – Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego,
- Prof. zw. dr hab. Tadeusz Tomaszewski – prorektor Uniwersytetu Warszawskiego,
- Ewa Waszkiewicz – sędzia SO w Warszawie, przewodnicząca Stowarzyszenia Sędziów Sądów Rodzinnych w Polsce.

REDAKCJA

Redaktor Naczelny – sędzia Robert Zegadło, sekretarz Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego

Sekretarz Redakcji – Paweł Jagusiak, Instytut Badań DNA

Projekt okładki i opracowanie graficzne
Rafał Wiśniewski, Michał Pawlak
Skład i druk: J-PROPERTY
03-936 Warszawa, ul. Zwycięzców 20 lok. 2
tel.: 0 22 424 99 77

Nakład: 1500 egz.

Wydawca, prenumerata: Instytut Badań DNA
Adres Redakcji: 02-532 Warszawa, ul. Rakowiecka 36
tel.: 0 22 606 36 18, 0 22 646 53 38
e-mail: redakcja@ibdna.pl, fax: 0 22 606 37 19

Spis treści

ARTYKUŁY

- Bronisław Czech, sędzia Sądu Najwyższego w stanie spoczynku
Art. 58 k.r.o. w związku z problematyką ustawy nowelizującej z dnia 6 listopada 2008 r. 5
- Prof. dr hab. Wanda Stojanowska, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie
Ochrona dobra dziecka rozwodzących się rodziców – „plan wychowawczy” według koncepcji stosowanej w USA i postulat przeniesienia jej na grunt polskiego prawa rodzinnego 36
- Krystyna Mizak, sędzia Sądu Rejonowego w Wejherowie
Kurator a dziecko jako strona w postępowaniu przed sądem 62
- Robert Zegadło, sędzia Sądu Okręgowego w Warszawie, Sekretarz Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego
Ustanowienie kuratora dla dziecka na podstawie art. 99 k.r.o. 71

PRAWO RODZINNE W EUROPIE WSPÓŁPRACA MIĘDZYNARODOWA SĄDÓW

- Robert Zegadło, sędzia Sądu Okręgowego w Warszawie, Sekretarz Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego
Międzynarodowe instrumenty prawne w sprawach rodzinnych 77
- Jakub Pawliczak, absolwent WPIA Uniwersytetu Warszawskiego, absolwent Cardiff Law School
Organizacja kontaktu postadopcyjnego w Anglii i Walii za pośrednictwem Rejestru Kontaktu Adopcyjnego 90

ORZECZNICTWO

- Andrzej Kallaus, sędzia Sądu Rejonowego w Rzeszowie
Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z 28 sierpnia 2008 r. (III CZP 75/08) 103

WARTO PRZECZYTAĆ

Księgi poświęcone wybitnym przedstawicielom polskiej nauki prawa rodzinnego	116
--	-----

SPRAWOZDANIA I INFORMACJE

Grażyna Nauka, Instytut Badań DNA XXX-lecie Sądownictwa Rodzinnego w Polsce (Warszawa, 29-30 stycznia 2009 r.)	121
List Prezydenta RP – Lecha Kaczyńskiego skierowany do Organizatorów i Uczestników uroczystych obchodów 30-lecia utworzenia sądów rodzinnych w Polsce oraz 20-lecia Stowarzyszenia Sędziów Sądów Rodzinnych w Polsce (Warszawa, 29 stycznia 2009 r.)	129

Informacja dla Autorów

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji zarówno w formie wydruku z dyskietką lub w formie elektronicznej w edytorze Word 6.0, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 17 cm, wysokość 24 cm), marginesy: górny 2 cm, boczne (lewy i prawy) 2,5 cm i dolny 1,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami.

Na pierwszej stronie należy zamieścić imię i nazwisko autora (autorów) oraz tytuł pracy. Na końcu pracy należy podać: adres (y) autora (ów), nr telefonu, faksu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora (ów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska.

Materiały wraz z dyskietką należy przysyłać na adres: Redakcja kwartalnika „Rodzina i Prawo”, ul. Rakowiecka 36, 02-532 Warszawa lub pocztą elektroniczną na adres e-mail: redakcja@ibdna.pl

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmiany tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje tylko prace oryginalne. Niezamówione materiały zwracane są wyłącznie na życzenie Autora.

Bronisław Czech

Art. 58 k.r.o. w związku z problematyką ustawy nowelizującej z dnia 6 listopada 2008 r.

I. Wstęp

I.1. Zmiany wprowadzone do art. 58

Przedmiotem prac legislacyjnych Sejmu V kadencji był opracowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego – zgłoszony 24 listopada 2006 r. – rządowy projekt obszernej nowelizacji, w szczególności Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (druk sejmowy Nr 1166). Pierwotny tekst tego projektu wraz z uzasadnieniem opublikowany został m.in. w kwartalniku „Rodzina i Prawo” 2006, Nr 2 (2), s. 43–100. W wersji przyjętej przez Komisję Sejmu w dniu 6 września 2007 r. projekt ten gotowy był do uchwalenia jako ustawa, jednak nie doszło do tego z powodu samorozwiązania się Sejmu. W Sejmie VI kadencji zgłoszone zostały dwa projekty nowelizacji w szczególności k.r.o., bazujące na poprzednim projekcie: projekt poselski z dnia 7 grudnia 2007 r., identyczny z poprzednim (druk sejmowy Nr 629) oraz projekt wniesiony przez Radę Ministrów 12 sierpnia 2008 r. (druk sejmowy Nr 888), stanowiący nieznacznie zmienioną wersję poprzedniego projektu. Oba te projekty zostały wspólnie rozpoznane w procesie legislacyjnym i w wyniku tego Sejm przyjął w dniu 6 listopada 2008 r. ustawę o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw¹ (dalej określam ją jako: „nowela”, jeżeli z kontekstu nie wynika nic innego), która weszła w życie 13 czerwca 2009 r.

Nowela, pozostawiając istniejące dotychczas unormowania w art. 58 k.r.o., wprowadziła (dodała) do tego przepisu następujące zmiany:

- a) obligatoryjność rozstrzygnięcia („sąd rozstrzyga”) „o kontaktach rodziców z dzieckiem” w wyroku orzekającym rozwód (§ 1),
- b) instytucję „porozumienia” małżonków „o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem po rozwodzie”, którą „sąd uwzględni (...) jeżeli jest ono zgodne z dobrem dziecka” (§ 1),
- c) postulat dla orzecznictwa, że „rodzeństwo powinno wychowywać się wspólnie, chyba że dobro dziecka wymaga innego rozstrzygnięcia” (§ 1),

¹ Dz. U. z 2008 r. Nr 220, poz. 1431.

d) wyraźne unormowanie, że „sąd może pozostawić władzę rodzicielską obojgu rodzicom na ich zgodny wniosek, jeżeli przedstawili porozumienie, o którym mowa w § 1, i jest zasadne oczekiwanie, że będą współdziałać w sprawach dziecka.” (§ 1a).

Dla wykładni zmian wprowadzonych do art. 58 k.r.o. przez nowelę znaczenie mają także zmiany przepisów dotyczące władzy rodzicielskiej, utrzymywania kontaktów rodziców z dzieckiem oraz przepisów postępowania, co zostanie zasygnalizowane niżej².

Trzeba pamiętać, że zmiany wprowadzone do art. 58 k.r.o. będą stosowane także przy orzekaniu separacji w postępowaniu procesowym (art. 613 § 1 k.r.o.) i przy unieważnieniu małżeństwa (art. 21 k.r.o. oraz art. 425 k.p.c.), jeżeli małżonkowie mają wspólne małoletnie dzieci.

Zanim omówimy wymienione zmiany wprowadzone do art. 58 k.r.o. trzeba zasygnalizować trzy kwestie, które zostały ostatecznie rozstrzygnięte w noweli: pełnienie przez sąd rozwodowy również funkcji sądu opiekuńczego, wysłuchanie małoletniego dziecka rozwodzących się rodziców w przedmiocie władzy rodzicielskiej i utrzymywania kontaktów z nimi oraz uznanie, że utrzymywanie kontaktów z dzieckiem przez rodzica nie jest elementem jego władzy rodzicielskiej.

I.2. Sąd rozwodowy pełni również funkcję sądu opiekuńczego

Kwestia, czy sąd rozwodowy ma pełnić również funkcję sądu opiekuńczego wywoływała przez wiele lat rozbieżność poglądów zarówno w piśmiennictwie, jak i w judykaturze. Związane to było z różnymi odpowiedziami na pytanie: czy uprawnienie (i obowiązek) utrzymywania osobistych kontaktów rodzica z dzieckiem, jest elementem jego władzy rodzicielskiej. Wchodziły tu w grę zarówno przepisy k.r.o. (szczególnie art. 58 § 1 oraz art. 113 w poprzednich brzmieniach), jak i k.p.c. (szczególnie art. 443 i 445 w poprzednich brzmieniach). Rozważania na ten temat – sygnalizujące przewagę poglądów wyrażonych w judykaturze i w doktrynie, że utrzymywanie osobistych kontaktów rodziców z dzieckiem nie jest elementem ich władzy rodzicielskiej – przedstawiłem w innym miejscu³ i w dużej mierze mają one już znaczenie „historyczne”, skoro kwestia ta została rozstrzygnięta w noweli.

² Trzeba mieć na uwadze, że nowelizacja z dnia 6 listopada 2008 r. „wpisuje się” w strukturę i działanie od przeszło trzydziestu lat sądów rodzinnych. Dlatego niepokój budzi, zawarty w opracowanym w Ministerstwie Sprawiedliwości projekcie z dnia 13 listopada 2008 r. obszernej nowelizacji ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych, m.in. pomysł zlikwidowania w zasadzie wydziałów rodzinnych i nieletnich oraz przekazanie rozpoznawanych przez nie spraw do wydziałów cywilnych (jednak z możliwością utworzenia w sądzie rejonowym wydziału rodzinnego i nieletnich). Grozi to zmarnowaniem trzydziestoletniego doświadczenia – kadrowego, orzeczniczego i organizacyjnego – sądów rodzinnych oraz współdziałających z nimi instytucji. Stawia też pod znakiem zapytania prawidłowość realizacji wspomnianej nowelizacji z dnia 6 listopada 2008 r.

³ *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, pod red. K. Piaseckiego*, wyd. 3, Warszawa 2006, szczególnie s. 404–409.

Mianowicie nowela, ujęła kontakty z dzieckiem jako atrybut niezależny od władzy rodzicielskiej, ale należący do „praw rodzicielskich” wskazanych w art. 48 ust. 2 Konstytucji RP. Kontakty te stanowią przedmiot nie tylko prawa, ale i obowiązku rodziców (nowy art. 113 § 1 k.r.o.), co z kolei jest w pełni zgodne z charakterem władzy rodzicielskiej i ułatwiać powinno stosowanie prawa dotyczącego kontaktów, jako instytucji zbliżonej w miarę możliwości swoim charakterem do instytucji władzy rodzicielskiej, która także stanowi prawo i obowiązek. Utrzymywanie kontaktów z dzieckiem nowelizacja ujmuje także jako prawo i obowiązek dziecka (nowy art. 113 § 1 k.r.o.).

O pełnieniu przez sąd rozwodowy funkcji sądu opiekuńczego świadczy także art. 445¹ k.p.c. w brzmieniu nadanym mu przez nowelę⁴.

Obecna bezdyskusyjność kwestii pełnienia przez sąd rozwodowy również funkcji sądu opiekuńczego powinna wpłynąć na bardziej wnikliwe badanie sytuacji wspólnego, małoletniego dziecka rozwodzących się małżonków i prawidłowe rozstrzygnięcie spraw dotyczących jego osoby (władza rodzicielska, kontakty z rodzicami). Dotychczas bowiem bardzo często sąd rozwodowy koncentrował się jedynie na przesłankach rozwiązania małżeństwa, pozostawiając na uboczu okoliczności dotyczące osoby małoletniego (kryteria rozstrzygania o władzy rodzicielskiej i kontaktach rodziców z dzieckiem po rozwodzie), co prowadziło do potrzeby rychłego wszczynania sprawy opiekuńczej po uprawomocnieniu się wyroku orzekającego rozwód. Podkreślała to w szczególności W. Stojanowska w wymienionych niżej pracach⁵.

1.3. Kwestia wysłuchania małoletniego dziecka rozwodzących się jego rodziców

Skoro po zmianach wprowadzonych do k.r.o. i k.p.c. wspomnianą nowelą nie budzi wątpliwości, że sąd rozwodowy pełni również funkcję sądu opiekuńczego, powstaje problem wysłuchania małoletniego dziecka rozwodzących się małżonków w kwestii „spraw” (jak to określa art. 576 § 2 k.p.c.) dotyczących osoby tego dziecka (władza rodzicielska i kontakty z rodzicami).

⁴ „Art. 445¹ § 1. Jeżeli sprawa o rozwód lub o separację jest w toku, nie może być wszczęte odrębne postępowanie dotyczące władzy rodzicielskiej nad wspólnymi małoletnimi dziećmi stron lub o ustalenie kontaktów z nimi. W razie potrzeby orzeczenia o władzy rodzicielskiej lub o kontaktach stosuje się przepisy o postępowaniu zabezpieczającym. § 2. Postępowanie w sprawie dotyczącej władzy rodzicielskiej lub kontaktów wszczęte przed wytoczeniem powództwa o rozwód lub o separację ulega z urzędu zawieszeniu, a o władzy rodzicielskiej lub kontaktach przez cały czas trwania sprawy o rozwód lub o separację sąd orzeka w postępowaniu zabezpieczającym. Sąd postanowi podjąć postępowanie dotyczące władzy rodzicielskiej lub kontaktów, jeżeli w prawomocnym orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie o rozwód lub o separację nie orzeczono o władzy rodzicielskiej lub kontaktach. W przeciwnym wypadku postępowanie ulega umorzeniu.”.

⁵ Zob. również na ten temat wspomniane wyżej moje rozważania i krytyczne uwagi w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, pod red. K. Piaseckiego, szczególnie s. 404–409.

Kwestia wysłuchiwanie małoletniego w sprawach dotyczących jego osoby postawiona była już dawniej. Mianowicie:

- a) w zasadzie 3 załącznika do Rekomendacji Nr R (84) 4 w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej, przyjętej przez Komitet Ministrów Rady Europy 28 lutego 1984 r.⁶ W komentarzu do tej Rekomendacji W. Stojanowska, powołując orzecznictwo i piśmiennictwo, trafnie zauważyła, że sąd opiekuńczy powinien czuwać, aby osobisty udział małoletniego w postępowaniu nie miał ujemnych następstw natury społeczno-wychowawczej, albo aby tego rodzaju następstwa ograniczone były do minimum, przy czym w każdym przypadku sąd opiekuńczy powinien rozważyć, czy nakazanie osobistego stawiennictwa małoletniego jest celowe, a jeżeli tak, to w jakim zakresie⁷,
- b) w Konwencji o prawach dziecka z 1989 r.⁸ – w art. 12⁹,
- c) w Europejskiej konwencji o wykonywaniu praw dzieci, sporządzonej w Strasburgu dnia 25 stycznia 1996 r.¹⁰ – w art. 3 i 6¹¹.

⁶ Zasada 3: „Właściwy organ zobowiązany do podjęcia decyzji w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej lub jej wykonywania, dotyczącej podstawowych interesów dziecka, powinien zapoznać się z jego stanowiskiem, o ile stopień dojrzałości dziecka na to pozwala.” (w:) *Standardy prawne Rady Europy. Teksty i Komentarze, t. I, red. M. Safjan*, Warszawa 1994, s. 202. W oficjalnym komentarzu Komitetu Ekspertów do tego dokumentu stwierdzono m.in., że „Zasada 3 Rekomendacji nie wymaga uzyskania stanowiska dziecka we wszystkich wypadkach. Uzyskanie takiej opinii jest jednak konieczne, gdy właściwy organ ma wydać decyzję dotyczącą podstawowych interesów dziecka, jeżeli stopień dojrzałości dziecka pozwala na zrozumienie charakteru problemu oraz jeżeli nie będzie to ze szkodą dla jego dobra. Celem takiego przepisu jest umożliwienie dziecku uczestnictwa przy wydawaniu dotyczących go decyzji i udziału w wypracowaniu właściwego rozwiązania. W tym kontekście wyrażono wątpliwość, czy w kwestii ustalenia wysokości alimentów udział dziecka jest pożądany. Zagadnienie zdolności dziecka do występowania przed sądem i do podejmowania czynności procesowych musi być rozstrzygnięte przez prawo wewnętrzne.”, tamże, s. 208.

⁷ W: *Standardy prawne Rady Europy. Teksty i Komentarze, t. I, red. M. Safjan*, Warszawa 1994, s. 222 i 223.

⁸ Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526.

⁹ „Art. 12. 1. Państwa-Strony zapewniają dziecku, które jest zdolne do kształtowania swych własnych poglądów, prawo do swobodnego wyrażania własnych poglądów we wszystkich sprawach dotyczących dziecka, przyjmując je z należytą wagą, stosownie do wieku oraz dojrzałość dziecka. 2. W tym celu dziecko będzie miało w szczególności zapewnioną możliwość wypowiadania się w każdym postępowaniu sądowym i administracyjnym, dotyczącym dziecka, bezpośrednio lub za pośrednictwem przedstawiciela bądź odpowiedniego organu, zgodnie z zasadami proceduralnymi prawa wewnętrznego.”

¹⁰ Dz. U. z 2000 r. Nr 107, poz. 1128.

¹¹ „Art. 3. Dziecko, uznane według prawa wewnętrznego za mające wystarczające rozeznanie, w dotyczącym go postępowaniu przed organem sądowym powinno mieć przyznane i samo może żądać przyznania następujących praw: a) do otrzymywania wszystkich istotnych informacji; b) do pytania go o zdanie i do wyrażania swojego stanowiska; c) do bycia informowanym o ewentualnych skutkach jego stanowiska oraz o ewentualnych skutkach każdej decyzji.”. „Art. 6. W postępowaniach dotyczących dzieci organ sądowy przed podjęciem decyzji powinien: a) rozważyć, czy posiada wystarczające informacje, aby podjąć decyzję zgodną z dobrem dziecka, a jeżeli jest to konieczne zażądać dodatkowych informacji, w szczególności od osób, na których spoczywa odpowiedzialność rodzicielska; b) w sprawach dzieci uznanych według prawa wewnętrznego za mające wystarczające rozeznanie: – upewnić się, czy dziecko otrzymało wszystkie istotne informacje; – w stosownych przypadkach, jeżeli to konieczne nieformalnie, zasięgnąć opinii samego dziecka, osobiście albo za pośrednictwem innych osób lub instytucji, w sposób odpowiedni do rozeznania dziecka, chyba że byłoby to oczywiście sprzeczne z jego dobrem; – umożliwić dziecku przedstawienie jego stanowiska; c) przykładać należyłą wagę do stanowiska wyrażonego przez dziecko.”.

Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.¹² w art. 72 ust. 3 stanowi, że „W toku ustalania praw dziecka organy władzy publicznej oraz osoby odpowiedzialne za dziecko są obowiązane do wysłuchania i w miarę możliwości uwzględnienia zdania dziecka.”.

Kodeks postępowania cywilnego w dodanej wspomnianą nowelą art. 216¹ stanowi, że: „§ 1. Sąd w sprawach dotyczących osoby małoletniego dziecka wysłuchuje je, jeżeli jego rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości na to pozwala. Wysłuchanie odbywa się poza salą posiedzeń sądowych. § 2. Sąd stosownie do okoliczności, rozwoju umysłowego, stanu zdrowia i stopnia dojrzałości dziecka uwzględni jego zdanie i rozsądne życzenia.”. Również, po dokonanej zmianie wymienioną, art. 576 § 2 k.p.c. stanowi, że sąd opiekuńczy „(...) w sprawach dotyczących osoby lub majątku dziecka wysłuchuje je, jeżeli jego rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości na to pozwala, uwzględniając w miarę możliwości jego rozsądne życzenia. Wysłuchanie odbywa się poza salą posiedzeń sądowych.”.

Należy także mieć na uwadze art. 430 oraz 573 k.p.c. Według pierwszego z tych przepisów, w sprawach małżeńskich małoletni, którzy nie ukończyli lat trzynastu, a zstępni stron, którzy nie ukończyli lat siedemnastu, nie mogą być przesłuchiwanie w charakterze świadków. Jest oczywiste, że wysłuchanie (o którym wyżej wspomniano) małoletniego w sprawie rozwodowej nie jest przesłuchaniem go w charakterze świadka. Według zaś art. 573 k.p.c., odnoszącego się do spraw opiekuńczych, osoba pozostająca pod władzą rodzicielską, opieką albo kuratelą ma zdolność do podejmowania czynności w postępowaniu dotyczącym jej osoby, chyba że nie ma zdolności do czynności prawnych (§ 1 – idzie tu o zdolność procesową, której nie mają osoby przed ukończeniem 13 lat); sąd może ograniczyć lub wyłączyć osobisty udział małoletniego w postępowaniu, jeżeli przemawiają za tym względy wychowawcze (§ 2).

W związku z powyższymi uregulowaniami i z uwagi na charakter sprawy rozwodowej [a także w sprawach: o separację rozpoznawaną w trybie procesowym (art. 61³ § 1 k.r.o.) i o unieważnienie małżeństwa (art. 21 k.r.o.) – jeżeli rodzice mają wspólne małoletnie dzieci], należy sformułować cztery postulaty.

Po pierwsze. W sprawie rozwodowej nie może być regułą wysłuchiwanie małoletniego dziecka rozwodzących się jego rodziców na okoliczności dotyczące rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej i jego kontaktach z rodzicami. Decyzję w przedmiocie takiego wysłuchania powinien podjąć sędzia rozwodowy mając na uwadze swoje bogate doświadczenie (zarówno orzecznicze, jak i życiowe), okoliczności konkretnej sprawy, wiek dziecka i jego stopień rozeznania, a także dobro dziecka i niezbędność jego wysłuchania.

Po drugie. Jeżeli dziecko, które ukończyło 17 lat, jest przesłuchiwane jako świadek (co jest w praktyce rzadkością, dopuszczanie zaś takiego dowodu powinno być poprzedzone głębokim namysłem sędziego), należy rozważyć, czy wskazane jest wysłuchanie go również poza salą rozpraw (art. 576 § 2 zd. ostatnie k.p.c. – sąd roz-

¹² Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

wodowy działa również jako sąd opiekuńczy) na okoliczności dotyczące rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej i o utrzymywaniu kontaktów osobistych z rodzicami.

Po trzecie. Zawsze – mając na uwadze dobro dziecka – należy rozważyć, czy wspomniane wysłuchanie małoletniego (jeżeli w ogóle zostanie dopuszczone) ma być dokonane bezpośrednio przez sędziego w sądzie, poza salą posiedzeń sądowych, czy za pośrednictwem innych osób, np. a) specjalistów z rodzinnego ośrodka diagnostyczno-konsultacyjnego w związku z wydawaniem opinii na zlecenie sądu (jest to opinia łączna specjalistów z różnych dziedzin wiedzy – art. 285 k.p.c., zob. uchwałę SN z dnia 29 listopada 1977 r., III CZP 88/77¹³), b) kuratora sądowego (art. 570¹ k.p.c.), c) mediatora posiadającego wiedzę teoretyczną i umiejętności praktyczne w zakresie prowadzenia mediacji w sprawach rodzinnych, w związku z prowadzoną mediacją (art. 436 i 570² k.p.c.).

Po czwarte. Należy dbać o to by małoletniego dziecka rozwodzących się małżonków nie wciągać do procesu rozwodowego i do konfliktu między nimi. Wciągnięcie takie bowiem wyrządzi szkodę nie tylko dziecku, ale również jego rodzicom. Postulat ten znalazł wyraz w judykaturze¹⁴, a także w piśmiennictwie¹⁵.

I.4. Utrzymywanie kontaktów z dzieckiem przez rodzica nie jest elementem jego władzy rodzicielskiej

O kwestii tej wspomniano wyżej (I. 2.) i będzie o niej mowa w związku z orzekaniem o utrzymywaniu osobistych kontaktów z dzieckiem (VI.).

II. „Porozumienie małżonków” (art. 58 k.r.o.) i „porozumienie rodziców” (art. 107 § 2 k.r.o.) o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem – wprowadzenie

II.1. Sformułowania przepisów

Nowela wprowadziła do k.r.o. nowe wymaganie przy orzekaniu o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z małoletnim dzieckiem

¹³ OSNCP 1978, Nr 5–6, poz. 87.

¹⁴ Zob. np. pkt III uchwały pełnego składu Izby Cywilnej SN z dnia 18 marca 1968 r. – wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w zakresie stosowania przepisów art. 56 oraz art. 58 k.r.o., III CZP 70/66, OSNCP 1968, Nr 5, poz. 77.

¹⁵ Zob. w szczególności: W. Stojanowska, *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979, s. 125 i n., teźże, *Ochrona dziecka przed negatywnymi skutkami konfliktu między jego rodzicami*, Warszawa 1979, szczególnie s. 58–72, teźże, *Komentarz do Rekomendacji Nr R (84) 4 Komitetu Ministrów Rady Europy*, (w:) *Standardy prawne Rady Europy...*, red. M. Safjan, Warszawa 1994, s. 222–224.

w postaci przedstawienia przez rodziców „porozumienia” w tym przedmiocie. Nastąpiło to w dwóch przepisach.

Mianowicie według art. 58 § 1 k.r.o. sąd orzekając rozwód i rozstrzygając o władzy rodzicielskiej nad wspólnym małoletnim dzieckiem obojga małżonków i o kontaktach rodziców z dzieckiem „(...) uwzględnia porozumienie małżonków o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem po rozwodzie, jeżeli jest ono zgodne z dobrem dziecka.”. W § 1a powołanego artykułu możliwość pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rozwiedzionym rodzicom uzależniona została od ich zgodnego wniosku w tym przedmiocie i przedstawienia wymienionego „porozumienia”, jeżeli „zasadne jest oczekiwanie, że będą współdziałać w sprawach dziecka.”.

Podobnie stanowi art. 107 § 2 k.r.o.¹⁶

Trzeba zauważyć, że porównanie obu tych artykułów prowadzi do wniosku, iż w sytuacji, której dotyczy art. 107, przedstawienie wspomnianego „porozumienia” konieczne jest jedynie przy pozostawieniu władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom.

Wprowadzenie do k.r.o. wspomnianego „porozumienia małżonków” (art. 58 § 1 i 1a) i „porozumienia rodziców” (art. 107 § 2) jest realizacją zasady Nr 6 z załącznika do Rekomendacji Nr R (84) 4 w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej z 28 lutego 1984 r., przyjętej przez Komitet Ministrów Rady Europy¹⁷.

II.2. Uzasadnienie projektu nowelizacji odnośnie do „porozumienia”

Odnośnie do tego „porozumienia” w uzasadnieniu projektu noweli stwierdzono co następuje:

„Obligatoryjna część wyroku rozwodowego zostaje rozszerzona na orzekanie o kontaktach z dzieckiem w związku z nową koncepcją ich unormowania i kształtowania, przyjętą w projekcie. (...) Ponadto stworzona zostaje podstawa związania sądu porozumieniem małżonków o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej, jeżeli będzie ono zgodne z dobrem dziecka («plan wychowawczy»). Proponowany

¹⁶ „Art. 107 § 1. Jeżeli władza rodzicielska przysługuje obojgu rodzicom żyjącym w rozłączeniu, sąd opiekuńczy może ze względu na dobro dziecka określić sposób jej wykonywania. § 2. Sąd może powierzyć wykonywanie władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców, ograniczając władzę rodzicielską drugiego do określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do osoby dziecka. Sąd może pozostawić władzę rodzicielską obojgu rodzicom, jeżeli przedstawili zgodne z dobrem dziecka porozumienie o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem, i jest zasadne oczekiwanie, że będą współdziałać w sprawach dziecka. Rodzeństwo powinno wychowywać się wspólnie, chyba że dobro dziecka wymaga innego rozstrzygnięcia.”.

¹⁷ Zasada Nr 6: „W przypadku rozwiązania małżeństwa albo separacji rodziców, uprawniony właściwy organ orzeka o wykonywaniu odpowiedzialności rodzicielskiej. W tym celu podejmuje on wszelkie stosowne środki, ustalając na przykład podział odpowiedzialności rodzicielskiej pomiędzy rodzicami albo za ich zgodą postanowi, że powinna być ona wykonywana przez oboje rodziców łącznie. Przy podejmowaniu takiej decyzji, organ powinien uwzględnić porozumienie zawarte między rodzicami, jeśli nie jest ono sprzeczne z dobrem dziecka.” (w:) *Standardy prawne Rady Europy...*, red. M. Safjan, s. 202 i 203.

jest nowy § 1a kompleksowo określający zasady kształtowania władzy rodzicielskiej rozwiedzionych małżonków. Pozostawiona zostaje mianowicie treść zd. 2 obecnego § 1 art. 58 k.r.o. (powierzenie władzy rodzicielskiej jednemu z małżonków z jednoczesnym ograniczeniem jej w odniesieniu do drugiego małżonka) oraz dodane postanowienie uzależniające powierzenie władzy rodzicielskiej obojgu małżonkom od przedstawienia zgodnego z dobrem dziecka porozumienia o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej (...) Ponieważ w praktyce orzeczniczej dość powszechna jest tendencja do pozostawiania rodzicom pozostającym w rozłączeniu pełnej władzy rodzicielskiej bez należytego zbadania rzeczywistych możliwości zgodnego jej wykonywania w sposób odpowiadający dobru dziecka, proponuje się – w nawiązaniu do postulatów w tej sprawie formułowanych w doktrynie (W. Stojanowska) – uwarunkowanie omawianych rozstrzygnięć przedstawieniem sądowi porozumienia rodziców o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywania z dzieckiem kontaktów. Koncepcja porozumienia rodziców nawiązuje do amerykańskiego wzorca tzw. «planu wychowawczego» będącego wynikiem negocjacji między rodzicami i dobrowolnego zobowiązania się przez nich przed sądem do określonego sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej i utrzymywania z dzieckiem kontaktów. Analogiczny plan («porozumienie» wg projektu) sporządzają rodzice i przedstawiają sądowi do akceptacji. Pomocą rodzicom mogliby służyć pracownicy rodzinnych ośrodków diagnostyczno-konsultacyjnych, łącząc wsparcie z mediacją i terapią rodzinną. (...) Przepis art. 107 w proponowanym brzmieniu jednolicie traktuje rozłączenie rodziców bez względu na istnienie lub nieistnienie między nimi w chwili orzekania albo w przeszłości związku małżeńskiego. Dotyczy zarówno niepozostających w faktycznym wspólnym pożyciu, jak i małżonków pozostających w faktycznej separacji. Aby wykluczyć przypadkowość i pochopność rozstrzygnięć pozostawiających pełnię władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom niepozostającym ze sobą choćby w faktycznym wspólnym pożyciu, proponuje się, podobnie jak w przypadku rozłączenia rodziców w następstwie orzeczenia rozwodu (zob. projektowany art. 58 § 1a zd. 2 k.r.o.), pozostawienie pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom tylko wtedy, jeżeli rodzice przedstawią sądowi pisemne porozumienie o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem, zgodne z dobrem dziecka. Projektowane unormowanie zakłada, że rodzeństwo powinno wychowywać się wspólnie, chyba że dobro dziecka wymaga innego rozstrzygnięcia.”¹⁸

Jednocześnie w uzasadnieniu projektu noweli stwierdzono, że „Projektując nowelizację przepisów prawa rodzinnego, zwłaszcza odnoszących się do niemałątkowych stosunków rodzinnych, trzeba (...) uwzględnić pierwiastek tradycji powszechnie występujący w stosunkach rodzinnych. Nie należy przy tym mechanicznie kopiować obcych wzorców prawnych i zalecanych standardów między-

¹⁸ Zob. uzasadnienie projektu noweli: „Rodzina i Prawo” 2006, Nr 2 (2), s. 69, 71 i 72, 76, 86, 89–91.

narodowych albo narzucać apriorycznie sformułowanych wzorców zachowań jako rzekomo bardziej nowoczesnych niż te, które zyskały powszechną społeczną akceptację.”¹⁹.

II.3. „Plan wychowawczy” w innych ustawodawstwach jako wzór „porozumienia”

W uzasadnieniu projektu noweli występuje wyraźne odwołanie się do „planu wychowawczego” funkcjonującego w innych ustawodawstwach, jako wzoru dla wprowadzanego „porozumienia”.

Z tego względu oraz wobec braku jakichkolwiek normatywnych wskazań odnośnie do sposobu opracowania takiego „porozumienia” i jego zawartości należy krótko zasygnalizować niektóre zagadnienia związane z „planem wychowawczym” (*parenting plan*) funkcjonującym w ustawodawstwie niektórych stanów USA od lat 80 XX wieku, kiedy to przeprowadzono tam reformę prawa rozwodowego²⁰. Omówienie wspomnianego planu wychowawczego przyjętego w prawie amerykańskim przedstawili w piśmiennictwie polskim T. Sokołowski²¹ (na przykładzie regulacji stanu Waszyngton, przy równoczesnym wspomnieniu o innych systemach prawnych w Europie i przedstawieniu wniosków *de lege ferenda*) oraz W. Stojanowska²² (w odniesieniu do ustawodawstwa stanów Waszyngton i Michigan oraz sformułowaniem wniosków *de lege ferenda*). W niniejszej wypowiedzi nie ma możliwości i potrzeby bardziej szczegółowego przedstawienia rozwiązań przyjętych w prawie amerykańskim, dlatego w każdym wypadku opracowywania „porozumienia” o jakim mowa w art. 58 § 1 i 1a k.r.o. oraz art. 107 § 2 k.r.o., należałoby sięgnąć do wymienionych publikacji W. Stojanowskiej i T. Sokołowskiego. Tutaj podane zostaną jedynie niektóre uwagi na ten temat.

Celami planu wychowawczego są: zabezpieczenie troski o osobę dziecka, zwłaszcza o jego uczucia i wzrastające z wiekiem jego potrzeby; określenie praw i obowiązków rodziców; zabezpieczenie dziecka przed szkodliwymi zachowaniami rodziców; zachęcenie rodziców do rozstrzygania spraw dziecka, korzystając z postanowień zawartych w planie wychowawczym dla uniknięcia sporów sądowych oraz generalnie ochrona dobra dziecka²³.

Plan wychowawczy ma spełniać cztery podstawowe funkcje²⁴:

¹⁹ Tamże, s. 62.

²⁰ Zob. wzmiankę na ten temat w artykule: A. Szlęzak, *Reforma prawa rozwodowego w USA*, „Nowe Prawo” 1988, Nr 9, s. 90–99.

²¹ T. Sokołowski, *Skutki prawne rozwodu*, Poznań 1996, szczególnie s. 73–86.

²² W. Stojanowska, *Postulat przeniesienia amerykańskiej koncepcji „planu wychowawczego” rozwodzących się rodziców na grunt prawa polskiego*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2007, Nr 7.2, s. 7–44; wspominała ona o tym już wcześniej w pracy *Ochrona dziecka przed negatywnymi skutkami konfliktu między jego rodzicami*, Warszawa 1997, s. 106 i 107.

²³ W. Stojanowska, *Postulat przeniesienia...*, s. 14 i 15; T. Sokołowski, *Skutki prawne...*, s. 76.

²⁴ W. Stojanowska, *Postulat przeniesienia...*, s. 19 i 20; T. Sokołowski, *Skutki prawne...*, s. 80 i 81.

- a) ułatwiającą uregulowanie sytuacji porozwodowej przez strony. Plan wychowawczy powinien zachęcić, zainspirować strony do rozważenia różnych możliwych sposobów dalszego uregulowania procesu wychowania dziecka, zastanowienia się nad zakresem swoich praw i obowiązków,
- b) normatywną, zawierającą szczegółowe postanowienia co do roztoczenia pieczy rodziców nad dzieckiem, m.in. określenie ram czasowych pobytu dziecka u każdego z nich,
- c) edukacyjną, mającą przybliżyć i wyjaśnić rodzicom (już podczas przygotowywania planu) ich porozwodowe obowiązki i uprawnienia, odpowiadające funkcjom rodzicielskim,
- d) prewencyjną, mającą przeciwdziałać konfliktom między rodzicami zarówno w trakcie procesu rozwodowego, jak i po jego orzeczeniu rozwodu. Ma zapobiegać wciąganiu dziecka do konfliktu jego rozwodzących się rodziców. Istotną jest analiza potencjalnych obszarów konfliktu w toku przygotowywania planu i ustalenie sposobu przyszłego rozwiązywania problemów związanych z kolizją interesów – która może pojawić się w przyszłości – wypracowanego przez samych rodziców i ich adwokatów, a nie – jak dotychczas – przez sąd.

Plan powinien zawierać uregulowania dotyczące: miejsca pobytu dziecka, przyznania prawa decyzji oraz sposobu rozstrzygania przyszłych sporów. Przy rozstrzyganiu sporów zalecana jest mediacja, doradztwo lub inne polubowne postępowanie z udziałem specjalistów, fachowych agencji lub sądu. Rodzice mają obowiązek uczestniczenia w postępowaniu mediacyjnym. Prawo decyzji musi być określone w planie wychowawczym, w odniesieniu do jednego lub obojga rodziców w zakresie: wykształcenia dziecka, opieki zdrowotnej i wychowania religijnego oraz innych spraw z inicjatywy rodziców, przy czym w sytuacjach nagłych, w razie grożącego niebezpieczeństwa, każde z rodziców ma prawo do podjęcia stosownej decyzji. Podejmowanie decyzji zależy od tego, u którego z rodziców dziecko aktualnie przebywa, a spór między rodzicami jest rozstrzygany w postępowaniu mediacyjnym. Decyzje w sprawach dziecka mogą być podejmowane: a) tylko przez jedno z rodziców lub, b) przez oboje rodziców w wyniku wspólnego rozstrzygnięcia. Wspólne podejmowanie decyzji będzie ustanowione w planie wychowawczym wówczas, gdy rodzice przejawiają chęć i zdolność do współpracy we wszystkich zakresach przewidzianych w przepisach dotyczących planu, a ich miejsce zamieszkania znajduje się w odległości umożliwiającej im regularne kontaktowanie się ze sobą²⁵.

Plan wychowawczy sporządzany jest według wzoru w postaci specjalnie do tego celu opracowanego „Kwestionariusza”, którego rubryki odpowiadają wymaganiom przewidzianym w przepisach prawa. Plan ten staje się częścią składową orzeczenia sądu²⁶.

²⁵ W. Stojanowska, *Postulat przeniesienia...*, s. 15; T. Sokolowski, *Skutki prawne...*, s. 78.

²⁶ W. Stojanowska, *Postulat przeniesienia...*, s. 16 i 20.

II.4. „Porozumienie małżonków” (art. 58 § 1 i 1a k.r.o.) i „porozumienie rodziców” (art. 107 § 2 k.r.o.) – postulaty co do sposobu legislacyjnego wprowadzenia

T. Sokołowski²⁷ i W. Stojanowska²⁸ słusznie postulowali by wprowadzając do polskiego Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego instytucję planu wychowawczego, zamieścić w odrębnej ustawie problematykę związaną z tym planem. Podkreślali, że musi to być akt normatywny w postaci ustawy albowiem dotyczy on władzy rodzicielskiej. W. Stojanowska²⁹, wspominając o projekcie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego z dnia 28 kwietnia 2006 r. nowelizacji k.r.o. i innych ustaw³⁰, który stał się podstawą ustawy nowelizującej, stwierdziła, że „(...) projekt przewiduje instytucję «porozumienia» tylko w art. 58 § 1 k.r.o., pozostawiając art. 106 k.r.o. bez zmiany. W tej sytuacji nie wiadomo, czy takie «porozumienie» sąd powinien uwzględnić, czy nawet wymagać od rodziców, aby je przedstawili, gdy do sądu wpłynie wniosek o zmianę wyroku rozwodowego w części dotyczącej władzy rodzicielskiej i kontaktów dziecka z rodzicami. Nie wiadomo też, co powinno obejmować takie «porozumienie». Z tego wynika, że wzmianka o «porozumieniu» rodziców, zawarta w art. 58 § 1 projektu nie wystarczy i nie rozwiąże problemu oraz wskazuje na potrzebę dokładnego unormowania tej instytucji tak, jak to zrobił ustawodawca w USA, wprowadzając instytucję «planu wychowawczego rodziców»”. Podobne uwagi przedstawiła W. Stojanowska poprzednio w opinii dla Biura Analiz Sejmowych do projektu nowelizacji, (druk Sejmu V kadencji Nr 1166³¹). W opinii tej napisała m. in.: „Na tym etapie ewolucji instytucji prawnej władzy rodzicielskiej rozwiedzionych rodziców wzmianka o «porozumieniu» rodziców jest dużym krokiem naprzód. Dalsze uregulowanie (...) powinno być poprzedzone badaniami praktyki sądowej w zakresie tego rodzaju porozumień, np. w postaci eksperymentu dla uzyskania doświadczenia. Wydaje się, że za wcześnie jest omawianą problematykę regulować w drodze ustawy. Jednakże pozostawienie przewidzianej w projekcie instytucji «porozumienia» bez żadnych wskazówek, w jakim trybie powinno być ono sporządzane i wykonywane, może spowodować martwość tego przepisu, który je reguluje, albo korzystanie z niego niezgodnie z jego celem i ideą. Można ten problem rozwiązać w opiniowanym projekcie w inny sposób, dodając np. § 1b do art. 58 o treści: «Odrębne przepisy regulują tryb (sposób) sporządzania porozumienia, o którym mowa w § 1». Akt niższego rzędu łatwiej zmieniać, jeżeli znajdzie potrzeba na podstawie uzyskanego doświadczenia w toku stosowania przepisów projektu dotyczącego «porozumienia» rodziców, gdy projekt stanie się ustawą. Później można by uregulować takie «porozumienie» («plan wychowawczy») w odrębnej ustawie.”.

²⁷ T. Sokołowski, *Skutki prawne...*, s. 102.

²⁸ W. Stojanowska, *Postulat przeniesienia...*, s. 42.

²⁹ W. Stojanowska, *Postulat przeniesienia...*, przypis 95, s. 42 i 43.

³⁰ Opublikowany m.in. w kwartalniku „Rodzina i Prawo” 2006, Nr 2 (2), s. 43–100.

³¹ Zamieszczonej na stronach internetowych Sejmu.

Przedstawione sugestie i krytyka W. Stojanowskiej były trafne, a ich nieuwzględnienie nastąpiło ze szkodą dla wprowadzonej instytucji „porozumienia” małżonków (rodziców), bo ustawodawca wprowadzając ją do k.r.o. nie rozstrzygnął kwestii bardziej szczegółowych z tym związanych (sformułowania zawarte w art. 58 § 1 i 1a oraz 107 – mówią ogólnie: „sposób wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywanie kontaktów z dzieckiem po rozwodzie”). Przyjęte w noweli unormowanie jest dalekie od doskonałości, mimo że samo opowiedzenie się za instytucją „porozumienia” jest trafne. W tej sytuacji na obecnym etapie stosowania znowelizowanych przepisów pozostaje oprzeć się na opiniach wyrażonych w doktrynie i w judykaturze, która się dopiero pojawi, aczkolwiek w dotychczasowej judykaturze, odnoszącej się do rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej w wyroku orzekającym rozwód, znajdują się elementy nadające się do wykorzystania przy opracowaniu „porozumienia” (szczegółowe pokazanie tego przekracza ramy niniejszej wypowiedzi).

To, co dotychczas powiedziano przez prawników (T. Sokołowskiego i W. Stojanowską) oraz psychologów³² na temat propozycji wprowadzenia do naszego ustawodawstwa „planu wychowawczego” należy wykorzystać przy analizowaniu nowego unormowania w postaci „porozumienia” (aczkolwiek można dopatrzeć się pewnych różnic znaczenia tych pojęć i desygnatów do których się odnoszą).

II.5. „Plan wychowawczy” w propozycjach *de lege ferenda* T. Sokołowskiego i W. Stojanowskiej

Elementy „planu wychowawczego” [który w znowelizowanych przepisach przyjął nazwę: „porozumienie małżonków (rodziców – B. C.) o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem po rozwodzie”], w propozycji *de lege ferenda* przedstawił dosyć szczegółowo T. Sokołowski³³ i w zasadzie aprobowała je W. Stojanowska³⁴. Niżej próbuję zreferować szczegółowo poglądy T. Sokołowskiego.

Elementy planu powinny odpowiadać strukturze władzy rodzicielskiej. Można je podzielić na dwie kategorie: 1) elementy konieczne, 2) elementy fakultatywne.

Pierwsze musiałyby być wzięte pod uwagę w każdym planie wychowawczym, jeżeli znalazłby on zastosowanie w danej sprawie. W braku ich uregulowania drogą samodzielnego porozumienia rodziców, sąd miałby obowiązek uregulowania tej materii. Rozstrzygnięcie polegałoby zatem na zatwierdzeniu bądź zmodyfikowaniu propozycji uzgodnionych przez rodziców, a przyczynę braku rozstrzygnięcia

³² Np. A. Pohorecka, *Zrozumieć sytuację i znaleźć rozwiązanie*, (w:) *Rozwód? Czy się rozwodzić – jak się rozwodzić – co po rozwodzie*, pod red. A. Pohoreckiej, Warszawa 1994; H. Przybyła, *Mediacja małżeńska w sprawach rozwodowych*, (w:) *Wybrane metody diagnostyki i interwencji psychologicznej w sądowych sprawach rodzinnych*, pod red. J. M. Stanika, Katowice 1994.

³³ T. Sokołowski, *Skutki prawne...*, s. 96–99.

³⁴ W. Stojanowska, *Postulat przeniesienia...*, s. 38–41.

o pewnych elementach obligatoryjnych – np. z uwagi na brak szans ich realizacji – sąd miałby obowiązek podać w uzasadnieniu wyroku.

Elementy fakultatywne pozostawione byłyby decyzji rodziców i tylko w jej braku sąd miałby kompetencję do ich uregulowania bądź pominięcia. W tej mierze rodzice mieliby szeroką swobodę decyzji, a sąd sprawowałby w zasadzie tylko kontrolę zgodności z prawem wprowadzonych przez rodziców postanowień.

Według T. Sokołowskiego część elementów znajdzie się poza planem wychowawczym, jeżeli z ich istoty wynika konieczność ich wykonywania wyłącznie przez rodzica mającego bezpośrednią pieczę nad dzieckiem. Jednak i w tym przypadku w sytuacji, gdyby rodzic ten nie mógł wykonywać swoich obowiązków i praw w tym zakresie, powinny one „przejsć” na drugiego rodzica, jeżeli przysługuje mu władza rodzicielska (należałoby i to zagadnienie uregulować w planie). Treść planu podlegałaby ocenie sądu pod kątem jej zgodności z przepisami prawa i innymi stosownymi zasadami prawa rodzinnego. Tu trzeba zauważyć, że pozostawianie „poza planem” pewnych elementów jest problematyczne.

Plan wychowawczy powinien mieć formę kwestionariusza, na podstawie którego strony mogłyby, w szczególności z udziałem swoich adwokatów, a także innych specjalistów, przedyskutować wskazane tam elementy władzy rodzicielskiej oraz formy i sposoby rozwiązywania sporów. Szczególny nacisk w planie wychowawczym należałoby położyć na obowiązek wskazania konkretnych instytucji pomocnych w rozwiązywaniu tych sporów. Są to w szczególności rodzinne ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne, poradnie wychowawczo-zawodowe, placówki lecznicze, a także indywidualni specjaliści: biegli sędziwi, pedagodzy (także szkolni), psychologowie czy lekarze, wybrani i wskazani przez strony właśnie w planie wychowawczym. W literaturze przedmiotu (zob. szczególnie W. Stojanowska³⁵) wskazano, że najbardziej efektywne dla łagodzenia konfliktów występujących po rozwodzie są działania mediacyjne, prowadzone przez ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne oraz specjalistów, w szczególności psychologów i pedagogów. Uwzględnienie mediacji tych ośrodków pozwoli na uniknięcie w wielu przypadkach postępowania sądowego, a nadto zapewnia znacznie szybszą pomoc o charakterze doradczym, a nie interwencyjnym. Uwzględnienie, w planie wychowawczym, porozwodowej pomocy wskazanych specjalistów stanowi – zdaniem T. Sokołowskiego – jakby „pomost” ułatwiający stronom przejście do nowej, trudnej sytuacji życiowej.

Według T. Sokołowskiego³⁶ struktura planu wychowawczego powinna uwzględniać wszystkie atrybuty władzy rodzicielskiej, do których należą:

A. Piecza nad osobą.

1. Wychowanie. Każdy spośród sześciu elementów tego atrybutu (kształtowanie postaw emocjonalnych, formowanie światopoglądu, rozwijanie predyspozycji

³⁵ W. Stojanowska, *Ochrona dziecka...*, s. 106 i n.

³⁶ T. Sokołowski, *Skutki prawne...*, s. 97–99.

intelektualnych oraz praktycznych umiejętności, zaznajamianie z treścią prawa i zasad współżycia, wyrabianie obowiązkowości, zdyscyplinowania i kształtowanie samodzielności) może być wykonywany osobiście zarówno przez rodzica wychowującego dziecko, jak i przez rodzica nie sprawującego bezpośrednio pieczy, ale utrzymującego z dzieckiem osobiste kontakty. Przyznanie obojgu rodzicom obowiązku i prawa działania w tych sferach powinno być wzięte pod uwagę jako elementy obowiązkowe projektowania konkretnego planu wychowawczego. Pojawia się tu jednak potencjalny konflikt interesów w odniesieniu do elementu formowania światopoglądu dziecka. Celowe jest wyraźne wskazanie, że decyzja w tym przedmiocie należy do rodzica sprawującego bezpośrednio pieczę (o ile dziecko, z uwagi na swój wiek, nie może jeszcze w tej mierze podjąć samodzielnej decyzji). Odmienne uregulowanie stanowiłoby źródło konfliktów. Ten element znalazłby się zatem poza zakresem wspólnych uprawnień rodziców – co powinno być także wyrażone w planie.

2. Kierowanie. Znaczna część elementów kierowania może być wykonywana nawet w warunkach braku osobistej styczności z dzieckiem. Są to następujące elementy: określanie miejsca pobytu dziecka, zapewnienie wypoczynku wakacyjnego, decydowanie o kontaktach pozarodzinnych i wybór kierunku edukacji. Te elementy powinny być także obowiązkowo uwzględnione przy konstruowaniu planu. Nadzór nad dzieckiem, regulowanie trybu życia i kontrola informacji powinny przysługiwać każdorazowo temu z rodziców, u którego aktualnie przebywa dziecko, stanowiąc element obligatoryjny i nie podlegający modyfikacji stron, a w planie powinno być wskazane miejsce i dokładne ramy czasowe pobytu dziecka.

Z kolei element odebrania dziecka i powierzenia pieczy innej osobie powinien należeć wyłącznie do rodzica, któremu sąd powierzył wykonywanie władzy rodzicielskiej, co nie powinno podlegać modyfikacji w ramach planu wychowawczego.

3. Troska o środowisko materialne dziecka. Tutaj także należałoby wskazać elementy obligatoryjne: zapewnienie warunków mieszkaniowych oraz usuwanie zagrożeń życia i zdrowia – ten ostatni element dotyczący rodzica, u którego przebywa dziecko. Wreszcie udostępnianie użytecznych przedmiotów stanowiłoby element fakultatywny.
4. Troska o osobę dziecka. Szczegółowego uregulowania w planie wymagałoby ustalenie, który z rodziców i w jakim zakresie wykonuje element pielęgnacji i leczenia domowego dziecka, a także w jakim zakresie strony ponoszą koszty związane z chorobą dziecka. Trzeba zaznaczyć, że zagadnienia alimentacyjne przenikają zakres władzy rodzicielskiej nie stanowiąc wcale osobnej, integralnej sfery i nic nie stoi na przeszkodzie, aby i tę sprawę odrębnie uregulować w planie wychowawczym – a zatem i w wyroku, który by go sankcjonował.

W podobny sposób należałoby uregulować sprawę zapewnienia dziecku opieki lekarskiej i leczenia szpitalnego. W obecnej sytuacji społecznej i gospodarczej zapewnienie środków materialnych na leczenie dziecka stanowi zagadnienie

znacznie przekraczające zakres świadczeń alimentacyjnych i powinno być właśnie odrębnie uregulowane w ramach rozstrzygnięcia o pieczy. Wreszcie decyzja o dokonaniu zabiegu lekarskiego powinna stanowić element obligatoryjny, wymagający bardzo starannego uregulowania.

B. Piecza nad majątkiem.

Jest to atrybut, który w szczególności mógłby być elementem fakultatywnym planu w odniesieniu do wykonywania zwykłego zarządu majątkiem dziecka. Rodzice mogliby więc wskazać, czy zarząd ten wykonywany byłby wspólnie, czy też przez jednego z rodziców, zgodnie z posiadanymi kwalifikacjami, a także kto i w jaki sposób dysponowałby czystym dochodem z tego majątku. Dokładne postanowienia planu stanowiłyby też w przyszłości pewną pomoc dla sądu opiekuńczego, rozstrzygającego sprawy związane z udzieleniem zezwolenia na dokonanie czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu majątkiem dziecka.

C. Reprezentacja.

Uregulowanie dotyczące tego atrybutu powinno stanowić element obligatoryjny, a jego treść wynikałaby ze sposobu i zakresu postanowień dotyczących pozostałych elementów planu wychowawczego.

Na koniec w planie wychowawczym, jako element obligatoryjny, należy zdaniem T. Sokołowskiego³⁷ wskazać formy rozwiązywania sporów między rodzicami w taki sposób, aby nie dochodziło od razu do postępowania sądowego. W szczególności powinno się tam także wskazać placówki specjalistyczne i inne podmioty, mogące prowadzić działalność doradczą lub mediacyjną wobec rozwiedzionych. W. Stojanowska³⁸ postulowała szerokie wykorzystanie takich placówek w toku rozwiązywania konfliktów dotyczących wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej.

III. „Porozumienie małżonków” (art. 58 k.r.o.) i „porozumienie rodziców” (art. 107 § 2 k.r.o.) jako nowy element w przepisach i w przyszłym orzecznictwie

III.1. Kwestia szczegółowości „porozumienia”

Art. 58 § 1 i 1a k.r.o. stanowi, że małżonkowie przedstawiają „porozumienie (...) o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem po rozwodzie”. Wykorzystanie przedstawionych wyżej sugestii T. Sokołowskiego i W. Stojanowskiej co do treści i szczegółowości „porozumienia” zależeć

³⁷ T. Sokołowski, *Skutki prawne...*, s. 99.

³⁸ W. Stojanowska, *Ochrona dziecka...*, s. 97 i n.

będzie od podstawowych wniosków rozwodzących się małżonków co do orzeczenia o władzy rodzicielskiej (pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rozwiedzionym rodzicom – art. 58 § 1a; powierzenie wykonywania tej władzy jednemu z rodziców z ograniczeniem władzy rodzicielskiej drugiego z nich do określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do osoby dziecka – art. 58 § 1a k.r.o.; ograniczenie władzy rodzicielskiej jednego lub obojga rodziców na podstawie art. 109; pozbawienie władzy rodzicielskiej jednego lub oboje rodziców – art. 111 i 112 k.r.o.; zawieszenie władzy rodzicielskiej jednego lub obojga rodziców – art. 110 i 112 k.r.o.).

Wydaje się, że „porozumienie” nie może ograniczać się jedynie do samego wskazania sposobu rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej lecz musi mieć postanowienia bardziej szczegółowe z tym związane, jego celem jest bowiem usprawnienie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywania kontaktów z dzieckiem po rozwodzie oraz zapobieżenie konfliktom w tym przedmiocie. Szczegółowość ta zależeć będzie także od dotychczasowych relacji małżonków wobec siebie i dziecka oraz – oczywiście – od okoliczności konkretnej sprawy.

III.2. Mediacja a „porozumienie”; sposób opracowania „porozumienia” i jego forma

Mediacja w sprawie o rozwód (także w sprawie o separację) może mieć dwa cele (przedmiot): a) pojednanie małżonków (art. 436 § 1 i 2 k.p.c.)³⁹, b) zaspokojenie potrzeb rodziny, alimenty, sposób sprawowania władzy rodzicielskiej, kontakty z dziećmi oraz sprawy majątkowe podlegające rozstrzygnięciu w wyroku orzekającym rozwód lub separację (art. 445² k.p.c. art. 570² k.p.c.)⁴⁰.

Z reguły sami małżonkowie (rodzice) nie będą w stanie opracować „porozumienia” albowiem nie mają w tym przedmiocie odpowiedniej wiedzy i przygotowania. Poza tym sami mogą nie mieć dość „siły” by pokonać istniejące między nimi różnice poglądów co do rozwiązania problemów dotyczących wykonywania wła-

³⁹ „Art. 436 § 1. Jeżeli istnieją widoki na utrzymanie małżeństwa, sąd może skierować strony do mediacji. Skierowanie to jest możliwe także wtedy, gdy postępowanie zostało zawieszono. § 2. Przepisy o mediacji stosuje się odpowiednio, z tym że przedmiotem mediacji może być także pojednanie małżonków. § 3. Mediatorami mogą być także kuratorzy sądowi oraz osoby wskazane przez rodzinne ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne. § 4. Jeżeli strony nie uzgodniły osoby mediatora, sąd kieruje je do mediacji prowadzonej przez mediatora, o którym mowa w § 3, albo do stałego mediatora posiadającego wiedzę teoretyczną i umiejętności praktyczne w zakresie prowadzenia mediacji w sprawach rodzinnych.”

⁴⁰ „Art. 445². W każdym stanie sprawy o rozwód lub separację sąd może skierować strony do mediacji w celu ugodowego załatwienia spornych kwestii dotyczących zaspokojenia potrzeb rodziny, alimentów, sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej, kontaktów z dziećmi oraz spraw majątkowych podlegających rozstrzygnięciu w wyroku orzekającym rozwód lub separację. Przepisy art. 436 § 3 i 4 stosuje się odpowiednio.”

„Art. 570². W sprawie, w której zawarcie ugody jest dopuszczalne, sąd może skierować uczestników do mediacji. Przedmiotem mediacji może być także określenie sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej. Jeżeli uczestnicy postępowania nie uzgodnili osoby mediatora, sąd kieruje ich do mediacji prowadzonej przez mediatora, o którym mowa w art. 436 § 3, albo do stałego mediatora posiadającego wiedzę teoretyczną i umiejętności praktyczne w zakresie prowadzenia mediacji w sprawach rodzinnych.”

dzy rodzicielskiej i określenia kontaktów z dzieckiem, wymaga to bowiem pewnego kompromisu. W związku z tym pomocy w opracowaniu planu mogliby udzielić pracownicy rodzinnego ośrodka diagnostyczno-konsultacyjnego (szczególnie wtedy gdy sąd zlecił im opracowanie opinii), mediator, o którym mowa w art. 436 § 3 k.p.c., albo stały mediator posiadający wiedzę teoretyczną i umiejętności praktyczne w zakresie prowadzenia mediacji w sprawach rodzinnych (art. 436 § 4 k.p.c.), skoro przedmiotem mediacji może być także sposób wykonywania władzy rodzicielskiej (art. 570² k.p.c.). Pomocą taką mogliby służyć również rodzinni kuratorzy sądowi⁴¹.

Wyłania się tu jednak problem pewnej dysharmonii między opracowywaniem „porozumienia” a prowadzeniem mediacji w przedmiocie pojednania małżonków. Trzeba bowiem zauważyć, że skoro w każdym przypadku, gdy małżonkowie mają wspólne małoletnie dzieci, w razie orzeczenia rozwodu istnieje obowiązek sądu rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej i o kontaktach rodziców z dziećmi po rozwodzie. W takiej sprawie małżonkowie mają obowiązek przedstawienia omawianego „porozumienia”. Dobrze byłoby aby sąd rozważył celowość skierowania takich małżonków do mediacji, która niezależnie od jej wyników co do pojednania, pomogłaby w opracowaniu „porozumienia”. Bez względu na to, czy rozwód zostanie, czy nie zostanie orzeczony, samo opracowanie „porozumienia” może pomóc małżonkom w zrozumieniu ich obowiązków i praw wobec dzieci oraz wobec samych siebie. Jednocześnie sąd powinien wyjaśnić małżonkom, że sugerowanie opracowania „porozumienia” przy kierowaniu do mediacji, nie świadczy jeszcze o tym, że kwestia orzeczenia rozwodu (separacji) jest już „przesądzona”.

„Porozumienie” ma cechy umowy. (Tak również w odniesieniu do amerykańskiego „planu wychowawczego” T. Sokołowski⁴² i W. Stojanowska⁴³). Jest zatem czynnością prawną.

Normy materialnego prawa cywilnego skonstruowane są według cywilnoprawnej metody regulacji stosunków społecznych, której istotną cechą jest autonomia woli stron, zakładająca swobodę stron co do: dokonania czynności prawnej, kształtowania treści tej czynności, wyboru kontrahenta, formy czynności prawnej (art. 353¹ k.c.). Jeżeli przepisy nie wymagają określonej formy dla dokonania czynności prawnej, można ją dokonać w dowolnej formie (art. 73 i n. k.c.)⁴⁴.

Zdawać by się mogło, że przepisy art. 58 § 1 i 1a k.r.o. oraz art. 107 § 2 k.r.o. nie wymagają dla sporządzenia „porozumienia” określonej formy. Trzeba jednak przyjąć, że nie może być ono „dokonane” w formie ustnej; wymagana jest forma pisemna. Świadczy o tym nie tylko wyrażenie „przedstawili” (porozumienie), użyte

⁴¹ Zob. W. Stojanowska, *Postulat przeniesienia...*, przypis 82, s. 38.

⁴² T. Sokołowski, *Skutki prawne...*, s. 81 i 82.

⁴³ W. Stojanowska, *Postulat przeniesienia...*, s. 20.

⁴⁴ Por. A. Jedliński, *Wyjaśnienia do art. 73 k.c.*, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz pod red. A. Kidyby, t. I, część ogólna*, Warszawa 2009, s. 471.

w art. 58 § 1a k.r.o. i art. 107 § 2 k.r.o.⁴⁵, ale także okoliczność, że „porozumienie” staje się jakoś częścią składową orzeczenia sądu i podlega wykonaniu (o czym niżej). Również postulat znacznej szczegółowości „porozumienia” przemawia za opowiedzeniem się za formą pisemną.

Za pisemną formą „porozumienia” może świadczyć również zamiar autorów projektu noweli. Mianowicie w uzasadnieniu tego projektu zawarto stwierdzenie, że „(...) aby wykluczyć przypadkowość i pochopność rozstrzygnięć pozostawiających pełnię władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom nie pozostającym ze sobą choćby w faktycznym wspólnym pożyciu (...)” przyjmuje się, że orzeczenie takie (art. 58 § 1a zd. 2 k.r.o. oraz art. 107 § 2 k.r.o.) dopuszczalne jest „(...) tylko wtedy jeżeli rodzice przedstawią sądowi **pisemne** (pogrubienie – B. C.) porozumienie o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem, zgodne z dobrem dziecka.”⁴⁶.

W drodze wyjątku – skoro sformułowanie przepisów prawa wprowadzonych nowelą nie wymaga *expressis verbis* formy pisemnej – i przy nieskomplikowanym stanie faktycznym można by dopuścić wypracowanie „porozumienia” przy pomocy sądu na rozprawie i zapisanie go w protokole rozprawy.

Wydaje się, że „porozumienie” może być potraktowane jako załącznik do protokołu rozprawy, którego przewodniczący może zażądać od stron stosownie do art. 161 k.p.c.⁴⁷.

III.3. Fakultatywność czy obligatoryjność „porozumienia”?

Postulując wprowadzenie do polskiego ustawodawstwa instytucji „planu wychowawczego” na wzór amerykański, T. Sokołowski proponował jego fakultatywność⁴⁸. W. Stojanowska optowała zaś za jego obligatoryjnością argumentując, że fakultatywność prowadzi do martwoty instytucji, jak to ma miejsce np. przy art. 24 i 97 § 2 k.r.o.⁴⁹

Nie pozostawiają w tym przedmiocie wątpliwości sformułowania zawarte w art. 58 § 1a zd. ostatnie k.r.o.⁵⁰ oraz w art. 107 § 2 k.r.o.⁵¹. W obu tych przepisach

⁴⁵ Aczkolwiek „przedstawić” można także ustnie; jest to w języku polskim wyrażenie bardzo wieloznaczne, które – w tym wypadku może odnosić się zarówno do treści „porozumienia”, jak i czynności procesowej przedłożenia sądowi „porozumienia”.

⁴⁶ Zob. uzasadnienie projektu noweli w „Rodzina i Prawo” 2006, Nr 2 (2), s. 86.

⁴⁷ „Art. 161. W toku posiedzenia wnioski, oświadczenia, uzupełnienia i sprostowania wniosków i oświadczeń można zamieścić w załączniku do protokołu. Jeżeli stroną zastępuje adwokat, radca prawny, rzecznik patentowy lub Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa, przewodniczący może zażądać złożenia takiego załącznika w wyznaczonym terminie.”

⁴⁸ T. Sokołowski, *Skutki prawne...*, s. 100.

⁴⁹ W. Stojanowska, *Postulat przeniesienia...*, s. 38 40.

⁵⁰ Z art. 58 § 1a k.r.o.: „Sąd może pozostawić władzę rodzicielską obojgu rodzicom na ich zgodny wniosek, jeżeli przedstawili porozumienie, o którym mowa w § 1, i jest zasadne oczekiwanie, że będą współdziałać w sprawach dziecka.”

⁵¹ Z art. 107 § 2 k.r.o.: „Sąd może pozostawić władzę rodzicielską obojgu rodzicom, jeżeli przedstawili zgodne z dobrem dziecka porozumienie o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem, i jest zasadne oczekiwanie, że będą współdziałać w sprawach dziecka.”

przyjęta jest wyraźnie obligatoryjność przedstawienia „porozumienia”. Jest to zrozumiałe skoro obu rodzicom „pozostawia się” władzę rodzicielską bez jej ograniczania o jakim mowa w art. 58 § 1 i 1a oraz art. 107 § 2 k.r.o.

Wątpliwości w tym przedmiocie może budzić sformułowanie art. 58 § 1 k.r.o.: „W wyroku orzekającym rozwód sąd rozstrzyga o władzy rodzicielskiej nad wspólnym małoletnim dzieckiem obojga małżonków i o kontaktach rodziców z dzieckiem (...) Sąd uwzględni porozumienie małżonków o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem po rozwodzie, jeżeli jest ono zgodne z dobrem dziecka.”. W przepisie tym nie jest zapisana wprost obligatoryjność przedstawienia „porozumienia”, przepis jednak jej nie wyłącza, trzeba ją przyjąć, albowiem głównym celem „porozumienia” jest skłonienie rozwodzących się małżonków do zgodnego współdziałania w zakresie wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem w okresie po rozwodzie, dla dobra dziecka. Już same rozmowy i pertraktacje małżonków na temat treści „porozumienia”, przy udziale fachowych osób służących im pomocą (szczególnie z RODK), mogą uświadomić małżonkom ich prawa i obowiązki wobec dziecka i ich własny „interes” w respektowaniu przyjętego porozumienia, wszak zrealizowanie dobra dziecka jest najlepszym „interesem” jego rodziców.

W. Stojanowska trafnie zauważyła, że „Zwaśnionych i zacierzwionych rodziców można by przy okazji opracowywaniu planu wychowawczego skłonić do sprawowania władzy rodzicielskiej nad ich wspólnym dzieckiem zgodnie z jego dobrem. Brak porozumienia między rodzicami co do sprawowania władzy rodzicielskiej i sporządzenia planu wychowawczego można by potraktować jako okoliczność świadcząca o istnieniu negatywnej przesłanki rozwodowej dotyczącej dobra dziecka i powództwo o rozwód oddalić. Instytucja planu wychowawczego byłaby na pewno dobrym sposobem i formą pedagogizowania rozwodzących się rodziców.”⁵².

Niemożliwość przedstawienia „porozumienia” (zgodnego) na skutek sprzecznych stanowisk rozwodzących się małżonków nie zwalnia sądu – w razie uwzględnienia powództwa o rozwód (separację, unieważnienie małżeństwa) – od obowiązku orzeczenia o władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem.

Jeżeli proces rozwodowy toczy się z udziałem kuratora ustanowionego dla pozwanego nieznanego z miejsca pobytu, to o wymaganiu przedstawienia „porozumienia” nie może być mowy, skoro mają go przedstawić „małżonkowie”. Rzutować to będzie na sposób orzeczenia o władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem.

Przeciwko obligatoryjności „porozumienia” zdaje się świadczyć sytuacja w której pozwany nie godzi się na orzeczenie rozwodu (separacji).

⁵² W. Stojanowska, *Ochrona dziecka przed negatywnymi skutkami konfliktu...*, s. 107.

III.4. „Porozumienie” a zgoda pozwanego na rozwód

Przygotowanie i przedstawienie „porozumienia” jest obowiązkowe zarówno w sytuacji, gdy oboje małżonkowie żądają orzeczenia rozwodu, jak i wówczas gdy takiego zgodnego żądania nie ma. Jeżeli pozwany również żąda rozwodu lub „godzi się” (wyrażenie użyte w art. 56 § 3 k.r.o.) na niego, to sytuacja jest prosta: oboje muszą się zastanowić nad sprawowaniem władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem po rozwodzie. Gdy natomiast strona pozwana wnosi o oddalenie powództwa, a jeszcze bardziej wtedy, gdy „walczy” o utrzymanie małżeństwa, wyłania się kolejny problem dopuszczalności psychicznego „nacisku” na małżonka nie wyrażającego zgody na rozwód, usiłującego utrzymać małżeństwo, by współdziałał w opracowaniu planu („porozumienia”) tego, co ma być po rozwodzie, którego przecież on nie chce. Powstaje pytanie: czy i jak można żądać od małżonka, który rozwodu nie chce, by współdziałał w opracowaniu planu wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem po rozwodzie, szczególnie wtedy, gdy tylko powód jest wyłącznie winny rozkładu pożycia (sytuacja z art. 56 § 3 k.r.o.)? Jest to dysharmonia, której trudno będzie uniknąć. W każdym razie wydaje się, że o żadnym przymuszaniu w takiej sytuacji być nie powinno.

III.5. „Porozumienie” okresowe i „porozumienie” stałe

Porozumienie w przedmiocie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywania przez rodziców kontaktów z dzieckiem może mieć charakter tymczasowy (okresowy) lub stały. W tym pierwszym znaczeniu (które zresztą nie jest wymieniane w przepisach) będzie odnosiło się do okresu trwania procesu lub postępowania opiekuńczego i może być pomocne przy wydaniu postanowienia udzielającego zabezpieczenia (art. 730 i n., a szczególnie art. 755 § 1 pkt 4 k.p.c.), aczkolwiek w sytuacji zabezpieczenia najczęściej występuje różnica zdań a nie porozumienie między „stronami”.

Tu trzeba zasygnalizować problem składu sądu rozpoznającego wnioski o udzielenie zabezpieczenia. Problem ten był przedmiotem rozpoznania przez SN w uchwale z dnia 27 lutego 2007 r., III CZP 139/07⁵⁸. W uchwale tej zostało przyjęte następujące stanowisko: Nowelizacja art. 736 k.p.c., dokonana ustawą z dnia 2 lipca 2004 r., w wyniku której przestała istnieć odrębna regulacja normująca skład sądu w postępowaniu zabezpieczającym, spowodowała, że w postępowaniu tym sąd pierwszej instancji orzeka o zasadności (bezzasadności) wniosku o udzielenie zabezpieczenia, a więc co do istoty postępowania zabezpieczającego, w takim

⁵⁸ Biuletyn SN 2008, Nr 2, poz. 111, LEX Nr 346309; będzie opublikowana w OSNC 2009, Nr 6 lub 7–8. Zob. na ten temat – M. M. Cieśliński, *Skład sądu w postępowaniu zabezpieczającym w sprawie o rozwód*, „Przebieg Sądowy” 2009, Nr 3, s. 68–80. Zob. również P. Boguszewski, *Udzielenie zabezpieczenia w sprawach z zakresu władzy rodzicielskiej*, „Rodzina i Prawo” 2008, Nr 7–8, s. 35–45.

składzie, w jakim rozpoznawana jest sprawa, w której dochodzi do zabezpieczenia powództwa, bez względu na to, czy działa na posiedzeniu niejawnym czy na rozprawie (art. 47 § 1, 2 i 4 k.p.c.; obecnie art. 47 § 1, 3 i 4 k.p.c.). W takim samym składzie orzeka rozstrzygając na rozprawie kwestie formalne, nie dotyczące istoty zabezpieczenia, a więc nie dotyczące zasadności wniosku, natomiast poza rozprawą orzeczenia w tym zakresie – oraz zarządzenia – wydaje przewodniczący (art. 47 § 3 w związku z art. 13 § 2 k.p.c.). Oczywiście, zasady te nie dotyczą sądu drugiej instancji, rozstrzygającego wniosek o udzielenie zabezpieczenia zgłoszony w postępowaniu apelacyjnym, gdyż w tym wypadku o składzie sądu – orzekającego na rozprawie lub posiedzeniu niejawnym, w kwestii formalnej lub merytorycznej – decyduje art. 367 § 3 zd. pierwsze albo art. 505¹⁰ § 1 w związku z art. 13 § 2 k.p.c. Z tych względów, Sąd Najwyższy – dostrzegając niedoskonałość analizowanego unormowania – zauważył, że brak możliwości rozpoznawania wniosków o udzielenie zabezpieczenia przez przewodniczącego składu kolegiального (zawodowego lub ławniczego) i konieczność respektowania terminu określonego w art. 737 k.p.c. zmusza sąd do odbywania osobnych posiedzeń niejawnych w składzie trzyosobowym tylko celem rozpoznania wniosku o udzielenie zabezpieczenia, co obniża sprawność postępowania.

W drugim znaczeniu „porozumienie” będzie odnosić się do orzeczenia merytorycznego, kończącego postępowanie w sprawie.

Z upływem czasu zmieniają się okoliczności, które z reguły mają wpływ na sposób rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej i o kontaktach rodziców z dzieckiem. Sytuacja dziecka jest dynamiczna, bo dziecko się rozwija. Powstaje wówczas potrzeba zmiany dotychczasowych uregulowań i przedstawienia przez rodziców nowego porozumienia w tym przedmiocie. Zob. np. art. 106 k.r.o. (do którego nowelizacja nie wprowadziła wprawdzie wymogu przedstawienia „porozumienia” oraz zmiany rozstrzygnięcia co do kontaktów z dzieckiem, co jest zapewne niedopatrzeniem), art. 107 i 1135 k.r.o. oraz art. 570², 579 i 582¹ k.p.c.

III.6. Stosunek „porozumienia” do treści orzeczenia sądu

Przedstawiając amerykańskie unormowanie dotyczące „planu wychowawczego” T. Sokołowski napisał: „Podstawowym sposobem rozwiązywania (...) przyszłych sporów ma być przygotowanie i ułatwienie wypracowania decyzji przez samych rodziców i ich adwokatów, a nie – jak było dotąd – przez sąd. W takim ujęciu plan wychowawczy wykazuje także cechy umowy, której treść rozwiedzeni rodzice dziecka mogą modyfikować w drodze porozumienia. W literaturze przedmiotu (amerykańskiej, cytowanej przez Autora – B. C.) podniesiono, że w omawianym uregulowaniu nie określono dokładnie, w jaki sposób ma dokonywać się ten proces. Wskazano jednak, że zgodnie z ogólnymi regułami prawa zobowiązań strony «typowych stosunków kontraktowych» mogą zawsze modyfi-

kować treść umowy. Jednak z uwagi na opiekuńczy charakter tej materii podlega ona kompetencji sądu, który może dokonać zmiany orzeczeń zawierających plan wychowawczy rodziców.”⁵⁴

W. Stojanowska, omawiając przytoczony wywód T. Sokołowskiego, dodała: „Mimo cech umowy, plan wychowawczy staje się integralną częścią orzeczenia sądu, co w sposób oczywisty wynika z omawianego tu druku «Kwestionariusza» tego planu.”⁵⁵ (oczywiście „Kwestionariusza” unormowanego w prawie amerykańskim – B. C.).

Powstaje pytanie: w jakim sensie „porozumienie” małżonków/rodziców (art. 58 § 1 i 1a oraz art. 107 § 2 i ewentualnie art. 106 k.r.o.), według aktualnego prawa polskiego, mogłoby stać się częścią orzeczenia sądu?

Sąd orzekając rozwód (lub rozstrzygając sprawę w postępowaniu opiekuńczym) ma obowiązek ocenić „porozumienie” i „uwzględnić” je wtedy, jeżeli „(...) jest ono zgodne z dobrem dziecka”⁵⁶ oraz jeżeli „(...) jest zasadne oczekiwanie, że (rodzice – B. C.) będą współdziałać w sprawach dziecka”⁵⁷. Należy przyjąć, że również w tym drugim wypadku „porozumienie” ocenia sąd także z punktu widzenia dalszych elementów dobra dziecka.

Według aktualnie obowiązującego prawa polskiego, a w szczególności według przytoczonych wyżej przepisów, „porozumienie” (będące umową) jest tylko **elementem stanu faktycznego**, który ustala i ocenia sąd rozstrzygający sprawę. Stanowi temu nie można nadać charakteru części składowej rozstrzygnięcia („integralnej części orzeczenia sądu” jak w prawie amerykańskim, co zreferowała W. Stojanowska); to sąd, a nie małżonkowie/rodzice w „porozumieniu”, rozstrzyga sprawę w zakresie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywania kontaktów rodziców z dzieckiem. (Stosując „grube” porównanie można powiedzieć, że „porozumienie” może być elementem rozstrzygnięcia jedynie w tym sensie w jakim występuje np. plan, tzw. „mapka” bieglego geodety w sprawie o rozgraniczenie, czy o zniesienie współwłasności nieruchomości).

Gdy idzie o obligatoryjne rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów rodziców z dzieckiem, w sentencji wyroku orzekającego rozwód, to muszą być one ujęte konkretnie ale jednocześnie syntetycznie i w sposób przewidziany w art. 58 § 1 i 1a k.r.o. W sentencji wyroku orzekającego rozwód nie jest wyłączona możliwość powołania się na pewne elementy z „porozumienia”, przykładowo – w zakresie uregulowania utrzymywania osobistych kontaktów rodziców z dzieckiem (jeżeli uregulowanie to byłoby np. bardzo drobiazgowo). Szczegóły i elementy „porozumienia”, o których sąd nie orzeka w takim wyroku z urzędu (np. procedura rozwiązywania powstających konfliktów, koszty leczenia dziecka, koszty związane z utrzymywaniem kontaktów z nim przez rodzica,

⁵⁴ T. Sokołowski, *Skutki prawne...*, s. 81 i 82.

⁵⁵ W. Stojanowska, *Postulat przeniesienia...*, s. 20.

⁵⁶ Art. 58 § 1 i art. 107 § 2 k.r.o.

⁵⁷ Art. 58 § 1a i art. 107 § 2 k.r.o.

któremu nie powierzono wykonywania władzy rodzicielskiej jeżeli o tych kosztach było niecelowe rozstrzygać w orzeczeniu, szczegóły dotyczące wykształcenia, wychowania religijnego dziecka, itp.), muszą z konieczności pozostać poza sformułowaniami sentencji wyroku.

Ewentualnemu przymusowemu wykonaniu podlegają rozstrzygnięcia zawarte w wyroku orzekającym rozwód, a nie zawarte „porozumienie”. Wyrok taki bowiem rozstrzyga również o władzy rodzicielskiej i o kontaktach rodziców z dzieckiem. Dopuszczalne jest wprowadzenie ugody w sprawie o uregulowanie osobistych kontaktów rodziców z ich małoletnim dzieckiem (uchwała SN z dnia 21 października 2005 r., III CZP 75/05⁵⁸) i wtedy wydanie orzeczenia merytorycznego staje się zbędne (art. 355 § 1 k.p.c.); wykonaniu podlega wówczas ta ugoda. „Porozumienie” może mieć cechy ugody (wzajemnych ustępstw) ale nie zastępuje orzeczenia merytorycznego, które jest wydawane w sprawie rozwodowej. Wspomnieć tu wypada, że wykonanie wyroku w zakresie orzeczenia o utrzymywaniu osobistych kontaktów z dzieckiem lub nakazu wydania dziecka następuje w postępowaniu unormowanym w art. 598¹ i n. k.p.c. (uchwała SN z dnia 28 sierpnia 2008 r., III CZP 75/08⁵⁹).

„Porozumienie” przyjęte przez sąd rozwodowy za odpowiadające dobru dziecka (art. 58 § 1 i 1a k.r.o.) wiąże rodziców (rozведzionych małżonków) także w tych swoich elementach, które nie znalazły bezpośredniego wyrazu w sentencji wyroku bądź ze względu na ich szczegółowość, bądź z uwagi na niemożliwość ich dokładnego określenia w chwili opracowywania „porozumienia”, albo wykraczanie poza zakres obowiązkowego orzekania określonego art. 58 § 1 i 1a k.r.o. Np. w „porozumieniu” może znaleźć się zapis co do pokrywania kosztów leczenia dziecka, które to koszty powinny obciążać (ze względu na ich wysokość) oboje rodziców niezależnie od świadczeń alimentacyjnych określonych w wyroku rozwodowym. Wymuszenie pokrycia tych kosztów wymagałoby jednak wytoczenia powództwa o zasądzenie określonej kwoty. Realizacja „porozumienia” lub jej brak może mieć znaczenie przy orzekaniu z art. 106 k.r.o.⁶⁰.

III.7. W jaki sposób sąd rozwodowy daje wyraz akceptacji „porozumienia”?

Sąd orzekając „uwzględnia porozumienie” jeżeli uznaje, że „jest ono zgodne z dobrem dziecka” (art. 58 § 1 i 1a k.r.o.), a przy pozostawieniu władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom – dodatkowo: jeżeli „jest zasadne oczekiwanie, że (rodzice) będą współdziałać w sprawach dziecka” (art. 58 § 1a k.r.o.). Gdy te przesłanki nie są spełnione, to – *a contrario* – sąd orzeka odmiennie, co świadczy o tym, że nie

⁵⁸ OSNC 2006, Nr 9, poz. 142.

⁵⁹ OSNC 2009, Nr 1, poz. 12.

⁶⁰ „Art. 106 Jeżeli wymaga tego dobro dziecka, sąd opiekuńczy może zmienić orzeczenie o władzy rodzicielskiej i sposobie jej wykonywania zawarte w wyroku orzekającym rozwód, separację bądź unieważnienie małżeństwa, albo ustalającym pochodzenie dziecka.”.

akceptuje „porozumienia”, a w każdym razie – nie akceptuje „porozumienia” w tych jego elementach, które decydują o sposobie rozstrzygnięcia. W takim przypadku – wydaje się – „porozumienie” upada w całości, bo nie byłoby wiadomo, które z jego elementów, nie mające wpływu na rozstrzygnięcie, wiązałyby strony.

Powstaje jednak pytanie, czy przed wydaniem wspomnianego orzeczenia odmiennego, sąd powinien spróbować pomóc małżonkom wypracować zmianę „porozumienia” w takim kierunku, które mogłoby stać się podstawą orzeczenia? Wydaje się, że jest to możliwe. Przyjęcie przez nich takiego, zmienionego „porozumienia”, które mogłoby stać się podstawą orzeczenia, byłoby korzystne dla stosunków między rozwiedzionymi małżonkami i ich relacji z dzieckiem po rozwodzie. Wszystko jednak zależy będzie od okoliczności konkretnej sprawy.

III.8. Koszty „porozumienia”

Ewentualne koszty związane z opracowaniem „porozumienia” powinny obciążać małżonków (rodziców) i podlegają rozliczeniu w orzeczeniu kończącym postępowanie (w procesie stosownie do art. 98 i n. k.p.c., w postępowaniu nieprocesowym – opiekuńczym według zasad z art. 520 k.p.c.). Są to niezbędne koszty procesu skoro przedstawienie „porozumienia” jest obligatoryjne. Należy tu stosować przez analogię przepis art. 98¹ § 1 k.p.c.⁶¹ Jeżeli „porozumienie” zostało wypracowane w postępowaniu mediacyjnym to trzeba mieć na uwadze, że ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych⁶² stanowi w art. 6, że koszty mediacji nie stanowią wydatków; przepis ten dotyczy również mediacji z art. 436 k.p.c. Skoro kosztów mediacji nie zalicza się do wydatków, to nie ma podstaw do ich pokrywania przez Skarb Państwa za stronę zwolnioną od kosztów sądowych. Wysokość wynagrodzenia mediatora w takiej sprawie określona została w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 30 listopada 2005 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia i podlegających zwrotowi wydatków mediatora w postępowaniu cywilnym⁶³.

IV. Pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom

W okresie przed omawianą nowelą możliwość orzeczenia pozostawiającego obojgu rozwiedzionym małżonkom władzy rodzicielskiej nad ich małoletnim dzieckiem została wyinterpretowana ze sformułowania pierwotnego zawartego w art. 58 i znajdującego się tam nadal: „Sąd może powierzyć wykonywanie władzy jednemu

⁶¹ „Art. 98 § 1. Do niezbędnych kosztów procesu zalicza się koszty mediacji prowadzonej na skutek skierowania przez sąd.”.

⁶² Dz. U. Nr 167, poz. 1398 ze zm.

⁶³ Dz. U. Nr 239, poz. 2018.

z rodziców ograniczając władzę rodzicielską drugiego do określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do osoby dziecka.”. Przyjęto, że skoro sąd „może”, to „nie musi”, a więc może pozostawić władzę rodzicielską obojgu rozwiedzionym małżonkom (dodawano nieraz przy tym, że idzie o władzę „pełną”, co było określeniem nieadekwatnym do sytuacji panującej po rozwodzie, gdyż nie można powiedzieć, że stosunki między rodzicami a dziećmi w zakresie sprawowania władzy rodzicielskiej nad nimi nie uległy zmianie w porównaniu z taką sytuacją jaka istniała przed rozkładem pożycia małżeńskiego rodziców⁶⁴. Na temat trafności takiego orzekania poglądy w doktrynie były podzielone, podkreślano jednak, że aby go zastosować wymagane jest ustalenie harmonijnego lub przynajmniej poprawnego ustosunkowania się rodziców do siebie, a w szczególności w zakresie ich stosunku do wspólnego dziecka⁶⁵.

Sąd Najwyższy w punkcie V wytycznych z dnia 18 marca 1968 r., III CZP 70/66⁶⁶, przyjął, że „Obecnie (tj. pod rządem art. 58 k.r.o. – B. C.) dopuszczalne jest także pozostawienie pełni władzy rodzicielskiej obojgu rozwiedzionym małżonkom. Takiego rozstrzygnięcia nie można jednak traktować jako reguły. Wymaga ono bowiem ustalenia, że stosunek wzajemny małżonków oraz inne okoliczności, a przede wszystkim ich dotychczasowy stosunek do dzieci oraz wzajemne kontakty w tym zakresie, zapewniają szanse zgodnego wykonywania przez oboje rodziców władzy rodzicielskiej wspólnie, w sposób odpowiadający dobru dziecka i interesowi społecznemu (art. 95 § 3).”.

Dopiero nowela z dnia 6 listopada 2008 r. wprowadziła w tym przedmiocie do art. 58 § 1a k.r.o. wyraźne unormowanie według którego: „Sąd może pozostawić władzę rodzicielską obojgu rodzicom na ich zgodny wniosek, jeżeli przedstawili porozumienie, o którym mowa w § 1, i jest zasadne oczekiwanie, że będą współdziałać w sprawach dziecka.”. Zatem obecnie pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom możliwe jest tylko wtedy, gdy spełnione są trzy przesłanki: a) zgodny wniosek obojgu rodziców (rozwodzających się małżonków) o takie orzeczenie, b) przedstawienie „porozumienia” małżonków o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem po rozwodzie, jeżeli jest ono zgodne z dobrem dziecka, c) ustalenie, że zasadne jest oczekiwanie, iż rodzice będą współdziałać w sprawach dziecka.

Takie same wymagania wprowadzone zostały dla orzekania według art. 107 k.r.o.

Pozostawienia pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rozwiedzionym małżonkom nie można traktować jako reguły. Wymaga ono bowiem ustalenia, że stosunek wzajemny małżonków oraz inne okoliczności, a przede wszystkim ich dotychcza-

⁶⁴ Tak trafnie W. Stojanowska, *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979, s. 177.

⁶⁵ Dyskusję wokół tego problemu przedstawili szczegółowo T. Sokołowski, *Skutki prawne...*, s. 86–90 oraz W. Stojanowska, *Rozwód a dobro...*, s. 168–177.

⁶⁶ Uchwała pełnego składu Izby Cywilnej SN z dnia 18 marca 1968 r. – wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w zakresie stosowania przepisów art. 56 oraz art. 58 k.r.o., OSNCP 1968, Nr 5, poz. 77.

sowy stosunek do dzieci oraz wzajemne kontakty w tym zakresie, zapewniają szansę zgodnego wykonywania przez oboje rodziców władzy rodzicielskiej wspólnie, w sposób odpowiadający dobru dziecka i interesowi społecznemu (teza V wytycznych SN z 1968 r.).

Pozostawiając pełną władzę rodzicielską obojgu rozwiedzionym małżonkom sąd powinien określić miejsce pobytu (a nie zamieszkania w rozumieniu art. 26 k.c.) dziecka przy jednym z nich. Zapobiegnie to ewentualnym sporom rodziców co do miejsca pobytu dziecka i „przerzucania” go między nimi.

Periodyczne zmiany osoby wykonującej władzę rodzicielską nie tylko nie mogą zapewnić dziecku należytego zaspokojenia jego potrzeb, ale wręcz wyłączają jednolitość kierunku wychowania i musiałyby wyrzucić jak najbardziej ujemny wpływ na kształtowanie się świadomości dziecka (orz. SN z dnia 22 kwietnia 1952 r., C. 414/52⁶⁷).

W. Stojanowska trafnie stwierdziła: „Pozostawienie pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom stwarza niebezpieczeństwo, że dziecko nie będzie miało stałego miejsca pobytu, zwłaszcza w sytuacji, gdy rodzice mieszkają w jednej miejscowości, lecz oddzielnie. Każde z rodziców, nieograniczone w zakresie wykonywania władzy rodzicielskiej, może domagać się, aby dziecko przebywało u niego. Toteż konieczne jest ustalenie w wyroku rozwodowym przede wszystkim miejsca faktycznego pobytu dziecka, bowiem miejsce jego zamieszkania określa (...) art. 26 k.c. Wynika z tego, że ustalenie w sentencji wyroku tylko miejsca zamieszkania dziecka jest niewystarczające. Ustalenie w wyroku miejsca pobytu dziecka określa równocześnie osobę sprawującą bezpośrednią nad nim pieczę.”⁶⁸

Niedopuszczalne jest „rozłożenie” władzy rodzicielskiej w czasie, polegające na tym, że dziecko miałoby okresowo (np. co pół roku) przebywać u każdego z rodziców i do tego z rodziców, u którego przebywa, należałoby w tym okresie pełnia władzy rodzicielskiej, gdyż przyznanie jednakowych uprawnień i obowiązków obojgu rodzicom byłoby sprzeczne z art. 58 § 1a i art. 107 § 2 k.r.o. (zob. powołane wyżej orz. SN z dnia 22 kwietnia 1952 r., C 414/52 oraz orz. SN z dnia 4 listopada 1953 r., II C 481/53⁶⁹). Brak natomiast takich przeszkód do określenia krótkotrwałych pobytów dziecka u drugiego z rodziców, np. w okresie wakacji⁷⁰.

Ewentualne różnice zdań rodziców – zarówno w wypadku, gdy po rozwodzie sprawują oni władzę rodzicielską wspólnie, jak i wówczas, gdy jednemu z rodziców

⁶⁷ OSN 1953, Nr 2, poz. 47.

⁶⁸ W. Stojanowska, (w:) W. Stojanowska, M. Baum, *Władza rodzicielska pozamałżeńskiego i rozwiedzionego ojca. Studium socjologiczno-prawne*, Warszawa 2000, s. 62; patrz również, tejsze, *Dowód z opinii rodzinnego ośrodka diagnostyczno-konsultacyjnego w sprawach o rozwód...*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2002, Nr 2.1, s. 49–51.

⁶⁹ „Państwo i Prawo” 1954, Nr 3, s. 553.

⁷⁰ Tak trafnie J. Ignatowicz, (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem pod red. J. Pietrzykowskiego*, Warszawa 1993, s. 511 i wskazana tam literatura).

przyznano niektóre tylko uprawnienia z zakresu tej władzy, a sprzeczność zdań dotyczy sprawy objętej tymi uprawnieniami – rozstrzyga sąd opiekuńczy na podstawie art. 97 § 2 k.r.o. (z tezy V wytycznych SN z 1968 r.).

V. Kwestia nierozdzielania rodzeństwa

Jeśli rozwodzący się małżonkowie mają więcej niż jedno wspólne małoletnie dziecko, powstaje zagadnienie nie tylko, któremu z nich powierzyć wykonywanie władzy rodzicielskiej, lecz także problem, czy rodzeństwo „rozdzielić” między oboje małżonków, szczególnie w sytuacji, gdy małżonkowie ci „walczą” o dzieci i formułują na ten temat wnioski wobec sądu.

U podstaw tego zagadnienia musi tkwić aksjologiczne założenie natury ogólnej, które w wielkim skrócie przedstawia się następująco: dziecko nie może być traktowane jak przedmiot, który się „posiada”, dziecko jest osobą, dobrem autotelicznym (samym dla siebie a nie dla kogoś innego). Nie ma dobra osobistego (art. 23 k.c.) w postaci „posiadania” dziecka, któremu to dobru odpowiadałoby „podmiotowe prawo do dziecka”. Stąd właściwym działaniem wobec dziecka nie jest dążenie do jego „posiadania” lecz miłość, czyli świadczenie dziecku „dobra”, albo mówiąc inaczej: każde działanie wobec dziecka może być podejmowane jedynie ze względu na jego dobro. Ten kierunek myślenia – jak się wydaje – przyjęło Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy stwierdzając w 1979 r., że „dzieci nie mogą już dłużej być uważane za własność rodziców, lecz muszą być uznane jako jednostki, posiadające własne prawa i potrzeby.”⁷¹. Wszystkie te kwestie wymagałyby jednak rozwinięcia, czego w tym miejscu nie można uczynić, prócz odwołania się do mojego tekstu w komentarzu do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, odnoszącego się do relacji dobra dziecka i interesu rodziców⁷².

Rozwiązanie problemu dopuszczalności „rozdzielenia” rodzeństwa nie znalazło dotychczas odpowiedniego – do jego ważności – odzwierciedlenia w judykaturze. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu orzeczenia z dnia 30 stycznia 1957 r.,

⁷¹ Dział I, lit. a Rekomendacji 874 (1979) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy w sprawie Europejskiej Karty Praw Dziecka z 4 października 1979 r., (w:) *Prawa rodziny prawa w rodzinie w świetle standardów międzynarodowych*, opr. T. Jasudowicz, Toruń 1999, s. 337.

⁷² *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, pod red. K. Piaseckiego, wyd. 3, Warszawa 2006, s. 336; z uwagi 55 do art. 56: „Dziecko bowiem przez swoją niedojrzałość duchową i fizyczną nie może samo bronić się i dbać o swoje dobro (zresztą nie ma odpowiedniego rozeznania dobra). Rodzice zaś, skoro powołali dziecko do życia, muszą podporządkować swój osobisty interes dobru dziecka. Tego wymagają elementarne zasady moralności, obowiązujące wszystkich ludzi, niezależnie od ich światopoglądu. W istocie rzeczy problem: «interes rodziców czy dobro dziecka?» jest źle postawiony. Rozumując bowiem racjonalnie i kierując się właściwą hierarchią wartości, trzeba przyjąć, że dobro dziecka zawsze jest w «interesie» jego rodziców, albowiem powołując dziecko do życia przyjmują oni obowiązek (i prawo!) jego prawidłowego wychowania (art. 95 § 3 k.r.o.) oraz mogą z kolei oczekiwać pomocy ze strony dziecka.”. Tak samo w wydaniu 4 (2009 r.) wymienionego Komentarza.

4 Cr 924/55⁷³, stwierdził, że: „brak w sprawie jakichkolwiek momentów mogących choćby częściowo uzasadnić z reguły niepożądane i niezgodne z intencją ustawodawcy rozdzielanie rodzeństwa”.

W piśmiennictwie (szczególnie W. Stojanowska i J. Winiarz) wyrażono w tym przedmiocie bardzo trafne zapatrywanie, że zasadą powinno być nierozdzielanie rodzeństwa. Szerokie uzasadnienie idei nierozdzielania rodzeństwa, oparte na analizie przepisów prawa, orzecznictwa, piśmiennictwa i badaniach aktowych, a także wnioski *de lege lata* i *de lege ferenda* w tym przedmiocie, przedstawiła W. Stojanowska⁷⁴.

J. Winiarz zaś wyraził pogląd, że sąd, orzekając o powierzeniu wykonywania władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców, powinien również brać pod uwagę, u którego z rodziców przebywało dziecko przed orzeczeniem rozwodu, i uwzględnić stopień związania się dziecka z tym z rodziców. Jeżeli dzieci wychowywały się razem u jednego z rodziców, względ na ich dobro często może przemawiać za nierozdzielaniem dzieci i powierzeniem wykonywania władzy rodzicielskiej temu z rodziców, u którego przebywały przed orzeczeniem rozwodu⁷⁵. Za – jako zasadą – nierozdzielaniem rodzeństwa opowiedział się także B. Dobrzański⁷⁶.

Kwestia została rozstrzygnięta nowelą z dnia 6 listopada 2008 r. przez wprowadzenie dwóch unormowań do art. 58 § 1 i art. 107 § 2 k.r.o., mianowicie dodano do tych przepisów identyczne zdania: „Rodzeństwo powinno wychowywać się wspólnie, chyba że dobro dziecka wymaga innego rozstrzygnięcia”. Wynika z tego sformułowania, że nierozdzielanie rodzeństwa jest zasadą, a rozdzielanie – wyjątkiem za którym musi przemawiać dobro dzieci.

Na tle art. 58 § 1 i art. 107 § 2 k.r.o. ten normatywny postulat należy ujmować łącznie z obowiązkiem rozwodzących się małżonków przedłożenia sądowi „porozumienia” o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem. „Porozumienie” to powinno zawierać umotywowane wnioski co do rozdzielania lub nierozdzielania rodzeństwa, sąd zaś oceni, który z tych wariantów rozstrzygnięcia bardziej odpowiada dobru dzieci.

⁷³ „Nowe Prawo” 1957, Nr 9, s. 121 i 122.

⁷⁴ W szczególności w pracach: *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979, *Sposób wykonywania władzy rodzicielskiej po rozwodzie w razie pozostawienia jej obojgu rodzicom bez ograniczenia*, „Zeszyty Naukowe IBPS” 1979, Nr 11, s. 74–86, *Rozdzielenie rodzeństwa na skutek rozwodu jego rodziców*, „Studia Prawnicze” 1995, Nr 1–4, s. 157–181, oraz *Ochrona dziecka przed negatywnymi skutkami konfliktu między jego rodzicami*, Warszawa 1997, szczególnie s. 12–16, *Sprawowanie władzy rodzicielskiej przez rozwiedzionych rodziców nad ich wspólnymi małoletnimi dziećmi*, (w:) *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Leopolda Steckiego*, Red. i wstęp M. Bączyk, J. A. Piszczek, E. Radomska, M. Wilke, Toruń 1997, s. 313–327.

⁷⁵ J. Winiarz, (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz pod red. K. Pietrzykowskiego*, Warszawa 2003, s. 530.

⁷⁶ W: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, praca zbiorowa pod red. B. Dobrzańskiego i J. Ignatowicza*, wyd. 2, Warszawa 1975, s. 347–349.

VI. Orzekanie o kontaktach rodziców z dzieckiem

Wspomniano już, że według znowelizowanego przepisu art. 58 § 1 k.r.o. orzekanie o kontaktach rozwiedzionych rodziców z ich małoletnimi dziećmi jest obligatoryjne i powinno nastąpić według „porozumienia”, które rodzice przedstawili, jeżeli jest ono zgodne z dobrem dzieci. Na tle konkretnej sprawy może okazać się, że niecelowe jest orzekanie o tych kontaktach albowiem w tym przedmiocie nie ma konfliktów między rodzicami. Wówczas istnieje potrzeba zamieszczenia w wyroku orzeczenia negatywnego, stwierdzającego nieorzekanie o tych kontaktach (analogicznie jak przy podziale mieszkania na czas wspólnego przebywania w nim rozwiedzionych małżonków; zob. tezę XI ust. 3 wytycznych SN z dnia 13 stycznia 1978 r., III CZP 30/77⁷⁷: „Jeżeli w świetle okoliczności faktycznych sprawy nie zachodzi potrzeba orzeczenia z urzędu w myśl dyspozycji art. 58 § 2, zdanie pierwsze k.r.o., sąd w sentencji wyroku rozwodowego zamieszcza wzmiankę, że nie orzeka o sposobie korzystania przez rozwiedzionych małżonków ze wspólnego mieszkania.”). W wymienionej sytuacji, ściślej mówiąc, orzeczenie powinno stwierdzać brak merytorycznych podstaw do rozstrzygnięcia o sposobie utrzymywania kontaktów z dzieckiem przez rodziców, bo takie sformułowanie ewentualnie umożliwi wniesienie apelacji.

Orzekając o kontaktach rodziców z dziećmi należy mieć na uwadze, że na skutek nowelizacji ustawą z dnia 6 listopada 2008 r. zmieniły się przepisy dotyczące tych kontaktów. Zmiany te należy uwzględnić przy orzekaniu o kontaktach w wyroku rozwodowym (również przy orzekaniu separacji i unieważnienia małżeństwa). Według uzasadnienia projektu nowelizacji zasadnicze zmiany w tym przedmiocie dotyczą w szczególności następujących kwestii:

1. Uwzględniając dominujące zapatrywanie doktryny i orzecznictwa, ujęto kontakty z dzieckiem jako atrybut niezależny od władzy rodzicielskiej (art. 113 § 1 k.r.o.), ale należący do „praw rodzicielskich” wskazanych w art. 48 ust. 2 Konstytucji RP. Kontakty te powinny stanowić przedmiot nie tylko prawa, ale i obowiązku rodziców, co z kolei jest w pełni zgodne z charakterem władzy rodzicielskiej i ułatwiać powinno stosowanie prawa dotyczącego kontaktów, jako instytucji zbliżonej w miarę możliwości swoim charakterem do instytucji władzy rodzicielskiej, która także stanowi prawo i obowiązek. Utrzymywanie kontaktów z rodzicami ujęto także jako prawo i obowiązek dziecka. Takie podejście odpowiada postanowieniom art. 9 ust. 3 Konwencji o prawach dziecka, który stanowi, że dziecko ma prawo do utrzymywania regularnych stosunków osobistych i bezpośrednich kontaktów z obojgiem rodziców, z wyjątkiem przypadków gdy jest to sprzeczne z najlepiej pojętym interesem dziecka. Nowela uwzględniła również art. 10 tej Konwencji, stanowiący, że dziecko, którego rodzice przeby-

⁷⁷ OSNCP 1978, Nr 3, poz. 39.

wają w różnych państwach, będzie miało prawo do utrzymywania regularnych (z wyjątkiem okoliczności nadzwyczajnych), osobistych stosunków i bezpośrednich kontaktów z obojgiem rodziców. Nowelizacja wzięła także pod uwagę treść Konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi, przyjętej przez państwa członkowskie Rady Europy w Wilnie w maju 2002 r. i ostatecznie w Strasburgu 15 maja 2003 r.⁷⁸.

2. Przepis art. 113 § 2 k.r.o. zawiera katalog elementów kontaktów z dzieckiem obejmujący, po pierwsze, pobyt z dzieckiem, w którego zakres wchodzi odwiedziny, spotkania, zabieranie dziecka poza miejsce jego stałego pobytu, po drugie, bezpośrednie porozumiewanie się, po trzecie, utrzymywanie korespondencji oraz, po czwarte, korzystanie z innych środków porozumiewania się na odległość, w tym ze środków komunikacji elektronicznej. Katalog ten ma charakter otwarty, ale zawiera najważniejsze składniki kontaktów z dzieckiem i powinien ułatwić formułowanie rozstrzygnięcia sądowego, dotyczącego tej materii.
3. Podstawowe zasady regulowania sposobu utrzymywania kontaktów określono w art. 113¹ § 1 k.r.o. Przepis ten dotyczy najczęstszego, typowego przypadku, w którym dziecko przebywa stale u jednego z rodziców. W takiej sytuacji przyjęto jako regułę, że rodzice określają wspólnie sposób utrzymywania kontaktów z dzieckiem. Rodzice powinni kierować się dobrem dziecka i brać pod uwagę jego rozsądne życzenia (zob. art. 95 § 4 k.r.o.).
4. W praktyce społecznej wielu rodziców z powodzeniem i bez udziału sądu reguluje utrzymywanie kontaktów i taka sytuacja powinna stanowić regułę. Dopiero gdy zainteresowani nie mogliby osiągnąć porozumienia, sprawę powinien rozstrzygać sąd opiekuńczy. W tym zakresie w sprawie rozwodowej funkcję sądu opiekuńczego pełni sąd rozwodowy.
5. Z istoty kontaktów – nie będących elementem władzy rodzicielskiej – wynika, że rodzice nie zostają „zwolnieni” z obowiązku utrzymywania kontaktów z dzieckiem, jeżeli pozbawiono ich władzy rodzicielskiej albo ją ograniczono, a pieczę nad ich dzieckiem sprawuje opiekun lub gdy zostało ono umieszczone w rodzinie zastępczej albo w placówce opiekuńczo-wychowawczej. To założenie uwzględnia przepis art. 113¹ § 2 k.r.o. utrzymujący wobec takich rodziców prawo i obowiązek kontynuowania kontaktów z dzieckiem. Taka regulacja pozwoli w szczególności na ingerencję sądu w sferę kontaktów z dzieckiem, jeżeli rodzice pozbawieni władzy rodzicielskiej będą zaniedbywać utrzymywanie kontaktów z dzieckiem, nie chcąc lub nie potrafiąc wspólnie rozwiązać spraw związanych z utrzymywaniem kontaktów.
6. Rodzice powinni dokładać należytych starań o właściwą jakość kontaktów z dzieckiem (art. 113² k.r.o.). Postawa rodzica wobec dziecka lub głoszone przez niego poglądy mogą stanowić zagrożenie prawidłowego rozwoju dziec-

⁷⁸ Tekst Konwencji w kwartalniku „Rodzina i Prawo” 2008, Nr 7 8, s. 89 101. W procesie ratyfikacyjnym Konwencji veto Prezydenta RP zostało odrzucone przez Sejm w dniu 23 kwietnia 2009 r.

ka. Jeżeli nasilenie takiego negatywnego wpływu będzie zagrażało dobru dziecka, uzasadniona będzie ingerencja sądu. Zawarty w art. 113² § 2 k.r.o. przykładowy katalog sposobów ograniczenia utrzymywania kontaktów z dzieckiem powinien ułatwić orzekanie w sprawach o kontakty rodziców i dzieci.

7. Najsurowszy środek w postaci zakazu utrzymywania kontaktów orzeka sąd w przypadku poważnego zagrożenia lub naruszenia dobra dziecka – art. 113³ k.r.o. Wychodząc z ogólnego założenia, że najlepszą ewentualnością jest uzdrowienie sytuacji w rodzinie pochodzenia dziecka lub przynajmniej częściowa jej poprawa, przewidziano w art. 113⁵ k.r.o. zmianę rozstrzygnięcia w sprawie kontaktów w razie zmiany okoliczności.
8. Istotną nowość na gruncie polskiego prawa rodzinnego stanowi art. 113⁴ k.r.o., dający sądowi opiekuńczemu (a więc i sądowi rozwodowemu), orzekającemu w sprawie kontaktów z dzieckiem, kompetencję do zobowiązania rodziców do określonego postępowania. Także w tym przepisie zawarto otwarty katalog środków stosowanych przez sąd, ze wskazaniem możliwości kierowania rodziców do placówek lub specjalistów, zajmujących się terapią rodzinną, poradnictwem lub świadczących rodzinie inną stosowną pomoc. Zmiana ta nawiązuje również do znowelizowanego art. 109 § 2 pkt 1 k.r.o.

VII. Niektóre wnioski

Wydaje się, że istnieje potrzeba – jak to proponowali T. Sokołowski i W. Stojanowska – stworzenia odpowiedniego aktu normatywnego, który uregulowałby kwestie sposobu opracowania „porozumienia” i jego niezbędną treść (np. na wzór amerykańskiego „Kwestionariusza”). Pomocny dla opracowujących „porozumienie” mógłby okazać się również odpowiedni „Przewodnik”, mający charakter informacyjny i instruktażowy, nie stanowiący aktu normatywnego.

W opracowaniu wymienionych projektów powinny uczestniczyć osoby zorientowane w unormowaniu i funkcjonowaniu „planu wychowawczego” według prawa amerykańskiego (byliby to w szczególności profesorowie W. Stojanowska i T. Sokołowski) a także psychologowie, pedagodzy, itp. specjaliści.

Niezbędne wydaje się również przeprowadzenie odpowiednich badań mających na celu rozeznanie konieczności, skuteczności i sposobu stosowania w praktyce sądowej „planu wychowawczego” („porozumienia”) rozwodzących się rodziców, w celu ochrony dobra ich dzieci. Przeprowadzenie takich badań proponowała W. Stojanowska już w roku 2001, ale nie otrzymała na ten cel odpowiednich środków z KBN⁷⁹.

⁷⁹ Zob. W. Stojanowska, *Postulat przeniesienia...*, przypis 2, s. 9.

Ochrona dobra dziecka rozwodzących się rodziców – „plan wychowawczy” według koncepcji stosowanej w USA i postulat przeniesienia jej na grunt polskiego prawa rodzinnego

1. Uwagi wprowadzające

Jubileusz sądownictwa rodzinnego jest dobrą okazją do zastanowienia się, czy są instytucje prawa rodzinnego, które wymagają korektury pod względem legislacyjnym lub w zakresie stosowania prawa. Wybierając do rozważań problematykę dotyczącą sprawowania władzy rodzicielskiej przez rozwiedzionych rodziców, należałoby przede wszystkim odpowiedzieć na pytanie, czy polskie prawo rozwodowe zawiera optymalne rozwiązanie problemu dobra dziecka rozwodzących się rodziców, którzy mają sprawować nad nim władzę rodzicielską po rozwodzie.

Dotychczasowe rozważania na temat przewidzianych w art. 58 § 1 k.r.o. możliwości rozstrzygnięć o władzy rodzicielskiej rozwiedzionych rodziców – tj. pozostawienie pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rozwiedzionym rodzicom oraz powierzenie władzy rodzicielskiej jednemu z nich z ograniczeniem władzy drugiego do określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do osoby dziecka – utwierdzają w przekonaniu, że tego rodzaju rozwiązanie legislacyjne nie zapewnia dziecku pełnej ochrony jego dobra, a w szczególności poczucia bezpieczeństwa co do zakresu sprawowania władzy rodzicielskiej po rozwodzie, jak również sposobu rozwiązywania konfliktu między rodzicami na tym tle. W pierwszym przypadku sąd – pozostawiając rodzicom pełną władzę rodzicielską – nie czyni w wyroku żadnych ustaleń poza miejscem pobytu dziecka, a w razie ograniczenia władzy rodzicielskiej ustalenia dotyczące obowiązków i uprawnień rodziców wobec dziecka są zwykle ogólne i nieprecyzyjne, co powoduje, że wkrótce po prawomocnie orzeczonym rozwodzie wpływa do sądu rodzinnego kolejna sprawa o zmianę wyroku orzekającego rozwód w części dotyczącej władzy rodzicielskiej. Zmieniona wersja orzeczenia sądu w omawianym zakresie nie zawsze likwiduje problem ostatecznie.

Z tego wynika, że istnieje pilna potrzeba zastanowienia się nad innym rozwiązaniem, polegającym na doprecyzowaniu obowiązków i uprawnień obojga rodziców wobec dziecka, niezależnie od tego, które z nich sprawuje bezpośrednią pieczę. Jeżeli prawo krajowe jest niedoskonałe, poszukuje się sposobu do jego zmiany. Każda zmiana stanowi ryzyko pogorszenia sytuacji lub co najmniej brak pożądanego

go rezultatu, tj. wyraźnej jej poprawy. Ideałem byłoby, aby każda zmiana przepisów prawnych była poprzedzona badaniami naukowymi lub chociażby rozeznaniem co do skuteczności planowanej nowelizacji prawa. Można też skorzystać z rozwiązań legislacyjnych przyjętych w systemie prawnym innego kraju i doświadczeń w stosowaniu ich w praktyce. Transfer takiego rozwiązania nie może odbywać się automatycznie, bez poprzedzenia go dyskusją i w razie możliwości eksperymentalną próbą wprowadzenia go w życie. W tym przypadku chodzi o stosowaną od dawna w USA koncepcję tzw. „planu wychowawczego rodziców”, regulującego sposób sprawowania władzy rodzicielskiej przez rodziców po ich rozwodzie. Wspomniany „plan wychowawczy”¹ rodziców, stosowany w USA będzie w niniejszym opracowaniu szczegółowo przedstawiony². Jedyne źródłem informacji w piśmiennictwie prawniczym w języku polskim na temat funkcjonowania tej instytucji w praktyce amerykańskich sądów jest fragment monografii T. Sokołowskiego³. Autor nie tylko opisuje dokładnie istotę, strukturę i treść stosowanego w USA „planu wychowawczego”, ale przedstawia, w jaki sposób można by go „wkomponować” w kontekst obowiązujących przepisów k.r.o., regulujących sposób rozstrzygnięcia sądu w zakresie sprawowania władzy rodzicielskiej przez rozwodzących się rodziców. Propozycje *de lege lata* i *de lege ferenda* wspomnianego autora będą przedmiotem dalszych rozważań, jako materiał do dyskusji i podstawa do ostatecznych wniosków tu zgłoszonych, zwłaszcza legislacyjnych. Jest to kolejne moje poparcie dla skorzystania z tego rodzaju rozwiązania legislacyjnego z powodzeniem funkcjonującego w USA, które może stać się jedynym, bezkonkurencyjnym środkiem zabezpieczenia interesów dziecka rozwodzących się rodziców w Polsce⁴.

¹ Omawiany tu „plan wychowawczy” rodziców przedstawiłam w artykule pt.: *Postulat przeniesienia amerykańskiej koncepcji „planu wychowawczego” rozwodzących się rodziców na grunt prawa polskiego*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2007, Nr 7.2, s. 7–44.

² Podstawą sporządzenia omawianego „planu wychowawczego rodziców” (określanego w dalszych rozważaniach jako „plan wychowawczy”) jest wypełnienie specjalnie do tego celu przeznaczonego kwestionariusza. Aby sprawdzić, czy omawiany „plan wychowawczy” nadal jest w takiej postaci stosowany w praktyce amerykańskich sądów wykorzystano oryginalny druk wspomnianego „kwestionariusza planu wychowawczego” (tymczasowego i ostatecznego) aktualnie stosowanego w sądach stanu Waszyngton, sprowadzonego z USA na potrzeby niniejszej publikacji. Będzie on w trakcie cytowania w dalszych rozważaniach określany jako „kwestionariusz planu wychowawczego”. Stanowi on wzorzec „planu wychowawczego” zawierający wszystkie zagadnienia, które przewiduje obowiązujące prawo w tym stanie.

³ Por. T. Sokołowski: *Prawne skutki rozwodu*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 1996, s. 73 i n.; Byłam recenzentką wydawniczą wymienionej wyżej monografii i w recenzji zachęciłam autora, aby szerzej opisał wspomnianą przez niego lakonicznie instytucję „planu wychowawczego rodziców”. Proponowałam przeniesienie jej na grunt polskiego prawa i praktyki sądowej, a w niniejszym opracowaniu czynię to kolejny raz. W 2001 r. wystąpiłam z wnioskiem do KBN o przyznanie grantu na badania mające na celu wskazanie konieczności, skuteczności i sposobu zastosowania w polskiej praktyce sądowej „planu wychowawczego” rozwodzących się rodziców, w celu ochrony dobra ich dzieci. Niestety wniosek ten nie został uwzględniony. Jednakże potrzeba realizacji takich badań nadal istnieje, co wynika z rozważań zawartych w niniejszym opracowaniu.

⁴ Por. czynione przeze mnie wzmianki na temat omawianego „planu wychowawczego”; W. Stojanowska: *Ochrona dziecka przed negatywnymi skutkami konfliktu między jego rodzicami*, Wydawnictwo WSPS, Warszawa 1997, s. 106–107; też: *Władza rodzicielska pozamatżeńskiego i rozwiedzionego ojca. Studium socjologiczno-prawne*, Wydawnictwo APS, Warszawa 2000, s. 200–202.

Na uzasadnienie powyższego stwierdzenia warto rozważyć obecnie istniejące środki prawne przewidziane w Polsce w obowiązujących przepisach, mające na celu ochronę dziecka przed negatywnymi skutkami konfliktu między jego rodzicami. Należą do nich:

- art. 97 § 2 k.r.o., przewidujący możliwość rozstrzygnięcia przez sąd o istotnych sprawach dziecka w razie konfliktu między jego rodzicami,
- art. 56 § 2 k.r.o., kreujący dobro dziecka jako negatywną przesłankę rozwodową,
- art. 58 § 1 k.r.o., regulujący sposób rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej nad wspólnymi małoletnimi dziećmi rozwodzących się rodziców w wyroku rozwodowym,
- art. 106 k.r.o., przewidujący – w razie zmiany okoliczności – zmianę orzeczenia o władzy rodzicielskiej zawartego w wyroku rozwodowym, jeżeli wymaga tego dobro dziecka,
- art. 107 k.r.o. regulujący sposób rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej rodziców nie pozostających ze sobą w związku małżeńskim,
- art. 109 i 111 k.r.o., dające sądowi możliwość ograniczenia lub pozbawienia władzy rodzicielskiej tego z rodziców, który wciąga dzieci do konfliktu, naruszając tym samym ich dobro,
- art. 184 k.k., stwarzający możliwość ukarania tego z rodziców, który wciągając dzieci do konfliktu ze współmałżonkiem, znęca się nad nim psychicznie lub fizycznie.

Nie zapewniają one dziecku pełnego zabezpieczenia przed skutkami konfliktu między jego rodzicami. Bardziej skutecznymi środkami – jak wskazują wyniki badań – okazały się środki pozaprawne, a w szczególności przekonywanie rodziców o zgubnym oddziaływaniu toczącego się między nimi konfliktu i nakłanianie ich, aby starali się ochraniać dziecko w maksymalny sposób przed jego skutkami, przy czym zadanie to może wykonać najlepiej psycholog lub pedagog. Wywiady przeprowadzone z nauczycielami wykazały ogromne możliwości skutecznej pomocy dziecku przez nauczyciela, który może oddziaływać na takich rodziców, których konflikt i negatywne jego skutki dla dziecka nie mają szans ujawnienia się w inny sposób⁵.

Moje poglądy na temat stosowania środków ochrony dobra dziecka w zakresie zapobiegania lub ratowania go przed skutkami konfliktu między jego rodzicami uległy pewnej zmianie w stosunku do tych, które wyraziłam wcześniej⁶. Na tę zmianę wpłynęły przede wszystkim wyniki kolejnych badań⁷ oraz brak jakichkolwiek reakcji na propozycje stworzenia warunków do stosowania preferowanych przeze mnie środków pozaprawnych (np. stworzenie sieci poradni rodzinnych w całym kraju, rozbudowa

⁵ Por. W. Stojanowska: *Ochrona dziecka przed ujemnymi skutkami konfliktu między jego rodzicami*, (w:) *Rodzina w świetle prawa i polityki społecznej*, pod red. T. Smoczyńskiego, Poznań 1990, s. 97 i n.; też: *Ochrona dziecka przed negatywnymi...*

⁶ Tamże.

⁷ Por. W. Stojanowska: *Władza rodzicielska...*, s. 196 i n.

rodzinych ośrodków diagnostyczno–konsultacyjnych, stanowiących organ pomocniczy sądu rodzinnego) i utrata nadziei na ich realizację w najbliższej przyszłości. Wyraźnie podkreślam, że nadal uważam te pozaprawne środki ochrony dobra dziecka za optymalne i dające najlepsze skutki. Ze względu jednak na nikłe szanse wprowadzenia ich w życie, przynajmniej do czasu nadejścia w Polsce dobrego klimatu dla rozwoju i realizacji idei zmierzających do ratowania rozpadających się rodzin, należy podjąć kolejną próbę ratowania dzieci, chroniąc je przed skutkami konfliktu między ich rodzicami⁸, przy zastosowaniu środków prawnych. Taką formą próby jest ekspozycja wzoru do naśladowania w postaci omawianego tu „planu wychowawczego”.

Nie można też liczyć na rewelacyjne efekty wprowadzenia do polskiego systemu prawnego nowej instytucji mediacji, stosowanej fakultatywnie, przy jednoczesnej likwidacji posiedzeń pojednawczych w procesie o rozwód⁹.

Warto zaznaczyć, iż zasada nr 6 – zawarta w załączniku do Rekomendacji Nr R (84) 4 w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej z 28 lutego 1984 r., przyjętej przez Komitet Ministrów Rady Europy stanowi, że w przypadku rozwiązania małżeństwa właściwy organ orzeka o odpowiedzialności rodzicielskiej, podejmując wszelkie stosowne środki. Ustala np. podział odpowiedzialności rodzicielskiej, albo za ich zgodą orzeka o jej wspólnym wykonywaniu. Takie orzeczenie powinno uwzględniać porozumienie zawarte pomiędzy rodzicami, jeśli nie pozostaje ono w sprzeczności z dobrem dziecka¹⁰.

Z tego wynika, że ten międzynarodowy akt prawny zawiera zalecenie doprowadzenia do tego, aby rodzice zawierali pomiędzy sobą porozumienie, któremu odpowiada omawiany „plan wychowawczy”.

2. „Plan wychowawczy” rozwodzących się rodziców w prawie amerykańskim na przykładzie jego stosowania w stanie Waszyngton

W literaturze amerykańskiej podkreśla się konieczność udziału obojga rodziców w sprawowaniu władzy rodzicielskiej (*joint custody*) i ich współpracy w tym zakresie¹¹. Nie pozostawia się ich jednak samym sobie, jak to uczynił polski ustawodawca, wprowadzając instytucję pozostawienia pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rozwiedzionym rodzicom.

⁸ Tamże.

⁹ Por. W. Stojanowska: *Fakultatywna mediacja w procesie o rozwód według znowelizowanego kodeksu postępowania cywilnego*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2006, Nr 6.2, s. 33 i n.

¹⁰ Por. W. Stojanowska: *Komentarz do rekomendacji Nr (84) 4 w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej*, (w:) *Standardy prawne Rady Europy*, pod. red. M. Sajana, Warszawa 1994, s. 213. Może to być np. porozumienie co do miejsca zamieszkania dziecka z jednym z rodziców, przy równoczesnym ustaleniu prawa do bezpośrednich kontaktów drugiego z rodziców i obowiązkułożenia na utrzymanie (tamże).

¹¹ Por. A. Szlęzak: *Reforma prawa rozwodowego w USA*, „Nowe Prawo” 1988, Nr 9, s. 95.

Ustawodawca amerykański stworzył warunki, aby tę ideę wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej przez oboje rodziców realizować, wprowadzając instytucję „planu wychowawczego rodziców” (*parenting plan*), który jest uregulowany za pomocą obszernie i szczegółowo sformułowanych przepisów. Przygotowanie takiego planu wychowawczego jest w niektórych stanach obowiązkowe, a w innych zalecane¹².

Wspomniana *joint custody* lub *shared parenting*, czyli władza rodzicielska w USA wspólnie wykonywana przez rodziców, zawiera dwa standardowe składniki: *joint legal* i *joint physical custody*, tj. czynności dokonywane w sferze interesu dziecka, czyli piecza nad majątkiem dziecka i jego reprezentacja oraz piecza nad osobą dziecka¹³.

Podstawą prawną „planu wychowawczego” w stanie Waszyngton jest *The Washington State Parenting Act* (cyt. dalej jako „Wa Par. Act.”)¹⁴. Przepisy tego aktu prawnego wprowadzają obowiązek przedłożenia planu wychowawczego przez oboje rodziców, a ponadto wskazują szczegółowo elementy, które ten plan musi zawierać. Ponadto uwzględniają tendencję do rozszerzania ingerencji sądu w wykonywanie władzy rodzicielskiej w przypadku wyraźnie określonych wadliwych zachowań rodziców względem dziecka lub byłego małżonka oraz określają pewne preferencje wskazujące, który z rodziców powinien być uznany za sprawującego w pierwszym rzędzie pieczę nad dzieckiem¹⁵.

Regulacja waszyngtońska, dotycząca planu wychowawczego, obejmuje cztery grupy przepisów ujęte w paragrafy. Pierwszy paragraf zawiera definicje ustawowe, drugi wskazuje treść planu, trzeci wprowadza kryteria jego ustanowienia, czwarty wreszcie wskazuje przesłanki ograniczenia zastosowania planu wychowawczego w przypadku wadliwych zachowań rodziców¹⁶.

Trudno powstrzymać się od wyrażenia refleksji porównawczej do polskiej instytucji prawnej pozostawienia pełnej władzy rodzicielskiej, która funkcjonuje w praktyce bez wskazania w k.r.o. jakichkolwiek kryteriów podjęcia przez sąd takiej decyzji, bez określenia obowiązków i uprawnień obojga rodziców wobec dziecka i bez jakiegokolwiek kontroli sądu, a co za tym idzie z wyłączeniem ingerencji sądu w razie zagrożenia dobra dziecka ze strony rodziców.

Ta refleksja zachęca do poznania szczegółów dotyczących omawianego planu wychowawczego i przygotowania się do rozważań, w jaki sposób można by przenieść tę instytucję na grunt polskiego systemu prawnego.

¹² Por. T. Sokołowski: op. cit., s. 75; D. Sitarz: *Divorce and Dissolution of Marriage Laws of the United States*, Carbondale 1990 (cyt. za T. Sokołowskim, tamże).

¹³ Por. T. Sokołowski: op. cit., s. 74.

¹⁴ 1987 *Washington Laws* 2015-42 [Wash. Rev. Code § 26.09.002–004, 040–050, 070, 110, 160, 181–260, 280–285, 907–913 (1989)] – s. 76; *Revised Code Washington* § 26.09.004 i n. (*Washington State Parenting Act*), Mathew Bender & Company Inc., Lexis Publishing 2006.

¹⁵ Tamże.

¹⁶ Tamże.

W części Wa Par. Act dotyczącej definicji ustawowych przewidziany jest „okresowy plan wychowawczy” (*Temporary parenting plan*) wydany w trybie zarządzenia tymczasowego sądu, przewidujący sposób wychowywania dziecka w czasie trwania postępowania o rozwód, unieważnienie małżeństwa lub o separację, oraz „plan stały” (*Permanent parenting plan*), który jest zawarty w końcowym orzeczeniu sądu ze wskazaniem poszczególnych funkcji rodzicielskich. Przepisy określają definicje funkcji rodzicielskich, a następnie wskazują 6 takich funkcji¹⁷.

Kolejny paragraf obejmuje: 1) cel planu, 2) jego treść, 3) sposoby rozstrzygnięcia sporów między rodzicami, 4) prawo decyzji, 5) miejsce pobytu dziecka, 6) integralność obowiązków rodzicielskich. Celami planu są: zabezpieczenie troski o osobę dziecka, zwłaszcza o jego uczucia i wzrastające z wiekiem jego potrzeby; określenie praw i obowiązków rodziców; zabezpieczenie dziecka przed szkodliwymi zachowaniami rodziców; zachęcenie rodziców do rozstrzygnięcia spraw dziecka, korzystając z postanowień zawartych w planie wychowawczym dla uniknięcia sporów sądowych oraz generalnie ochrona dobra dziecka¹⁸.

Odnośnie do treści planu zaznaczyć należy, że powinien on zawierać uregulowania dotyczące: miejsca pobytu dziecka, przyznania prawa decyzji oraz sposobu rozstrzygnięcia przyszłych sporów. Przy rozstrzygnięciu sporów zalecana jest mediacja, doradztwo lub inne polubowne postępowanie z udziałem specjalistów, fachowych agencji lub sądu. Rodzice mają obowiązek uczestniczenia w postępowaniu mediacyjnym określonym w planie pod groźbą kary pieniężnej. Otrzymują oni w formie pisemnej, wypracowane w tym postępowaniu ustalenia, od których przysługuje im odwołanie do sądu¹⁹. Prawo decyzji musi być określone w planie wychowawczym, w odniesieniu do jednego lub obojga rodziców w zakresie: wykształcenia dziecka, opieki zdrowotnej i wychowania religijnego oraz innych spraw z inicjatywy rodziców, przy czym w sytuacjach nagłych, w razie groźącego niebezpieczeństwa, każde z rodziców ma prawo do podjęcia stosownej decyzji. Podejmowanie decyzji zależy od tego, u którego z rodziców dziecko aktualnie przebywa, a spór między rodzicami jest rozstrzygany w postępowaniu mediacyjnym. Decyzje w sprawach dziecka mogą być podejmowane: a) tylko przez jedno z rodziców lub, b) przez oboje rodziców w wyniku wspólnego rozstrzygnięcia. Wspólne podejmowanie decyzji będzie ustanowione w planie wychowawczym wówczas, gdy rodzice przejawiają chęć i zdolność do współpracy we wszystkich zakresach przewidzianych w przepisach dotyczących planu, a ich miejsce zamieszkania znajduje się w odległości umożliwiającej ich regularne kontaktowanie się ze sobą²⁰.

W planie wychowawczym jest określone miejsce pobytu każdego wspólnego dziecka ze wskazaniem, w które dni w roku dziecko przebywa u określonego ro-

¹⁷ Por. szerzej na ten temat, tamże.

¹⁸ Tamże.

¹⁹ Tamże, s. 77–78.

²⁰ Tamże, s. 78.

dzica, uwzględniając wszystkie święta, imieniny członków rodziny, wakacje i inne okazje ważne dla dziecka i rodziny²¹.

„Plan wychowawczy” sporządzany według wzoru w postaci specjalnie do tego celu opracowanego „Kwestionariusza”, którego rubryki odpowiadają wymaganiom przewidzianym w omawianych przepisach zawartych w Wa Par. Act jest niezwykle szczegółowy²². Tego rodzaju szczegółowość zapobiega powstawaniu wątpliwości w trakcie sprawowania władzy rodzicielskiej i powstawaniu konfliktów między rodzicami oraz konieczności ich rozwiązywania. Zapobiega więc powstawaniu sytuacji konfliktowych.

Warto w tym miejscu zamieścić refleksję porównawczą, nawiązując do praktyki stosowanej przez polskie sądy.

Wynik porównania jest szokujący. Podczas gdy polski sąd rozwodowy pozostawia pełną władzę rodzicielską obojgu rozwiedzionym rodzicom mimo braku przesłanek takiej decyzji, nie prowadzi postępowania dowodowego na tę okoliczność (co wynika z prezentowanych uprzednio badań), lub ograniczając władzę rodzicielską jednemu z rodziców, nie ustala, na czym to ograniczenie ma polegać, sądy w USA rozważają każdy szczegół, dotyczący sprawowania władzy rodzicielskiej przez rozwodzących się rodziców, znajdujący swoje miejsce w planie wychowawczym. Pytanie, w którym kraju (w Polsce czy w USA) dobro dziecka jest bardziej chronione wydaje się bezprzedmiotowe²³.

²¹ Tamże.

²² We wspomnianym wcześniej „Kwestionariuszu” (wykorzystywanym aktualnie przez sądy w stanie Waszyngton) w dziale III, zatytułowanym „Plan miejsca pobytu”, są bardzo szczegółowo ujęte rubryki (np. pkt 3.1 „Dziecko/dzieci w wieku przedszkolnym, pkt 3.2 dotyczy dzieci w wieku szkolnym, z dokładnym określeniem dnia i godziny oraz tygodnia, np. każdego, co drugi tydzień). W pkt 3.9 „Kwestionariusza” pod tytułem „Priorytety w realizacji miejsca pobytu dziecka/ci” jest rubryka o treści następującej: „Wakacje rodzica mają pierwszeństwo nad dniami wolnymi od pracy (święta i inne uroczystości). Dni wolne od pracy mają pierwszeństwo nad innymi wyjątkowymi okolicznościami (np. urodzinami)...”. Stopień szczegółowości przedmiotowego kwestionariusza jest niewyobrażalnie zadziwiający (np. w pkt 3.3. zatytułowanym „ferie zimowe” określa się dokładnie, z którym z rodziców będą dzieci przebywały podczas ferii zimowych z zaznaczeniem „z wyjątkiem czasu, który będą przebywać z drugim rodzicem w następujące dni:...” i tu jest miejsce na wskazanie tych dni). Jest więc możliwość pobytu dziecka w czasie ferii zimowych z obojgiem rodziców w określone dni. Podobnie jest przewidziany pobyt dzieci z rodzicami podczas „przerwy wiosennej” (pkt 3.4), „wakacji letnich” (pkt 3.5). W pkt 3.6, zatytułowanym „Wakacje z rodzicami” jest rubryka do wypełnienia, sformułowana w ten sposób: „Plan na wakacje z rodzicami jest następujący:...” i tu jest miejsce na dokładne określenie, w jaki sposób dziecko będzie spędzało czas, który jest przeznaczony na pobyt u matki lub u ojca. Warto dodać, że taka szczegółowość powinna wykluczać niepokój tego z rodziców, który zgodził się na pobyt dziecka z drugim, gdyż wie, gdzie jest w tym czasie dziecko i co robi. Ten niepokój często jest przyczyną braku zgody matki, aby dziecko spędzało czas z ojcem, co zdarza się w toku postępowania przed polskimi sądami. Na temat „planu wychowawczego” i obowiązku stosowania oficjalnych formularzy („Kwestionariusz” wyżej opisywany) por. § 26.09.181, § 26.09.006 i § 26.18.220 *Washington State Parenting Act* (stan prawny na dzień 21 marca 2006 r.), *Revised Code Washington* (ARCW), Mathew Bender & Company Inc., 2006.

²³ Zamieszczenie w niniejszej publikacji szczegółowej analizy „planu wychowawczego” z ilustracją w postaci omówienia „Kwestionariusza” było zamierzone przeze mnie między innymi w celu przekonania tych, którzy mogliby tkwić w przekonaniu, że przepisy k.r.o., regulujące sposób rozstrzygnięcia sądu dotyczący sprawowania władzy rodzicielskiej przez rozwiedzionych rodziców, nie wymagają nowelizacji; *Revised*

Zminimalizowanie wpływu procesu rozpadu rodziny na psychikę dziecka było celem twórców ustawy waszyngtońskiej. Zmobilizowanie rodziców do opracowania „planu wychowawczego” uznano za konieczne ze względu na potrzeby dziecka w trosce o jego dobro. Rodzice pozytywnie nastawieni do współpracy, troszczący się o dziecko – okazujący mu miłość w tak trudnym dla niego okresie – mają duże szanse uniknięcia wpływu negatywnych skutków rozwodu na emocjonalny rozwój dziecka. Mogą zaoszczędzić mu poczucia winy za rozstanie się rodziców²⁴.

Ustawa waszyngtońska ma zastosowanie zarówno wobec małżonków będących w trakcie lub po zakończeniu postępowania rozwodowego, postępowania o separację lub o unieważnienie małżeństwa, jak i wobec rodziców, którzy małżeństwem nigdy nie byli. Należy uwzględnić tendencję do rozszerzania ingerencji przez sąd w wykonywanie władzy rodzicielskiej w przypadku wadliwych zachowań rodzica względem dziecka lub drugiego rodzica²⁵.

Kontynuując rozważania na temat „planu wychowawczego”, warto jeszcze wskazać na ograniczenia, jakim podlega ten plan. Podstawą tych ograniczeń są wadliwe zachowania rodziców. Sąd powinien aktywnie włączać się w kształtowanie ustaleń objętych planem wychowawczym dopiero wtedy, gdy zagrożone jest dobro dziecka. Wadliwe zachowania rodziców stwarzają takie właśnie zagrożenie. W przepisach Wa Par. Act podano katalog takich zachowań rodziców²⁶, stanowiących podstawę do zawarcia w orzeczeniu sądu odpowiednich ograniczeń. Polegają one na wykluczeniu możliwości wspólnego podejmowania decyzji i rozpatrywania spraw dziecka oraz na ograniczeniu, a nawet zakazie kontaktu z dzieckiem. Te wspomniane, wadliwe zachowania rodziców przejawiają się w postaci: umyślnego, długotrwałego zaniebywania funkcji rodzicielskich; znęcania się fizycznego nad dzieckiem; seksualnego wykorzystywania lub rażącego naruszania jego sfery psychicznej; fizycznego znęcania się nad rodziną²⁷.

Sąd może zmienić postanowienia zawarte w planie wychowawczym w okresie porozwodowym, jeżeli współdziałanie z rodzicami wywołuje negatywne skutki naruszające dobro dziecka, pod warunkiem wystąpienia któregoś z czynników zawartych w katalogu znajdującym się w Wa Par. Act. Chodzi zwłaszcza o następu-

Code Washington § 26.09.006 formuluje obowiązek stosowania oficjalnego formularza planu. Formularz stanowi załącznik do aktu wykonawczego ustawy waszyngtońskiej (*Washington Practice Series* § 21.31) – akt wykonawczy do Tytułu 26 tejże ustawy.

²⁴ Por. T. O. Haas: *Child Custody Determinations in Michigan: Not in the Best Interest of Children or Parents*, University of Detroit Mercy Law Review & Sons Inc., New York 1991, s. 680.

²⁵ Washington State Bar Association (WSBA): *Divorce and Parenting*. Informator dotyczący instytucji planu wychowawczego sporządzony na podstawie ustawy *Washington State Parenting Act* z 1987 r. Informator jest dostępny na oficjalnej stronie internetowej Rady Adwokackiej stanu Washington (www.wsba.org).

²⁶ Ten katalog jest zawarty w omawianym „Kwestionariuszu”, co obliguje rodziców i sąd w każdej sprawie do przeanalizowania tych sytuacji w celu, albo wykluczenia takiej ewentualności, albo uwzględnienia tej przeszkody, powodującej ograniczenie zakresu planu wychowawczego (źródło: tłumaczenie własne druku „Kwestionariusza”).

²⁷ Por. T. Sokolowski: op. cit., s. 79.

jące okoliczności: zaniedbywanie funkcji rodzicielskich lub ich niewykonywanie w znacznym stopniu; utrudnienie w wykonywaniu funkcji rodzicielskich z powodu długotrwałej choroby albo niedyspozycji spowodowanej używaniem alkoholu lub narkotyków; brak lub istotne osłabienie emocjonalnych związków z dzieckiem; szkodliwa dla dziecka eskalacja konfliktu pomiędzy rodzicami; nieuzasadnione uniemożliwianie drugiemu z rodziców utrzymywania kontaktu z dzieckiem; inna okoliczność – zdaniem sądu – zagrażająca bezpośrednio dobru dziecka²⁸. Polskim sądom nie przeszkadza ta okoliczność, skoro – mimo nawet ostrego konfliktu pomiędzy rodzicami – pozostawiają pełną władzę rodzicielską obojgu rozwiedzionym rodzicom. „Plan wychowawczy” zapobiegłby takim szkodliwym rozstrzygnięciom.

Według przepisów Wa Par. Act „plan wychowawczy” ma spełniać w szczególności cztery funkcje: a) funkcję ułatwiającą rodzicom uregulowanie sytuacji po rozwodzie, b) funkcję normatywną, c) funkcję edukacyjną, d) funkcję prewencyjną²⁹.

Pierwsza z wyżej wymienionych funkcji polega na tym, że plan wychowawczy powinien zachęcić i zainspirować rozwodzących się rodziców do rozważenia różnych możliwych sposobów dalszego uregulowania procesu wychowywania dziecka oraz zakresu swoich praw i obowiązków wobec niego, wychodząc z założenia, że rodzice są zdolni do takiego zindywidualizowanego planowania omawianych spraw, zamiast realizowania zwięzłych i dość niejasnych formuł stosowanych dotąd w wyrokach rozwodowych. Druga funkcja normatywna zakłada stworzenie ram, umożliwiających rodzicom współdziałać w wykonywaniu pieczy nad dzieckiem, a w przypadku zdecydowanego sprzeciwu jednego z nich lub obojga, pozostaje tylko możliwość jednoosobowego podejmowania określonych decyzji dotyczących dziecka. Dotyczy to np. ram czasowych pobytu dziecka u każdego z nich, przy czym rodzice nie są związani żadnymi wstępnymi limitami, ale sąd ma obowiązek zbadać, czy postanowienia z inicjatywy rodziców są zgodne z dobrem dziecka. Sąd ma kompetencję do zmiany planu wychowawczego w sposób odbiegający od woli rodziców³⁰.

Ważna jest również funkcja edukacyjna, pedagogizująca rodziców, w zakresie ich obowiązków i potrzeb dziecka już podczas przygotowywania planu wychowawczego³¹.

Funkcja prewencyjna ma przeciwdziałać konfliktom i to zarówno w trakcie procesu rozwodowego, jak i po jego orzeczeniu. Ma zapobiegać wciąganiu dziecka do konfliktu jego rozwodzących się rodziców. Istotna jest analiza potencjalnych obszarów konfliktu w toku przygotowywania planu i ustalenie sposobu przyszłego

²⁸ Tamże, s. 80.

²⁹ Tamże; por. również J. W. Ellis: *Plans, Protections, and Professional Intervention: Innovations in Divorce Custody Reform and the Role of Legal Professionals*, s. 82 (cyt. za T. Sokołowskim, tamże).

³⁰ Por. T. Sokołowski: op. cit., s. 80.

³¹ Tamże, s. 81.

rozwiązywania problemów związanych z kolizją interesów – która może pojawić się w przyszłości – wypracowanego przez samych rodziców i ich adwokatów, a nie – jak dotychczas – przez sąd. W takim ujęciu plan wychowawczy wykazuje także cechy umowy, której treść rozwiedzeni rodzice dziecka mogą modyfikować w drodze porozumienia, ale z uwagi na opiekuńczy charakter materii podlegającej kompetencji sądu, zmiany orzeczeń zawierających plan wychowawczy rodziców może dokonać sąd³². Mimo cech umowy, plan wychowawczy staje się integralną częścią orzeczenia sądu, co w sposób oczywisty wynika z omawianego tu druku „Kwestionariusza” tego planu³³.

3. „Plan wychowawczy” rozwodzących się rodziców w USA na przykładzie jego stosowania w stanie Michigan

Ustawodawstwo stanu Michigan w zakresie prawa rodzinnego zakłada, iż w przypadku rozwodu bądź separacji standard dobra dziecka jest realizowany najpełniej dzięki zachowaniu więzi łączącej dziecko z każdym z rodziców³⁴. Aby – nie tylko nie dopuścić do jej zerwania – ale umacniać ją po rozwodzie rodziców, stosuje się koncepcję *parenting time plan*, która jest odpowiednikiem planów wychowawczych w innych stanach. Poza kontynuacją i umacnianiem więzi, koncepcja ta utrwala w rodzicach poczucie odpowiedzialności za dziecko i zachęca, a nawet zmusza ich do współpracy.

Kryterium dobra dziecka w rozstrzygnięciu przez sąd władzy rodzicielskiej, zostało wprowadzone ustawą o władzy rodzicielskiej z 1970 r. (*Child Custody Act*)³⁵. Sąd orzeka o władzy, analizując kilkanaście czynników, określających standard dobra dziecka³⁶. Wzrost popularności koncepcji wspólnej władzy rodzicielskiej (*joint custody*) przyczynił się do nowelizacji *Child Custody Act* w 1980 r., która wprowadziła to rozwiązanie obok istniejącej, wyłącznej władzy rodzicielskiej (*sole custody*)³⁷.

³² Tamże, s. 81–82.

³³ Na temat „planu wychowawczego rodziców” w innych stanach niż Waszyngton oraz mediacji, poprzedzającej sporządzenie takiego planu por. T. O. Haas: *Child Custody Determinations in Michigan: Not in the Best Interest of Children or Parents*, vol. 81 University of Detroit Mercy Law Review, Spring 2004, s. 347 i n.

³⁴ Obowiązująca w stanie Michigan ustawa o władzy rodzicielskiej (*Child Custody Act*) z 1970 r. stwierdza: „(...) należy zapewnić dziecku kontynuację kontaktu z rodzicami ze względu na jego dobro (...)” – Michigan Compiled Law Service § 722.24; Mathew Bender & Company Inc., Lexis Publishing 2006.

³⁵ Michigan Compiled Laws Service § 722.23.

³⁶ T. O. Haas: *Child Custody Determinations in Michigan: Not in the Best Interest of Children or Parents*, vol. 81, University of Detroit Mercy Law Review, Spring 2004, s. 337.

³⁷ Michigan Compiled Laws Service § 722.26a. Wspólną władzę rodzicielską zdefiniowano jako: „(...) naprzemienne zamieszkiwanie dziecka przez określony czas u każdego z rodziców i podejmowanie przez oboje rodziców decyzji dotyczących bytu dziecka (...)”; Sąd – rozstrzygając wniosek któregośkolwiek z rodziców o wspólną władzę rodzicielską – poddaje analizie: a) czynniki składające się na standard dobra dziecka (§ 722.23.), b) zdolność rodziców do współpracy przy podejmowaniu najważniejszych decyzji dotyczących osoby dziecka.

Kolejna, istotna nowelizacja z 1996 r., zastąpiła pojęcie „prawo odwiedzin” (*visitation right*) bardziej przyjaźnie brzmiącym terminem „czasu spędzanego z rodzicem” (*parenting time*)³⁸. *Parenting time* należy rozumieć w ten sposób, że jest to czas, który rodzic poświęca dziecku, a nie dziecko rodzicowi. Dziecko w stanie Michigan ma prawo do spędzania czasu z każdym z rodziców po ich rozwodzie i jedynie dowody na to, że kontakt z którymś z nich jest niebezpieczny dla jego życia, zdrowia lub stanu emocjonalnego, mogą to prawo ograniczyć³⁹. Ograniczenie to nie polega jednak na zakazie kontaktu, ale na zastosowaniu odpowiedniego rodzaju planu wychowawczego, który zapewni dziecku bezpieczeństwo w kontakcie z rodzicem. Plan musi być dostosowany do indywidualnych potrzeb rodziny, dlatego – w stanie Michigan – proponuje się różne jego rodzaje. Wszystkie rodzaje planu zawierają pewną strukturę, która ma gwarantować, że żadna z istotnych dla dziecka kwestii nie zostanie pominięta w trakcie przygotowywania. Różnica polega na tym, że niektóre rodzaje planu dają większą swobodę w ustalaniu tych kwestii, a niektóre ją ograniczają – aby plan wychowawczy był w danym przypadku efektywny i spełniał swój cel. Wsparciem i profesjonalną pomocą dla rodziców w sprawach, w których rozstrzyga się kwestię władzy rodzicielskiej, już od 1983 r., służą pracownicy ośrodków „Przyjaciół Sądu” (*The Friend of the Court Bureau*, ośrodek) powołanych ustawą o „Przyjaciół Sądu” (*The Friend of the Court Act*)⁴⁰. Ustawa ta nakazała sformułowanie zestawienia wskazówek i zaleceń dotyczących działań podejmowanych przez pracowników ośrodków w zakresie udzielanej rodzicom pomocy⁴¹. W efekcie, pracownicy tychże ośrodków, ich doradcy, profesorowie prawa i psychologowie, utworzyli Komitet Doradczy (*Advisory Committee*), który sporządził – na podstawie ustawodawstwa stanowego – „Przewodnik po planach wychowawczych” (*Michigan Parenting Time Guideline*, Przewodnik)⁴².

Zatwierdzony do użytku *Przewodnik*, formułuje wskazówki i zalecenia dotyczące opracowywania różnych rodzajów planu wychowawczego pod kątem miejsca pobytu dziecka. Z *Przewodnika* mogą korzystać pracownicy ośrodków, sędziowie i inni prawnicy, a także sami rodzice przy opracowywaniu planu.

Przewodnik przedstawia modele trzech rodzajów planu wychowawczego: plan podstawowy (*parenting time plan*), plan właściwy dla wspólnego sprawowania władzy rodzicielskiej (*joint custody*) i plan nadzorowany (*supervised parenting plan*).

³⁸ Michigan Compiled Laws Service § 722.24.

³⁹ Tamże, § 722.27a.

⁴⁰ *The Friend of the Court Act* (1983), (w:) Michigan Compiled Laws Service § 552.501 i n., Lexis Publishing 2006. Ośrodki „Przyjaciół Sądu” funkcjonują przy działach administracyjnych sądów powszechnych stanu Michigan.

⁴¹ Michigan Compiled Laws Service § 552.519 (3) (a).

⁴² *Przewodnik po planach wychowawczych* (*Michigan Parenting Time Guideline* dostępny na oficjalnej stronie internetowej Sądu Najwyższego stanu Michigan) zawiera rozwiązania modelowe i nie ma charakteru wiążącego. Sporządzony przez profesjonalistów z dziedziny prawa rodzinnego, na podstawie praktyki, prezentuje sposób ustalania szczegółowych kwestii różnych rodzajów planów wychowawczych.

Plan wychowawczy funkcjonuje nie tylko, gdy rodzice wspólnie sprawują władzę rodzicielską, ale także, gdy władza ta została powierzona tylko jednemu z nich. Dobór właściwego rodzaju planu opiera się m.in. na takich kryteriach jak: wiek dziecka, szczególne potrzeby dziecka, zdolność rodzica do postępowania zgodnie z ustaleniami planu oraz prawdopodobieństwo istnienia zagrożenia dziecka lub rodzica ze strony drugiego rodzica. Celem jest utrwalanie więzi istniejących, a także odbudowa więzi zanikających⁴³.

1. Plan wychowawczy podstawowy (*parenting time plan, parenting time schedule*)

Z przepisu, który gwarantuje dziecku prawo do spędzania czasu z każdym z rodziców, wynika obowiązek rodziców opracowania takiego planu, który najefektywniej realizowałby to prawo, a więc był dostosowany do sytuacji danej rodziny. Nawet gdy władza rodzicielska ma być powierzona tylko jednemu z rodziców (*sole custody*), sporządzenie planu jest konieczne. Rodzice są zachęcani do sporządzenia planu dostosowanego do ich potrzeb, który oscyluje wokół kwestii czasu, jaki dziecko będzie spędzać z każdym z nich. Jeżeli rodzice nie mogą porozumieć się co do treści planu, *Przewodnik* prezentuje rozwiązanie modelowe, z którego mogą oni skorzystać⁴⁴. Rozwiązanie to jest dość szczegółowe⁴⁵.

⁴³ *Przewodnik...*, s. 4.

⁴⁴ Tamże, s. 7-9.

⁴⁵ Rodzic, który nie sprawuje władzy rodzicielskiej ma prawo spędzać z dzieckiem jedno popołudnie w tygodniu, w dni powszednie od godz. 18:00 do 20:30. W razie braku zgody co do konkretnego dnia *Przewodnik* wskazuje środek. Rodzic ten spędza również z dzieckiem co drugi weekend – od godz. 18:00 w piątek do godz. 18:00 w niedzielę. Czas spędzany z dzieckiem w dni wolne od pracy (poza weekendem) – jak Dzień Pamięci Weteranów, Święto Dziękczynienia lub też Dzień Niepodległości – przysługuje ojcu w latach, które kończą się liczbą nieparzystą, a matce w latach zakończonych liczbą parzystą. Ferie zimowe, przypadające w latach zakończonych liczbą parzystą, dziecko spędza z ojcem, a nieparzystą z matką. Jakikolwiek ustalenia poczynione przez rodziców – inne niż proponowane w *Przewodniku* – a dotyczące dni wolnych od pracy, mają pierwszeństwo w stosowaniu. W okresie Świąt Bożego Narodzenia – w latach kończących się liczbą parzystą – ojciec ma prawo spędzać z dzieckiem czas do godziny 21:00 w wieczór wigilijny, a matka od tej godziny przez pozostałe dni świąt. W latach zakończonych liczbą parzystą matka spędza czas z dzieckiem do 21:00 w Wigilię, a ojcu przysługują pozostałe dni świąteczne. Rozwiązanie, polegające na tym, że dziecko o godzinie 21:00 w wieczór wigilijny musi jechać do domu drugiego rodzica – szczególnie, jeżeli rodzice mieszkają w dużej odległości – wydaje się działaniem wbrew dobru dziecka. Pamiętać jednak należy, że jest to rozwiązanie modelowe, które może być modyfikowane. Zatem każda rodzina ustala tę kwestię zgodnie z jej potrzebami. Wakacje letnie uregulowano w ten sposób, że dziecko przebywa z rodzicem, nie sprawującym władzy rodzicielskiej, od pierwszego piątku przypadającego po Dniu Niepodległości od godziny 18:00 przez kolejne tygodnie. W trakcie tego czasu rodzic, który tę władzę sprawuje ma prawo spędzić z dzieckiem weekend rozpoczynający się w drugi piątek (licząc od piątku po Święcie Dziękczynienia), a kończący się w drugi piątek (licząc od piątku po Święcie Dziękczynienia), a kończący się w niedzielę o godzinie 18:00. Jeżeli dziecko spędza u któregoś z rodziców przynajmniej tydzień, ma prawo do kontaktu telefonicznego lub internetowego z drugim rodzicem. Jeżeli dziecko będzie spędzać czas z jednym z rodziców poza ustalonym miejscem (np. domem rodzica), należy podać drugiemu rodzicowi adres i telefon planowanego miejsca pobytu. Model planu podstawowego proponowany przez *Przewodnik* przypomina tę część planu wychowawczego stosowanego w stanie Waszyngton, która dotyczy miejsca pobytu dziecka.

Warto podkreślić, że w planie podstawowym nie ustala się kwestii wspólnego podejmowania decyzji, gdyż – zgodnie z pojęciem wyłącznej władzy rodzicielskiej (*sole custody*) – prawo to przysługuje tylko temu rodzicowi, który tę władzę sprawuje.

2. Plan wychowawczy rodziców sprawujących władzę rodzicielską wspólnie (*joint custody*)

W przypadku, gdy którykolwiek z rodziców złoży wniosek o pozostawienie obojgu władzy rodzicielskiej, sąd bada, czy takie rozwiązanie w konkretnej sprawie będzie właściwe dla dobra dziecka, czy drugi rodzic godzi się na taką formę sprawowania władzy oraz, czy rodzice przejawiają chęć współpracy przy podejmowaniu decyzji dotyczących osoby dziecka. Jeżeli sąd rozstrzygnie pozytywnie te kwestie, rodzice mają obowiązek sporządzić odpowiedni plan wychowawczy⁴⁶. Jednym z najczęściej stosowanych modeli jest plan, w którym każdy z rodziców spędza z dzieckiem taką samą ilość czasu. Zmiany miejsca pobytu dziecka mogą następować co kilka dni, co tydzień, bądź w odstępach czasu, które rodzice sami uznają za właściwe. To rozwiązanie jest skuteczne w sytuacji, gdy rodzice nie mieszkają w dużej odległości od siebie. W przypadku gdy ta odległość jest znaczna, *Przewodnik* proponuje stosowanie „planu 9/3”, który polega na tym, iż w trakcie roku szkolnego, a więc przez okres dziewięciu miesięcy, dziecko przebywa u jednego rodzica, a w trakcie trzymiesięcznych wakacji letnich – u drugiego. Na ten czas są to „główne miejsca pobytu” dziecka. Nie oznacza to, iż drugi rodzic nie może się w tym czasie z dzieckiem kontaktować osobiście. Rodzicom pozostawiono swobodę w ustaleniu, kto i kiedy spędza z dzieckiem weekendy, ferie świąteczne lub inne uroczystości. Plan ten jest konstrukcyjnie zbliżony do podstawowego planu wychowawczego, dlatego rodzice sprawujący wspólnie władzę rodzicielską, mogą wzorować się na jego rozwiązaniach⁴⁷.

3. Nadzorowany plan wychowawczy rodziców (*supervised parenting plan*)

W sytuacji zagrożenia dobra dziecka w bezpośrednim kontakcie z którymś z rodziców, prawo stanu Michigan dopuszcza kontakt dziecka z tym rodzicem, przy zachowaniu odpowiednich procedur⁴⁸. Kontakt jest nadzorowany, a dobór właściwej formy nadzoru powinien zapewnić szybką poprawę kontaktów, a w konsekwencji ograniczenie stosowania nadzoru aż do jego zniesienia. Rozwiązanie to ma na celu nie tylko ochronę dziecka, ale również „uzdrowienie” jego kontaktów z rodzicem. W zależności od sposobu i stopnia zagrożenia dobra dziecka, przyjęto trzy formy

⁴⁶ *Przewodnik...*, s. 11–12.

⁴⁷ Tamże.

⁴⁸ Zagrożenie dobra dziecka ze strony któregoś z rodziców powoduje, że sąd powierzy sprawowanie władzy rodzicielskiej tylko jednemu rodzicowi. Nie wyklucza to możliwości sporządzenia planu. Wymaga jednak, aby plan ustalał ścisły harmonogram spotkań dziecka z takim rodzicem. *Przewodnik* przewiduje w takiej sytuacji nadzorowany plan wychowawczy. Tamże, s. 13–17.

nadzoru. Nadzór sprawowany przez pracowników różnych placówek (m.in. ośrodków), poradni rodzinnych, centrów mediacji. Nadzór może być sprawowany przez osobę trzecią, wskazaną przez rodziców. Formą nadzoru może być również terapia.

Nadzór któregoś z placówek stosuje się w sytuacji, gdy rodzic dopuścił się wobec dziecka lub drugiego rodzica jakichkolwiek form przemocy albo jest w trakcie odpowiedniej terapii i naprawa relacji rodzic-dziecko będzie wymagała czasu. Spotkania dziecka z rodzicem odbywają się na terenie placówki, pod okiem wykwalifikowanej osoby, która nie tylko ma zapewnić dziecku bezpieczeństwo, ale również pracować nad ukształtowaniem pozytywnych relacji dziecka z rodzicem. W trakcie takich spotkań rodzic musi postępować zgodnie z ustalonymi regułami⁴⁹.

Nadzór osoby trzeciej, wybranej przez rodziców stosuje się wówczas, gdy istnieje szansa na szybką poprawę relacji dziecko-rodzic⁵⁰.

Rodzic nadzorowany, to w tym przypadku osoba, która miała w niedalekiej przeszłości problemy z uzależnieniem od alkoholu, narkotyków i aktualnie nie ma podstaw do tego, aby sądzić, iż uporą się już z tymi problemami. Osobą nadzorującą może być członek rodziny, przyjaciel. Osoba taka zatwierdzana jest przez pracownika ośrodka. Jeżeli któryś z rodziców nie godzi się na kandydata wskazanego przez drugą stronę, powinien to uzasadnić, a wtedy wyboru dokonuje pracownik ośrodka. Osoba nadzorująca powinna być w odpowiednim wieku i być w stanie zapewnić dziecku bezpieczeństwo. Do spotkań rodzica z dzieckiem może dochodzić, bądź w obecności osoby trzeciej – w domu tej osoby lub miejscu publicznym lub w zasięgu wzroku tej osoby, ale bez jej udziału w spotkaniu. Pracownik ośrodka może wskazać miejsce, w którym te spotkania powinny się odbywać⁵¹.

Forma nadzoru polega na zastosowaniu terapii, której podlega dziecko i rodzic⁵². Znajduje ona zastosowanie w sytuacji, gdy oboje nie mieli wcześniej ze sobą kontaktu lub był on ograniczony. Sytuacja taka mogła mieć miejsce gdy rodzic przebywał w więzieniu lub innym zakładzie zamkniętym, a także wtedy, gdy dotychczasowe stosunki dziecka z rodzicem nie układały się najlepiej i wymagają poprawy. Terapia ma umożliwić dziecku i rodzicowi poznanie się, zbudowanie więzi, ich umocnienie lub poprawę stosunków⁵³.

⁴⁹ Reguły, do jakich rodzic musi się dostosować, są następujące: jakkolwiek kontakt fizyczny rodzica z dzieckiem musi być zainicjowany przez dziecko; rodzic nie może szeptać ani przekazywać dziecku karteczek z informacjami; rodzic nie może rozmawiać z dzieckiem na temat „problemów dorosłych” m.in. na temat konfliktu między rodzicami, przebiegu sprawy w sądzie; rodzic nie powinien wypytywać dziecka o drugiego rodzica ani przekazywać za pośrednictwem dziecka informacji do drugiego rodzica; wręczenie dziecku prezentu rodzic powinien ustalić wcześniej z osobą nadzorującą; rodzic nie może porozumiewać się z dzieckiem innym językiem niż ten, którym posługuje się osoba nadzorująca (w razie konieczności potrzebny jest tłumacz). Tamże, s. 14. Przyznać trzeba, że wskazane wyżej reguły zabezpieczają przed wciągnięciem dziecka przez rodziców do ich konfliktu.

⁵⁰ Tamże, s. 15.

⁵¹ Tamże.

⁵² Terapie prowadzą pracownicy poradni rodzinnych lub ośrodków por. *Przewodnik...*, s. 16.

⁵³ Tamże.

Bez względu na to, które z modelowych rozwiązań znajduje zastosowanie, istnieją kwestie, które należy zawsze uwzględnić – odpowiednio do okoliczności⁵⁴. Niektóre z nich – pozornie – mogą wydać się mniej istotne (np. odzież dziecka), jednak brak ustaleń w tym przedmiocie przy układaniu planu stanowi ryzyko konfliktu⁵⁵.

Rodzice, bądź osoba sprawująca nadzór, muszą zapewnić dziecku bezpieczeństwo i dobre samopoczucie. Rodzice powinni powiadamiać się wzajemnie o stanie zdrowia dziecka, o ewentualnych jego wizytach u lekarza, o przyjmowanych przez dziecko lekach. Każde z nich powinno przejść szkolenie, jeżeli dziecko wymaga szczególnej opieki (np. zastrzyk z insuliny). Jeżeli plan jest nadzorowany, osoba sprawująca nadzór powinna nabyć takie umiejętności⁵⁶.

Rodzice powinni przekazywać sobie informacje o wszystkich dodatkowych zajęciach, na które dziecko uczęszcza. Nie powinni jednak zapisywać dziecka na taką liczbę zajęć, która pochłaniałaby czas przeznaczony na spotkania z drugim rodzicem – tym bardziej, jeżeli jest to czas nadzorowany⁵⁷.

Jeżeli dziecko zostało pozbawione szansy spotkania z którymś z rodziców, *Przewodnik* informuje o możliwości skorzystania z tzw. „pozaplanowego czasu” (*makeup parenting time*)⁵⁸.

Obok wymienionych koniecznych ustaleń przy układaniu planu, należy zwrócić uwagę na takie kwestie, jak stan zdrowia rodziców, odległość między ich miejscami zamieszkania czy wiek dziecka⁵⁹.

Zdrowie rodzica, a w związku z tym jego zdolność do sprawowania pieczy nad dzieckiem, ma wpływ nie tylko na częstotliwość i długość spotkań, ale także na ich charakter. W razie kłopotów rodzica ze zdrowiem psychicznym, konieczne jest sprawowanie nadzoru w ich trakcie⁶⁰.

⁵⁴ Przewodnik wskazuje na kwestie, które stanowią najczęstszą przyczynę sporów między rodzicami stosującymi plan wychowawczy i proponuje ogólne zalecenia, jak te kwestie rozstrzygnąć już w momencie ustalania planu (tamże, s. 19–22).

⁵⁵ Oboje rodzice mają obowiązek wyposażyć dziecko w – odpowiedni do pogody czy sytuacji – ubiór. Ubiorzy sezonowe mają przekazywać między sobą, podobnie jak ulubione przedmioty dziecka (np. zabawka, kocyk). Ubrania codzienne powinny być zawsze zwracane po uprzednim upraniu. Rodzic spędzający z dzieckiem czas dba także o jego transport – łącznie z przywozem dziecka w celu przekazania drugiemu rodzicowi. Półgodzinne spóźnienia są dopuszczalne, jednak nie powinny stać się regułą (tamże, s. 19).

⁵⁶ Tamże, s. 21.

⁵⁷ Tamże. W praktyce sądów polskich zdarza się, że rodzic sprawujący bezpośrednią pieczę nad dzieckiem utrudnia kontakt z drugim rodzicem, tłumacząc to tym, że dziecko uczęszcza na różne zajęcia pozaszkolne (np. naukę języków obcych).

⁵⁸ Czas, który dziecko będzie mogło spędzić z drugim rodzicem, powinien mieć ten sam charakter i długość. Jeżeli dziecko zostało pozbawione szansy widzenia się z drugim rodzicem przez weekend, spędzi ono z tym rodzicem dwa kolejne weekendy. Jeżeli utrata szansy widzenia się z dzieckiem nastąpiła z winy tegoż rodzica, nie ma on prawa do „pozaplanowego czasu”. Brak obecności na spotkaniu – w przypadku planu nadzorowanego – może spowodować nałożenie na tegoż rodzica grzywny za brak wcześniejszego powiadomienia o niemożności przybycia (tamże, s. 21).

⁵⁹ Przewodnik określa te kwestie jako „szczególne okoliczności”, które mają determinujący charakter przy ustalaniu planu (tamże, s. 23–26).

⁶⁰ Tamże, s. 26.

W przypadku dużej odległości pomiędzy miejscami zamieszkania rodziców, zmiany miejsca pobytu dziecka powinny być rzadsze, ale trwające dłużej. Koszt transportu powinien pokrywać rodzic, który wyprowadził się z domu. Jeżeli oboje rodzice zmienili miejsce zamieszkania koszty transportu powinni ponosić wspólnie⁶¹.

Wiek dziecka wywiera wpływ na częstotliwość i długość czasu spędzanego z każdym z rodziców⁶².

Rodzice powinni być gotowi na dokonywanie zmian w planie. Im dziecko starsze, tym plan powinien być bardziej elastyczny – dostosowujący się nie tylko do szkolnych obowiązków, lub zajęć pozaszkolnych, ale także do życzeń dorastających dzieci.

W przypadku rodzeństwa w zbliżonym wieku, wiek starszego dziecka powinien stanowić kryterium przy ustalaniu dla nich jednego planu. Jeżeli jednak różnica wieku jest znaczna, niezbędne będzie sporządzenie oddzielnych planów⁶³.

Pracownicy ośrodków mają obowiązek czuwania nad przestrzeganiem przez rodziców postanowień planu wychowawczego zatwierdzonego przez sąd. W momencie, gdy od któregoś z rodziców otrzymają pisemną skargę dotyczącą nieprzestrzegania planu przez drugiego rodzica, mają obowiązek podjąć odpowiednie postępowanie, korzystając ze środków przewidzianych w ustawie o „Przyjacielu Sądu” (*The Friend of the Court Act*) lub ustawie o egzekwowaniu postanowień planów wychowawczych i utrzymaniu dziecka (*Support and Parenting Time Enforcement Act*)⁶⁴. Na podstawie pierwszej wymienionej wyżej ustawy, pracownicy ośrodków – po otrzymaniu wspomnianej skargi – kierują do rodzica postępującego niezgodnie z planem, powiadomienie o złożonej skardze i propozycję podjęcia określonego działania. Informują o możliwości podjęcia mediacji i złożenia wniosku o zmianę postanowień planu⁶⁵. Porozumienie osiągnięte przez rodziców dzięki mediacji jest zatwierdzane przez sąd. Rodzice mogą wybrać także inny sposób alternatywnego rozstrzygnięcia sporów⁶⁶. Jeżeli proponowane środki okażą się nieskuteczne, przedstawiciel ośrodka zastosuje inne, przewidziane w drugiej wymienionej wyżej ustawie. Może on wystąpić z wnioskiem do sądu o przyznanie „pozaplanowego czasu”

⁶¹ Tamże, s. 23–24.

⁶² Małe dzieci – w wieku przedszkolnym – powinny często spotykać się z każdym z rodziców, ale czas spotkań powinien być krótszy. To rozwiązanie nie będzie jednak miało zastosowania w sytuacji, gdy rodzice mieszkają w dużej odległości. Powinni więc dla dobra ich małego dziecka pozostać przez określony czas w stosunkowo niewielkiej odległości. Im dziecko starsze, tym częstotliwość zmian miejsca pobytu może maleć, ale czas pozostawiania z rodzicem powinien się wydłużać (tamże).

⁶³ Tamże, s. 24–25.

⁶⁴ *The Friend of The Court Act*, Michigan Compiled Laws § 552.501; *Support and Parenting Time Enforcement Act*, Michigan Compiled Laws § 552.641, Mathew Bender & Company Inc., Lexis Publishing 2006.

⁶⁵ Michigan Compiled Laws Service § 552.513. Pracownik ośrodka może ustalić termin spotkania rodziców w celu przedyskutowania problemu i poczynienia kroków w kierunku rozwiązania spornej kwestii. Jeżeli rodzice godzą się na rozstrzygnięcie problemu w drodze mediacji, pracownik ośrodka aranżuje spotkanie z mediatorem.

⁶⁶ Za „inny sposób rozstrzygnięcia sporów” w stanie Michigan, uznaje się inne niż mediacja – spotkanie (*joint meeting*) rodziców zwołane przez pracownika ośrodka „Przyjaciela Sądu” w celu rozwiązania konfliktu.

rodzicowi, który – na skutek łamania postanowień planu przez drugiego rodzica – utracił szansę na spędzenie czasu z dzieckiem⁶⁷. Może też on złożyć wniosek o zmianę planu. W tej sytuacji ma on obowiązek przedłożyć sądowi raport z wykonywania planu wraz z zaleceniami dotyczącymi zakresu zmiany z uwzględnieniem wpływu tych zmian na sytuację dziecka pod względem zgodności z jego dobrem⁶⁸.

Na podstawie przedstawionego wyżej stanu prawnego w zakresie „planu wychowawczego” przewidzianych rodziców w stanie Michigan, można powiedzieć, że przewidziane zostały szczegółowo wszystkie sytuacje dotyczące relacji dziecko – rodzice zarówno przy sporządzaniu takiego planu, jak i co do trybu jego zmiany oraz sankcji dla rodzica nieprzestrzegającego ustaleń w nim zawartych. Tego rodzaju procedura stanowi realne zabezpieczenie dobra dziecka i nadaje się – jako wzorcowe rozwiązanie – do przeniesienia jej na grunt innych systemów prawnych i praktyki sądowej, nie tylko polskiej.

4. Kryterium dobra dziecka uwzględniane przy orzekaniu o władzy rodzicielskiej przez sądy w USA

Problematyka dobra dziecka – jak wiadomo – ma szczególne znaczenie przy orzekaniu przez sąd o władzy rodzicielskiej nad dzieckiem rozwodzących się rodziców. Warto – chociaż w zarysie – poznać kryterium tego dobra, stosowanego przez sądy w USA, którego urzeczywistnieniem w praktyce jest instytucja „planu wychowawczego” rodziców.

Koncepcja dobra dziecka, jako kryterium przy orzekaniu o władzy rodzicielskiej pojawiła się w USA po raz pierwszy w połowie lat 20-tych ubiegłego wieku. Amerykański sędzia B. N. Cardoso w uzasadnieniu wyroku z 1925 r. powołał się na dobro dziecka, orzekając o władzy rodzicielskiej w sprawie *Finley v. Finley* (240 N. J. 429)⁶⁹. Dopiero w połowie XX wieku, kryterium to stało się powszechnie stosowane w całym Stanach Zjednoczonych. Kryterium dobra dziecka miało strzec: „bezpieczeństwa, szczęścia, fizycznego, psychicznego i moralnego dobrobytu dziecka”⁷⁰.

Orzekanie o władzy rodzicielskiej na podstawie kryterium dobra dziecka różniło się od dotychczas stosowanych form wyrokowania. Sąd, orzekając w tego rodzaju sprawach i kierując się tym nowym kryterium, nie zwracał już uwagi na to,

⁶⁷ Michigan Compiled Laws Service § 552.517 d (1). Pracownik ośrodka ma prawo wystąpić do sądu o ukaranie rodzica łamiącego postanowienia planu karą grzywny do 100 dolarów, aresztu do 45 lub 90 dni, a nawet złożyć wniosek o odebranie prawa jazdy, prawa wykonywania zawodu.

⁶⁸ Tamże.

⁶⁹ Por. również W. F. Hodges: *Interventions for Children of Divorce. Custody, Cases and Psychotherapy*, John Wiley & Sons Inc., New York 1991, s. 91.

⁷⁰ Cytat pochodzi z uzasadnienia orzeczenia sądowego z 1956 r., wydanego w stanie New Jersey w sprawie *Fantony v. Fantony* (21 N. J. 525, 536); por. również P. N. Swisher, H. A. Miler, W. J. Weston: *Family Law: Cases, Materials and Problems*, Mathew Bendent & Co., New York 1990, s. 1050.

które z rodziców jest „lepiej przystosowane” do sprawowania władzy rodzicielskiej ze względu na płć. Zwraća natomiast uwagę na to, które z rodziców będzie w przyszłości realizowało ideę dobra dziecka w sposób bardziej efektywny. Sąd zaczął badać rodziców pod względem ich „stosunku do własnego dziecka i – generalnie – kwestii rodzicielstwa, skłonności do czynów powszechnie negatywnie ocenianych, ich umiejętności i wad”⁷¹.

Stanowym kodyfikacjom w zakresie kryterium dobra dziecka dał początek Jednolity Akt Matżeński i Rozwodowy (*Uniform Marriage and Divorce Act*, UMDA)⁷² przyjęty przez Narodową Konferencję Komisarzy do Spraw Unifikacji Prawa Stanowego (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws – NCCUSL*) w 1970 r.⁷³ Akt ten zaproponował wszystkim legislatorom stanowym nowe rozwiązania w kwestii wspólności majątkowej małżonków, alimentów i – omawianej tu – władzy rodzicielskiej. Akt ten nie ma mocy obowiązującej, jednak rozwiązania w nim zawarte wpłynęły na treść ustaw regulujących wspomniane kwestie w większości stanów, a część stanów przyjęła te postanowienia wprost. Koncepcja dobra dziecka jako podstawa do rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej sformułowana jest w § 402 UMDA⁷⁴. Brzmi on następująco:

„(...) § 402. (*Dobro dziecka*)

Sąd orzeka o władzy rodzicielskiej, mając na uwadze dobro dziecka. Sąd przy orzekaniu uwzględni następujące czynniki:

- (1) preferencje każdego z rodziców do sprawowania władzy rodzicielskiej,
- (2) preferencje dziecka wobec każdego z rodziców,
- (3) relacje i stosunki dziecka z każdym z rodziców, obojgiem, rodzeństwem i każdą inną osobą mającą wpływ na dobro dziecka,
- (4) przystosowanie dziecka do jego domu, szkoły i środowiska,
- (5) stan zdrowia psychicznego i fizycznego wszystkich osób biorących udział w postępowaniu.

Sąd przy orzekaniu nie powinien brać pod uwagę zachowania osoby, która złożyła wniosek o przyznanie władzy rodzicielskiej, jeśli to zachowanie nie ma wpływu na relacje tej osoby z dzieckiem. (...)”.

Sformułowanie kryterium dobra dziecka w ustawach stanowych przybierało, bądź formę ogólnego zwrotu – jak w ustawie stanu Arkansas – aby podstawą decyzji o sprawowaniu władzy rodzicielskiej było to kryterium, bądź w formie – podobnej do tej z UMDA – listy czynników, które sąd musiał po kolei rozważyć – jak w stanie Min-

⁷¹ Por. R. H. Mnookin: *Child Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy*, Law & Contemp. Probs. Summer 1975, vol. 39, s. 226, 250–251, cyt. za I. M. Ellman, P. M. Kurtz, E. S. Scott: *Family Law. Cases, Text, Problems*, 3rd Edition, Lexis Law Publishing, Virginia 1998, s. 620 i n.

⁷² *Uniform Marriage and Divorce Act*, 9A U.L.A., West Publishing 1987.

⁷³ I. M. Ellman, P. M. Kurtz, S. S. Blumberg, G. G. Blumberg: *Family Law, Cases, Text, Problems*, 3rd Edition, Lexis Law Publishing, Virginia 1998.

⁷⁴ *Uniform Marriage...*, Część czwarta – Custody.

nessota⁷⁵. Szczegółową listę posiadał również stan Michigan. Tam dobro dziecka sformułowano jako sumę dwunastu czynników, które sąd musiał zweryfikować przed wydaniem rozstrzygnięcia przyznającego władzę któremuś z wnioskodawców⁷⁶.

Paragraf 402 UMDA zawiera ogólną wskazówkę dla sędziów, aby nie brali oni pod uwagę tych zachowań wnioskodawców, które nie mają wpływu na relacje z dzieckiem. Celem tego było wyeliminowanie stosowania prawa jako instrumentu służącego do karania za „niemoralne” zachowanie się wnioskodawcy (chodziło głównie o seksualne prowadzenie się). Zasadniczo jednak sąd – rozstrzygając o władzy rodzicielskiej – mógł wziąć pod uwagę wszystko, co mogłoby mieć wpływ na realizację omawianej koncepcji. Standard dobra dziecka gwarantował sędziom nieograniczoną władzę w kwestii oceny dowodów przedstawionych przez wnioskodawców⁷⁷.

Z tego względu trudno było przewidzieć, jaka będzie treść wyroku, a możliwość odwołania się od niego była znacznie utrudniona. Jedynym rozwiązaniem było ustalenie podstawowych kwestii – biorąc pod uwagę elementy składające się na kryterium dobra dziecka – przez samych zainteresowanych przed pójściem do sądu. Rozwiązanie to miało pozytywny aspekt, gdyż mobilizowało do współpracy i doskonalenia jej form⁷⁸. W takich właśnie okolicznościach wykształciła się koncepcja wspólnej władzy rodzicielskiej (*joint custody*).

5. Rozważania nad celowością i sposobem przeniesienia amerykańskiej instytucji prawnej „planu wychowawczego” rozwodzących się rodziców na grunt polskiego systemu prawnego

W toku omawiania funkcjonowania amerykańskiej instytucji prawnej „planu wychowawczego” rodziców nasuwały się refleksje porównawcze w odniesieniu

⁷⁵ I. M. Ellman, P. M. Kurtz, E. S. Scott: *Family Law, Cases...*, s. 620–622.

⁷⁶ T. O. Haas: *Child Custody Determinations in Michigan...*, s. 337; „(...) Kwestia powierzenia władzy rodzicielskiej jest w stanie Michigan rozpatrywana na podstawie analizy dwunastu czynników składających się na standard dobra dziecka. Są to następujące czynniki: a) miłość, przywiązanie i inne uczucia, wiążące dziecko ze stronami postępowania, b) zdolność i możliwości stron do wychowywania dziecka w środowisku pełnym miłości i przywiązania, do umożliwienia mu uzyskania wykształcenia, do wychowywania go w wierze, c) zdolność i możliwości stron do zapewnienia dziecku odpowiednich warunków materialnych i troski o osobę (wyżywienie, ubiór, pielęgnacja, opieka medyczna), d) czas, w którym dziecko żyło w warunkach sprzyjających jego prawidłowemu rozwojowi i konieczność jego dalszego rozwoju w takich warunkach, e) trwałość istniejącego lub potencjalnego domu lub domów rodziców sprawujących władzę rodzicielską, f) system wartości wyznawanych przez każdą ze stron, g) fizyczne i psychiczne zdrowie stron, h) dom, szkoła, wspólnota, z którą dziecko jest związane, i) racjonalne pragnienia dziecka, jeśli sąd uzna, iż dziecko w jego wieku może wyrażać racjonalne preferencje, j) zdolność i chęć każdej ze stron do tego, by umożliwić dziecku styczność z drugim rodzicem i kontynuację relacji opartych na ścisłych więzach, k) przemoc w domu – bez względu na to, czy dziecko było jej świadkiem, czy obiektem, l) inne czynniki, które sąd uzna za istotne w konkretnym przypadku.”. Źródło: *Child Custody Act 1970*, Michigan Compiled Laws Service § 722.27a, Mathew Bender & Company Inc., Lexis Publishing 2006.

⁷⁷ I. M. Ellman, P. M. Kurtz, E. S. Scott: *Family Law. Cases...*, s. 621.

⁷⁸ Tamże.

do polskiego prawa rozwodowego, które utwierdzają w przekonaniu, że: po pierwsze, omawiany plan jest doskonałą koncepcją, zarówno z prawnego, jak i psychologicznego oraz pedagogicznego punktu widzenia, zmierną do zabezpieczenia dobra dziecka rozwodzących się rodziców; po drugie, jest rozwiązaniem legislacyjnym, idealnie nadającym się do wprowadzenia do polskiego prawa rozwodowego i to w dwóch obszarach możliwości, tj. *de lege lata* (od zaraz) i *de lege ferenda*.

Warto dodać jeszcze jedną refleksję porównawczą w odniesieniu do przepisów k.r.o., regulujących sposoby rozstrzygnięć o władzy rodzicielskiej w wyroku rozwodowym, tj. art. 58 § 1 k.r.o., przewidującego możliwość pozostawienia pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rozwodzącym się rodzicom lub ograniczenie tej władzy jednemu z nich; art. 109 k.r.o., regulującego ograniczenie władzy rodzicielskiej; art. 110 k.r.o. dającego sądowi możliwość zawieszenia władzy rodzicielskiej oraz art. 111 k.r.o., stanowiącego podstawę prawną pozbawienia władzy rodzicielskiej. Do tej grupy przepisów należy również art. 113 k.r.o., na podstawie którego sąd może ograniczyć lub zakazać osobistej styczności dziecka z rodzicem lub obojgiem rodziców, oraz art. 106 k.r.o., dający możliwość zmiany orzeczenia wyroku rozwodowego w części dotyczącej władzy rodzicielskiej.

Porównując treść tych zacytowanych wyżej przepisów z możliwościami, jakie stwarzają przepisy prawa amerykańskiego regulującego „plan wychowawczy”, można powiedzieć, że plan ten mógłby je wszystkie zastąpić – mając na uwadze możliwość ich zastosowania w wyroku rozwodowym – a na pewno art. 58 § 1 k.r.o. Wspomniane wyżej zastąpienie przewidzianych w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym sposobów rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej w wyroku rozwodowym przez „plan wychowawczy” nie oznacza, że sąd byłby zwolniony z obowiązku dokonania tych rozstrzygnięć. W „planie wychowawczym” rodzice ustalaliby szczegóły dotyczące sprawowania przez nich władzy rodzicielskiej nad ich wspólnym dzieckiem w ramach dokonanego przez sąd wyboru rodzaju rozstrzygnięcia, np. ograniczenia władzy rodzicielskiej w trybie art. 58 lub 109 k.r.o.

Przeniesienie koncepcji (idei) rozwiązania legislacyjnego z obcego systemu prawnego na grunt własnego prawa krajowego bez jego nowelizowania, czyli *de lege lata*, jest najkorzystniejszym wariantem pozytywnej zmiany w zakresie stosowania prawa. Nie zawsze jednak nowelizację można zastąpić wykładnią. Zakres interpretacji ma jednak swoje granice. Przechodząc już konkretnie do rozważań, czy taka „operacja”, tj. zrealizowanie koncepcji „planu wychowawczego” na gruncie polskiego prawa rozwodowego jest możliwa bez żadnych zabiegów legislacyjnych, trzeba by na początku ustalić, który przepis nadawałby się do interpretacji. Odpowiedź brzmi: art. 58 § 1 k.r.o. i to w części dotyczącej ograniczenia władzy rodzicielskiej przede wszystkim, a nawet w odniesieniu do sytuacji, w której sąd pozostawia pełną władzę rodzicielską obojgu rodzicom.

T. Sokołowski wypowiedział się na ten temat w sposób mało zdecydowany, a jego propozycja zawiera w sobie sprzeczność. Z jednej strony autor twierdzi, że plan

wychowawczy mógłby występować jako ostateczne rozstrzygnięcie w wyroku rozwodowym na podstawie art. 58 § 1 k.r.o., a jako „tymczasowy plan wychowawczy” w postaci zarządzenia tymczasowego na podstawie art. 443 k.p.c. (w brzmieniu przed zmianą przepisów k.p.c.)⁷⁹, z drugiej jednak strony uważa, że nie jest to możliwe bez nowelizacji⁸⁰. Autor twierdzi, że *de lege lata* forma i treść planu wychowawczego – gdyby można go było wprowadzić do praktyki sądowej – zależałyby od uznania stron, a ponadto wykorzystanie przygotowanego przez strony planu zależałoby od sądu⁸¹. Z tego wynika, że plan ten byłby fakultatywny, zarówno w odniesieniu do stron, jak i sądu.

Swój pogląd na ten temat wyraziłam już wcześniej⁸², twierdząc, że obecnie, nawet od zaraz, można by koncepcję planu wychowawczego realizować w praktyce sądowej, a podstawę prawną mógłby stanowić art. 56 § 2 k.r.o., przewidujący negatywną przesłankę dobra dziecka oraz art. 58 § 1 k.r.o., który mówi „o określonych obowiązkach i uprawnieniach” tego z rodziców, któremu sąd nie powierzył władzy rodzicielskiej. Słowo „określonych” jest szyfrem, który próbuje odczytać tylko niewielu sędziów realizujących treść tego zwrotu w postaci szczegółowego ustalenia tych obowiązków i uprawnień rodziców łącznie ze szczegółami dotyczącymi kontaktów dziecka z rodzicem, któremu sąd ograniczył władzę rodzicielską.

Uzupełniam powyższą wypowiedź twierdzeniem, że *de lege lata* można by nakaz sądu sporządzenia przez rodziców planu wychowawczego potraktować jako ich obowiązek, którego niewypełnienie mogłoby stać się podstawą do oddalenia powództwa na podstawie art. 56 § 2 k.r.o. Fakultatywność sporządzenia planu pozostałaby po stronie sądu, gdyż sąd może, ale nie musi zobowiązać strony do opracowania planu wychowawczego⁸³. Przeszkodą we wprowadzeniu do praktyki sądowej planu wychowawczego *de lege lata* jest brak wiedzy dotyczącej sposobu opracowania takiego planu. Można by tę przeszkodę usunąć, sporządzając wzorzec (kwestionariusz) planu wychowawczego na potrzeby rodziców i sądu, podobnie jak

⁷⁹ Przepis art. 443 k.p.c. został uchylony ustawą z dnia 2 lipca 2004 r., która weszła w życie dnia 5 lutego 2005 r. (Dz. U. Nr 172, poz. 1804). Ustawa ta stanowi obszerną nowelizację k.p.c., która m.in. szerzej uregulowała postępowanie zabezpieczające. Istotą postępowania o udzielenie zabezpieczenia jest wydanie orzeczenia o charakterze tymczasowym, a taki właśnie charakter miało rozstrzygnięcie przewidziane w art. 443 k.p.c. Uznano, że dla uregulowania stosunków w trakcie procesu o rozwód lub separację wystarczającą podstawą są przepisy ogólne o postępowaniu zabezpieczającym, a art. 443 k.p.c. jest zbyt techniczny, tym bardziej, że ostatnie zdanie § 2 tegoż artykułu brzmiało: „Przepisy o postępowaniu zabezpieczającym stosuje się odpowiednio” (por. zapis stenograficzny Nr 1359 z posiedzenia Komisji Ustawodawstwa i Praworządności z dnia 24 czerwca 2004 r.). Wydaje się, że przepis o tymczasowym planie wychowawczym można by umieścić w art. 445¹ k.p.c., dodanym jako nowy przepis w cytowanej wyżej ustawie nowelizującej k.p.c.

⁸⁰ Por. T. Sokołowski: op. cit., s. 99–100.

⁸¹ Tamże, s. 99.

⁸² Por. W. Stojanowska: *Władza rodzicielska...*, s. 201 i n.

⁸³ Pomocy rodzicom w sporządzeniu planu wychowawczego mogliby udzielić rodzinni kuratorzy sądowi lub pracownicy rodzinnego ośrodka diagnostyczno-konsultacyjnego, a obecnie – według ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. wprowadzającej instytucję mediacji – mediatorzy. Według znowelizowanego art. 570² k.p.c. „przedmiotem mediacji może być także określenie sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej”.

w USA w stanie Waszyngton. *De lege lata* wzorzec w postaci kwestionariusza byłby tylko propozycją dla rodziców, wskazującą sposób konstruowania takiego planu, a po nowelizacji obowiązkiem prawem przewidzianym, podobnie jak w USA.

Konkretne propozycje dotyczące sposobu nowelizacji w celu wprowadzenia planu wychowawczego, które podał T. Sokołowski, zasługują w większości (generalnie) na akceptację z pewnymi zastrzeżeniami, które przybiorą tu postać sformułowanych przeze mnie kontrpropozycji, ale tylko co do niektórych stwierdzeń. Zasługujący na polemikę jest pogląd T. Sokołowskiego, aby plan wychowawczy miał charakter fakultatywny w odróżnieniu od planu wychowawczego według prawa amerykańskiego. Jest to bardzo istotna różnica. Fakultatywność może przekreślić byt postulowanej instytucji planu wychowawczego, gdyż oportunizm sądu i stron może doprowadzić do całkowitej martwoty przepisu kreującego tę instytucję. Nie do przyjęcia jest uzasadnienie tego poglądu, podanego przez jego autora. Otóż twierdzi on, że wprowadzenie planu wychowawczego, jako obowiązkowej instytucji, byłoby „niewłaściwe z uwagi na brak doświadczenia w jej stosowaniu”⁸⁴. Fakultatywny charakter planu – zdaniem autora – „pozwoli na zorientowanie się, co do jego praktycznej skuteczności, a w przypadku przewagi pozytywnych doświadczeń, uzasadniona będzie dalsza zmiana i nadanie mu obligatoryjnego charakteru”⁸⁵. To można by osiągnąć, prowadząc badania empiryczne przed nowelizacją.

Zacytowana propozycja autora jest praktycznie nie do zrealizowania. Fakultatywny charakter nawet najbardziej rewelacyjnych rozwiązań legislacyjnych doprowadza do martwoty przepisów, które je kreują⁸⁶. Ten sam zarzut odnosi się do rozwiązania pośredniego, przedstawionego przez T. Sokołowskiego, polegającego na tym, że plan ten byłby obligatoryjny tylko w odniesieniu do niektórych sytuacji, np. w sprawach, w których strony zgodnie wnoszą o nie orzekanie o winie, co stanowi – zdaniem autora – „przesłankę wskazującą na zdolność rozwodzących się do zawierania pewnych kompromisów”⁸⁷. Tę koncepcję można by zaakceptować ze względu na większość orzekanych rozwodów bez ustalania winy (ponad 70%), ale w pozostałej części spraw, w których konflikt między małżonkami osiąga wysoki stopień, dobro dziecka jest zagrożone, w postaci możliwości wciągnięcia go w konflikt rodziców. W takich sprawach plan wychowawczy jest szczególnie cennym narzędziem ochrony dobra dziecka. Z tych względów jego obligatoryjność powinna być zasadą, bez żadnych wyjątków, a w połączeniu z obligatoryjnością mediacji⁸⁸, stanowiłaby gwarancję zabezpieczenia dobra dziecka rozwodzących się rodziców.

⁸⁴ Por. T. Sokołowski: op. cit., s. 100.

⁸⁵ Tamże.

⁸⁶ W. Stojanowska: *Fakultatywna mediacja...*, s. 33 i n. Fakultatywność jest przyczyną martwoty innych jeszcze instytucji, np. zawartych w art. 24 i 97 § 2 k.r.o. (por. W. Stojanowska: *Rozstrzygnięcie przez sąd na podstawie art. 24 i 97 § 2 k.r.o. o istotnych prawach rodziny w braku porozumienia między małżonkami lub rodzicami*, „Nowe Prawo” 1985, Nr 7–8).

⁸⁷ Por. T. Sokołowski: op. cit., s. 100.

⁸⁸ Por. W. Stojanowska: *Fakultatywna mediacja...* Autorka proponuje obligatoryjność mediacji, co zapewniłoby skuteczność tej instytucji.

Nie do końca jasne są propozycje T. Sokołowskiego, co do umiejscowienia planu wychowawczego w k.r.o. i treści przepisów, które miałyby go określać. Nie wiadomo w końcu, jaka powinna być treść art. 58 § 1 k.r.o. i 107 k.r.o.⁸⁹ Dość chwiejny i niejasny jest pogląd tego autora dotyczący zakresu i stopnia szczegółowości postanowień dotyczących planu wychowawczego. Najpierw twierdzi on, że wprowadzenie szerokiej, kompleksowej regulacji takiej, jak w prawie amerykańskim, nie mieściłoby się w ramach k.r.o. Rozwiązaniem tego problemu byłoby zamieszczenie przepisów regulujących plan wychowawczy w odrębnym akcie prawnym i tu całkowicie zgadzam się z autorem. Natomiast nie do przyjęcia jest jego alternatywna propozycja zamieszczenia w k.r.o. delegacji ustawowej i uregulowania problematyki dotyczącej planu wychowawczego w akcie prawnym niższego rzędu. Sam autor wycofuje się z tej propozycji stwierdzając, że to rozwiązanie jest nieodpowiednie, gdyż problematyka objęta planem wychowawczym dotyczy „najważniejszych obowiązków i praw, jakie przysługują człowiekowi, a ich doniosłość społeczna i osobista dla rodziców i samego dziecka jest tak wielka, że uzasadnia regulację wyłącznie na poziomie ustawy”⁹⁰.

Chwiejność T. Sokołowskiego co do koncepcji nowelizacji szerokiej, czy też zwięzłej, której bliżej nie określa powoduje, że w razie decyzji o jej przyjęciu do realizacji, należy dokładnie opracować projekt aktu prawnego regulującego omawiany plan wychowawczy⁹¹.

Dotychczasowe rozważania wskazują celowość przyjęcia koncepcji nowelizacji szerokiej, wzorowanej na regulacji, przyjętej np. w stanie Waszyngton i Michigan, zawierającej wyczerpującą kazuistykę, na tle której można by likwidować wątpliwości i dokonywać subsumpcji wszelkich możliwych stanów faktycznych ujętych w kwestionariuszu.

Słusznie T. Sokołowski twierdzi, że „plan wychowawczy powinien mieć formę kwestionariusza”, na podstawie którego rozwodzący się rodzice, z udziałem swoich adwokatów, a także odpowiednich specjalistów, mogliby przedyskutować wskazane tam elementy władzy rodzicielskiej oraz sposoby rozwiązywania ewentualnych sporów w przyszłości⁹². Warto dodać, że wypełniony i podpisany kwestionariusz powinien być częścią składową wyroku, a treść tego formularza byłaby ustalona w odpowiednich przepisach prawa.

Słusznie też twierdzi T. Sokołowski, że struktura planu wychowawczego powinna odpowiadać strukturze władzy rodzicielskiej, przy czym plan powinien zawierać dwie kategorie elementów: 1) elementy konieczne, 2) elementy fakultatywne⁹³.

⁸⁹ Por. T. Sokołowski: op. cit., s. 101–102.

⁹⁰ Tamże, s. 102.

⁹¹ Tamże.

⁹² Tamże, s. 96.

⁹³ Tamże, s. 97 i 96. Autor podaje przejrzyste opracowaną strukturę władzy rodzicielskiej (tamże, s. 94–95); por. również T. Sokołowski: *Władza rodzicielska nad dorastającym dzieckiem*, Poznań 1987, s. 30 i n.

Podsumowując dotychczasowe rozważania nasuwa się najważniejszy wniosek, zawierający propozycję przeniesienia nowoczesnej, przewidzianej w prawie amerykańskim, instytucji „planu wychowawczego rodziców” na grunt polskiego systemu prawnego, która może spełnić rolę przystawowego „panaceum”. Może ona z powodzeniem zastąpić dotychczasową treść art. 58 § 1 k.r.o. w części dotyczącej sposobu rozstrzygnięcia sądu dotyczącego władzy rodzicielskiej, doprecyzowując zakres obowiązków i uprawnień dotyczących osoby dziecka, stanowiący podstawę instytucji ograniczenia władzy rodzicielskiej na podstawie tego przepisu⁹⁴. Mogłaby również zastąpić art. 106 k.r.o. Należałoby przyjąć koncepcję szeroko zakreślonej nowelizacji w formie odrębnej ustawy, poświęconej problematyce związanej z przedmiotowym planem wychowawczym. W k.r.o. pozostałyby zapisy odpowiednio sformułowane, regulujące obowiązek rodziców i sądu sporządzenia planu, mającego charakter obligatoryjny, we wszystkich przypadkach, gdzie ustalone są relacje między rodzicami a dziećmi, w sytuacji gdy rodzice przestają być małżeństwem lub nigdy nim nie byli albo są w separacji na podstawie orzeczenia sądu, czy separacji faktycznej (np. po oddaleniu powództwa o rozwód)⁹⁵. Plan wychowawczy byłby integralną częścią wyroku.

Nowelizację mógłby poprzedzić eksperyment, polegający na wprowadzeniu w wybranych sądach praktyki posługiwania się „planem wychowawczym” na podstawie art. 58 § 1 k.r.o. w podanej wyżej wersji *de lege lata*. Doświadczenia z tej eksperymentalnej praktyki byłyby podstawą opracowania projektu aktu prawnego regulującego plan wychowawczy rozwodzących się rodziców.

6. „Porozumienie” jako odpowiednik instytucji „planu wychowawczego rodziców” w ustawie nowelizującej Kodeks rodzinny i opiekuńczy z dnia 6 listopada 2008 r.

Brak takich doświadczeń, o których wspomniano wyżej, odczuwało się przy lekturze projektu nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńskiego⁹⁶, który stał się usta-

⁹⁴ Instytucja „planu wychowawczego” dałaby możliwość poczynienia przez rodziców takich ustaleń, które uwzględniałaby – oprócz ich koncepcji – także życzenia dziecka. Jeżeli „plan wychowawczy” miałby służyć dobru dziecka, to wysłuchanie go przed przystąpieniem do ustalania treści planu powinno być kwestią priorytetową. Por. Group of the Advancement of Psychiatry. Committee of the Family: *Divorce, Child Custody and the Family*, Jossey-Boss Publishers, San Francisco – Washington – London 1981, s. 29 – jest to praca zbiorowa dotycząca problematyki rozwodu i władzy rodzicielskiej, autorstwa Komitetu na Rzecz Rodziny (*Committee of the Family*), w skład którego wchodzią profesjonalści z dziedziny psychologii i psychiatrii.

⁹⁵ Mój postulat wypróbowania – i to jak najszybciej – amerykańskiej koncepcji planu wychowawczego w praktyce polskich sądów poparła E. Holewińska-Łapińska (por. teź, *Recenzja monografii W. Stojanowskiej pt. Władza... „Państwo i Prawo”* 2001, z. 11, s. 98).

⁹⁶ Por. Projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego z dnia 28 kwietnia 2006 r. *ustawa z dnia..... O zmianie ustaw Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks postępowania cywilnego i Prawo o aktach stanu cywilnego*, „Rodzina i Prawo” 2006, Nr 2 (2), s. 13 i n.

wą uchwaloną w dniu 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw. Ustawa ta weszła w życie z dniem 13 czerwca 2009 r.⁹⁷ Przewidziana w niej instytucja „porozumienia” rodziców o sposobie wykonywania przez nich władzy rodzicielskiej i utrzymywania kontaktów z dzieckiem wymaga szczegółowego unormowania, aby mogła stać się odpowiednikiem opisanego wyżej „planu wychowawczego” rozwodzących się rodziców, przewidzianego w prawie amerykańskim. Nie wiadomo bowiem, co powinno obejmować takie „porozumienie”. Z tego wynika, że wzmianka o „porozumieniu” rodziców, która jest zawarta w art. 58 § 1 k.r.o. w brzmieniu ustawy z dnia 6 listopada 2008 r., nie wystarczy i nie rozwiąże problemu oraz wskazuje na potrzebę dokładnego unormowania tej instytucji tak, jak to zrobił ustawodawca w USA, wprowadzając instytucję „planu wychowawczego rodziców”.

Szczegóły dotyczące „planu wychowawczego” w USA, łącznie ze wspomnianym wyżej „Kwestionariuszem”, są zamieszczone w akcie prawnym będącym ustawą. Niemożliwością jest – na podstawie znowelizowanego przepisu art. 58 § 1 i § 1a k.r.o. – rozszerzenie przewidzianej tam instytucji „porozumienia” rozwodzących się rodziców, z uwzględnieniem wszystkich elementów dotyczących amerykańskiego „planu wychowawczego”. Na tym etapie ewolucji instytucji prawnej władzy rodzicielskiej rozwiedzionych rodziców, wzmianka o „porozumieniu” między nimi jest dużym krokiem naprzód. Dalsze uregulowanie powinno być poprzedzone badaniami praktyki sądowej w zakresie tego rodzaju „porozumień” dla uzyskania doświadczenia w tym zakresie. Wydaje się, że za wcześnie jest omawianą problematykę regulować w drodze ustawy. Jednakże pozostawienie przewidzianej w omawianym przepisie noweli do k.r.o. instytucji „porozumienia” bez żadnych wskazówek, w jakim trybie powinno być ono sporządzane i wykonywane, może spowodować martwość tego przepisu, który je reguluje, albo korzystanie z niego niezgodnie z jego celem i ideą. Można by było ten problem rozwiązać w inny sposób, dodając np. § 1b do art. 58 k.r.o. w brzmieniu noweli z 2008 r. o treści: „Odrębne przepisy regulują tryb (sposób) sporządzania porozumienia, o którym mowa w § 1 i § 1a”. Akt niższego rzędu łatwiej zmieniać, jeżeli zajdzie potrzeba na podstawie uzyskanego doświadczenia w toku stosowania przepisów projektu dotyczącego „porozumienia” rodziców, gdy projekt stanie się ustawą. Później można by uregulować takie „porozumienie”, będące „planem wychowawczym” w odrębnej ustawie.

Należy zaznaczyć, że o ile przed omawianą nowelizacją działania zmierzające w kierunku przetransponowania amerykańskiej koncepcji „planu wychowawczego” na grunt prawa polskiego (m. in. realizacja programu badawczego) były ważne, o tyle obecnie, kiedy przepis o „porozumieniu” rodziców przewidziany w noweli stanie się obowiązujący, rozwiązanie tego problemu – aby uniknąć wspomnianej „martwoty” nowego przepisu – staje się sprawą nie tylko ważną, ale niezmiernie pil-

⁹⁷ Por. Dz. U. z 2008 r. Nr 220, poz. 1431.

ną. Jednakże istnieje niebezpieczeństwo zbytniego pośpiechu, który mógłby stać się przyczyną powstania kolejnego „bubla” legislacyjnego. Przyspieszyć należy realizację programu badawczego i podjąć prace legislacyjne, wykorzystując doświadczenia sądów stosujących znowelizowane przepisy.

Przedstawiony wyżej „plan wychowawczy rodziców”, stosowany w USA, a zwłaszcza opisany „Kwestionariusz”, może stanowić podstawę do sporządzenia wzoru druku, który po wypełnieniu i podpisaniu przez rodziców, stanowiłby przewidziane w omawianej noweli „porozumienie” zawarte między nimi, przedstawione sądowi do oceny pod względem zgodności z zasadą ochrony dobra dziecka.

Rozważałam przygotowanie i zamieszczenie w niniejszym referacie wzoru takiego druku. Przyczyną rezygnacji z tego zamiaru było powstrzymanie się od narzucania sędziom gotowej koncepcji, której w takich warunkach nie można by było przedstawić wyczerpująco, a pominięcie jakiegoś szczegółu mogłoby być rozumiane, że jest on zbędny lub mało ważny. Można sformułować jedynie ogólną zasadę, że przewidziane w noweli do k.r.o. z 2008 r. „porozumienie” rozwodzących się rodziców powinno zawierać jak najwięcej szczegółów dotyczących sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej po rozwodzie nad wspólnym małoletnim dzieckiem (między innymi co do miejsca pobytu dziecka, zwłaszcza w przypadku pozostawienia pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom, jak również sposobu spędzania przez dziecko wszystkich świąt, wakacji i innych rodzinnych uroczystości z rodzicami z podaniem miejsca i czasu). Im więcej sytuacji się przewidzi i umieści w „porozumieniu”, tym mniejsze jest prawdopodobieństwo konfliktu między rodzicami z powodu wątpliwości co do tego, kiedy i z którym z nich dziecko ma przebywać lub do którego z nich należy podjęcie określonych decyzji – możliwych do przewidzenia – w sprawach dziecka.

Pierwszy okres obowiązywania noweli – jak się wydaje – będzie dla sądów orzekających okresem zdobywania doświadczenia w trakcie stosowania nowych przepisów. Dobrym sposobem byłoby opracowanie – przynajmniej na użytek danego sądu – wzoru druku kwestionariusza „porozumienia” w celu ujednoczenia praktyki w tym sądzie. Badania, o których wyżej wspomniano, mogłyby dostarczyć materiału do sporządzenia wzoru druku porozumienia na użytek wszystkich sądów w celu zapewnienia jednolitości orzecznictwa w całej Polsce.

Reasumując, stwierdzić należy, że przewidziana w noweli z dnia 6 listopada 2008 r. niesprecyzowana instytucja „porozumienia” rodziców wręcz zmusza do rozważenia transferu instytucji „planu wychowawczego” z USA do Polski.

Kurator a dziecko jako strona w postępowaniu przed sądem

Problematyka dotycząca instytucji kuratora w postępowaniu sądowym jest niewątpliwie złożona.

W tym miejscu należy podkreślić, iż ustawodawca poświęcił tej instytucji wiele uwagi w związku z tym, że z przyczyn procesowych i materialno-prawnych należało zapewnić stronie w postępowaniu przez sądem należytą reprezentację.

W niniejszych rozważaniach moim zamierzeniem jest – jak już wskazuje na to tytuł – rozważenie tej instytucji w kontekście udziału małoletniego dziecka w postępowaniu przed sądem w sprawach „rodzinnych”, przy czym moją intencją jest podzielenie się swoimi spostrzeżeniami z osobami, które w praktyce stykają się z tym zagadnieniem, w celu wymiany poglądów, przedyskutowania zagadnienia i niejako odświeżenia spojrzenia na tę instytucję.

Ukształtowana bowiem praktyka, w moim odczuciu, nie zawsze pozostaje w zgodzie z przepisami regulującymi tę kwestię.

Jako podstawę do zainicjowania dyskusji wskazuję, iż przepisem generalnie odsyłającym do instytucji kuratora jest przepis art. 178 § 1 k.r.o., w myśl którego kuratora ustanawia się w wypadkach w ustawie przewidzianych.

Powyższy przepis stanowi, iż odpowiedzi na pytanie, kiedy ustanowić kuratora, należy szukać „w wypadkach w ustawie przewidzianych”.

Wypadkiem takim w odniesieniu do małoletniego dziecka, jako strony w postępowaniu sądowym, jest niewątpliwie przepis art. 99 w zw. z art. 98 § 2 k.r.o.

W świetle przepisu art. 99 k.r.o., jeżeli żadne z rodziców nie może reprezentować dziecka pozostającego pod władzą rodzicielską, reprezentuje je kurator ustanowiony przez sąd opiekuńczy.

Przy czym w tym miejscu podkreślam, iż w niniejszych rozważaniach zajmę się li tylko reprezentacją takiego dziecka w postępowaniu przed sądem w sprawach „rodzinnych”, tj. w sprawach, w których ustawodawca przyznał takiemu dziecku prawa strony, a w szczególności problematyce dotyczącej spraw o zezwolenie na dokonanie czynności prawnej przekraczającej zakres zwykłego zarządu majątkiem małoletniego dziecka lub na wyrażenie zgody przez rodziców na dokonanie takiej czynności przez dziecko.

Z powyższymi rozważaniami niewątpliwie koresponduje przepis art. 98 § 3 k.r.o., albowiem stanowi on, że przepis art. 98 § 2 k.r.o. (wyłączający reprezentację rodziców przy czynnościach prawnych w odniesieniu do małoletniego dziecka w sytuacjach w tym przepisie przewidzianych), stosuje się „odpowiednio w postępowaniu przez sądem”.

Podkreślić należy, iż ustawodawca w § 3 art. 98 nakazał „odpowiednie” stosowanie przepisu art. 98 § 2 k.r.o., a tym samym wykluczył niejako automatyczne ustanawianie kuratora dla małoletniego dziecka w sprawie, gdzie jako strona występuje jedno z rodziców lub obydwoje, a sprawa „dotyczy” małoletniego dziecka.

W mojej ocenie, o tym kiedy dziecko wymaga reprezentacji przed sądem, w sytuacji, gdy nie może być reprezentowane przez żadnego z rodziców – przesądza to czy dziecko jest stroną w postępowaniu przed sądem, w sprawie gdzie jako strona występuje jedno z rodziców lub obydwoje, a nie zawsze „automatycznie”, gdy jako strona występuje jedno z rodziców lub obydwoje (z uwzględnieniem oczywiście wyjątków od tej reguły, jak chociażby dochodzenie przez jednego z rodziców, w imieniu tego dziecka należnych mu środków utrzymania i wychowania, od drugiego rodzica).

Przy czym w tym miejscu podkreślam, iż w praktyce orzeczniczej na gruncie postępowania „spornego” nie występują właściwie żadne problemy w zakresie stosowania tej instytucji.

Ustawodawca bowiem jednoznacznie określił w poszczególnych kategoriach spraw „rodzinnych” kiedy dziecko jest stroną w tym postępowaniu i tylko gwoli przykładu można wskazać, iż jest ono stroną, np. w sprawie o ustalenie ojcostwa, o zaprzeczenie ojcostwa, unieważnienie uznania (przy czym w przypadku unieważnienia uznania, mam oczywiście na myśli sytuację gdy mężczyzna lub matka pozycją jeszcze małoletnie dziecko).

Problemy natomiast pojawiają się w przypadku postępowania nieprocesowego.

Odpowiedzi na pytanie jak rozwiązać problem instytucji kuratora dla małoletniego dziecka w postępowaniu nieprocesowym, należy szukać w konkretnych przepisach dotyczących spraw rozpoznawanych w postępowaniu nieprocesowym.

Przy czym niewątpliwie istotną wskazówką jest tutaj przepis art. 573 k.p.c., w myśl którego osoba pozostająca pod władzą rodzicielską ma zdolność do podejmowania czynności w postępowaniu dotyczącym jej **osoby**.

Oczywiście, już w tym miejscu, należy podkreślić utrwalony pogląd orzecniczy, iż w sprawach dotyczących władzy rodzicielskiej nad dzieckiem pozostającym pod władzą rodzicielską – dziecku nie przysługują prawa strony.

Natomiast nawiązując do stwierdzenia, że należy odpowiedzieć sobie na pytanie, czy dziecko w konkretnym postępowaniu nieprocesowym jest stroną, jako przykład takiego postępowania należy wskazać, iż ustawodawca np. w postępowaniu o przysposobienie przyznał małoletniemu dziecku, które ukończyło lat trzynaście prawa uczestnika (na mocy art. 118 § 1 i art. 122 § 3 k.r.o.).

Natomiast analiza powyższego przepisu art. 573 k.p.c. wskazuje jednoznacznie, iż małoletnie dziecko nie jest stroną w sprawach dotyczących jego majątku.

Zresztą niejako „dopełnieniem” tego poglądu jest przepis art. 583 k.p.c., z którego wprost wynika, iż stroną w postępowaniu w sprawie dotyczącej zezwolenia na dokonanie czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu majątkiem

dziecka lub na wyrażenie zgody przez rodziców na dokonanie takiej czynności przez dziecko jest rodzic lub rodzice – zezwolenia takiego bowiem „**sąd opiekuńczy udziela na wniosek jednego z rodziców po wysłuchaniu drugiego**”.

Zresztą podstawę materialno-prawną takiego żądania stanowi przepis art. 101 § 3 k.r.o., który wprost stanowi, iż rodzice nie mogą bez zezwolenia sądu opiekuńczego dokonywać czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu ani wyrażać zgody na dokonywanie takich czynności przez dziecko.

Brzmienie powyższego przepisu nie pozostawia żadnych wątpliwości co do tego, kto może być wnioskodawcą i uczestnikiem takiego postępowania (czyli stroną w rozumieniu ogólnym), a tym samym jednoznacznie określa podmiotowo, kto konkretnie jest stroną takiego postępowania.

Natomiast w swojej praktyce orzeczniczej spotykam się z nieodosobnionym poglądem, iż w postępowaniu w takiej sprawie – małoletnie dziecko winno być reprezentowane przez kuratora ustanowionego przez sąd opiekuńczy z uwagi „na sprzeczność interesów”.

W mojej ocenie, problem z interpretacją powyższego przepisu związany jest z przytoczonym wyżej przepisem art. 98 § 2 k.r.o.

Istotą problemu jest fakt, iż w przepisie art. 98 § 2 k.r.o. ustawodawca wyłączył możliwość reprezentacji dziecka „przy czynnościach prawnych” taksatywnie wymienionych w tym przepisie.

Jednakże nie można „automatycznie” – stosując przepis art. 98 § 3 k.r.o. – przenosić tego pojęcia (z art. 98 § 2 k.r.o.) na grunt postępowania nieprocesowego uznając, że stosuje się ten przepis „odpowiednio w postępowaniu przez sądem”, a tym samym, że należy ustanawiać kuratora dla małoletniego w każdym przypadku, gdy stroną w postępowaniu jest jedno z rodziców lub obydwoje, a sprawa „dotyczy” małoletniego dziecka.

Należy bowiem w każdym przypadku odpowiedzieć sobie na pytanie, czy małoletnie dziecko w konkretnym postępowaniu nieprocesowym jest stroną i tylko w przypadku odpowiedzi pozytywnej – winien być ustanowiony dla takiego dziecka kurator przez sąd opiekuńczy.

Natomiast w przypadku odpowiedzi negatywnej – brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia w ustawie dla ustanowienia takiego kuratora.

W tym miejscu pozwolę sobie pominąć szczegółowe rozważania odnośnie pojęcia „czynności prawne”, a „czynności w postępowaniu przed sądem”, albowiem pojęcia te zostały już szczegółowo i wnikliwie rozważone i niewątpliwie różnice i podobieństwa pomiędzy tymi pojęciami są oczywiste.

Jedynie tylko dla porządku w niniejszych rozważaniach, chcę zasygnalizować, iż czym innym jest uzyskanie przez rodzica lub rodziców zgody sądu opiekuńczego na dokonanie takiej czynności lub na dokonanie takiej czynności przez dziecko, a czym innym jest realizacja uzyskanej zgody sądu opiekuńczego, tj. dokonanie takiej czynności.

Nie sposób bowiem nie zauważyć, iż w świetle przepisu art. 98 § 2 k.r.o., w sytuacji gdy rodzic lub rodzice uzyskali zgodę sądu opiekuńczego na taką czynność prawną lub na dokonanie takiej czynności przez dziecko – nie mogą dokonać tej czynności w sytuacji, gdy czynność taka dotyczy czynności prawnej pomiędzy, np. dziećmi pozostającymi pod ich władzą rodzicielską.

W mojej ocenie, właśnie w takiej sytuacji, sąd opiekuńczy winien ustanowić kuratora dla tego dziecka, w celu dokonania tej czynności prawnej (zgodnie z zezwoleniem sądu opiekuńczego udzielonym na wniosek rodzica lub rodziców), albowiem rodzic lub rodzice nie mogą takiej czynności dokonać – właśnie z racji wyłączenia ich reprezentacji na mocy art. 98 § 2 k.r.o.

Powyższe problemy niewątpliwie są wyraźnie odczuwalne także na etapie realizacji postanowień sądów opiekuńczych, albowiem wywołują problemy interpretacyjne w związku z różną treścią sentencji postanowień sądów opiekuńczych.

Zgodnie bowiem z przytoczonym wyżej poglądem (którego nie podzielam), iż małoletnie dziecko w sprawie o zezwolenie na dokonanie czynności prawnej winien reprezentować kurator „z uwagi na sprzeczność interesów”, czyli w sytuacji gdy sąd opiekuńczy przyznaje małoletniemu dziecku prawa strony – sąd opiekuńczy zezwala, np. kuratorowi na dokonanie takiej czynności, bądź też ustanawia w postanowieniu merytorycznym kuratora dla małoletniego dziecka, a w następnym punkcie tego postanowienia zezwala rodzicowi lub rodzicom na dokonanie takiej czynności, bądź też w trakcie postępowania w takiej sprawie, na posiedzeniu niejawnym ustanawia kuratora dla małoletniego dziecka bez określenia zakresu uprawnień kuratora, a w postanowieniu merytorycznym zezwala rodzicowi lub rodzicom na dokonanie takiej czynności lub na dokonanie takiej czynności przez dziecko.

Taka rozbieżność w treści merytorycznych postanowień sądów opiekuńczych wydawanych w tej kategorii spraw – w mojej ocenie – faktycznie może powodować problemy interpretacyjne zarówno na gruncie praktyki notarialnej, jak i przy dokonywaniu czynności prawnych, dla których nie jest wymagana forma aktu notarialnego.

W świetle bowiem wyżej przytoczonym postanowień, jeden sąd opiekuńczy zezwala rodzicowi lub rodzicom na dokonanie takiej czynności, inny sąd opiekuńczy zezwala kuratorowi na dokonanie takiej czynności, inny sąd ustanawia kuratora na posiedzeniu niejawnym w trakcie postępowania bez określenia zakresu uprawnień kuratora.

W tym miejscu należy także zasygnalizować problem odnośnie tego, czy i jaki środek zaskarżenia oraz komu konkretnie przysługuje, tj. czy kuratorowi, rodzicom co do postanowienia wydanego na posiedzeniu niejawnym, w trakcie postępowania w takiej sprawie, o ustanowieniu kuratora dla małoletniego dziecka.

A przecież oczywistym jest, iż orzeczenia sądów winny odpowiadać prawu, jak również ich redakcja nie powinna nastęrczać wątpliwości interpretacyjnych, w tym także co do przysługujących środków zaskarżenia.

Przy czym we wszystkich tych przypadkach, gdy sąd opiekuńczy ustanawia kuratora dla małoletniego w takim postępowaniu – w mojej ocenie – „gubi” fakt, iż sąd opiekuńczy może zezwolić tylko rodzicom (na ich wniosek) lub rodzicowi (z wniosku jednego rodzica po wysłuchaniu drugiego rodzica) na dokonanie takiej czynności lub na dokonanie takiej czynności przez dziecko, zaś ustawodawca w żadnym przepisie nie przewidział takiego prawa dla kuratora ustanowionego dla małoletniego dziecka.

Jak napisał Robert Zegadło (*vide*: Zarząd majątkiem dziecka, „Monitor Prawniczy” 2005, Nr 18) „Zarząd majątkiem dziecka pozostającego pod władzą rodzicielską, stanowi atrybut tej władzy”.

Jest to dla mnie również oczywiste. Przy czym ja z tego faktu wyciągam dalej idące wnioski.

Uważam, że uprawnienie rodzica do złożenia wniosku w sprawie dotyczącej zarządu majątkiem dziecka, nie może doznawać jakichkolwiek ograniczeń, albowiem przysługująca rodzicowi władza rodzicielska nie może doznawać żadnych ograniczeń, poza oczywiście, przypadkami prawem przewidzianymi.

W mojej ocenie rodzic sprawujący władzę rodzicielską, a w jej ramach także zarząd majątkiem dziecka, nie może być pozbawiony prawa do występowania z wnioskiem w sprawie dotyczącej tego zarządu, tylko dlatego, że zamierzona czynność dotyczy czynności pomiędzy tym dzieckiem a jego rodzeństwem, rodzicami, rodzicem czy też małżonkiem rodzica.

Kładę przy tym w dalszym ciągu nacisk na rozróżnienie dwóch etapów zamierzonej czynności, tj. dla mnie czym innym jest legitymacja rodzica do występowania do sądu z wnioskiem o zezwolenie na dokonanie zamierzonej czynności prawnej, a czym innym jest prawo rodzica do reprezentacji dziecka bezpośrednio przy dokonaniu tej czynności, po uzyskaniu zgody sądu, w przypadkach przewidzianych w art. 98 § 2 k.r.o.

Niezależnie od powyższego zaznaczam, iż dostrzegam pewną niespójność w argumentacji Autora zawartej w artykule „Zarząd majątkiem dziecka”.

Z jednej bowiem strony Autor podkreśla brak uprawnienia rodzica do zarządu majątkiem dziecka, w sytuacji gdy zamierzona czynność dotyczy przypadków przewidzianych w art. 98 § 2 k.r.o., a tym samym do reprezentacji w sprawie o zezwolenie na dokonanie czynności dotyczącej przypadków przewidzianych w art. 98 § 2 k.r.o., zaś z drugiej strony Autor przyznaje prawo rodzicowi do wystąpienia z wnioskiem o ustanowienie kuratora i jednocześnie z wnioskiem o zezwolenie kuratorowi na dokonanie czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu.

Idąc tym tokiem rozumowania, uważam, że brak uprawnienia do reprezentacji w przypadkach przewidzianych w art. 98 § 2 k.r.o., oznacza, że rodzic nie jest również uprawniony do wystąpienia z wnioskiem o ustanowienie kuratora i jednocześnie z wnioskiem o zezwolenie kuratorowi na dokonanie czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu.

Nie znajduję podstawy prawnej, z jakiej należałoby wyprowadzić legitymację rodzica do wystąpienia z takimi wnioskami, w sytuacji wyłączenia jego zarządu i reprezentacji w tym zakresie.

Uważam, że racjonalny ustawodawca nie wyłączył rodzica w przypadkach przewidzianych w art. 98 § 2 k.r.o., gwarantując ochronę interesu dziecka poprzez kontrolę sądu *meriti*, dając przy tym właśnie tylko rodzicowi prawo do występowania do sądu z wnioskiem o zezwolenie na dokonanie czynności dotyczącej majątku dziecka, bez względu na to kto konkretnie będzie stroną tej czynności.

Dla mnie obowiązek należytej dbałości o majątek dziecka należy do rodzica (któremu przysługuje władza rodzicielska w tym zakresie) i tym samym tylko temu rodzicowi przysługuje w tym zakresie (bez wyjątków), także uprawnienie do występowania z wnioskiem do sądu o zezwolenie na dokonanie czynności prawnej.

Uważam, że należy rozróżnić prawo rodziców (znajdujące także swoje umocowanie w przepisie art. 583 k.p.c.) do występowania z wnioskiem do sądu także w przypadkach określonych w przepisie art. 98 § 2 k.r.o., od drugiego etapu, jakim jest już wykonanie pozytywnego postanowienia sądu, tj. dokonanie konkretnej czynności prawnej, poprzez złożenie w imieniu małoletniego dziecka stosownego oświadczenia woli, czyli dla zrealizowania danej czynności prawnej, na dokonanie której rodzice dziecka uzyskali zgodę sądu.

W mojej ocenie, należy podkreślić, iż przepis art. 98 § 1 k.r.o. przyznaje rodzicom status przedstawiciela ustawowego, zaś przepis art. 98 § 2 k.r.o. wyłącza jedynie w określonych przypadkach możliwość dokonania czynności prawnej przez rodziców, natomiast nie pozbawia ich prawa do występowania do sądu z wnioskiem o zezwolenie na dokonanie czynności prawnej w przypadkach określonych w tym przepisie.

Nie podzielam także argumentacji Autora wynikającej z powołania się na przepisy art. 156 w zw. z art. 178 § 2 k.r.o.

Otóż uważam, że instytucja kuratora, zgodnie z art. 178 § 1 k.r.o., winna być rozpatrywana właśnie w płaszczyźnie „wypadków w ustawie przewidzianych”, przy uwzględnieniu także różnorodności celów, dla jakich kuratela jest ustanawiana.

Podzielam przy tym utrwalony w tym zakresie pogląd, iż z istoty swej celem kurateli jest roztoczenie pieczy nad osobami fizycznymi i prawnymi, które z różnych przyczyn faktycznych lub prawnych same nie mogą prowadzić swoich spraw, przy zastrzeżeniu właśnie różnorodności celów, dla jakich jest ustanawiana.

W mojej ocenie na podstawie art. 99 k.r.o., nie można stosować przepisu art. 156 w zw. z art. 178 § 2 do sytuacji przewidzianej w art. 98 § 2 k.r.o. w taki sposób jaki Autor wskazuje.

Przepis art. 98 § 2 k.r.o. jednoznacznie odnosi się do reprezentacji dziecka przy czynności prawnej, a tym samym w żaden sposób nie odnosi się do uprawnienia rodzica do wystąpienia z wnioskiem o zezwolenie na dokonanie czynności

prawnej i w mojej ocenie, przepis art. 99 k.r.o. również nie wyłącza uprawnienia rodzica do wystąpienia z takim wnioskiem.

Tak samo nie można takiego wniosku wysnuć z brzmienia przepisu art. 156 k.r.o., który przecież również właśnie z przedstawicielstwa ustawowego opiekuna, nakładającego na opiekuna obowiązek dbałości o osobę i majątek osoby podlegającej opiece, wywodzi obowiązek i prawo opiekuna do występowania z wnioskiem o zezwolenie na dokonanie czynności dotyczącej m.in. także majątku tej osoby.

Istota problemu sprowadza się do rozróżnienia prawidłowej reprezentacji przy czynności prawnej, od prawidłowej reprezentacji koniecznej, np. w postępowaniu przed sądem, czy innymi organami, w tym także co do legitymacji rodzica czy opiekuna do występowania z wnioskiem o zezwolenie na dokonanie czynności prawnej, także w przypadkach przewidzianych w art. 98 § 2 k.r.o.

W moim przekonaniu, w naszym konkretnym rozważanym przypadku, treści przepisu art. 98 § 2 k.r.o. nie można rozpatrywać w oderwaniu od treści przepisu art. 98 § 3 k.r.o. oraz od treści przepisu art. 99 k.r.o.

Przepis bowiem art. 98 § 2 k.r.o. odnosi się wprost do czynności prawnych, zaś przepis art. 98 § 3 k.r.o. – do postępowania przed sądem lub innym organem państwowym. Natomiast przepis art. 99 k.r.o. stanowi podstawę do ustanowienia kuratora do reprezentacji dziecka:

- a) przy czynności prawnej,
- b) w postępowaniu przed sądem lub innym organem państwowym.

Uważam zatem, że przepis art. 178 § 2 k.r.o., nie może być stosowany w sytuacjach przewidzianych przepisem art. 98 § 2 k.r.o., ponieważ, nie mamy tu do czynienia z instytucją kuratora, w rozumieniu podmiotu legitymowanego do wystąpienia z wnioskiem o zezwolenie na dokonanie czynności prawnej. Legitymacja ta bowiem, w mojej ocenie, nadal przysługuje rodzicowi (art. 583 k.p.c.) lub opiekunowi (art. 156 k.r.o.), pomimo tego, że rodzic i opiekun ulega wyłączeniu przy dokonaniu czynności prawnej, po uzyskaniu zgody sądu opiekuńczego.

Natomiast czym innym jest, jak już wyżej wspomniałam, wyłączenie prawa rodzica do zrealizowania czynności prawnej, po uzyskaniu zgody sądu w przypadkach przewidzianych w art. 98 § 2 k.r.o.

Wówczas faktycznie koniecznym jest ustanowienie kuratora dla dziecka, zgodnie z art. 99 k.r.o.

Przy czym zaznaczam, że nie widzę przeszkód ku temu by ustanowienie kuratora nie mogło nastąpić w postanowieniu wydanym w sprawie o zezwolenie na dokonanie czynności prawnej (o ile rodzic zgłosi także wniosek w tym zakresie i wskaże kandydata na kuratora), skoro aktualnie w sprawie o zezwolenie na dokonanie czynności prawnej sąd orzeka także w składzie jednoosobowym.

Widzę bowiem to w ten sposób, że sąd wydaje postanowienie uwzględniające wniosek rodzica o zezwolenie na dokonanie czynności prawnej w przypadku przewidzianym w art. 98 § 2 k.r.o. i jednocześnie mając na uwadze fakt, że w takich

przypadku rodzic nie może reprezentować dziecka bezpośrednio przy dokonaniu tej czynności, w swoim postanowieniu zamieszcza zobowiązanie dla kuratora, którego ustawi sąd opiekuńczy w oddzielnej sprawie z wniosku rodzica (lub w tym samym postępowaniu – o ile taki wniosek zostanie zgłoszony), do złożenia oświadczenia woli w imieniu dziecka, zgodnie z postanowieniem sądu zezwalającym na dokonanie określonej czynności prawnej.

Przedstawiam poniżej przykładowo treść sentencji postanowienia, według własnej redakcji (już bez decyzji co do kosztów postępowania).

„(...) postanawia:

1. zezwolić wnioskodawczyni Annie Zofii Nowak, urodzonej 2 marca 1962 r. w Kołobrzegu, córce Jana i Marii, zamieszkałej w Wejherowie, ul. Sobieskiego 302, na dokonanie czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu majątkiem Olgi Katarzyny Nowak, urodzonej 2 kwietnia 1992 r. w Wejherowie, córki Anny i Jana, polegającej na sprzedaży Annie Zofii Nowak, urodzonej 2 marca 1962 r. w Kołobrzegu, córce Jana i Marii, zamieszkałej w Wejherowie, ul. Sobieskiego 302, niezabudowanej nieruchomości położonej w Wejherowie, o obszarze 628 m², objętej księgą wieczystą Kw Sądu Rejonowego w Wejherowie D1 2345, za cenę nie mniejszą niż 120.000 zł (sto dwadzieścia tysięcy złotych),
2. zobowiązać kuratora ustanowionego przez sąd opiekuńczy, do złożenia w imieniu Olgi Katarzyny Nowak, oświadczenia woli, zgodnie z punktem 1 niniejszego postanowienia,
3. zobowiązać Annę Zofię Nowak do wpłacenia kwoty uzyskanej ze sprzedaży nieruchomości opisanej w punkcie 1 niniejszego postanowienia, na długoterminową lokatę bankową założoną imiennie na rzecz Olgi Katarzyny Nowak – w terminie do 3 (trzech dni), od dnia sprzedaży oraz do przedłożenia w terminie do 7 (siedmiu) dni Sądowi Rejonowemu w Wejherowie, do sprawy III RNsm 25/08, dokumentacji potwierdzającej wykonanie punktu 3 niniejszego postanowienia.”

W drugiej wersji, w przypadku zgłoszenia przez rodzica obok wniosku o zezwolenie na dokonanie czynności, także wniosku o ustanowienie kuratora dla dokonania tej czynności (objętych jednym pismem), redakcja punktu 2 postanowienia będzie oczywiście obejmowała także bliższe dane osobowe kuratora.

Na marginesie wskazuję, iż nie wykluczam potrzeby rozważenia zmiany przepisów, w tym zakresie, o tyle, że skoro ustawodawca dopuścił możliwość uzyskiwania przez rodzica zgody sądu opiekuńczego na dokonanie czynności prawnej dotyczącej dziecka, to winien także dopuścić możliwość reprezentacji dziecka przy czynności, również w przypadkach przewidzianych w art. 98 § 2 k.r.o.

W mojej ocenie, konieczność ustanowienia kuratora, przy uzyskaniu już zgody sądu na daną czynność, stanowi niepotrzebne mnożenie orzeczeń, zwłaszcza, iż ustanowiony kurator obowiązany jest do złożenia oświadczenia woli w imieniu

dziecka, tylko zgodnie z zakresem zezwolenia udzielonego przez sąd opiekuńczy. Zresztą, za takim poglądem przemawia np. możliwość zawarcia umowy przez pełnomocnika działającego w imieniu klienta z samym sobą działającym w imieniu własnym.

Czymże bowiem w zakresie skutku, różni się sytuacja gdy mocodawca udziela pełnomocnictwa pełnomocnikowi w zakresie wyżej wskazanym, od sytuacji gdy sąd opiekuńczy udziela zgody rodzicowi na konkretną czynność?

Zarówno z pełnomocnictwa jak i z orzeczenia sądu opiekuńczego wynika zakres możliwej czynności prawnej.

Reasumując, pozwolę sobie wyrazić nadzieję, że zasygnalizowany przeze mnie problem, tak jak to już podkreśliłam na wstępie, wywoła odzew i niewątpliwie może przyczynić się do wymiany poglądów w tym zakresie.

Ustanowienie kuratora dla dziecka na podstawie art. 99 k.r.o.

Art. 98 k.r.o. przewiduje wyłączenie reprezentacji dziecka przez rodziców w sytuacjach, w których wystąpić może konflikt interesów. Ustawodawca dostrzega takie zagrożenie w przypadku czynności prawnych między dziećmi pozostającymi pod władzą rodzicielską tego samego rodzica lub tych samych rodziców (art. 98 § 2 pkt 1 k.r.o.) oraz w przypadku czynności prawnych między dzieckiem a jednym z rodziców lub jego małżonkiem, chyba że czynność prawna polega na bezpłatnym przysporzeniu na rzecz dziecka albo że dotyczy należnych dziecku od drugiego z rodziców środków utrzymania i wychowania (art. 98 § 2 pkt 2 k.r.o.). Z mocy art. 98 § 3 k.r.o., przepisy § 2 stosuje się odpowiednio w postępowaniu przed sądem lub innym organem państwowym. Gdy zachodzi omawiane wyłączenie reprezentacji rodziców, do reprezentacji dziecka przy czynności prawnej lub procesowej musi zostać ustanowiony kurator na podstawie art. 99 k.r.o.

Jeżeli zachodzi potrzeba ustanowienia kuratora do reprezentowania dziecka w postępowaniu przed sądem lub innym organem (art. 99 w zw. z art. 98 § 2 i 3 k.r.o.) rozstrzygnięcie sądu opiera się na stwierdzeniu istnienia wyłączenia reprezentacji rodziców, polega na wyborze osoby kuratora i ogranicza się do wskazania postępowania, którego reprezentacja kuratora ma dotyczyć. Kurator jest wtedy uprawniony do podejmowania różnych czynności procesowych. W podejmowaniu tych czynności kurator jest samodzielny i z istoty rzeczy nie może podlegać instrukcjom ze strony rodziców dziecka. Natomiast późniejsza aktualizacja i konkretyzacja czynności procesowych może rodzić potrzebę zezwolenia sądu na podstawie art. 156 w zw. z art. 178 § 2 k.r.o., jeżeli dana czynność dotyczy ważnych spraw dziecka w rozumieniu art. 156 k.r.o., w szczególności gdy chodzi o dysponowanie przedmiotem sporu. O zezwolenie sądu na czynność procesową o istotnym znaczeniu dla interesów dziecka powinien konsekwentnie do swojej roli reprezentanta dziecka wystąpić sam kurator a nie rodzice. Dotyczy to np. zawarcia ugody albo cofnięcia powództwa – por. wyrok Sądu Najwyższego z 1 sierpnia 1966 r. (II CR 279/66). Trudno byłoby zaakceptować, aby o takie zezwolenie występował rodzic będący przeciwną stroną procesu. W razie przyjęcia przeciwnego poglądu należałoby bowiem dopuścić rozpatrywanie wniosku rodzica by sąd opiekuńczy zezwolił kuratorowi na cofnięcie wytoczonego przez dziecko przeciw rodzicowi powództwa lub na uznanie powództwa rodzica przez kuratora reprezentującego pozwane dziecko.

Inny charakter ma ustanowienie kuratora do czynności prawnej. Czynność ta jest już bowiem skonkretyzowana i zindywidualizowana przed ustanowieniem kuratora. Sąd zatem musi tę czynność opisać. Przedmiotem poniższych rozważań jest teza, że już w momencie ustanawiania kuratora na podstawie art. 99 k.r.o. sąd powinien tę czynność ocenić z punktu widzenia interesów dziecka.

W większości wypadków, w których zachodzi potrzeba ustanowienia kuratora do reprezentowania dziecka przy czynności prawnej, czynność ta jednocześnie przekracza zakres zwykłego zarządu majątkiem dziecka w rozumieniu art. 101 § 3 k.r.o. W przypadku dokonywania czynności przez rodziców konieczne jest wtedy zezwolenie sądu na dokonanie czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu. Jeżeli jednak przy danej czynności dziecko może być reprezentowane tylko przez kuratora, to należy rozstrzygnąć, czy można w ogóle mówić o zezwoleniu udzielanym rodzicom na zasadzie art. 101 § 3 k.r.o. Kontrolersyjne jest bowiem, czy w tym wypadku właściwe jest zezwolenie wydane na zasadzie art. 101 § 3 k.r.o., skoro reprezentacja rodziców jest wyłączona. Innymi słowy: czy w razie wyłączenia rodziców od reprezentacji dziecka w sprawie dotyczącej majątku dziecka mamy nadal do czynienia z zarządem rodziców? Niezależnie od odpowiedzi na to pytanie, jedno nie ulega wątpliwości, a mianowicie niezależnie od ustanowienia kuratora konieczna jest ocena, czy dana czynność leży w interesie dziecka i ewentualnie celowe może być zabezpieczenie tego interesu.

W praktyce sądów przeważa, jak się wydaje, stanowisko, że wyłączenie reprezentacji nie oznacza wyłączenia danej czynności ze sfery zarządu rodziców. W ramach tej koncepcji najpierw jest wydawane zezwolenie z art. 101 § 3 k.r.o. na wniosek rodziców, a następnie ustanawiany jest kurator do reprezentacji dziecka (na wniosek rodziców lub z urzędu). Obie sprawy są też rozpoznawane łącznie i wówczas w tym samym postanowieniu mieszczą się oba rozstrzygnięcia. Jak się wydaje, warunkiem stosowania takiej procedury, jest przyjęcie, że zezwolenie z art. 101 § 3 k.r.o. nie musi wskazywać podmiotu, któremu jest udzielane zezwolenie. Zatem zezwolenie nie wskazuje rodziców, a jedynie zezwala na określone rozporządzenie majątkiem dziecka.

Natomiast w razie przyjęcia, że wyłączenie reprezentacji rodziców oznacza wyłączenie ich zarządu, zezwolenie na dokonanie czynności powinno dotyczyć kuratora i być wydawane na jego wniosek (art. 156 w zw. z art. 178 § 2 k.r.o.). Przemawiają za tym następujące argumenty:

- a) takie rozwiązanie zostało uzasadnione powyżej w odniesieniu do sytuacji, gdy sprawa majątkowa dziecka jest przedmiotem postępowania sądowego i gdy dziecko ma już ustanowionego kuratora do reprezentacji w procesie – wówczas to kurator (a nie rodzice) musi uzyskać zezwolenie sądu przy wszelkich ważniejszych decyzjach, *lege non distinguente* ta sama zasada powinna dotyczyć kuratora do czynności prawnej,

- b) jeżeli wyłączenie reprezentacji dotyczy czynności nieprzekraczającej zakresu zwykłego zarządu (a zatem zezwolenie sądu nie jest potrzebne), to przy przyjęciu, że wyłączenie reprezentacji nie wyłącza zarządu, rodzice byłoby nadal piastunami zarządu nie mając uprawnienia do reprezentacji, tymczasem nie mieliby już instrumentu w postaci orzeczenia sądu z art. 101 § 3 k.r.o. wymuszającego określone zachowanie kuratora,
- c) w art. 98 § 2 k.r.o. nie chodzi o aspekt formalny – tj. aby w umowie były dwie strony, wszak prawo dopuszcza np. umowy pełnomocnika działającego w imieniu klienta z samym sobą działającym w imieniu własnym, nie chodzi więc o to, aby kurator był mechanicznym wykonawcą postanowienia sądu,
- d) z literalnego brzmienia art. 101 § 3 k.r.o. wynika, że adresatem orzeczenia są rodzice – sąd zezwala rodzicom na dokonanie czynności, bo oni są wnioskodawcami. Jeżeli zatem podczas czynności objętej zezwoleniem dziecko jest reprezentowane przez kuratora, zgoda sądu może się okazać bezprzedmiotowa, jeżeli jej adresatem są rodzice.

Reprezentację dziecka w tym zakresie i w tym samym zakresie zarząd jego majątkiem przejmuje kurator ustanowiony przez sąd opiekuńczy na podstawie art. 99 k.r.o.

Oba rozwiązania mają swoje praktyczne mankamenty. W pierwszym wypadku rola kuratora ma charakter jedynie formalny. Przede wszystkim jednak rozwiązanie to zasługuje na krytykę ze względu na trudne do przewyciężenia przeszkody natury dogmatycznej. Kwestia reprezentacji dziecka pozostaje w ścisłym związku z kwestią zarządu majątkiem dziecka, który jest również atrybutem władzy rodzicielskiej. Wyłączenia możliwości reprezentowania dziecka przez rodziców są, moim zdaniem, jednocześnie wyłączeniami w zakresie sprawowania przez nich zarządu majątkiem dziecka i odwrotnie. Jeżeli zgodnie z art. 101 § 2 i art. 102 k.r.o. nie podlegają zarządowi rodziców: zarobek dziecka, przedmioty oddane dziecku do swobodnego użytku oraz w razie zastrzeżenia w umowie darowizny lub w testamencie – przedmioty przypadające dziecku z tytułu darowizny lub testamentu – to czynności prawne w tym zakresie są wyłączone także z reprezentacji rodziców.

Jeżeli pełnomocnik, działający na mocy pełnomocnictwa ogólnego, a więc także sprawujący zarząd, nie może w imieniu mocodawcy zawrzeć umowy z samym sobą, chyba że co innego wynika z pełnomocnictwa lub ze względu na treść czynności prawnej wyłączona jest możliwość naruszenia interesów mocodawcy (art. 108 k.c.) – to oczywiście jest, że w takim zakresie, w jakim wyłączona jest możliwość reprezentacji mocodawcy, wyłączony jest zarząd jego majątkiem. Tak samo wyłączenie reprezentacji w art. 98 § 2 i 3 k.r.o. jest jednocześnie wyłączeniem zarządu rodziców. Jeżeli tak, to rodzice nie mogą ubiegać się o zezwolenie sądu z art. 101 § 3 k.r.o., gdyż nie sprawują zarządu w sytuacji, gdy wyłączona jest ich reprezentacja.

W drugiej koncepcji kuratorowi pozostawiamy zbyt szeroki zakres decyzji. Może on w ogóle nie wystąpić o zezwolenie na dokonanie czynności albo wycofać taki wniosek, a rodzice, nawet jeśli będą uczestnikami postępowania, nie mogą skutecznie zakwestionować takiego stanowiska kuratora, ani decyzji sądu w sprawie toczącej się z wniosku kuratora, gdyż tylko on ma legitymację czynną w tym zakresie. Należy bowiem zauważyć, że zezwolenie dla kuratora może być udzielone tylko na wniosek samego kuratora (art. 593 w zw. z art. 605 k.p.c.), podczas gdy w istocie zainteresowani tym zezwoleniem są rodzice. Celowe jest, aby rodzice mogli objąć jednym wnioskiem i ustanowienie kuratora i ocenę, czy dana czynność jest w interesie dziecka. Zasadniczym mankamentem tego trybu postępowania (jeżeli przyjmie, że postępowanie jest dwuetapowe – najpierw rodzice występują o ustanowienie kuratora na zasadzie art. 99 k.r.o., a następnie kurator występuje o zezwolenie na rozporządzenie majątkiem dziecka, jako ważniejszej sprawie w rozumieniu art. 156 w zw. z art. 178 § 2 k.r.o.) jest uzależnienie wszczęcia postępowania o zezwolenie dla kuratora od wniosku samego kuratora. Nie ulega bowiem wątpliwości, że każda czynność przekraczająca zakres zwykłego zarządu majątkiem dziecka byłaby także ważniejszą sprawą w rozumieniu art. 156 k.r.o. Decyzja kuratora – zaniechanie złożenia wniosku – może zatem zamknąć drogę do merytorycznego zbadania sprawy przez sąd. Mimo, że tryb ten jest w mojej ocenie bardziej poprawny z dogmatycznego punktu widzenia niż wydawanie zezwolenia rodzicom (przy niezależnym albo następczym ustanowieniu kuratora), to jednak nie spełnia postulatu aby w postępowaniu toczącym się z wniosku rodziców następowало i ustanowienie kuratora i ocena, czy czynność jest w interesie dziecka.

O ile względy praktyczne przeważają przy pierwszym rozwiązaniu, o tyle argumenty czysto prawne przemawiają za drugim rozwiązaniem.

Wydaje się, że wchodzi w grę i trzecie rozwiązanie, które godzi wyżej przedstawioną alternatywę. Chodzi o przyjęcie konstrukcji, że ustanowienie kuratora do skonkretyzowanej czynności prawnej mieści w sobie zezwolenie sądu opiekuńczego na jej dokonanie.

Jest oczywiste, że odrębne zezwolenie będzie wymagane od kuratora, gdy jest on ustanowiony do zarządu na podstawie art. 109 § 4 k.r.o. lub na podstawie art. 99 k.r.o. w sytuacji określonej w art. 102 k.r.o. Wspomina o tym np. J. Ignatowicz w Komentarzu do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (pod redakcją K. Pietrzykowskiego, C. H. Beck, Warszawa 2003, s. 849) w odniesieniu do art. 102 k.r.o.: „Zarówno zarządca jak i kurator podlegają nadzorowi sądu opiekuńczego, stosuje się wówczas w tym zakresie przepisy o opiece, do kuratora na podstawie odesłania zawartego w art. 178 § 2 a do zarządcy w drodze analogii. W szczególności zarządca, jak też kurator muszą uzyskiwać zezwolenie sądu opiekuńczego we wszystkich ważniejszych sprawach, które dotyczą zarządzanego przez nich majątku.”. We wskazanych wypadkach, podobnie zresztą jak w razie ustanowienia kuratora

do reprezentowania dziecka w postępowaniu (art. 99 w zw. z art. 98 § 2 i 3 k.r.o.), zakres kompetencji kuratora jest ogólny w tym sensie, że obejmuje albo cały majątek, albo część majątku albo określone postępowanie sądowe. W tych ramach mogą dopiero konkretyzować się sytuacje wymagające kontroli sądu opiekuńczego – potrzeba dokonania określonej czynności prawnej lub określonej czynności procesowej.

Niewątpliwie zaś jest różnica pomiędzy wskazanymi sytuacjami, a sytuacją, gdy kurator jest ustanowiony na podstawie art. 99 k.r.o. w zw. z art. 98 § 2 k.r.o., a zatem do konkretnej czynności prawnej. Dlatego można bronić poglądu, że postanowienie o ustanowieniu kuratora do konkretnej czynności prawnej (art. 99 w zw. z art. 98 § 2 k.r.o.) może być wydane tylko po ustaleniu przez sąd opiekuńczy, iż dokonanie tej konkretnej czynności jest w interesie dziecka. Zatem dodatkowe zezwolenie sądu wydane na wniosek już ustanowionego kuratora nie wydaje się tu potrzebne. Ustanowienie kuratora do konkretnej czynności jest *implicite* zezwoleniem na jej dokonanie.

Wdrożenie tej koncepcji polegałoby na tym, że rodzice na podstawie art. 99 k.r.o. wnoszą jedynie o ustanowienie kuratora do określonej czynności. We wniosku wskazują kandydata na kuratora, którego sąd wzywa do udziału jako zainteresowanego w sprawie. W razie braku takiego wskazania wyboru kandydata na kuratora dokona sąd. Następnie sąd bada, czy czynność leży w interesie dziecka, a także bada kwalifikacje kuratora. W razie pozytywnych ustaleń uwzględni wniosek. Uwzględniając wniosek sąd precyzyjnie określa oświadczenie woli, które ma złożyć kurator. Może też zobowiązać kuratora do dodatkowych czynności (nieobjętych wnioskiem rodziców), które zabezpiecząby interes dziecka, jeżeli to w ogóle możliwe w razie przesunięć między majątkiem dziecka a majątkiem rodziców. Postanowienie takie jest wystarczającym umocowaniem dla kuratora, który w tej sytuacji nie musi występować o dodatkowe zezwolenie.

Warto zwrócić uwagę, że rodzice zawsze muszą zwrócić się do sądu opiekuńczego o ustanowienie kuratora, gdy chcą dokonać czynności mieszczącej się w hipotezie art. 98 § 2 k.r.o., zatem niezależnie od tego czy czynność ta przekracza zakres zwykłego zarządu majątkiem dziecka, czy też nie. Dlatego zaproponowana konstrukcja jest spójna. Sąd rozpoznając wniosek o ustanowienie kuratora zawsze bada tę czynność w kontekście dobra dziecka, i im większy jest ciężar gatunkowy tej czynności i jej konsekwencje dla majątku dziecka, tym krytyczniej będzie rozstrzygał o ustanowieniu kuratora. Bardzo często trudno jest zresztą odróżnić czynności zwykłego zarządu od tych przekraczających zakres zwykłego zarządu. Rozstrzygnięcie na podstawie art. 101 § 3 k.r.o. może dotyczyć tylko czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu. Szersza kontrola sądu (nieograniczona do czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu) w przypadku czynności między rodzicami a dzieckiem jest całkowicie uzasadniona. W tych wypadkach do majątku dziecka nie wchodzi zazwyczaj świadczenie ekwiwalentne temu, co z tego majątku wychodzi. Rodzice nie powinni też uszczuplać majątku

dziecka motywując to przeznaczeniem środków finansowych na utrzymanie dziecka. Nie jest to usprawiedliwione w świetle art. 133 § 1 k.r.o., bowiem rodzice nie mogą zwolnić się w ten sposób ze swojego obowiązku alimentacyjnego. Na ten cel może – w świetle przywołanej normy – być przeznaczony dochód z majątku dziecka a nie sam majątek.

Kontrola zgodności czynności z dobrem dziecka jest w tej koncepcji dokonywana w sprawie wszczętej z wniosku rodziców, ale także już z udziałem kandydata na kuratora. Przyszły kurator do czynności prawnej weźmie bowiem udział w postępowaniu, w którym ma być ustanowiony w charakterze kandydata na kuratora. Dzięki temu unikamy traktowania kuratora jako biernego i mechanicznego wykonawcę poleceń sądu, co ma miejsce w koncepcji polegającej na ustanawianiu kuratora dopiero po udzieleniu zezwolenia rodzicom. Co będzie, gdy sąd się pomyli? Kto zaskarzy niekorzystne dla dziecka postanowienie? Czy kurator, który już po wydaniu postanowienia przez sąd dowiedział się o okolicznościach zatajonych przez rodziców będzie zobligowany do zawarcia ewidentnie niekorzystnej dla dziecka umowy? Czy kurator będzie zwolniony wtedy od odpowiedzialności? Po co zatem w ogóle jest ustanawiany?

Temu niebezpieczeństwu powinien zapobiec udział kuratora w postępowaniu, którego przedmiotem jest ocena celowości czynności z punktu widzenia dobra dziecka. W postępowaniu z art. 99 k.r.o., dotyczącym ustanowienia kuratora do czynności prawnej, kandydat na kuratora powinien być uczestnikiem postępowania nie tylko po to, aby sąd mógł zbadać jego kwalifikacje, ale także po to, aby kandydat na kuratora mógł zapoznać się ze stanem faktycznym i zająć swoje stanowisko w przedmiocie zgodności czynności z interesem dziecka. Zgadząc się na ustanowienie kuratorem wyraża on swoje stanowisko w przedmiocie zgodności czynności z dobrem reprezentowanego dziecka. Umożliwia to ewentualną późniejszą odpowiedzialność kuratora za niedopilnowanie interesów dziecka w postępowaniu. Na zakończenie stwierdzić trzeba, że kwestia zbiegu art. 98 § 2 i art. 101 § 3 k.r.o. nie jest przez ustawodawcę precyzyjnie uregulowana. Pożądane byłoby zajęcie w przedstawionej kwestii stanowiska przez Sąd Najwyższy.

PRAWO RODZINNE W EUROPIE

Współpraca międzynarodowa sądów

Robert Zegadło

Międzynarodowe instrumenty prawne w sprawach rodzinnych

W sprawach rodzinnych coraz częściej mamy do czynienia z sytuacjami mającymi związek z dwoma lub więcej porządkami prawnymi. Mówimy wtedy, że sprawa ma charakter transgraniczny. Zwiększona częstotliwość występowania takich sytuacji wynika z coraz większej mobilności obywateli korzystających z otwarcia granic i tzw. „swobody przepływu osób”, która należy do podstawowych swobód gwarantowanych m.in. w Unii Europejskiej. Pozytywnym aspektem wzrostu ruchu osobowego i swobody wyboru miejsca zamieszkania, z której mogą w szczególności korzystać obywatele państw członkowskich Unii, towarzyszą niestety problemy zarówno natury społecznej (por. zjawisko tzw. eurosieroctwa), jak i problemy natury prawnej – kolizje prawa właściwego, kolizje jurysdykcji, trudności z prowadzeniem postępowań z udziałem osób mieszkających w różnych państwach. Realizacja praw rodzinnych staje się trudniejsza, gdy dodatkową barierę stanowi granica państwowa, różnice systemów prawnych i związana z tym trudność w uzyskaniu stosownej ochrony prawnej. Widać to np. w sprawach o kontakty z dziećmi.

Z tych przyczyn państwa zawierają ze sobą porozumienia ułatwiające dochodzenie tej ochrony. Generalnie porozumienia te możemy podzielić na umowy dwustronne i wielostronne instrumenty prawne. Ze względu na przedmiot i cel wśród międzynarodowych instrumentów prawnych można wyróżnić dwie grupy.

Pierwsza grupa to wielostronne instrumenty prawne (nie ma tu umów bilateralnych), których przedmiotem jest ustanowienie standardów prawnych, które winny być respektowane w prawach wewnętrznych państw-stron. Prawo krajowe wymaga dostosowania do tych instrumentów (tzw. transpozycji, harmonizacji). Po dostosowaniu prawa krajowego stosujemy już tylko normę krajową, choć przy jej wykładni celowe może się okazać odwołanie do wspomnianych źródeł prawa międzynarodowego.

Drugą grupę umów stanowią liczne umowy bilateralne i instrumenty wielostronne, które nie zmiierają do harmonizacji systemów prawnych, lecz wobec różnic między tymi systemami ułatwiają obrót międzynarodowy, tzn. mają za przedmiot międzynarodową współpracę prawną. Postanowienia tych instrumentów stosujemy bezpośrednio.

Konwencje z zakresu prawa rodzinnego pochodzą najczęściej z trzech źródeł: Rady Europy, Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego, Międzynarodowej Komisji Stanu Cywilnego. Nie można wszakże pominąć działalności ONZ w tym zakresie, a szczególnie należy zwrócić uwagę na Konwencję nowojorską o prawach dziecka z 1989 r., którą bez przesady można określić jako „międzynarodową konstytucję praw dzieci”. Przygotowanie tej Konwencji w ramach ONZ przekłada się na jej światowy zakres zastosowania.

Do dorobku Rady Europy należą m. in.: Europejska Konwencja o wykonywaniu praw dzieci, sporządzona w Strasburgu dnia 25 stycznia 1996 r., Europejska Konwencja o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego, sporządzona w Strasburgu dnia 15 października 1975 r., Konwencja o przysposobieniu dzieci, sporządzona w Strasburgu dnia 24 kwietnia 1967 r., Konwencja o kontaktach z dzieckiem, podpisana w Strasburgu dnia 15 maja 2003 r.

Zarówno wyżej wymienione Konwencje Rady Europy jak i Konwencję nowojorską o prawach dziecka z 1989 r. można zakwalifikować do pierwszej z wymienionych grup, tzn. tych Konwencji, które mają za cel harmonizację praw krajowych.

Instrumenty należące do drugiej grupy, tj. umowy dwu- i wielostronne z zakresu międzynarodowej współpracy prawnej mają różny zakres regulacji, w najszerszym zakresie mogą obejmować jurysdykcję, kwestie prawa właściwego, pomoc prawną, w tym doręczenia, uznawanie i wykonywanie orzeczeń.

Konwencje należące do dorobku Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego mają generalnie za przedmiot właśnie międzynarodową współpracę prawną. W zakresie spraw rodzinnych należy tu wymienić m. in. Konwencję o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych, sporządzoną w Hadze dnia 2 października 1973 r., Konwencję o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń odnoszących się do obowiązków alimentacyjnych, sporządzoną w Hadze dnia 2 października 1973 r., Konwencję o uznawaniu rozwodów i separacji z dnia 1 czerwca 1970 r., Konwencję dotyczącą cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, sporządzoną w Hadze dnia 25 października 1980 r., Konwencję o właściwości organów i prawie właściwym w zakresie ochrony małoletnich, sporządzoną w Hadze dnia 5 października 1961 r., Konwencję o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń oraz współpracy w sprawach odpowiedzialności rodzicielskiej i środków ochrony dzieci, sporządzoną w Hadze dnia 19 października 1996 r., Konwencję o ochronie dzieci i współpracy w dziedzinie przysposobienia międzynarodowego, sporządzoną w Hadze dnia 29 maja 1993 r.

Z uwagi na fakt, że konwencje haskie są stosowane bezpośrednio, przydatne będą informacje na temat praktycznych aspektów ich stosowania. Można je znaleźć na oficjalnych stronach internetowych Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego pod adresem: <http://www.hcch.net>. Po dokonaniu wyboru języka na stronie wejściowej (dostępna jest wersja angielska bądź francuska) warto wejść na odnośnik „Conventions”, gdzie znajduje się wykaz wszystkich konwencji

haskich. Wybierając odpowiednią pozycję dochodzimy do wszechstronnej bazy danych na temat wybranej konwencji, gdzie można zaczerpnąć informacje np. na temat aktualnych państw-stron danej konwencji, jej różnych wersji językowych, dostępnej bibliografii oraz orzeczeń sądów krajowych różnych państw. Główną wartość internetowej bazy danych prowadzonej przez Konferencję Haską polega na bieżącej aktualizacji umieszczonych tam wiadomości i czuwaniu nad ich wysokim poziomem merytorycznym.

Celem Międzynarodowej Komisji Stanu Cywilnego jest ułatwienie międzynarodowej współpracy prawnej w sprawach stanu cywilnego. Komisja opracowała ponad 30 konwencji. Polska jest stroną trzech spośród nich. Są to: Konwencja Nr 3 dotycząca międzynarodowej wymiany informacji z zakresu stanu cywilnego, sporządzona w Stambule dnia 4 września 1958 r., Konwencja Nr 16 dotycząca wydawania wielojęzycznych odpisów skróconych aktów stanu cywilnego, sporządzona w Wiedniu dnia 8 września 1976 r. Konwencja Nr 17 w sprawie zwolnienia od legalizacji niektórych aktów i dokumentów, sporządzona w Atenach dnia 15 września 1977 r.

Również w dorobku Rady Europy są konwencje, które możemy zakwalifikować do międzynarodowej współpracy prawnej. Są to: Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń dotyczących pieczy nad dzieckiem oraz o przywracaniu pieczy nad dzieckiem, sporządzona w Luksemburgu dnia 20 maja 1980 r., Europejska Konwencja o zniesieniu wymogu legalizacji dokumentów sporządzonych przez przedstawicieli dyplomatycznych lub urzędników konsularnych, sporządzona w Londynie dnia 7 czerwca 1968 r., jak też Konwencja Europejska o informacji o prawie obcym, sporządzona w Londynie dnia 7 czerwca 1968 r.

Mieszany charakter ma Konwencja o kontaktach z dzieckiem, podpisana w Strasburgu dnia 15 maja 2003 r., która zasadniczo ma za cel harmonizację praw krajowych w dziedzinie kontaktów z dzieckiem, ale zawiera także elementy międzynarodowej współpracy prawnej.

Niekiedy dochodzi do swego rodzaju „konkurencji”, między wymienionymi wyżej organizacjami, polegającej na regulowaniu przez nie tych samych kwestii. Jeżeli nie ma między nimi kolizji, czyli na przykład wtedy, gdy od wnioskodawcy zależy wybór danej konwencji, to wtedy praktyka weryfikuje przydatność instrumentów prawnych i korzysta z dalej idących i efektywniejszych. Przykładowo dla Konwencji luksemburskiej „konkurencją” taką stanowiła Konwencjaaska dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę. Często jednak dochodzi między instrumentami prawnymi do kolizji, których rozstrzygnięciu służą postanowienia końcowe omawianych aktów. I tak np. Rozporządzenie WE 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialno-

ści rodzicielskiej wyraźnie przesądza, że ma pierwszeństwo przed obydwoma wymienionymi przed chwilą konwencjami w zakresie, w jakim dotyczą one dziedzin uregulowanych w Rozporządzeniu (art. 60 lit. d, e).

Kwestii kolizji między różnymi instrumentami prawnymi regulującymi te same zagadnienia nie da się pominąć także w dalszych rozważaniach, w szczególności w kontekście relacji powołanego Rozporządzenia do umów dwustronnych zawartych przez Polskę z państwami spoza unii Europejskiej. Należy jednak z góry zastrzec, że rozważania te w niniejszych ramach mogą mieć charakter jedynie szcątkowy. W kwestiach szczegółowych wypada sięgnąć do obszernej monografii M. Czepelaka¹.

Polska jest stroną prawie wszystkich wymienionych Konwencji, z wyjątkiem Konwencji haskiej o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń oraz współpracy w sprawach odpowiedzialności rodzicielskiej i środków ochrony dzieci z 1996 r. oraz Konwencji Rady Europy o kontaktach z dzieckiem z 2003 r. Obie te Konwencje Polska podpisała, ale nie ratyfikowała. Procedura ratyfikacji Konwencji o kontaktach jest już w toku, natomiast o Konwencji haskiej z 1996 r. będzie mowa poniżej.

Członkostwo Polski w Unii Europejskiej przyniosło w omawianym zakresie doniosłe zmiany. Wymienione wyżej aspekty współpracy prawnej w wielu kategoriach spraw rodzinnych są bowiem w obrębie Unii Europejskiej objęte prawem jednolitym, które nie obejmuje (tymczasem) jedynie kwestii prawa właściwego. Dlatego też współpraca prawna w tym obszarze zasługuje na odrębne omówienie.

I. Unia Europejska

Traktat z Amsterdamu z 1997 r. włączył współpracę sądową w sprawach cywilnych do Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską celem stworzenia „obszaru wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości”. Dzięki kompetencji przewidzianej w art. 65 w związku z art. 61 TWE Wspólnota podjęta już wiele działań legislacyjnych w zakresie spraw rodzinnych obejmujących jurysdykcję i uznawanie orzeczeń, postępowanie dowodowe, doręczanie dokumentów. Podkreślić należy, że nie ma tu mowy o jednolitym prawie materialnym. Harmonizacja prawa rodzinnego wykracza bowiem poza kompetencje Wspólnoty Europejskiej. Sfera ta nie mieści się w traktatowych podstawach harmonizacji prawa w WE. Wprawdzie są one interpretowane obecnie bardzo szeroko, jednakże nie bez znaczenia są argumenty natury społecznej, kulturowej, obyczajowej, historycznej. Na przeszkodzie stoją tu bowiem zbyt duże różnice w tradycjach prawnych państw europejskich, w przyjmowanych koncepcjach małżeństwa i rodziny. Pewne standardy europej-

¹ M. Czepelak, *Umowa międzynarodowa jako źródło prawa prywatnego międzynarodowego*, Warszawa 2008.

skie w zakresie materialnego prawa rodzinnego były dotychczas tworzone przez Radę Europy, ale działalność Rady Europy w ostatnim czasie nie przynosi w tym zakresie znaczących efektów. Oprócz wymienionych już wyżej konwencji, pewne znaczenie dla zbliżenia europejskich systemów prawnych w zakresie prawa rodzinnego miały następujące rezolucje i rekomendacje Rady Europy:

- rezolucja Nr (77) 33 w sprawie umieszczania dzieci poza rodziną, przyjęta dnia 3 listopada 1977 r.,
- rezolucja Nr 78 (37) w sprawie równouprawnienia małżonków w prawie cywilnym, przyjęta dnia 27 września 1978 r.,
- rekomendacja Nr R (87) 6 w sprawie rodzin zastępczych, przyjęta dnia 20 marca 1987 r.,
- rekomendacja Nr R (84) 4 w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej, przyjęta dnia 28 lutego 1984 r.,
- rekomendacja Nr R (91) 9 w sprawie środków nadzwyczajnych dotyczących rodziny, przyjęta dnia 9 września 1991 r.,
- rekomendacja Nr R (82) 2 w sprawie wypłacania przez państwo zaliczek na poczet świadczeń alimentacyjnych należnych dzieciom, przyjęta dnia 4 lutego 1982 r.,
- rekomendacja Nr R (81) 15 w sprawie praw małżonków do zajmowania mieszkania rodzinnego oraz korzystania z przedmiotów gospodarstwa domowego, przyjęta dnia 16 października 1981 r.,
- rekomendacja Nr R (89) 1 w sprawie świadczeń porozwodowych, przyjęta dnia 18 stycznia 1989 r.

Generalnie można pokusić się o stwierdzenie, że wymienione rezolucje i rekomendacje są przyswojone przez prawo polskie. Gdyby zresztą tak nie było, to i tak nie można byłoby na ich podstawie dochodzić ochrony prawnej, ponieważ nie tylko nie mają bezpośredniej mocy obowiązującej jak rozporządzenia WE (nie działają „horyzontalnie”), ale nawet nie są wiążące dla samych państw.

W kwestiach jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich i odpowiedzialności rodzicielskiej w ramach UE wszczętych poczynając od dnia 1 marca 2005 r. sądy polskie opierają się na Rozporządzeniu 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczącym jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylającym Rozporządzenie (WE) Nr 1347/2000, tzw. Brukseli II bis. Wcześniej obowiązywało Rozporządzenie (WE) 1347/2000 z dnia 29 maja 2000 r. o jurysdykcji oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej za wspólne dzieci obojga małżonków, tzw. Bruksela II. W stosunku do Polski Rozporządzenie to obowiązywało od 1 maja 2004 r. do 1 marca 2005 r.

Sprawy małżeńskie w rozumieniu Rozporządzenia to rozwód, separacja, unieważnienie małżeństwa. Co się zaś tyczy odpowiedzialności rodzicielskiej, to pojęcie to ma takie samo znaczenie jak władza rodzicielska w naszym prawie, ponad-

to jednak obejmuje kontakty z dzieckiem. Są to w szczególności sprawy z zakresu pieczy nad dzieckiem i osobistej styczności z dzieckiem, kurateli, opieki, zarządu majątkiem i reprezentacji dziecka, umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej albo placówce opiekuńczej.

Orzeczenia dotyczące odpowiedzialności rodzicielskiej wydane przez sądy państw członkowskich Unii Europejskiej są uznawane i wykonywane na zasadach określonych w Rozporządzeniu 2201/2003. Należy zwrócić uwagę, że w przeciwieństwie do regulacji zawartej w Kodeksie postępowania cywilnego, Rozporządzenie nie odróżnia – w kontekście uznania – orzeczeń nadających się i nienadających się do egzekucji. Regulacja Kodeksu ulegnie jednak zmianie na wzór regulacji europejskiej z dniem 1 lipca 2009 r., to jest z chwilą wejścia w życie nowelizacji z dnia 5 grudnia 2008 r.² Ogólne zasady uznawania są w Rozporządzeniu wspólne dla spraw małżeńskich oraz spraw z zakresu odpowiedzialności rodzicielskiej. Jest to uznanie z mocy prawa z możliwością wniosku każdej ze stron o stwierdzenie uznania lub odmowę uznania.

Przepisy o wykonywaniu orzeczeń dotyczą zaś z istoty rzeczy tylko niektórych orzeczeń z zakresu odpowiedzialności rodzicielskiej, co obejmuje także rozstrzygnięcia w tym zakresie zawarte w wyroku rozwodowym itp. Chodzi o orzeczenia nadające się do egzekucji. Z tych względów nie można mówić o wykonywaniu orzeczeń rozwodowych, separacyjnych w zakresie rozstrzygnięcia odnoszącego się do ustania małżeństwa, jak też orzeczeń o władzy rodzicielskiej, które nie podlegają egzekucji. W Polsce stwierdzenie wykonalności może w praktyce dotyczyć obcych orzeczeń o kontaktach z dzieckiem i o odebraniu dziecka. O ile uznanie ma nastąpić z mocy prawa, o tyle do wykonania orzeczenia w drodze egzekucji nadal byłoby konieczne przeprowadzenie postępowania o stwierdzenie wykonalności, przy czym odmowa nadania *exequatur* mogłaby nastąpić tylko z przyczyn, które są dopuszczone jako podstawy odmowy uznania. Warto zauważyć, że w zakresie orzeczeń o kontaktach oraz niektórych orzeczeń o odebraniu dziecka, na mocy Rozporządzenia można pominąć procedurę stwierdzania wykonalności, jeżeli orzeczenia te są opatrzone specjalnym (stosowanym tylko do tych właśnie orzeczeń) certyfikatem.

Taki sam zakres regulacji prawem jednolitym dotyczy spraw o alimenty, a to wobec stosowania do nich Rozporządzenia Rady Nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. o jurysdykcji oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń w sprawach cywilnych i handlowych, tzw. Brukseli I. Mechanizm uznawania i wykonywania orzeczeń alimentacyjnych jest podobny jak w Rozporządzeniu Bruksela II bis.

Do orzeczeń alimentacyjnych znajduje też zastosowanie Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 805/2004 z dnia 21 kwietnia 2004 r. o ustanowieniu Europejskiego Tytułu Egzekucyjnego (dalej: ETE). Konstrukcja prawna,

² Dz. U. z 2008 r. Nr 234, poz. 1571.

którą posługuje się Rozporządzenie Nr 805/2004, polega na rezygnacji z wymagania stwierdzenia wykonalności w państwie wykonania i zastąpieniu go wymaganiem pozyskania stosownego zaświadczenia w państwie pochodzenia. Jest to konstrukcja zbliżona do wspomnianego powyżej certyfikatu dla orzeczeń o kontaktach z dziećmi i niektórych orzeczeń o odebraniu dziecka przewidzianego w art. 40–45 Rozporządzenia Rady (WE) Nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. o jurysdykcji oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej.

Rozporządzenie o ustanowieniu ETE stosuje się w Polsce od dnia 21 stycznia 2005 r. Niemniej do jego praktycznego stosowania konieczne było odpowiednie dostosowanie Kodeksu postępowania cywilnego, co nastąpiło ustawą z dnia 17 lutego 2006 r., która weszła w życie w dniu 6 maja 2006 r. Rozporządzenie ma bowiem wprawdzie bezpośrednią moc wiążącą, ale ze względu na proceduralny przedmiot regulacji trudno wyobrazić sobie jego stosowanie bez procesowego instrumentarium prawa wewnętrznego. I tak np. w odniesieniu do prawa polskiego konieczne było rozstrzygnięcie, czy do prowadzenia egzekucji na podstawie ETE potrzebne jest nadanie klauzuli wykonalności, czy też nie jest to potrzebne. Rozstrzygnięcie tego problemu przesądziło o polskim określeniu tej instytucji, ponieważ konieczne jest nadanie klauzuli, jest to Europejski Tytuł Egzekucyjny a nie Europejski Tytuł Wykonawczy.

Prawem jednolitym w obrębie UE objęte są kwestie doręczania dokumentów sądowych i przeprowadzania dowodów. Chodzi tu o dwa Rozporządzenia: Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 1393/2007 z dnia 13 listopada 2007 r. dotyczące doręczania w państwach członkowskich dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) Nr 1348/2000, a także Rozporządzenie Rady (WE) Nr 1206/2001 z dnia 28 maja 2001 r. w sprawie współpracy między sądami Państw Członkowskich w przeprowadzeniu dowodów w sprawach cywilnych lub handlowych. Mimo że w obu tych rozporządzeniach mówi się o sprawach cywilnych i handlowych, co zdaje się odpowiadać zakresowi przedmiotowemu Rozporządzenia Bruksela I, to niewątpliwie w przypadku wskazanych dwóch Rozporządzeń w pojęciu tym mieszczą się także inne niż alimenty sprawy rodzinne.

Prawem jednolitym nie są zaś objęte kwestie prawa właściwego. Znajdują tu zatem zastosowanie umowy dwustronne lub konwencje wielostronne, w których są normy dotyczące prawa właściwego. Spośród umów wielostronnych można tu wskazać Konwencję haską o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych, która ma zastosowanie uniwersalne (tzn. sąd polski stosuje ją w każdej sprawie, nawet gdy żaden element transgraniczny nie jest położony w państwie należącym do Konwencji, z zastrzeżeniem ewentualnego pierwszeństwa umów dwustronnych, o czym będzie mowa poniżej), czy też Konwencję haską o właściwości organów

i prawie właściwym w zakresie ochrony małoletnich z 1961 r., która w pewnym zakresie znajduje w Polsce zastosowanie przy określaniu prawa właściwego. W pozostałym zakresie (jurysdykcji oraz uznawania orzeczeń) Konwencja ta „została wyparta” przez Rozporządzenie Bruksela II bis. Konwencja z 1961 r. stanowiła ważny krok w kierunku usprawnienia współpracy prawnej w sprawach opiekuńczych dotyczących dzieci, ale potrzeby praktyki doprowadziły do jej rewizji i przyjęcia w Hadze dnia 19 października 1996 r. dalej idącego instrumentu współpracy międzynarodowej w postaci Konwencji o właściwości organów, prawie właściwym, uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń oraz o współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej i środków ochrony dzieci. Polska przystąpiła do tej konwencji w dniu 22 listopada 2000 r., ale jej nie ratyfikowała podobnie jak inne państwa członkowskie UE. Jednak w dniu 5 czerwca 2008 r. Rada Unii Europejskiej wydała decyzję umożliwiającą ratyfikację Konwencji przez państwa członkowskie. W relacjach między państwami-stronami zastąpiłaby ona Konwencję haską z 1961 r.

Rozporządzenie Bruksela II bis reguluje po części te same zagadnienia i w związku z tym rozstrzyga konflikt ze wskazaną Konwencją w ten sposób, że Rozporządzenie będzie stosowane gdy dziecko ma miejsce zwykłego pobytu na terytorium państwa członkowskiego oraz w kwestiach uznawania i wykonywania orzeczeń wydanych przez sądy państw członkowskich UE także wtedy, gdy dziecko ma miejsce zwykłego pobytu na terytorium państwa trzeciego (nieczłonkowskiego), które jest stroną Konwencji (art. 61).

Pewne marginalne zastosowanie nadal znajduje Konwencja haska z 1902 r. w sprawie uregulowania opieki nad małoletnimi (w stosunkach z Belgią i Włochami). Rozporządzenie Bruksela II bis nie wymienia wprawdzie tej Konwencji z 1902 r., ale nie ulega wątpliwości, że Rozporządzenie ma pierwszeństwo także przed tą Konwencją. Pierwszeństwo to dotyczy kwestii uregulowanych w Rozporządzeniu, zatem nie dotyczy kwestii prawa właściwego.

Polska jest stroną wielu umów bilateralnych z krajami członkowskimi UE, które dotyczą także spraw rodzinnych i obejmują albo wszystkie albo część ze wskazanych powyżej aspektów współpracy prawnej. Obecnie ich zastosowanie w sprawach rodzinnych objętych rozporządzeniem Bruksela I (sprawy alimentacyjne) oraz Bruksela II bis (rozwód itp. oraz sprawy z zakresu władzy rodzicielskiej) ogranicza się w zasadzie do kwestii prawa właściwego. Rozważenia jednak wymaga, czy umowy dwustronne mają w tym zakresie pierwszeństwo przed Konwencją haską o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych oraz Konwencją haską o właściwości organów i prawie właściwym w zakresie ochrony małoletnich. Żeby udzielić odpowiedzi na to pytanie, należy w pierwszym rzędzie sięgnąć do samych postanowień analizowanych traktatów (zgodnie z zasadą art. 30 ust. 2 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, sporządzonej w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r.).

Konwencja o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych zawiera najdalej idącą tzw. klauzulę zgodności, która daje pierwszeństwo innym umowom,

m.in. umowom bilateralnym. Artykuł 19 tej Konwencji stanowi, że nie narusza ona innych umów międzynarodowych zawierających postanowienia w sprawie zagadnień uregulowanych w niniejszej Konwencji, których umawiające się państwo jest lub stanie się stroną. Jeżeli umowa dwustronna nie zawiera podobnej klauzuli, to niewątpliwie ma ona pierwszeństwo przed Konwencją. Jeżeli zaś zawiera, to mamy do czynienia ze wzajemnym odsyłaniem: Konwencji do umowy dwustronnej i *vice versa*. Taki problem powstaje na tle tych umów dwustronnych zawartych przez Polskę, które zawierają klauzule stanowiące, że postanowienia danej umowy nie naruszają praw i obowiązków wynikających z innych umów zawartych przez każdą z państw-stron³.

O ile jednak przytoczona klauzula z Konwencji haskiej o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych daje pierwszeństwo wszystkim innym umowom – zarówno już zawartym jak i tym przyszłym, o tyle brzmienie omawianych klauzul w relevantnych umowach dwustronnych zawartych przez Polskę zdaje się wskazywać, że z reguły nie było wolą umawiających się stron, aby zawierana umowa miała ustępować umowom, które mogłyby być zawarte w przyszłości przez jedną ze stron. Oczywiście co innego, gdy obie strony zawarły umowę późniejszą (w omawianym wypadku chodzi o przystąpienie obu stron do Konwencji haskiej, co zresztą z reguły miało miejsce) – wówczas wchodzi w grę zasada *lex posterior derogat legi priori*.

Natomiast klauzula zgodności w Konwencji haskiej o właściwości organów i prawie właściwym w zakresie ochrony małoletnich brzmi w ten sposób, że Konwencja nie jest sprzeczna z postanowieniami innych konwencji wiążących umawiające się państwa w chwili jej wejścia w życie (art. 18). Konwencja ta daje zatem pierwszeństwo umowom bilateralnym, ale tylko już wcześniej zawartym.

Prawidłowe ustalenie relacji pomiędzy tymi umowami komplikuje fakt, że Konwencja haska o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych znajduje zastosowanie nie tylko w stosunkach między państwami stronami tej Konwencji, a to ze względu na uniwersalny zakres jej postanowień. Uniwersalizm ten polega na tym, że w przeciwieństwie do Konwencji haskiej dotyczącej spraw opiekuńczych, która sama ogranicza swój zakres zastosowania do dzieci mających miejsce zwykłego pobytu w państwach-stronach Konwencji (art. 13 ust. 1), Konwencja haska o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych ma być stosowana zawsze (zgodnie z art. 3 prawo przez nią wskazane stosuje się bez wymagania wzajemności i niezależnie od tego, czy jest ono prawem państwa-strony Konwencji).

Ponieważ nie ma jeszcze jednolitego prawa europejskiego w obszarze ustalania/zaprzeczania pochodzenia dziecka jak również stosunków majątkowych między małżonkami, to umowy dwustronne, jeżeli obejmują te sfery, znajdują tu pełne zastosowanie.

³ Por. art. 64 umowy z Austrią, art. 105 umowy z Białorusią, art. 111 umowy z Estonią, art. 106 umowy z Litwą, art. 115 umowy z Łotwą, art. 102 umowy z Rosją, art. 97 umowy z Ukrainą.

Sytuacja w tym zakresie, a w szczególności w zakresie prawa właściwego może się jednak w przyszłości zmienić. Przyjęty na szczycie Rady Europejskiej w dniach 4–5 listopada 2004 r. „Program Haski: wzmacnianie wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości w Unii Europejskiej” zawiera dalszy plan działania. Zgodnie z nim, do 2011 r. mają zostać przyjęte instrumenty zawierające wspólnotowe normy kolizyjne m.in. dla alimentów, rozwodów oraz majątkowych ustrojów małżeńskich. Nadmierny optymizm w tym zakresie nie byłby jednak uzasadniony. Program Haski nie jest dokumentem prawnie wiążącym, a podane w nim terminy mają charakter jedynie orientacyjny. Przebieg prac nad zapowiedzianymi w tym programie nowymi instrumentami skłania do wątpliwości, czy zostanie on zrealizowany w wyznaczonym terminie. Dotyczy to szczególnie prawa rodzinnego, gdzie wymagana jest jednomyślność w Radzie UE. Przykładem jest trwający w 2008 r. impas w pracach nad projektem Rozporządzenia Rady zmieniającego Rozporządzenie (WE) Nr 2201/2003 w odniesieniu do jurysdykcji i wprowadzającego zasady dotyczące prawa właściwego w sprawach małżeńskich („Rzym III”), który Komisja Europejska przedłożyła dnia 17 lipca 2006 r.⁴. Natomiast zakończone zostały prace Rady Unii Europejskiej nad Rozporządzeniem dotyczącym spraw alimentacyjnych. W dniu 18 grudnia 2008 r. zostało bowiem przyjęte Rozporządzenie Rady (WE) 4/2009 w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń oraz współpracy w zakresie zobowiązań alimentacyjnych⁵. Rozporządzenie będzie stosowane od dnia 18 czerwca 2011 r.

II. Kraje poza Unią Europejską

W tym obszarze mogą znajdować zastosowanie umowy wielostronne, w szczególności Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego i Narodów Zjednoczonych. Zakres obowiązywania konwencji przygotowanych przez Radę Europy i Międzynarodową Komisję Stanu Cywilnego jest zaś niekiedy ograniczony do państw członkowskich tych organizacji, ale nawet jeżeli większość jest otwarta dla innych państw, to najczęściej przystępują do nich państwa Unii Europejskiej lub zrzeszone w Radzie Europy. Zatem w praktyce zasięg nawet tych otwartych instrumentów prawnych ogranicza się do Europy.

Szeroki zasięg ma niewątpliwie Konwencja haska dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę. Konwencja ta weszła w życie w stosunku do Polski w dniu 1 listopada 1992 r. Konwencja wiąże Polskę z osiemdziesięcioma państwami, w tym ze wszystkimi państwami Unii Europejskiej, a także z USA, Kanadą, Meksykiem, z większością państw Ameryki Południowej, z niektórymi państwami Afryki i Azji, a także z Australią i Nową Zelandią.

⁴ Dok. KOM (2006), 399.

⁵ Dz. Urz. WE z dnia 10 stycznia 2009 r.

Jeszcze szerszy zasięg, bo – jak była już wyżej mowa – uniwersalny, ma Konwencja haska o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych. Należy tu jednak pamiętać, że ewentualnie pierwszeństwo może mieć umowa dwustronna.

Natomiast konwencja haska o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń odnoszących się do obowiązków alimentacyjnych wiąże Polskę w stosunkach z Australią, Norwegią, Szwajcarią, Turcją i Ukrainą. W praktyce będzie stanowić ona postawę prawną dla stwierdzenia wykonalności w Polsce orzeczeń alimentacyjnych pochodzących od sądów australijskich, ponieważ z Norwegią i Szwajcarią łączy Polskę Konwencja lugańska, natomiast z Ukrainą i Turcją Polska związana jest umową dwustronną.

W tym miejscu należy też wyróżnić Konwencję Narodów Zjednoczonych o dochodzeniu roszczeń alimentacyjnych za granicą, sporządzoną w Nowym Jorku dnia 20 czerwca 1956 r. Konwencja ta służy ułatwieniu dochodzenia roszczenia alimentacyjnego przez uprawnionego w kraju miejsca zamieszkania zobowiązanego, jak też wykonaniu orzeczeń wydanych w kraju miejsca zamieszkania uprawnionego w kraju miejsca zamieszkania zobowiązanego. O ile w ramach Unii Europejskiej Konwencja ta „zostanie wyparta” przez wskazane wyżej Rozporządzenie z dnia 18 grudnia 2008 r., o tyle w relacjach z innymi państwami Konwencja ta jest i nadal będzie bardzo użyteczna, chyba że również tu pojawi się dalej idący instrument prawny. Mam tu na myśli Konwencję o międzynarodowym dochodzeniu świadczeń na rzecz dzieci oraz innych form alimentów rodzinnych, której tekst został przyjęty dnia 23 listopada 2007 r. przez Haską Konferencję Prawa Prywatnego Międzynarodowego.

Przed wszystkim jednak znajdujemy tu szereg umów dwustronnych, które zawierają regulacje dotyczące stosunków rodzinnych. Regulacje te niekiedy obejmują także jurysdykcję i prawo właściwe, częściej jednak pomoc prawną, a także zasady uznawania i wykonywania orzeczeń.

Można wśród nich znaleźć i takie umowy, które podobnie jak w relacjach Polski z krajami UE przewidują uznanie orzeczeń z mocy prawa, bez konieczności przeprowadzania postępowania o uznanie (np. Białoruś, Ukraina, Mongolia).

Wydawałoby się oczywiste, że na ten obszar Rozporządzenie Bruksela II bis na pewno nie oddziałuje. Tymczasem co do jurysdykcji nie jest to oczywiste. Postanowienia jurysdykcyjne umów dwustronnych z państwami trzecimi w sprawach małżeńskich i odpowiedzialności rodzicielskiej mogą wchodzić w kolizję z przepisami wspólnotowymi.

Przykładowo w sprawach wchodzących w zakres odpowiedzialności rodzicielskiej umowa z Białorusią przewiduje łącznik obywatelstwa lub miejsca zamieszkania dziecka (por. art. 30 ust. 3), z Rosją (por. art. 28 ust. 3), z Ukrainą (por. art. 28 ust. 3), co pozostaje w sprzeczności z leżącą u podstaw Rozporządzenia 2201/2003 zasadą, zgodnie z którą jurysdykcję sprawuje w pierwszym rzędzie państwo członkowskie miejsca stałego pobytu dziecka. Zgodnie z tym Rozporzą-

dzeniem, w sprawach odpowiedzialności rodzicielskiej za dziecko, będące obywatelem Białorusi/Rosji/Ukrainy i mającym miejsce zamieszkania na terytorium Polski, sądem właściwym byłby sąd państwa członkowskiego (tylko sąd polski), tymczasem w świetle umowy dwustronnej z Białorusią/Rosją/Ukrainą byłby to także sąd Białorusi/Rosji/Ukrainy. Podobna kolizja występuje w sprawach małżeńskich objętych Rozporządzeniem Bruksela II bis.

To oddziaływanie stało się przyczynkiem do dyskusji, czy państwa członkowskie mają kompetencję do zawierania umów dwustronnych i wielostronnych z państwami pozaunijnymi, której rezultatem jest ocena, że kompetencja Wspólnoty w zakresie jurysdykcji i uznawania orzeczeń w sprawach objętych jednolitym prawem europejskim (rozporządzeniami WE) ma charakter wyłączny⁶. To samo dotyczyłoby prawa właściwego, którego regulacja w Rozporządzeniach WE ma charakter uniwersalny, jednakże, jak wyżej wspomniano, europejskie prawo jednolite w zakresie prawa właściwego nie weszło jeszcze na obszar prawa rodzinnego. Dotychczas objęte są nim zobowiązania umowne i pozaumowne.

Sporne jest zaś, czy postanowienia umów już obowiązujących mają w przypadkach takich kolizji – jak wskazane wyżej – pierwszeństwo przed Rozporządzeniem. W tym miejscu należy przypomnieć wcześniejsze rozważania o tzw. klauzulach zgodności.

Jeżeli umowa nie zawiera takiej klauzuli, to nie ma pola do dyskusji, gdyż oznacza to, że jedynie same państwa-strony mogą w przyszłości umowę zmienić lub uchylić. Poza tym szereg umów dwustronnych nie zawiera norm jurysdykcyjnych, więc problem kolizji tych umów z Rozporządzeniem Bruksela II bis nie powstaje. Wyjaśniony jest też stosunek wspólnotowych norm jurysdykcyjnych do tych umów dwustronnych, które wiążą Polskę z innymi państwami należącymi do UE (zgodnie z art. 59 ust. 1 Rozporządzenia Bruksela II bis zastępuje ono umowy zawarte pomiędzy państwami członkowskimi w zakresie spraw w nim uregulowanych). Problem dotyczy natomiast trzech umów z państwami, które do UE nie należą, ale za to są dla Polski ważnymi kontrahentami: Rosją, Ukrainą i Białorusią, które zawierają i normy jurysdykcyjne i klauzule zgodności. Klauzule te brzmią następująco: „Postanowienia niniejszej umowy nie naruszają praw i obowiązków wynikających z innych umów zawartych przez każdą z Umawiających się Stron.” (art. 105 umowy z Białorusią); „Umowa niniejsza nie narusza praw i obowiązków Umawiających się Stron wynikających z innych zawartych przez nie umów międzynarodowych.” (art. 102 umowy z Rosją); „Umowa niniejsza nie narusza postanowień innych umów obowiązujących jedną lub obie Umawiające się Strony.” (art. 97 umowy z Ukrainą).

Czy z przytoczonych klauzul wynika, że każda ze stron może jednostronnie w drodze umowy z państwem trzecim odstąpić od postanowień umowy dwustron-

⁶ Tak uznał Europejski Trybunał Sprawiedliwości w opinii Nr 1/03 z dnia 7 lutego 2006 r. w sprawie kompetencji Wspólnoty do zawarcia nowej konwencji z Lugano, Zb. Orz. 2006, s. I-1145.

nej? Moim zdaniem nie ma podstaw do takiego wniosku. Odnotować należy także pogląd, według którego są to ogólne klauzule zgodności obejmujące wszystkie umowy zarówno już zawarte, jak i przyszłe⁷.

Z kolei w aspekcie zobowiązań wobec UE należy odwołać się do art. 307 ust. 1 traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, który generalnie nakazuje respektować zobowiązania państw członkowskich wynikające z umów zawartych przed traktatem (w odniesieniu do państw później przystępujących – przed akcesją).

O ile w zakresie jurysdykcji i prawa właściwego mogą powstawać wątpliwości co do zastosowania umów dwustronnych z krajami pozaunijnymi, o tyle w zakresie uznawania i wykonywania orzeczeń nie ulega wątpliwości, że umowy te znajdują pełne zastosowanie. Niestety umowy te nie dotyczą krajów, z którymi obrót prawny ma duże znaczenie, np. Stanów Zjednoczonych. Umowy te łączą nas z krajami, które niegdyś dzieliły z nami „socjalistyczną drogę rozwoju”. Niektóre z nich to kraje arabskie, których współczesne prawo rodzinne może odbiegać od europejskich standardów. Jedynie w umowie z Egiptem wyraźnie wyłączono orzeczenia w sprawach rodzinnych z przewidzianego w tej umowie mechanizmu uznawania i wykonywania. Wydaje się jednak, że znaczenie tych umów nie jest duże z uwagi na niewielki obrót prawny z tymi krajami. Wątpliwe jest, czy praktyczne zastosowanie znajdują także umowy z KRLD czy też z Mongolią.

Natomiast niewątpliwie użyteczne są, mimo zasygnalizowanych wyżej wątpliwości, umowy z naszymi wschodnimi sąsiadami: Rosją, Ukrainą, Białorusią.

⁷ Tak, M. Czepelak, *Europejskie prawo właściwe dla zobowiązań umownych a umowy międzynarodowe*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, Nr 10, s. 14.

Organizacja kontaktu postadopcyjnego w Anglii i Walii za pośrednictwem Rejestru Kontaktu Adopcyjnego

1. Wprowadzenie

Odpowiednie określenie relacji między zasadami tajemnicy przysposobienia oraz jawności adopcji (*openess in adoption*) stanowi jeden z podstawowych problemów prawa adopcyjnego. Jurydyczne rozwiązanie tej kwestii decyduje o modelu przysposobienia oraz wpływa na jego atrakcyjność w danym społeczeństwie¹.

W skrajnym rozumieniu, zasada tajemnicy przysposobienia zakłada, że fakt przysposobienia nie powinien być ujawniany. Dziecko przysposobione nie powinno wiedzieć o przysposobieniu, a jego rodzice nie powinni znać tożsamości rodziców adopcyjnych². Przeciwnie do zasady tajemnicy przysposobienia, zasada jego jawności³ podkreśla, że osoba przysposobiona powinna zdawać sobie sprawę z faktu przysposobienia, posiadać faktyczną możliwość poznania swojego naturalnego pochodzenia, a jeżeli jest to możliwe utrzymywać kontakt (również bezpośredni) z rodzicami naturalnymi⁴.

W praktyce legislacyjnej żadna z powyższych zasad nie jest w pełni realizowana. Systemy prawne stojące tradycyjnie na gruncie zasady tajemnicy przysposobienia przewidują najczęściej możliwość dostępu przez pełnoletnie osoby przysposobione do oryginalnych aktów urodzenia⁵. Z kolei porządki prawne realizujące zasadę jawności adopcji nie ustanawiają podlegającego egzekucji obowiązku powiadomienia dziecka o fakcie przysposobienia, czy obowiązku kontaktu z rodzicami naturalnymi. Powyższe odstępstwa wynikają z faktu, że obie zasady realizują określone funkcje społeczne, a ich konkretny kształt zależy od tradycji jurydycznej oraz praktyki ośrodków adopcyjnych.

¹ Zob. J. Gajda, *Tajemnica przysposobienia w polskim prawie rodzinnym*, (w:) *Prawne i pozaprawne aspekty adopcji*, red. M. Andrzejewski, M. Łączkowska, Poznań 2008, s. 44.

² Ibidem, s. 45.

³ Zob. J. Herring, *Family Law*, Harlow 2007, s. 652–653 oraz B. Lindley, *Open Adoption – Is the Door Ajar?*, „Child and Family Law Quarterly” 1997, Nr 9 (2), s. 115 i n.

⁴ Termin „rodzice naturalni” stosowany jest w polskiej doktrynie na określenie osób, które gdyby nie fakt przysposobienia, byłyby w rozumieniu prawa rodzicami dziecka przysposobionego. Orzecznictwo i doktryna angielska posługują się terminem „rodzice urodzenia” (*birth parents*).

⁵ W Polsce zobacz art. 48 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 29 września 1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz. U. z 2004 r. Nr 161, poz. 1688 ze zm.).

2. Tajemnica przysposobienia w prawie polskim

W polskim prawie rodzinnym, zwłaszcza od czasu wprowadzenia przysposobienia pełnego, a następnie całkowitego⁶, tajemnica przysposobienia, uważana jest za jedną z podstawowych⁷, lub co najmniej posiłkowych⁸, zasad prawa adopcyjnego. Przenika ona regulację prawną przesłanek, skutków oraz procedury przysposobienia⁹. Uznawana jest za autonomiczne dobro osobiste¹⁰ i rozważana w stosunku do przysposobionego, jego rodziców naturalnych, rodziców adopcyjnych, a także osób trzecich¹¹. Zasada ta jest w Polsce do tego stopnia zakorzeniona, że sugeruje się, iż w przypadkach gdy tajemnica przysposobienia nie może być zachowana, należy postawić pytanie o sens korzystania z instytucji przysposobienia¹².

Podobnie zasadę tajemnicy przysposobienia traktowało prawo angielskie do lat 70 ubiegłego stulecia¹³. Na stopniowe odchodzenie od tej zasady w Anglii i Walii duży wpływ miała praktyka jawnego podchodzenia do przysposobienia przez agencje adopcyjne (*adoption agencies*)¹⁴, która ukształtowana została pod wpływem badań psychologicznych i socjologicznych dotyczących przysposobienia. Zdecydowana większość tych badań wskazuje, że dla przeważającej części osób przysposobionych nie tylko sama znajomość tożsamości genetycznej, ale również kontakt z krewnymi mają istotne znaczenie¹⁵.

W Polsce przejawem uznania doniosłości prawa do znajomości naturalnego pochodzenia była nowelizacja ustawy z dnia 29 września 1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego, dokonana 26 maja 1995 r.¹⁶ Przyznała ona adoptowanym osobom pełnoletnim prawo dostępu do oryginalnych aktów urodzenia. Polskie prawo nie przewiduje instytucji umożliwiającej kontakt postadopcyjny między osobą przyspo-

⁶ Por. E. Holewińska-Łapińska, *Przysposobienie*, (w:) *System prawa prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smyczyński, Tom 12, Warszawa 2003, s. 464–465.

⁷ Tak H. Ciepla, (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, red. K. Piasecki, Warszawa 2000, s. 663.

⁸ Tak J. Ignatowicz, (w:) *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. J. Ignatowicz, Ossolineum, Wrocław 1985, s. 924.

⁹ Zob. E. Holewińska-Łapińska, *Przysposobienie ...*, s. 614. Należy zaznaczyć, że w przypadku przysposobienia niepełnego zasada tajemnicy przysposobienia zrealizowana została w ograniczonym zakresie.

¹⁰ Zob. J. Gajda, *Tajemnica przysposobienia...*, s. 46–47, 75–85 oraz E. Holewińska-Łapińska, *Przysposobienie...*, s. 627–630.

¹¹ J. Gajda, *Tajemnica przysposobienia...*, s. 46–47.

¹² *Ibidem*, s. 53–54.

¹³ Zob. R. Probert, *Cretney's Family Law*, London 2006, s. 337–346.

¹⁴ Czyli instytucje odpowiedzialne za organizowanie adopcji.

¹⁵ Patrz przegląd badań w: M. Ryburn, *In Whose Best Interests? – Post-Adoption Contact With The Birth Family*, „Child and Family Law Quarterly” 1998, Nr 10 (1), s. 53 i n. oraz w C. Smith, *Adoptive Parenthood As A 'Legal Fiction – Its Consequences For Direct Post Adoption Contact*, „Child and Family Law Quarterly” 2002, Nr 14 (3), s. 281 i n.

¹⁶ Art. 5 ustawy z dnia 26 maja 1995 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 83, poz. 417).

sobioną i jej krewnymi¹⁷. Realizuje zatem zasadę jawności przysposobienia jedynie w bardzo ograniczonym zakresie.

W świetle wyników badań naukowych wskazujących na istotność kontaktu z krewnymi dla osób przysposobionych, polski ustawodawca powinien w większym stopniu uwzględniać zasadę jawności przysposobienia, w szczególności przez ustanowienie prawnych i instytucjonalnych rozwiązań ułatwiających kontakt postadopcyjny. Rozwiązania te powinny nie tylko umożliwić nawiązanie kontaktu osobom, które tego pragną, lecz również nie dopuszczać do ingerencji w życie prywatne osób, które sobie tego nie życzą.

Instytucją zapewniającą powyższą równowagę, a przez co wartą bliższej analizy, jest angielski Rejestr Kontaktu Adopcyjnego (*Adoption Contact Register*).

3. Rejestr Kontaktu Adopcyjnego

System prawny Anglii i Walii sukcesywnie, od lat 70 ubiegłego stulecia, zaczął odchodzić od zasady tajemnicy przysposobienia w stronę większej jawności w adopcji. Duże znaczenie w tym zakresie odgrywała praktyka agencji adopcyjnych, która z biegiem czasu uzyskiwała odzwierciedlenie w ustawodawstwie¹⁸.

W 1975 r. przyznano pełnoletnim osobom przysposobionym prawo dostępu do oryginalnych aktów urodzenia, dzięki czemu zyskały one m.in. pośrednią możliwość odnalezienia swoich rodziców i nawiązania z nimi kontaktu¹⁹. Analogiczne prawo nie przysługiwało rodzicom naturalnym²⁰. Za pewnego rodzaju remedium w tym zakresie, a zarazem kolejny krok w kierunku realizacji zasady jawności przysposobienia, uznano ustanowienie w 1991 r. Rejestru Kontaktu Adopcyjnego²¹.

Rejestr, od początku jako instytucja ustawowa, wprowadzony został do systemu prawnego Anglii i Walii przez *Children Act 1989*²². Akt ten, dokonując kompleksowej reformy prawa z zakresu stosunków między rodzicami a dziećmi, przewidział jedynie ograniczone zmiany w prawie adopcyjnym. Jedną z nich było dodanie

¹⁷ Na potrzebę ustanowienia prawnych i organizacyjnych rozwiązań umożliwiających kontakt postadopcyjny wskazuje E. Holewińska-Łapińska, *Przysposobienie...*, s. 630.

¹⁸ Patrz: C. Bridge, H. Swindells, *Adoption: The Modern Law*, Bristol 2003, s. 86–87, R. Probert, *Cretney's...*, s. 338–342 oraz S. Cretney, *Family Law in the Twentieth Century, A History*, Oxford 2003, s. 707–708. Por. E. Holewińska-Łapińska, *Poglądy pracowników ośrodków adopcyjno-opiekuńczych na temat tajemnicy przysposobienia*, „Rodzina i Prawo” 2006, Nr 3, s. 5 i n.

¹⁹ *Children Act 1975*, sekcja 26.

²⁰ C. Bridge, H. Swindells, *Adoption...*, s. 86–87.

²¹ Protoplastą Rejestru był nieformalny rejestr kontaktu postadopcyjnego ustanowiony w latach 80 zeszłego stulecia przez NORCAP, czyli specjalistyczną agencję adopcyjną zapewniającą doradztwo oraz pomoc dla dorosłych osób przysposobionych oraz ich krewnych. Rejestr NORCAP funkcjonuje do dzisiaj, jednak w przeciwieństwie do Rejestru Kontaktu Adopcyjnego nie ma podstawy ustawowej. Patrz: *Adults Affected by Adoption – NORCAP*, <http://www.norcap.org.uk/> z dnia 27 kwietnia 2009 r.

²² *Children Act 1989*, Schedule 10, pkt 21.

do *Adoption Act 1976*, sekcji 51A, określającej ustawową podstawę dla Rejestru Kontaktu Adopcyjnego, który zaczął funkcjonować 1 maja 1991 r. Odmienne rozwiązania przyjęte zostały w Szkocji oraz w Irlandii Północnej²³.

Zasady, na których oparte zostało funkcjonowanie Rejestru Kontaktu Adopcyjnego zostały trafnie określone w „Wytucznych Departamentu Zdrowia”²⁴. Zgodnie z nimi zasadniczym celem ustanowienia Rejestru było:

„Umożliwienie kontaktu między osobami przysposobionymi oraz ich rodzicami naturalnymi i innymi krewnymi, jeżeli obie strony tego pragną. Rejestr stanowi bezpieczny i poufny mechanizm dla rodziców naturalnych i innych krewnych do zapewnienia osoby przysposobionej, że kontakt jest mile widziany oraz pozostawienia jej danych adresowych w celu nawiązania kontaktu.”²⁵.

Rejestr Kontaktu Adopcyjnego ustanowiony został jako mechanizm typowo administracyjny, urzeczywistniający wolę osób zainteresowanych kontaktem postadopcyjnym. Za zasadniczy warunek dla ujawnienia informacji umożliwiających kontakt uznano konieczność wyrażenia takiej woli w przez obie strony, z tym że ostateczna decyzja co do faktycznego zrealizowania styczności pozostawiona została osobie przysposobionej²⁶. Nie przewidziano obowiązkowego pośrednictwa w nawiązywaniu kontaktu, czy ustalaniu aktualności przekazanych danych adresowych²⁷.

4. Reforma Rejestru przez *Adoption and Children Act 2002*

W 2002 roku uchwalony został *Adoption and Children Act 2002*, który dokonał kompleksowej reformy prawa adopcyjnego w Anglii i Walii²⁸. Realizując zasadę jawności przysposobienia Akt przyczynił się do uporządkowania oraz poszerzenia dostępu do informacji adopcyjnych²⁹. Wprowadził nową regulację prawną instytucji Rejestru Kontaktu Adopcyjnego, której zasadniczym celem było uwzględnienie w większym zakresie woli osób przysposobionych oraz ich krewnych³⁰. Pod rządami nowego prawa adopcyjnego sposób funkcjonowania Rejestru, jego cele oraz charakter administracyjny nie uległy jednak zasadniczym zmianom.

²³ Są to odpowiednio: *Adoption Contact Register for Scotland* oraz *Adoption Contact Register for Northern Ireland*. Zob.: J. Haskey, R. Errington, *Adoptees and relatives who wish to contact one another: the Adoption Contact Register*, „Population Trends” 2001, Nr 104, przypis 2, s. 22.

²⁴ Department of Health, *The Children Act 1989, Guidance and Regulations*, tom 9, Adoption Issues.

²⁵ Ibidem, pkt 3.2.

²⁶ Zob. R. White, *Adoption Contact Register*, „The New Law Journal” 1991, Nr 141 (6501), s. 569.

²⁷ *Adoption Act 1976*, sekcja 51A.

²⁸ *Adoption and Children Act 2002* wprowadził również zasadnicze zmiany do angielskiego prawa o stosunkach między rodzicami a dziećmi.

²⁹ Zob. C. Bridge, H. Swindells, *Adoption...*, s. 246–256.

³⁰ Zob. *The General Register Office, Explanatory Memorandum to the Adopted Children and Adoption Contact Register Regulations 2005* (2005 No. 924), pkt 7.3.

Rejestr Kontaktu Adopcyjnego prowadzony jest dla osób, które zostały przysposobione w Anglii i Walii oraz dla osób urodzonych w Anglii i Walii, a przysposobionych za granicą, jak również dla krewnych tych osób. Istnienie Rejestru nie ma wpływu na prawo osoby przysposobionej do uzyskania oryginalnego aktu urodzenia i odszukania krewnych na własną rękę³¹.

Adoption and Children Act 2002 w rozdziale 5 zatytułowanym „Rejestry” przewiduje obowiązek prowadzenia przez *Registrar General* (czyli centralny organ administracji państwowej w sprawach stanu cywilnego) dwóch rejestrów związanych przysposobieniem. Sekcje 77–79 Aktu określają zasady prowadzenia Rejestru Dzieci Przysposobionych (*Adopted Children Register*), czyli aktu stanu cywilnego poświadczającego fakt przysposobienia. Natomiast sekcje 80–81 dotyczą instytucji Rejestru Kontaktu Adopcyjnego. Sekcja 80 (1) stanowi, że *Registrar General*, w ramach swojego Biura (*General Register Office*) ma obowiązek prowadzić Rejestr Kontaktu Adopcyjnego. Akt wprost wskazuje, że pod jego rządami Rejestr jest kontynuacją instytucji, która w 1989 r. została wprowadzona do *Adoption Act 1976*.

Ustawowa regulacja Rejestru jest lakoniczna. Oprócz obowiązku kontynuowania prowadzenia Rejestru w dwóch częściach, *Adoption and Children Act* określa jedynie ogólne wymagania formalne co do dokonywania w nim wpisów³². Ponadto Akt definiuje kogo uważa się za krewnego osoby przysposobionej, oraz podkreśla, że Rejestr nie jest jawny i nie może być przeszukiwany³³. *Registrar General* nie może przekazywać informacji zawartych w Rejestrze chyba, że co innego wynika z przepisów szczególnych. Przewidują one zachowanie specjalnej procedury określonej w rozporządzeniu wykonawczym lub ustanowionej zgodnie z sekcją 64 (4) (b) Aktu³⁴.

Pozostałe kwestie kluczowe dla określenia prawnego charakteru Rejestru, czyli sposób wymiany informacji kontaktowych oraz katalog danych, jakie mają być wpisane w poszczególnych częściach Rejestru, pozostawione zostały przez Akt do sprecyzowania w rozporządzeniu wykonawczym wydanym przez *Registrar General* za zgodą Kanclerza Skarbu (*Chancellor of the Exchequer*)³⁵. Rozporządzenie to – *Adopted Children and Adoption Contact Registers Regulations 2005*³⁶, uchwalone zostało 24 marca 2005 r., i weszło w życie razem z *Adoption and Children Act 2002*, czyli 30 grudnia 2005 r.

³¹ Zob. również alternatywne metody nawiązywania kontaktu przedstawione w Department of Health, *Intermediary services for birth relatives, Practice guidelines*, London 2002.

³² *Adoption and Children Act*, sekcja 80 (2) (5).

³³ *Ibidem*, sekcja 81 (1) i (2).

³⁴ *Ibidem*, sekcja 81 (3).

³⁵ *Ibidem*, sekcja 81 (4).

³⁶ *The Adopted Children and Adoption Contact Registers Regulations 2005* (Statutory Instrument 2005, Nr 924).

5. Informacje dotyczące osoby przysposobionej (Część I Rejestru)

Podobnie jak jego poprzednik, *Adoption and Children Act 2002* przewiduje, że Rejestr ma składać się z dwóch części. Zgodnie z sekcją 80 (2) Aktu, Część I Rejestru zawiera określone przez rozporządzenie informacje odnośnie do osoby przysposobionej, która w przepisanej formie wyraziła chęć nawiązania kontaktu z krewnymi. Sekcja 80 (3) określa trzy warunki, które muszą być spełnione, żeby *Registrar General* mógł dokonać wpisu. Po pierwsze, *Registrar General* musi być w posiadaniu aktu urodzenia osoby przysposobionej. Po drugie, osoba przysposobiona musi mieć ukończone 18 lat. Po trzecie, *Registrar General* musi być przekonany, że osoba przysposobiona posiada wystarczające informacje do otrzymania poświadczonego odpisu swojego aktu urodzenia. Ostatni warunek oznacza w praktyce, że osoba przysposobiona musi znać dane zawarte w swoim oryginalnym akcie urodzenia lub wystąpić o wydanie poświadczonej kopii tego aktu, zgodnie z ogólnymi zasadami przewidzianymi przez *Adoption and Children Act 2002*.

W pozostałym zakresie kształt prawny Części I Rejestru określony został przez rozporządzenie, a także pośrednio przez formularz wpisu³⁷ opracowany przez Biuro *Registrar General* na podstawie Aktu³⁸ i rozporządzenia. Formularz wpisu stanowi przepisana formę wyrażenia chęci kontaktu, o której mowa w sekcji 80 (2) *Adoption and Children Act 2002*.

Rozporządzenie określa informacje, które powinny znaleźć się w Części I Rejestru³⁹. Są to: imiona i nazwisko, adres oraz miejsce urodzenia osoby przysposobionej. Natomiast zgodnie z formularzem, dla dokonania wpisu osoba przysposobiona obowiązana jest podać dane dotyczące zarówno jej urodzenia, jak i faktu przysposobienia. Powinna zatem wskazać swoje nazwisko, imiona, datę urodzenia oraz miejsce urodzenia. Ponadto należy podać imiona i nazwisko matki, panieńskie nazwisko matki (jeżeli jest inne) oraz imiona i nazwisko ojca, jeżeli jest on znany. Wymagane przez formularz informacje dotyczące przysposobienia to adopcyjne imiona oraz nazwisko, imiona i nazwisko przysposabiających, jak również rok przysposobienia, jeżeli jest znany. Tak samo jak w poprzednim stanie prawnym osoba przysposobiona może podać adres i nazwisko osoby, za której pośrednictwem chciała by nawiązać kontakt (adres tej osoby uznany zostanie za adres kontaktowy).

Rozporządzenie wprowadza zasadniczą zmianę do dotychczasowego sposobu funkcjonowania Rejestru. Osoba przysposobiona musi bowiem określić, czy pra-

³⁷ Zob. *General Register Office, Adoption Contact Register. Application for Entry in Part 1 of the Register by the Adopted Person (ACR 105)*. Formularz dostępny jest na stronie internetowej *General Register Office*: <http://www.gro.gov.uk/gro/content/certificates/> z dnia 27 kwietnia 2009 r.

³⁸ Dane wymagane przez formularz konkretyzują wymóg posiadania przez osobę adoptowaną wystarczających informacji do otrzymania poświadczonego odpisu swojego aktu urodzenia – *Adoption and Children Act 2002*, sekcja 80 (3) (c).

³⁹ *The Adopted Children and Adoption Contact Registers Regulations 2005*, regulacja 6. W prawie angielskim pojedyncza jednostka redakcyjna rozporządzenia określana jest najczęściej jako „regulacja” (*regulation*).

gnie nawiązać kontakt ze wszystkimi krewnymi, czy tylko z niektórymi (łącznie z podaniem ich nazwisk, jeżeli je zna). Osoba przysposobiona może również zdecydować, że nie chce nawiązać kontaktu z jakimkolwiek krewnym lub z określonymi krewnymi⁴⁰. Analogiczne prawo przyznane zostało krewnym osoby przysposobionej⁴¹. Powyższe zmiany w funkcjonowaniu Rejestru odpowiadają postulatowi większego poszanowania autonomii osób przysposobionych oraz ich krewnych⁴². Przed wejściem w życie *Adoption and Children Act 2002*, osoba przysposobiona przez fakt wpisania jej danych do Rejestru wyrażała gotowość nawiązania kontaktu z jakimkolwiek krewnymi, zaś krewni osoby przysposobionej nie mogli wyrazić woli nienawiązywania kontaktu.

Zgodnie z rozporządzeniem, za dokonanie lub zmianę wpisu w Części II Rejestru pobierania jest opłata w wysokości 15 funtów szterlingów⁴³, a formularz wpisu precyzuje, że do usunięcia wpisu konieczne jest pisemne zawiadomienie z 28 dniowym wyprzedzeniem.

6. Informacje dotyczące krewnych osoby przysposobionej (Część 2 Rejestru)

Sekcja 80 (4) *Adoption and Children Act 2002* stanowi, że Część II Rejestru zawiera określone przez rozporządzenie informacje na temat krewnych osoby przysposobionej, którzy w przepisanej formie wyrazili chęć nawiązania kontaktu. *Registrar General* może dokonać wpisu do Części II tylko w stosunku do osoby, która ukończyła 18 lat oraz jest spokrewniona z osobą przysposobioną⁴⁴. Sekcja 81 (2) precyzuje, że na potrzeby Aktu, za krewnego osoby przysposobionej uważa się każdą osobę, która gdyby nie fakt przysposobienia, byłaby z nią w związku rodzinnym wynikającym z pokrewieństwa (co obejmuje także rodzeństwo przyrodnie), powinowactwa lub z małżeństwa. Dowodami pokrewieństwa są poświadczone kopie (*certificates*) aktów urodzenia lub małżeństwa, określone przez formularz wpisu do Części II Rejestru⁴⁵. *Registrar General* musi być ponadto przekonany, że krewny pragnący dokonać wpisu posiada informacje, które konieczne są do otrzymania poświadczonego odpisu aktu urodzenia osoby przysposobionej⁴⁶. W praktyce oznacza to, że krewny musi znać oryginalne dane stanu cywilnego osoby przysposobionej.

⁴⁰ *The Adopted Children and Adoption Contact Registers Regulations 2005*, regulacja 6 (1) (b).

⁴¹ *Ibidem*, regulacja 7 (1).

⁴² Patrz np.: Department of Health and Welsh Office, *Review of Adoption Law*, London 1992.

⁴³ *The Adopted Children and Adoption Contact Registers Regulations 2005*, regulacja 9 (1).

⁴⁴ *Adoption and Children Act*, sekcja 80 (5).

⁴⁵ Zob. *General Register Office, Adoption Contact Register. Application for Entry in Part 2 of the Register by a Relative of the Adopted Person (ACR 108)*. Formularz dostępny jest na stronie internetowej *General Register Office*: <http://www.gro.gov.uk/gro/content/certificates/> z dnia 27 kwietnia 2009 r.

⁴⁶ *Ibidem*, sekcja 80 (5) (b).

Rozporządzenie określa informacje jakie powinny zostać wpisane do Części II Rejestru⁴⁷. Są to imiona oraz nazwisko krewnego, który pragnie dokonać wpisu, jego adres oraz data urodzenia. Krewny obowiązany jest wskazać nazwisko osoby przysposobionej, z którą chce nawiązać kontakt lub zaznaczyć, że nie życzy sobie kontaktu z daną osobą przysposobioną. Formularz wpisu do Części II, stanowiąc konkretyzację wymagań określonych przez *Adoption and Children Act*⁴⁸, wymaga podania oprócz powyższych danych dotyczących osoby krewnego, również szeregu danych osoby przysposobionej (jej nazwisko, imiona, adres oraz miejsce urodzenia). Ponadto wymagane są imiona oraz nazwisko matki osoby przysposobionej w czasie urodzenia, jak również nazwisko panięskie matki (jeżeli jest inne niż nazwisko noszone przez nią, gdy urodziła dziecko) oraz imiona i nazwisko ojca, jeżeli jest on znany. Wskazać należy także rok przysposobienia jeżeli jest on znany, oraz określić czy pokrewieństwo z osobą przysposobioną zachodzi po stronie ojca czy matki.

Podobnie jak w przypadku osoby przysposobionej, również krewny może wskazać nazwisko oraz adres osoby (lub organizacji), która miałaby pośredniczyć w kontakcie. W doktrynie sugeruje się, że w tym wypadku, w szczególności dla zaaranżowania bezpośredniego kontaktu, powinno korzystać się z usług wyspecjalizowanych agencji⁴⁹. Dane organizacji pośredniczących w kontakcie są podane w broszurze informacyjnej dołączanej do formularza wpisu do Rejestru.

Zgodnie z rozporządzeniem za dokonanie lub zmianę wpisu w Części II Rejestru pobierania jest opłata w wysokości 30 funtów szterlingów⁵⁰, a formularz wpisu określa, że dla usunięcia wpisu konieczne jest pisemne zawiadomienie z 28 dniowym wyprzedzeniem.

7. Ujawnianie informacji zawartych w Rejestrze

Adoption and Children Act 2002, w sekcji 80 (6) (a) stwierdza, że sposób ujawniania informacji zawartych w jednej części Rejestru osobom wpisanym do drugiej jego części określony ma zostać w rozporządzeniu wykonawczym. Akt nie przewiduje w tym zakresie dalszych wskazówek. Rozwiązanie to, pozostawiając szeroką swobodę w tak ważnej i delikatnej społecznie kwestii aktowi wykonawczemu, wydaje się co najmniej kontrowersyjne.

⁴⁷ *The Adopted Children and Adoption Contact Registers Regulations 2005*, regulacja 7.

⁴⁸ *The Adoption and Children Act 2002*, sekcja 80 (5) (b).

⁴⁹ Tak, J. Haskey, R. Errington, *Adoptees...*, s. 19.

⁵⁰ *The Adopted Children and Adoption Contact Registers Regulations 2005*, regulacja 9 (1). Wyższe koszty wpisu do Części II niż do Części I Rejestru tłumaczone są koniecznością ustalenia pokrewieństwa osoby składającej wniosek. Patrz: *The General Register Office, Explanatory Memorandum...*, *Consideration of Regulatory Impact Assessment*.

Ostatecznie, *Registar General* w rozporządzeniu wykonawczym nie zmienił modelu ujawniania informacji kontaktowych ukształtowanego przed wejściem w życie *Adoption and Children Act 2002*. Rozporządzenia stanowi, że *Registar General* powinien przekazać na piśmie osobie przysposobionej wpisanej do Części I Rejestru, nazwisko krewnego wpisane do Części II Rejestru, który wyraził chęć nawiązania kontaktu z osobą przysposobioną, wraz z adresem pod którym lub przez który krewny życzy sobie kontaktu⁵¹. Przekazana ma zostać także informacja o rodzaju pokrewieństwa. Warunkiem koniecznym dla ujawniania informacji kontaktowych jest zatem istnienie „połączenia” (*link*). Następuje to gdy obie strony wpisane zostały do odpowiednich części Rejestru oraz wyraziły wolę nawiązania ze sobą kontaktu. Ostateczna decyzja co do nawiązania kontaktu pozostawiona jest osobie przysposobionej, gdyż tylko ona otrzymuje dane adresowe krewnego.

Jeżeli nastąpi „połączenie” osobie przysposobionej zostaną przekazane wyżej wymienione informacje na temat krewnego, natomiast krewny otrzyma jedynie informacje o przesłaniu przez *Registrar General* tych informacji osobie przysposobionej. Jeżeli nie nastąpiło „połączenie” osoba przysposobiona otrzyma jedynie potwierdzenie rejestracji. Jeżeli obie strony wyraziły chęć nienawiązywania kontaktu, żadna z nich nie zostanie poinformowana o wpisie drugiej strony do Rejestru. Natomiast jeżeli jedna ze stron wpisanych do Rejestru wyraziła chęć kontaktu, a druga chęć nienawiązywania kontaktu, obie strony zostaną poinformowane o swoich przeciwstawnych życzeniach i żadne inne informacje nie zostaną przekazane⁵².

Adoption and Children Act 2002, poza sposobem wymiany informacji określony przez rozporządzenie, przewiduje jeszcze tylko jedną możliwość ujawniania informacji zawartych w Rejestrze Kontaktu Adopcyjnego⁵³. Zgodnie z sekcją 64 (4) (b) Aktu, rozporządzenie wykonawcze może nałożyć na *Registar General* obowiązek ujawnienia właściwej agencji adopcyjnej potrzebnych jej informacji związanych z wpisem osoby przysposobionej do Rejestru. Sytuacja taka dopuszczalna jest jedynie wyjątkowo, w ramach procedur związanych z ujawnianiem informacji adopcyjnych⁵⁴.

8. Model normatywny Rejestru Kontaktu Adopcyjnego

Uzasadnienie (*Explanatory Memorandum*) do rozporządzenia dotyczącego Rejestru podkreśla, że model normatywny tej instytucji odzwierciedla zarówno rosnącą potrzebę większej jawności przysposobienia, jak i przewiduje odpowied-

⁵¹ *The Adopted Children and Adoption Contact Registers Regulations 2005*, regulacja 8.

⁵² Procedury dotyczące przekazywania informacji w wypadku określenia woli nienawiązywania kontaktu nie zostały wprost określone przez *Adoption and Children Act 2002*, ani przez rozporządzenie. Są one wynikiem praktyki administracyjnej, a opublikowane zostały na stronie internetowej *General Register Office*, <http://www.gro.gov.uk/gro/content/adoptions/adoptioncontactregister/index.asp> z dnia 27 kwietnia 2009 r.

⁵³ *The Adoption and Children Act 2002*, sekcja 81 (3).

⁵⁴ *The Adoption Information and Intermediary Services (Pre-Commencement Adoptions) Regulations 2005*

nie zabezpieczenia konieczne dla zapewnienia dobra, poszanowania życzeń oraz interesów osób przysposobionych oraz ich krewnych⁵⁶. Główną zaletą angielskiego modelu jest wymóg zgody obu stron na kontakt, wyrażonej jeszcze przed rozpoczęciem jakichkolwiek działań w tym zakresie. Zasada ta zapewnia poszanowanie autonomii osób przysposobionych oraz ich krewnych. Daje ona również pewność osobie przysposobionej, że kontakt z krewnymi jest mile widziany, co z kolei ułatwia podjęcie przez nią decyzji w sprawie nawiązania kontaktu. Natomiast osoby, które nie życzą sobie kontaktu nie muszą podejmować w tym zakresie jakichkolwiek kroków. Powyższe odróżnia Rejestr od różnych instytucji pośrednictwa w kontakcie postadopcyjnym, które przewidują powiadomienie przez wyspecjalizowane agencje osób przysposobionych oraz ich krewnych, o możliwości nawiązania kontaktu. W ramach tych rozwiązań można odmówić nawiązania kontaktu, jednak fakt powiadomienia o jego możliwości stanowi *per se* ingerencję w życie prywatne osób przysposobionych lub ich krewnych⁵⁶. Dlatego zgodnie z rozporządzeniem wykonawczym, jeżeli osoby te nie wyrażą w przepisanej formie chęci kontaktu, nie zostaną w jakikolwiek sposób powiadomione o możliwości jego nawiązania.

Pozytywnie należy ocenić zmiany wprowadzone do funkcjonowania Rejestru przez *Adoption and Children Act 2002*. Możliwość wyrażenia woli nienawiązania kontaktu, lub nawiązania kontaktu tylko z określonymi osobami, stanowi dalsze odzwierciedlenie prawa do prywatności osób przysposobionych, jak również ich krewnych. Zmiany te zapewniają konieczne zabezpieczenia w urzeczywistnianiu zasady jawności przysposobienia, o których mowa w Uzasadnieniu do rozporządzenia⁵⁷. Zastrzeżenia budzi jednak przekazanie przez Akt szerokiej delegacji prawodawczej w zakresie określenia sposobu wymian informacji kontaktowych dla *Registrar General*. Wydaje się, że tak doniosła problematyka powinna zostać unormowana w ustawie.

Ustanowienie Rejestru w 1991 r. uznano za wyjście na przeciw potrzebom krewnym osób przysposobionych, którzy wówczas nie posiadali żadnej możliwości zasygnalizowania woli nawiązania kontaktu. Jednakże zasady wymiany informacji kontaktowych, gdzie dane adresowe przekazywane są jedynie osobie przysposobionej, sprawiają, że Rejestr odzwierciedla przede wszystkim rzeczywistą wolę przysposobionych. Ten model wymiany informacji wychodzi na przeciw postulatowi minimalnej ingerencji w ich życie prywatne⁵⁸. Rozwiązanie to z pewnością zasługiwałoby na aprobatę w systemach prawnych bez tradycji jawności

(Statutory Instrument 2005 Nr 890), regulacja 13 oraz *The Disclosure of Adoption Information (Post-Commencement Adoptions) Regulations 2005* (Statutory Instrument 2005, Nr 888), regulacja 20.

⁵⁵ *The General Register Office, Explanatory Memorandum...*, pkt 7.3.

⁵⁶ L. Trinder, *The rights and wrongs of post-adoption intermediary services for birth relatives*, „Adoption and Fostering” 2000, Nr 24 (3), s. 19–25.

⁵⁷ *The General Register Office, Explanatory Memorandum...*, pkt 7.3.

⁵⁸ Według L. Trinder rozwiązanie to jest uzasadnione z etycznego punktu widzenia – w: *The Rights...*, s. 23–24.

przysposobienia, w szczególności tam gdzie krewni nie mają dostępu do akt adopcyjnych, czyli nawet pośredniej możliwości nawiązania kontaktu. Natomiast, jeżeli chodzi o prawo i praktykę adopcyjną Anglii i Walii, powyższy model wymiany informacji może być uznany za przyznający zbyt skromne uprawnienia krewnym osób przysposobionych.

Warto podkreślić, że sama nazwa „rejestr” trafnie odzwierciedla typowo administracyjny charakter Rejestru Kontaktowego. Jego funkcjonowanie jest proste i przejrzyste. Rola organu odpowiedzialnego za jego prowadzenie, czyli *Registrar General*, ogranicza się jedynie do dokonywania wpisów oraz informowania osoby przysposobionej o nastąpieniu „połączenia” lub o istnieniu przeciwnych życzeń stron co do nawiązania kontaktu. Procedura ta zabezpiecza interesy obu stron, gdyż organ prowadzący Rejestr nie ma swobody w ujawnianiu informacji kontaktowych lub w ustalaniu czy dana osoba życzy sobie kontaktu. Na aprobatę zasługuje także fakt ustawowego obowiązku prowadzenia Rejestru właśnie przez *Registrar General*, czyli organ państwowy, który dysponuje aktami stanu cywilnego, przez co jest najbardziej kompetentny do sprawdzenia prawdziwości danych wpisywanych do Rejestru. Organ ten stwarza gwarancje zachowania poufności danych oraz korzysta ze sprawdzonego zaplecza administracyjnego⁵⁹. Prowadzenie Rejestru przez organ państwowy, łącznie z ustawowym umocowaniem dla jego istnienia, pozytywnie odróżniają go od innych instytucji tego rodzaju.

Typowo administracyjny charakter Rejestru można też uznać za jego wadę. Czysto mechaniczne podejście w przekazywaniu informacji kontaktowych oraz brak obowiązkowego pośrednictwa w nawiązywaniu kontaktu może doprowadzić do rozczarowania po stronie zainteresowanych. W szczególności problemy mogą wyniknąć w przypadku zmiany adresu przez krewnych osoby przysposobionej, którzy nie zaktualizowali tego faktu Rejestrze. W tym zakresie bezpieczniejszym wydaje się rozwiązanie przyjęte przez agencję NORCAP, która prowadzi nieformalny rejestr kontaktu. W wypadku zaistnienia „połączenia” organ prowadzący rejestr podejmuje kroki w celu sprawdzenia aktualności danych wpisanych do rejestru⁶⁰. Kontrowersyjne są natomiast postulaty obowiązkowego pośrednictwa w samym nawiązywaniu kontaktu, bowiem stanowi to formę ingerencji osób trzecich w życie prywatne przysposobionych i ich krewnych⁶¹. Wydaje się, że rozwiązanie angielskie przewidujące możliwość, a nie obowiązek takiego pośrednictwa, jest wystarczające.

⁵⁹ Patrz procedury techniczne stosowane w prowadzeniu Rejestru: J. Haskey, R. Errington, *Adoptees...*, s. 19–20.

⁶⁰ Patrz: *Adults Affected by Adoption – NORCAP*, <http://www.norcap.org.uk/> z dnia 27 lutego 2009 r.

⁶¹ Na takiej zasadzie działa m.in. Rejestr Kontaktowy Adopcyjny dla Szkocji. Zob. Birthlink – Scottish adoption services: http://www.birthlink.org.uk/adoption_contact_register.htm z dnia 27 kwietnia 2009 r. W doktrynie stwierdza się, że obowiązkowe pośrednictwo w nawiązywaniu kontaktu nie zostało wprowadzone ze względu na brak środków. Tak: S. Cretney, J. Masson, R. Bailey Harris, *Principles of Family Law*, London 2003, s. 804.

9. Funkcjonowanie Rejestru

Ocenę dotychczasowego funkcjonowania Rejestru Kontaktu Adopcyjnego w Anglii i Walii utrudnia brak aktualnych opracowań statystycznych, w szczególności danych oraz analiz przeprowadzonych po 30 grudnia 2005 r., dotyczących zmian wprowadzonych przez *Adoption and Children Act 2002*. Do starszych opracowań należy podchodzić z ostrożnością, przede wszystkim w związku z faktem, że jednym z założeń reformy prawa adopcyjnego miało być rozpropagowanie informacji o środkach umożliwiających nawiązywanie kontaktu postadopcyjnego⁶².

Najbardziej aktualne dane statystyczne oraz analizy dotyczące funkcjonowania Rejestru dostępne są na dzień 30 czerwca 2001 r., czyli po 10 latach od jego ustanowienia⁶³. W tym czasie do Rejestru wpisanych było prawie 20 tysięcy osób przysposobionych oraz prawie 8,5 tysiąca ich krewnych. Do 30 czerwca 2001 r. nastąpiło 539 „połączeń”. Zdecydowaną większość osób korzystających z Rejestru stanowiły kobiety (64% spośród osób przysposobionych i aż 85% spośród krewnych), a najwięcej wpisanych krewnych stanowiły matki pragnące nawiązać kontakt ze swoim dzieckiem (ponad 60%). Sytuacja ta znalazła odzwierciedlenie w liczbie „połączeń” matek z dziećmi, których było 367 spośród 539 wszystkich „połączeń”. Mimo zdecydowanej przewagi rejestracji osób przysposobionych, w 2/3 przypadków „połączeń” krewny był tym, który został wpisany do Rejestru jako pierwszy.

W 2001 roku, mając na uwadze powyższe dane, uznano funkcjonowanie Rejestru za umiarkowany sukces⁶⁴. Patrząc z perspektywy czasu godna uwagi wydaje się duża liczba wpisów po stronie osób przysposobionych, co wskazuje na potrzebę funkcjonowania tej instytucji. Mniejsza liczba wpisów po stronie krewnych tłumaczona jest przede wszystkim ograniczoną wiedzą społeczną na temat istnienia Rejestru, spowodowaną, w szczególności, brakiem szerokiej kampanii informacyjnej. Liczbę „połączeń” należy ocenić jako zadowalającą, biorąc pod uwagę fakt, że w Anglii i Walii istnieją alternatywne metody nawiązywania kontaktu postadopcyjnego, a w wielu przypadkach przysposobienia taki kontakt utrzymywany jest już od wczesnego dzieciństwa⁶⁵. Uzasadniona wydaje się teza, że w systemach prawnych, które tradycyjnie stoją na gruncie zasady tajemnicy przysposobienia, funkcjonowanie Rejestru przyniosłoby dużo większą liczbę wpisów oraz „połączeń”.

⁶² Zob. Department of Health, *Adoption, a new approach – a White Paper* (Cm 5017), London 2000.

⁶³ J. Haskey, *Adoptees and relatives who wish to contact one another using the Adoption Contact Register: trends, relationships and proportions of records matched*, „Population Trends” 2001, Nr 106, s. 14–27.

⁶⁴ Tak J. Haskey, R. Errington, *Adoptees...*, s. 22.

⁶⁵ Niektóre statystyki podają, że w Anglii i Walii nawet w ok. 70% przypadków osoby przysposobione zachowują pewien kontakt z krewnymi. Zob. J. Herring, *Family...*, s. 652.

10. Podsumowanie

W przeciwieństwie do innych mniej lub bardziej formalnych rejestrów kontaktu, angielski Rejestr Kontaktu Adopcyjnego jest instytucją zapewniającą odpowiednią równowagę między zasadą jawności przysposobienia, a potrzebą ochrony prywatności osób przysposobionych oraz ich krewnych. Rejestr stanowi bezpieczny, poufny mechanizm nawiązywania kontaktu. Jego normatywny model uwzględnia argumenty przeciwników jawności przysposobienia, iż sam proces nawiązywania kontaktu z krewnymi może być dla wielu osób przysposobionych negatywnym przeżyciem psychicznym, zaburzającym ich dotychczasowe życie⁶⁶. Rejestr Kontaktu Adopcyjnego jest instytucją atrakcyjną dla systemów prawnych, które tradycyjnie stały na gruncie zasady tajemnicy przysposobienia.

Mimo, że polskie prawo i praktyka adopcyjna w zasadniczej mierze odbiegają od angielskiej, to ustanowienie rejestru kontaktu na wzór angielski powinno być rozważone przez polskiego ustawodawcę, gdyż wychodzi on na przeciw potrzebom osób przysposobionych oraz ich krewnych. Przydatność omawianej instytucji mogłaby być jeszcze większa ze względu na brak dostępu osób przysposobionych do oryginalnych aktów urodzenia, które zostały skreślone w okresie od 1 marca 1987 r. do 19 października 1995 r., kiedy to z mocy prawa sporządzenie nowego aktu urodzenia łączyło się ze skreśleniem dawnego⁶⁷. W związku z powyższym część osób przysposobionych nie ma żadnego prawnego instrumentu pozwalającego na poznanie swojego pochodzenia oraz odszukanie krewnych. Krewni osób przysposobionych, podobnie jak w Anglii i Walii przed 1991 r., nie posiadają prawnie określonej możliwości zasygnalizowania chęci nawiązania z kontaktu z osobą przysposobioną. Powinno zostać również rozważone ustanowienie mechanizmu wymiany informacji specyficznych, takich jak np. informacje medyczne, który mógłby działać w ramach rejestru kontaktu⁶⁸.

Przewidziane przez angielski Rejestr mechanizmy urzeczywistniające autonomię krewnych osób przysposobionych, w tym możliwość wyrażenia woli nienawiązywania kontaktu, mogą być analizowane w kontekście sposobu realizacji prawa do poznania naturalnego pochodzenia przez pełnoletnie osoby przysposobione. Ustawa z dnia 29 września 1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego, nie przewiduje bowiem żadnych zabezpieczeń prawa do prywatności rodziców naturalnych, którzy nie życzą sobie kontaktu z przysposobionym dzieckiem⁶⁹.

Doświadczenie angielskie wskazuje jednak, że dla pełnego sukcesu rejestru kontaktu adopcyjnego konieczne jest nie tylko przyjęcie odpowiedniego modelu normatywnego, lecz również przeprowadzenie szerokiej kampanii informacyjnej na temat jego istnienia.

⁶⁶ Zob. L. Trinder, *The Rights...*, s. 20-24 oraz J. Gajda, *Tajemnica przysposobienia...*, s. 55-56.

⁶⁷ Zob. E. Holewińska-Łapińska, *Przysposobienie...*, s. 625.

⁶⁸ Na brak takiego rozwiązania w ramach Rejestru Kontaktu Adopcyjnego zwracają uwagę N. Lowe, G. Douglas, *Bromley's Family Law*, Oxford 2007, s. 866-867.

⁶⁹ Por. J. Gajda, *Tajemnica przysposobienia...*, s. 72-75.

Andrzej Kallaus

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 28 sierpnia 2008 r. (III CZP 75/08)¹

„Postanowienie regulujące kontakty rodziców z dzieckiem, nakazujące wydanie dziecka przez rodzica, któremu powierzono wykonywanie władzy rodzicielskiej, oraz zobowiązujące drugiego rodzica do odprowadzenia dziecka, podlega wykonaniu w postępowaniu unormowanym w art. 598¹ i nast. k.p.c.”

Sąd Najwyższy w składzie trzech sędziów podjął w dniu 28.08.2008 r. uchwałę w wyniku zagadnienia prawnego, przedstawionego przez Sąd Okręgowy we W., który wystąpił na mocy postanowienia z dnia 14.03.2008 r., sygn. akt XIII Cz 42/08, z wnioskiem o wyjaśnienie zachodzących wątpliwości co do tego, czy wykonanie postanowień sądu opiekuńczego, określających stałe i powtarzające się kontakty rodziców z dziećmi, i zawierających nakaz każdorazowego wydania dziecka przez tego z rodziców, któremu powierzono wykonywanie władzy rodzicielskiej, a równocześnie zobowiązujących drugiego z rodziców do każdorazowego odprowadzenia dziecka do miejsca jego zamieszkania po upływie kontaktów, następuje w trybie art. 1050 k.p.c., czy 1051 k.p.c.? Sąd Najwyższy, rozstrzygając tę kwestię, wydał powyższą uchwałę.

Uzasadnienie poglądu zawartego w sentencji orzeczenia zostało oparte na argumentacji aksjologicznej i pragmatycznej. Sąd Najwyższy podkreślił bowiem, że wszelkie zagadnienia związane z rozpoznawaniem i wykonywaniem (także przymusowym) rozstrzygnięcia nakazującego odebranie osoby przekazano kognicji sądu opiekuńczego, który rozstrzyga sprawy w postępowaniu prowadzonym w trybie nieprocesowym. Obowiązujące w tej materii są więc uregulowania wprowadzone do k.p.c. nowelą z dnia 19.07.2001 r.² Ich podstawowym założeniem było przekształcenie postępowania dotyczącego odebrania osoby w postępowanie opiekuńcze, a tym samym podporządkowanie go diametralnie innym regułom niż te, które obowiązują w egzekucji. Ponadto chodziło o to, aby stworzyć jednolite i uproszczone mechanizmy prawne, zapewniające skuteczne wykonywanie orzeczeń wydawanych w sprawach z zakresu prawa rodzinnego, opiekuńczego i kurateli.

¹ „Biuletyn SN” 2008/8/7, „Rodzina i Prawo” 2009, Nr 11, s. 82.

² Zob. ustawę o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz ustawy o komornikach sądowych i egzekucji (Dz. U. Nr 98, poz. 1069).

W ocenie Sądu Najwyższego przepisy umieszczone w k.p.c. w oddziale 5, zatytułowanym sprawy o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką, odnoszą się nie tylko do czynności jednokrotnej, ale mogą być zastosowane wówczas, gdy odebranie następuje na czas określony.

Jakkolwiek wykładnia dokonana przez Sąd Najwyższy w celu rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego nie opiera się na argumentach, które stanowiłyby *novum*, to wszakże wydana uchwała oznacza całkowitą zmianę w obecnym podejściu do kwestii związanych z urzeczywistnieniem kontaktów dziecka z tym z rodziców, który nie sprawuje nad nim stałej pieczy. W dotychczasowej praktyce wykorzystywano bowiem środki przymusu właściwe dla egzekucji świadczeń niepieniężnych w celu skłonienia zobowiązanego do respektowania tytułu wykonawczego wydanego w wyniku nadania orzeczeniu o kontaktach klauzuli wykonalności. Dla egzemplifikacji tej tezy wystarczy stwierdzić, że pytanie skierowane do Sądu Najwyższego dotyczy zagadnień występujących na gruncie postępowania egzekucyjnego, a nie kwestii odebrania dziecka.

Możliwość zastosowania przepisów regulujących wydanie dziecka w odniesieniu do powtarzających się kontaktów została zaakceptowana przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 26.05.1975 r.³ Wówczas wyrażono pogląd, iż art. 1089 k.p.c., mówiąc o oddaniu osoby, nie wprowadza żadnych ograniczeń lub dystynkcji pomiędzy wydaniem na stałe, a wydaniem na czas określony, co skłania do wniosku, że chodzi tu o każde oddanie osoby. Jakkolwiek wspomniany przepis, jak również związane z nim unormowania, zostały uchylone wspomnianą nowelizacją k.p.c., to powyższa teza pozostała aktualna⁴. Chociaż Sąd Najwyższy ponownie wykorzystał tę argumentację, to tym razem postawił zgoła odmienne wnioski. Teza przedmiotowej uchwały wyklucza bowiem możliwość stosowania środków przewidzianych w dziale o egzekucji świadczeń niepieniężnych w celu zmuszenia dłużnika do honorowania orzeczeń regulujących kontakty. Postanowienie tego rodzaju, w ocenie Sądu Najwyższego, może być realizowane wyłącznie w postępowaniu opiekuńczym, co przekreśla ewentualność stosowania

³ Zob. powyższe orzeczenie, III CZP 30/75, OSNC 1976/3/41. Zob. też aprobującą głosę Z. Świebody, OSP 1977/10/160. Na pogląd ten powołał się Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 20.03.1992 r., III CZP 16/92, OSNC 1992/9/162, dopuszczającej zastosowanie art. 1051 k.p.c. do wykonania orzeczenia o kontaktach nawet wówczas, gdy w orzeczeniu tym wprost nie zakazano drugiemu rodzicowi przeszkadzania tym kontaktom.

⁴ Można powiedzieć, że kwestia ta nie budzi wątpliwości w literaturze przedmiotu. Zob. J. Jagieła, *Postępowanie w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką*, „Monitor Prawniczy” 2002, Nr 19, s. 877; T. Ereciński (w:) *Komentarz do k.p.c. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze, t. 2, pod red. T. Erecińskiego*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2003, s. 202; T. Żywnowski (w:) *K.p.c. Komentarz, Tom 2, trzecie wydanie, pod red. K. Piaseckiego*, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2002, s. 574–575; J. Bodio (w:) *K.p.c. Komentarz, pod red. A. Jakubackiego*, Warszawa 2008, s. 849; G. Niemiałtowska, *Postępowanie o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką w świetle art. 598¹–598¹³ k.p.c.*, „Rodzina i Prawo” 2007, Nr 1, s. 19.

art. 1050 lub art. 1051 k.p.c. Konsekwencją tego stanowiska jest zatem stwierdzenie niedopuszczalności egzekucji kontaktów w razie wniesienia przez wierzyciela wniosku, zawierającego żądanie nałożenia na dłużnika grzywny.

Powstają jednak wątpliwości, czy zaprezentowany w głosowanej uchwale pogląd jest trafny, czy nie należałoby uwzględnić innych argumentów, których Sąd Najwyższy nie rozważył, a które mogłyby zdecydować o przyjęciu innej koncepcji, która w sposób pełniejszy wyrażałaby prawną ocenę wszystkich zagadnień dotyczących wykonywania kontaktów⁵.

W pierwszej kolejności wypada zauważyć, że Sąd Najwyższy zajął swoje stanowisko w odniesieniu do postanowień, które rozstrzygają spór dotyczący łączności z osobą małoletnią w ten sposób, że tworzą one obowiązek jej wydania. Chodzi tu zatem o każdą sytuację, kiedy jeden z rodziców, który nie mieszka wraz z dzieckiem, na mocy orzeczenia sądowego staje się uprawniony do tego, aby przejąć nad nim pieczę na czas określony⁶. Sądy używają dla określenia tego zdarzenia różnorodnych sformułowań. I tak, w grę wchodzi formuła wyrażająca zobowiązanie osoby do oddania małoletniego w określonych, powtarzających się terminach. Najczęściej jednak sąd konstruuje sentencję orzeczenia, odwołując się do korelatu tego obowiązku poprzez stwierdzenie, że jeden z rodziców ma prawo zabrania dziecka od drugiego w określonych dniach i godzinach z obowiązkiem odprowadzenia go do jego miejsca zamieszkania po odbyciu kontaktów. Aczkolwiek dopuszczalne są też inne określenia, które oznaczałyby istnienie powinności wydania osoby podlegającej władzy rodzicielskiej.

Jednakże nie wszystkie orzeczenia regulujące kontakty pozwalają na dokonanie czynności, której sensem jest odebranie dziecka. Do tej kategorii należą postanowienia przewidujące prawo odbywania spotkania z dzieckiem w obecności drugiego rodzica. W odniesieniu do tego rodzaju orzeczeń stosowanie art. 598¹ i nast. k.p.c. byłoby niemożliwe. Przy tej wykładni na gruncie przepisów obowiązujących w dacie wydania głosowanej uchwały, należałoby nadal korzystać z rozwiązań istniejących w postępowaniu egzekucyjnym w odniesieniu do postanowień, które nie zwierałyby nakazu wydania osoby. A zatem dokonane przez Sąd Najwyższy założenie, iż powyższe rozumowanie prowadziłoby do skupienia w sądzie opiekuńczym wszystkich spraw związanych z wykonywaniem władzy rodzicielskiej, wydaje się być błędne.

Obowiązki związane z wykonywaniem postanowienia o kontaktach są podobne do siebie niezależnie od tego, czy chodzi o zabranie dziecka od jednego z rodziców, czy też o odbycie tych kontaktów w jego obecności. W obu wypadkach należy wymagać od zobowiązanego tego, aby nie przeszkadzał rodzicowi, który nie mieszka z małoletnim, w odbywaniu z nim regularnych spotkań. Obowiązek przestrzegania uregulowanych sądownie kontaktów będzie polegać zazwyczaj na za-

⁵ Por. wątpliwości co do zawartej w uzasadnieniu uchwały argumentacji lub raczej jej niedostatku przedstawione przez R. Zegadło w *Głosie do uchwały z dnia 28.08.08 r.*, „Rodzina i Prawo” 2009, Nr 11, s. 85 i n.

⁶ O nowym ujęciu pojęcia pieczy nad dzieckiem na tle poglądu SN zob. R. Zegadło, *Głosa...*, s. 87, 89.

niechaniu czynności, które mogłyby zakłócić lub wręcz uniemożliwić wzajemną styczność. Przykładem takich działań może być zamknięcie drzwi przed uprawnionym, zabranie dziecka poza miejsce wyznaczone na kontakty, stosowanie wobec niego szantażu emocjonalnego, deprecjonowanie osoby uprawnionego w celu wywołania u małoletniego niechęci do wzajemnych spotkań itp.⁷

Wyrażam zapatrywanie, iż nie ma prawnych przeszkód, aby wyegzekwować od zobowiązanego przestrzeganie warunków kontaktów poprzez wykorzystanie środków, które dotychczas należały do egzekucji świadczeń niezastępowalnych.

Trzeba zauważyć, że pogląd Sądu Najwyższego w pewnych wypadkach nie tylko nie ułatwiałby rozstrzygnięcia wątpliwości co do sposobu urzeczywistnienia orzeczeń dotyczących kontaktów, ale stanowiłby źródło ich powstawania. Przykładem może być wykonywanie postanowienia zawierającego dość często używany w praktyce sądowej zwrot: „...z możliwością zabrania dziecka na spacer...”⁸. Powstaje pytanie, czy i w tym wypadku należałoby wdrożyć procedurę odebrania dziecka, gdyby rodzic napotykał na trudności w realizacji swego uprawnienia.

Wydaje się, że względy pragmatyczne przemawiają za dokonaniem wyboru odpowiednich środków w stosunku do celu, który zamierza się osiągnąć. W myśl art. 3 ust. 2 Konwencji o prawach dziecka konieczne jest zapewnienie osobie małoletniej ochrony i opieki w takim stopniu, w jakim jest to niezbędne dla jej dobra. Chodzi tu zatem o zastosowanie mechanizmów ochronnych, które są adekwatne do zagrożenia. Wykorzystanie przymusu w zakresie odebrania dziecka powinno być ewentualnością, po którą można byłoby sięgnąć w wypadku stwierdzenia bezskuteczności lub niecelowości innych sposobów wykonania orzeczenia.

Owa gradacja środków była widoczna w uchylonym art. 1089 k.p.c., który w ramach postępowania w przedmiocie odebrania dziecka wprowadzał najpierw stadium wezwania do dobrowolnego jego wydania, później fazę przymuszającą dłużnika do wykonania obowiązku w wyniku wymierzenia grzywny, a faktyczne polecenie odebrania dziecka stawało się w zasadzie ostatecznością⁹. Według istniejącego stanu prawnego stopniowość środków wyraża się w stadialności postępowania (a więc w występowaniu etapu rozpoznawczego zakładającego dobrowolne wydanie osoby i etapu wykonawczego, w którym następuje realizacja przymusu). Przenosząc te rozważania na grunt kontaktów, należy założyć, że adekwatność

⁷ Podobieństwo obowiązków, niezależnie od treści orzeczenia o spotkaniach, stanowi, jak miemam, źródło wątpliwości co do tego, który z przepisów z zakresu egzekucji świadczeń niezastępowalnych należy stosować.

⁸ Wyrażam przekonanie, że sformułowanie to nie jest zbyt precyzyjne i nie powinno być używane. Mimo to, stosuje się je w celu opisanego krótkich kontaktów poza miejscem, w którym dziecko przebywa.

⁹ Zob. Z. Świeboda, *Wykonanie orzeczenia o odebraniu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Badań Prawa Sądowego” 1976, Nr 4, s. 110. Mimo honorowania tej zasady, dopuszczano możliwość odebrania osoby bez wyznaczenia terminu do dobrowolnego jej oddania, a także z pominięciem stosowania grzywny i aresztu – w zależności od okoliczności faktycznych danej sprawy. Zob. tenże, op. cit., s. 111; E. Wengerek, *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz do części drugiej k.p.c.*, Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, Warszawa 1998, s. 709, tak samo SN w postanowieniu z dnia 15.03.1983 r., IV CZ 25/83, OSP 1984/9/185.

działań zapewniających ochronę dobra dziecka jest tu możliwa do osiągnięcia tylko o tyle, o ile istnieją różnorodne formy wykonania tego rodzaju orzeczeń. Mniemam, że interpretacja przepisów zakładająca radykalizację metod nie może stanowić remedium na brak skuteczności realizacji postanowień gwarantujących utrzymywanie pomiędzy dzieckiem a rodzicem osobistych związków.

Zarówno w wypadku stosowania środków wymuszających, jak i odebrania dziecka zasadniczym celem postępowania jest przełamanie oporu tego z rodziców, który sprawuje pieczę nad małoletnim, a który utrudnia drugiemu rodzicowi swobodny przebieg ustalonych sądownie kontaktów¹⁰. Zasadnicza różnica pomiędzy tymi sposobami wykonywania orzeczenia polega na tym, że przy czynnościach zmierzających do odebrania osoby podlegającej władzy rodzicielskiej w celu przekazania jej uprawnionemu, osoba ta jest postacią centralną. W tym stanie rzeczy dziecko wymaga szczególnej ochrony, albowiem działania organu sądowego są ukierunkowane bezpośrednio na nie. Niezależnie od profesjonalizmu kuratora, stosującego przymus, małoletni jest zawsze narażony na stres związany z udziałem w tych czynnościach. Czynnikiem stresogennym może być nawet obecność osób obcych (kuratora, funkcjonariuszy policji, pracowników socjalnych). Należy zauważyć, że w wypadku wykonywania orzeczenia o kontaktach, dziecko zostaje odebrane temu z rodziców, który sprawuje nad nim stałą pieczę, a więc z którym zazwyczaj jest ono szczególnie związane emocjonalnie. Dodatkowy problem, jaki powstaje przy odebraniu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej w związku z realizacją tego rodzaju orzeczeń, polega na tym, że działania kuratora nie ograniczają się do jednorazowego aktu, ale wyrażają się w powtarzalnych czynnościach. Stosowanie owego środka przymusu w stosunku do częstych kontaktów może przynieść skutek przeciwny do oczekiwanego. Okoliczności towarzyszące odebraniu małoletniego są bowiem w stanie wywołać u małoletniego awersję do utrzymywania stałej łączności z rodzicem, który mieszka osobno. Obawa przed zniechęceniem dziecka do spotkań w wyniku przeprowadzenia postępowania wykonawczego, ukierunkowanego bezpośrednio na jego osobę, mogłaby skłonić uprawnionego do podjęcia decyzji o zaniechaniu realizowaniu swojego prawa.

Powyższa argumentacja przemawia za taką wykładnią przepisów, która pozwalałaby na wykorzystanie różnego rodzaju zabezpieczeń i gwarancji dla utrzymywania wzajemnej łączności dziecka i rodzica. Można postawić tezę, że nowoczesny model postępowania wykonawczego w odniesieniu do kontaktów powinien charakteryzować się różnymi sposobami zapewniającymi zachowanie wzajemnych, osobistych relacji pomiędzy małoletnim a tym z rodziców, który nie sprawuje nad nim stałej pieczy.

¹⁰ Zob. J. Gudowski, *Postępowanie w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką*, „Przełęcz Sądowy” 2002, Nr 1, s. 23; G. Niemiałowska, *Postępowanie...*, s. 12–13, a także postanowienie SN z dnia 18.05.1983 r., I CZ 73/83 (niepublikowane).

Przykładem aktu prawnego, który przewiduje szeroki katalog środków zabezpieczających wykonanie tego rodzaju orzeczeń lub porozumień, jest Konwencja w sprawie kontaktów z dziećmi, sporządzona w Strasburgu dnia 15.05.2003 r., a opracowana w ramach Rady Europy przez Komitet Ekspertów Prawa Rodzinnego, działający pod auspicjami Europejskiego Komitetu Współpracy Prawnej, i przyjęta przez Komitet Ministrów Rady Europy. Konwencja ta stanowi o obowiązku wprowadzenia co najmniej trzech zabezpieczeń, wśród których przewiduje ona obok nadzoru nad kontaktami, zobowiązania do pokrycia kosztów podróży i złożenia kaucji – środek w postaci nałożenia kary pieniężnej na osobę, pod której pieczę dziecko stale pozostaje, w sytuacji odmowy przez tę osobę zastosowania się do postanowień orzeczenia dotyczącego kontaktu¹¹.

Ustawodawca akceptując te standardy w ustawie o zmianie k.r.o. oraz innych ustaw¹² wprowadził do k.p.c. art. 581¹ § 2, który stanowi, iż „sąd opiekuńczy w celu zapewnienia wykonania kontaktów może w szczególności: 1) zobowiązać osobę uprawnioną do kontaktów z dzieckiem lub osobę, pod której pieczę dziecko pozostaje, do pokrycia kosztów podróży i pobytu dziecka lub także osoby towarzyszącej dziecku, 2) zobowiązać osobę, pod której pieczę dziecko pozostaje, do złożenia na rachunek depozytowy sądu odpowiedniej kwoty pieniężnej w celu pokrycia wydatków uprawnionego związanych z wykonywaniem kontaktów na wypadek niewykonania lub niewłaściwego wykonania przez osobę zobowiązaną obowiązków wynikających z postanowienia o kontaktach, 3) odebrać od osoby uprawnionej do kontaktu z dzieckiem lub osoby, pod której pieczę dziecko pozostaje, przyrzeczenia określonego zachowania.”. Fakt pominięcia w tym katalogu podstawowego zabezpieczenia wykonywania kontaktów, jakim jest możliwość nałożenia na osobę zobowiązaną grzywny, mimo odwołania się przez prawodawcę do standardów określonych w Konwencji o kontaktach z dziećmi¹³, można tłumaczyć dokonaniem założenia, że stosowanie tego środka przymusu, jest w praktyce sądowej wystarczająco upowszechnione. Użycie w treści tego przepisu sformułowania „w szczególności” pozwala sądowi zastosować każdą postać zabezpieczenia dla wykonania orzeczenia lub porozumienia, stanowiącego o prawie do spotkań z dzieckiem. Niezaprzeczalnym walorem tego uregulowania jest to, że powoduje ono wygaśnięcie sporu co do tego, czy wymierzenie grzywny w celu

¹¹ Projekt ustawy o ratyfikacji Konwencji został uchwalony przez Sejm RP na posiedzeniu Nr 26, dnia 23.10.2008 r. Prezydent RP dnia 29.11.2008 r. odmówił podpisania tej ustawy, przytaczając dość dyskusyjne argumenty. Komisja Sprawiedliwości i Praw Człowieka oraz Komisja Spraw Zagranicznych po rozpoznaniu weta na posiedzeniach w dniach 18.12.2008 r. oraz 08.01.2009 r. wystąpiły z wnioskiem o ponowne uchwalenie ustawy ratyfikującej Konwencję w dotychczasowym brzmieniu. Veto Prezydenta RP zostało odrzucone przez Sejm w dniu 23.04.2009 r.

¹² Zob. Dz. U. z 2008 r. Nr 22, poz. 1431. Ustawę uchwalono dnia 06.11.2008 r., natomiast weszła ona w życie dnia 13.06.2009 r.

¹³ Zob. uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy Nr 888), s. 56.

ureczywistnienia prawa do kontaktów jest elementem egzekucji, czy też postępowania opiekuńczego¹⁴.

Dotychczasowa praktyka sądowa, będąca przedmiotem krytyki Sądu Najwyższego, opiera się na w pełni uprawnionym stanowisku, iż w obowiązującym stanie prawnym, podobnie jak w wypadku poprzednich rozwiązań systemowych, uregulowania szczególne odnoszą się do czynności polegających na odebraniu osoby. W pozostałym zakresie mają zastosowanie zasady ogólne¹⁵. Czym innym jest bowiem ukierunkowanie działań bezpośrednio na osobę, która wymaga szczególnej ochrony prawnej, a czym innym zastosowanie środków przymusu, które nie są związane z tak silną ingerencją w sferę prywatności dziecka.

Należy podzielić pogląd Sądu Najwyższego, iż mankamentem koncepcji wymierzania grzywny na podstawie art. 1050 lub 1051 k.p.c. w celu przymuszenia zobowiązanego do honorowania orzeczenia był dotychczas brak ścisłego związku tego rodzaju rozstrzygnięcia z postępowaniem opiekuńczym, co wykluczało możliwość skupienia w tym sądzie wszystkich spraw związanych z wykonywaniem władzy rodzicielskiej¹⁶. Jakkolwiek zarzut ten jest trafny, to problem został rozwiązany przez wspomniany art. 581¹ § 2 k.p.c.

Zajęte w tej glosie stanowisko nie wyklucza w żadnym razie możliwości wykorzystania przepisów o odebraniu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką do realizacji postanowień o kontaktach. W świetle przytoczonej argumentacji można mówić w zasadzie o istnieniu równorzędnych sposobów ureczywistnienia prawa do łączności z dzieckiem. W pewnych wypadkach tryb przewidziany w art. 598¹ i nast. k.p.c. będzie nawet korzystniejszym rozwiązaniem, które zapewni ochronę interesów dziecka i rodzica w sferze utrzymywania osobistych i regularnych związków. Przykładem tego może być sytuacja, gdy orzeczenie o widzeniach nie byłoby honorowane przez osoby trzecie (np. dziadków), sprawujące faktyczną pieczę nad małoletnim w imieniu rodzica, który wyjechał zagranicę, a któremu powierzono wykonywanie władzy rodzicielskiej. Wówczas drugi z rodziców, jeśli nie chciałby zmieniać ustalonego stanu rzeczy, a domagałby się zapewnienia mu łączności z dzieckiem, miałby ograniczoną możliwość działania – bez ewentualności sięgnięcia po uregulowania dotyczące odebrania osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką. Rozwiązania określone w art. 582¹ § 2 k.p.c. mogłyby bowiem okazać się niewystarczające. Postępowanie uregulowane w omawianym oddziale

¹⁴ W ocenie Z. Świebody, odnoszącej się do unormowania obowiązującego w poprzednim stanie prawnym, do sądu opiekuńczego należy nie tylko odebranie dziecka, ale również wszystkie inne czynności służące wykonaniu jego orzeczenia. Zob. tenże, *Głosa...*, s. 402. Inaczej SN w postanowieniu z dnia 15.03.1983 r., IV CZ 25/83, OSP1984/9/185.

¹⁵ Zob. uzasadnienie uchwały SN z dnia 30.01.1976 r. IIICZP 94/75, OSNCP 1976/7-8/157, która została wprawdzie wydana również na gruncie nieobowiązującego art. 1089 k.p.c., to jednak zawarty w niej kierunek interpretacji wydaje się być właściwy.

¹⁶ Por. też postanowienie SN z dnia 15.03.1983 r., IV CZ 25/83, OSP1984/9/185.

k.p.c. ma ten bowiem walor, że może być skierowane przeciwko każdemu, u kogo osoba ta przebywa. Tryb ten wydaje się też o wiele bardziej adekwatny w wypadku wykonania orzeczenia o kontaktach w sytuacji, gdy dziecko jest ukrywane przez zobowiązanego.

Akceptując możliwość odebrania dziecka w odniesieniu do urzeczywistnienia przedmiotowych postanowień, powstaje zasadnicza kwestia wyrażająca się w pytaniu, które przepisy w ramach tej procedury znajdują tu zastosowanie, a mianowicie, czy tylko przepisy regulujące jej fazę wykonawczą, czy raczej – zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego – aby wykonać orzeczenie o kontaktach, nieodzowne jest przeprowadzenie wcześniejszej fazy rozpoznawczej. Gdyby przyjąć trafność glosowanej tezy, wyjaśnienie charakteru postanowienia o kontaktach na tle późniejszego orzeczenia wydanego w kolejnym postępowaniu rozpoznawczym w celu jego wykonania, mogłoby okazać się problematyczne. Według Roberta Zegadły, przy tej konstrukcji prawnej, rozstrzygnięcie o łączności z dzieckiem nie stanowiłoby rozstrzygnięcia podlegającego wyegzekwowaniu, lecz byłoby orzeczeniem określającym osobę uprawnioną do sprawowania pieczy nad nim w wymiarze określonym przez jego sentencję¹⁷. Koncepcja ta nie wydaje się jednak dopuszczalna choćby z tego powodu, że prowadzi ona do rozwarstwienia jednolitej kategorii orzeczeń, wydanych w oparciu o tę samą podstawą prawną, poprzez stworzenie sztucznego podziału na rozstrzygnięcia określające jedynie uprawnienie do czasowej (bieżącej) pieczy oraz na postanowienia, które z racji braku uprawnienia do zabrania dziecka poza miejsce jego pobytu podlegają wykonaniu. W końcu należy podkreślić, że ponowne zbadanie sprawy pod kątem realizacji prawa do łączności z dzieckiem budzi zastrzeżenia ze względu na nieefektywność takiego rozwiązania. Wątpliwości pojawiają się również w odniesieniu do sensu wyznaczenia w trybie art. 598⁵ k.p.c. terminu do wykonania orzeczenia o kontaktach, skoro zarówno osoba uprawniona, jak i terminy wydania dziecka na czas oznaczony zostały już w sposób wiążący określone.

Pogląd Sądu Najwyższego opiera się na założeniu istnienia podobieństwa (wręcz identyczności) istoty obowiązków wydawania i odbierania dziecka w odniesieniu do jednokrotnego aktu i czynności powtarzalnych (czy raczej stanu ciągłego). Mamy więc do czynienia z podobną kategorią prawną i jednocześnie z niedostatkiem uregulowania w materii, która nas interesuje. To zaś skłania do wniosku, że przepisy ujęte w omawianym oddziale k.p.c. mogą być stosowane do przeprowadzenia procedury odebrania dziecka na czas oznaczony w drodze analogii. Aczkolwiek nie wszystkie uregulowania – co do zasady – mogą zostać uwzględnione. Praktyka korzystania z art. 598⁴ i 598⁵ k.p.c. wydaje się zbędna.

¹⁷ Zob. tenże, *Glosa...*, 87, 89. Można przypuszczać, że Autor ten jednocześnie poddaje w wątpliwość to założenie poprzez konstatację jego pewnej niekonsekwencji. Otóż w dacie ferowania orzeczenia osoba, której powierzono sprawowanie pieczy, nie musi być wcale „czasowo nieuprawniona”.

Ustalanie identycznych obowiązków w dwóch różnych, następujących po sobie postępowaniach rozpoznawczych nie jest bowiem rozwiązaniem celowym. Orzeczenie o łączności z małoletnim tworzące obowiązek jego wydania powinno być zatem zrealizowane w stadium postępowania wykonawczego, o którym stanowi art. 598⁶ i nast. k.p.c.

Jednakże w pewnych wypadkach wydanie orzeczenia w fazie rozpoznawczej będzie jednak nieodzowne w celu wykonania postanowienia o kontaktach z dzieckiem. Nastąpi to wówczas, gdy warunkiem urzeczywistnienia tego orzeczenia, będzie wyznaczenie danemu podmiotowi terminu, w jakim należy oddać osobę podlegającą władzy rodzicielskiej. Przykładem tej sytuacji może być stan faktyczny, w którym osoba trzecia, sprawująca nad nią faktyczną pieczę, nie honoruje postanowienia o kontaktach¹⁸. Inną ilustracją tej tezy może być sprawa, gdy sąd zobowiązał jednego z rodziców do wydania dziecka drugiemu na oznaczony okres – bez określenia terminu, w jakim zobowiązany powinien go oddać uprawnionemu. Postanowienia ferowane w tego rodzaju sprawach będą miały charakter orzeczeń wydanych w postępowaniu, będącym samodzielną postacią sprawy opiekuńczej.

Orzeczenie o kontaktach z dzieckiem tworzy pewien stan rzeczy, którego cechą charakterystyczną są zazwyczaj powtarzające się czynności, następujące w określonych terminach. Jest oczywiste, że stosownie sankcji zawartej w art. 598⁶ k.p.c. w wypadku postanowienia rozstrzygającego spór co do utrzymywania regularnej łączności z małoletnim może nastąpić tylko w odniesieniu do przyszłych terminów spotkań. Tymczasem w typowej sprawie o odebranie osoby dopiero bezskuteczny upływ terminu stwarza podstawę do wszczęcia fazy wykonawczej postępowania¹⁹. Przeto należy, stosując przepisy objęte omawianym odziałem k.p.c., oprzeć się na takiej wykładni tych uregulowań, która zakłada, że zlecenie kuratorowi wykonania orzeczenia przy czynnościach powtarzających może nastąpić po upływie daty wyznaczonej jako pierwszy dzień kontaktów, jeżeli zobowiązany nie wydał dziecka dobrowolnie. W konsekwencji nie będzie dopuszczalne uwzględnienie wniosku przed upływem tego terminu, skoro podstawowym założeniem analizowanego postępowania jest dobrowolne oddanie małoletniego osobie uprawnionej.

Na koniec tych rozważań wypada poświęcić kilka uwag dotyczących przebiegu postępowania wszczętego dla urzeczywistnienia orzeczenia dotyczącego wzajemnych spotkań jednego z rodziców i dziecka, a więc zagadnieniom, które z przyczyn oczywistych nie mogły być przedmiotem rozpoznania Sądu Najwyższego.

¹⁸ Przykład ten powołano już powyżej w glosie.

¹⁹ Zob. G. Niemiętowska, *Postępowanie...*, s. 20; T. Żyżnowski (w:) *K.p.c...*, s. 577; J. Jagieła, *Postępowanie w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką (stadium wykonawcze)*, „Monitor Prawniczy” 2003, Nr 6, s. 248.

Należy przede wszystkim podkreślić, że zlecenie kuratorowi odebrania osoby może nastąpić tylko na wniosek tego, kto został wymieniony w orzeczeniu jako podmiot uprawniony do jego odebrania (art. 598¹ § 3 oraz art. 598⁶ k.p.c.)²⁰. Pismo wszczynające stadium wykonawcze postępowania powinno odpowiadać warunkom formalnym określonym w art. 511 § 1 k.p.c. Roszczenie odebrania dziecka musi być sformułowane w sposób nie budzący wątpliwości. Często spotykane w praktyce ogólne stwierdzenie wyrażające żądanie *egzekucji kontaktów* wydaje się nieprecyzyjne, gdyż nie pozwala określić, które środki przymusu są objęte wnioskiem. Uzpełnienie tego braku formalnego w zakresie dokładnie oznaczonego roszczenia powinno nastąpić w drodze zastosowania art. 130 § 1 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. Wydaje się, że wniosek ten jest zwolniony z opłaty wpisowej na mocy art. 95 ust. 1 pkt 4 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych²¹. Natomiast do jego warunków formalnych nie należy dołączyć tytułu wykonawczego.

Właściwym do rozpoznania żądania jest – zgodnie z art. 569 § 1 k.p.c. – sąd opiekuńczy miejsca zamieszkania dziecka, a w razie braku tej podstawy – sąd opiekuńczy miejsca jego pobytu. Jeśli małoletni nie posiada ani miejsca zamieszkania, ani miejsca pobytu, wniosek powinien być złożony do sądu rejonowego dla m.st. Warszawy. Na mocy art. 598⁷ k.p.c. sąd właściwy według kryterium miejsca zamieszkania jest władny zwrócić się o odebranie dziecka przez kuratora działającego w sądzie, w którego okręgu przebywa małoletni.

Wniosek wraz z zawiadomieniem o terminie rozprawy, jeżeli została ona wyznaczona, doręcza się prokuratorowi.

Rozpoznanie wniosku następuje na posiedzeniu przewidzianym przez art. 514 § 1 k.p.c. Wydanie postanowienia powinno być poprzedzone wysłuchaniem uczestników (uprawnionego i zobowiązanego) lub zapoznaniem się z ich pisemnymi oświadczeniami. Nie ulega wątpliwości, że sąd jest zobowiązany – w myśl znowelizowanego art. 576 k.p.c. – zapewnić również dziecku możliwość wypowiedzenia się co do sprawy w drodze jego wysłuchania poza salą posiedzeń, gdy jest ono zdolne do kształtowania swych własnych poglądów.

Jeżeli konieczne jest przeprowadzenie postępowania dowodowego (np. zasięgnięcia opinii biegłych psychologów), powołany przepis daje podstawę do wyznaczenia przez sąd rozprawy.

²⁰ Jeżeli wniosek został złożony, np. przez prokuratora, warunkiem jego uwzględnienia jest przystąpienie tej osoby do postępowania oraz poparcie przez nią tego wniosku. Zob. wypowiedzi autorów na ten temat przytoczone w przypisie 20.

²¹ Por. uchwałę SN z dnia 26.07.1972 r., III CZP 49/72, OSNC 1973/3/39. Wniosek ten jest składany w wykonaniu obowiązku wynikającego z ustawy lub nałożonego przez sąd opiekuńczy (art. 95 ust. 1 ustawy o kosztach...). Kontakty są obecnie ujmowane nie tylko jako prawo rodzica, ale również jako jego obowiązek. Złożenie wniosku o wykonanie postanowienia o spotkaniach następuje zatem w wykonaniu tego obowiązku.

W postępowaniu sąd bada, czy orzeczenie o kontaktach z dzieckiem jest dobrowolnie wykonywane, czy też konieczne jest zastosowanie w terminach spotkań przymusu poprzez zlecenie kuratorowi odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej. Warunkiem uwzględnienia żądania nie jest stwierdzenie prawomocności postanowienia stanowiącego o prawie do styczności z małoletnim, gdyż jest ono skuteczne i wykonalne z chwilą jego ogłoszenia (art. 578 k.p.c.). W postępowaniu tym sąd powinien ustalić, czy ten sposób wykonania orzeczenia nie stanowi zagrożenia dla dobra dziecka oraz czy jest on adekwatny, w świetle tej nadrzędnej przesłanki, do okoliczności sprawy. Wydając rozstrzygnięcie, sąd powinien wziąć pod uwagę stanowisko dziecka.

Wniosek podlega oddaleniu, jeżeli wykonanie orzeczenia przez odebranie dziecka wiązałoby się z niebezpieczeństwem doznania przez nie krzywdy fizycznej lub moralnej. Pogląd ten znajduje uzasadnienie nie tylko w kontekście dyspozycji art. 598¹² k.p.c., ale jest on przede wszystkim oparty na art. 3 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka, który wyraża zasadę nadrzędności dobra dziecka. Żądanie nie powinno być również uwzględnione, jeżeli sąd stwierdziłby po stronie zobowiązanego brak oporu w podporządkowaniu się orzeczeniu o kontaktach. Gdyby okazało się, że kontestacja obowiązku wydania dziecka nie zachodzi bezpośrednio przed wykonaniem zlecenia jego odebrania, kurator powinien wstrzymać się z wykonaniem orzeczenia i zawiadomić o tym sąd opiekuńczy²².

Postanowienie o oddaleniu wniosku jest orzeczeniem kończącym postępowanie, a zatem podlega zaskarżeniu w drodze zażalenia²³.

Sąd zleca kuratorowi wykonanie orzeczenia regulującego spotkania z dzieckiem w formie postanowienia. Powstaje wówczas stan rzeczy podobny do tego, który występuje przy ustanowieniu kuratorskiego nadzoru jako gwarancji prawidłowego przebiegu kontaktów. Różnica polega na tym, że w wypadku postępowania wykonawczego, działania kuratora ograniczają się tylko do pierwszej fazy wzajemnych kontaktów i podporządkowane są określonej celowi, którym jest odebranie dziecka i jego wydanie uprawnionemu. Konsekwencją zastosowania tego trybu jest udział kuratora w każdym terminie, który został w postanowieniu wyznaczony na spotkanie z małoletnim. Założeniem postępowania jest skłonienie osoby zobowiązanej do przestrzegania orzeczenia. Dopuszczalne jest więc uwzględnienie wniosku w części poprzez ograniczenie czasowe trwania tego środka przy-

²² Założenie to, opierające się na wykładni art. 598¹² § 2 k.p.c., powinno usunąć wątpliwości, czy możliwe jest w chwili wydawania rozstrzygnięcia antycypowanie tego, że dziecko nie zostanie wydane dobrowolnie. Zob. R. Zegadło, *Glosa...*, s. 88.

²³ Zob. uchwałę SN z dnia 09.02.2007 r., III CZP 156/06, OSP 2008/7-8/76, OSNC 2008/1/2, dopuszczającą zażalenie na powyższe postanowienie w drodze ostrożnej analogii do przepisów regulujących egzekucję. Stanowisko to zaakceptował F. Zedler w Glosie do w/w uchwały, aczkolwiek nie w wyniku zastosowania analogii, lecz z powołaniem się na art. 394 § 1 k.p.c. Tenże, *Glosa...*, OSP 2008/7-8/76. Zob. też K. Weitz, *Zaskarżalność postanowienia oddalającego wniosek o zlecenie kuratorowi sądowemu przymusowego odebrania osoby*, „Palestra” 2007, Nr 11–12, s. 233 i n.

musu. Po upływie tego czasu postępowanie zostaje na podstawie art. 355 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.. umorzone, chyba że okres trwania fazy wykonawczej został wydłużony przez sąd, który w oparciu o art. 359 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. wydał stosowne postanowienie.

Zlecenie kuratorowi wykonania orzeczenia o kontaktach wiąże się z wydatkiem w postaci ryczałtu za jego uczestnictwo w każdorazowym odebraniu dziecka. Zgodnie z art. 91 ust. 1 i 3 ustawy o kuratorach sądowych kuratorowi przysługuje ryczałt za obecność przy kontaktach rodziców z dzieckiem, ustalonych przez sąd opiekuńczy. Zarówno w wypadku nadzoru, jak i wykonania orzeczenia nie chodzi wyłącznie o to, aby rola kuratora sprowadzała się jedynie do przebywania podczas wzajemnych spotkań jednego z rodziców i dziecka w terminach określonych sądownie²⁴. A zatem dyspozycja tego przepisu odnosi się do każdej czynności dokonanej z udziałem kuratora przy okazji kontaktów – pod warunkiem, że zostały one skonkretyzowane przez sąd opiekuńczy. Jakkolwiek wszczęcie postępowania następuje na wniosek, to jednak kurator przystępuje do swoich czynności nie z inicjatywy wnioskodawcy, lecz na zlecenie sądu. Stwierdzenie to upoważnia do konkluzji, że wydatek ten jest faktycznie powiązany z działaniem, podjętym przez organ sądowy z urzędu. Czynności sądu opiekuńczego, wykonywane w warunkach podobnych jak w wypadku odebrania dziecka (art. 100 k.r.o.)²⁵, nie powinny być – co do istoty rzeczy – ograniczone dodatkowymi obostrzeniami, takimi jak uiszczenie odpowiedniej należności. Przy tej wykładni kwotę potrzebną na pokrycie ryczałtu wykląda tymczasowo Skarb Państwa, zaś w orzeczeniu kończącym sąd orzeka o poniesionych czasowo wydatkach, obciążając nimi zobowiązanego, jeżeli istnieją do tego podstawy (art. 83 i art. 113 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych).

Skuteczność i szybkość tego postępowania gwarantują przepisy ujęte w art. 598⁷–598¹² k.p.c.

Jeżeli stosowanie przymusu nie będzie już potrzebne ze względu na zmianę postawy zobowiązanego, sąd na wniosek lub z urzędu może uchylić na podstawie art. 359 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. postanowienie o zleceniu kuratorowi wykonania orzeczenia i umorzyć postępowanie. Decyzja o zakończeniu postępowania powinna być podjęta również wówczas, gdy zachodzą okoliczności o charakterze trwałym, przemawiające przeciwko stosowaniu tego środka przymusu, a w szczególności, gdy dobro dziecka jest zagrożone²⁶.

²⁴ Na temat funkcji i sposobów działania kuratora ustanowionego do kontaktów zob. A. Kallaus, *Glosa do uchwały składu 7 sędziów SN z dnia 08.03.06 r.*, IIICZP 98/05, „Rodzina i Prawo” 2007, Nr 1, s. 86.

²⁵ SN w postanowieniu z dnia 11.01.2000 r., ICKN 327/98 („Biuletyn SN” 2000/4/14), podkreślił, że obowiązek z art. 100 k.r.o. obejmuje również nadzorowanie wykonania zarządzeń mających doprowadzić do nawiązania pomiędzy dzieckiem a rodzicem więzi psychicznej, koniecznej do należytego wykonywania władzy rodzicielskiej.

²⁶ Zob. J. Jagiela, *Postępowanie...*, s. 251; Z. Świeboda, *Orzekanie i wykonywanie orzeczeń w sprawie o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką*, „Monitor Prawniczy” 2003, Nr 1, s. 21.

Uwaga od autora:

W czasie przygotowywania glosy do druku w Sejmie rozpoczęto prace legislacyjne nad projektem ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (druk Nr 1856). Zaproponowano dodanie art. 598¹⁵ k.p.c. w brzmieniu: *przepisy art. 598⁵–598¹² stosuje się odpowiednio do wykonania orzeczeń wydanych na podstawie art. 58 § 1 i § 1a i art. 113¹ k.r.o. w zakresie kontaktów rodzicem z dzieckiem, w przypadku gdy orzeczenia te nie są wykonywane albo są nieprawidłowo wykonywane*. Zmiana ta wprowadza wprost regulację zawierającą rozwiązanie, które przyjęto w glosie na zasadzie interpretacji przepisów.

Księgi poświęcone wybitnym przedstawicielom polskiej nauki prawa rodzinnego

W 2008 roku ukazały się dwie książki poświęcone wybitnym przedstawicielom polskiej nauki prawa rodzinnego. Są to: Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego (Toruń 2008) oraz Księga pamiątkowa ku czci Profesor Wandy Stojanowskiej „W trosce o rodzinę” (Warszawa 2008). Ze względu na znane zainteresowanie wymienionych Profesorów prawem rodzinnym, ta problematyka, jak i szerzej – problematyka rodziny jest szczególnie obecna wśród prac zamieszczonych w tych księgach. Choćby krótka prezentacja każdego ze znajdujących się w tych księgach artykułów, które dotyczą problematyki rodziny, nie jest możliwa właśnie z uwagi na ich liczebność. Dlatego też poniżej jedynie wymieniono zawarte w tych publikacjach artykuły z zakresu prawa rodzinnego, prawa nieletnich, a także te prace z zakresu prawa konstytucyjnego, międzynarodowego i administracyjnego, które dotyczą rodziny. Przedtem jednak należy w skrócie przybliżyć dorobek naukowy obojga Profesorów, którym poświęcone są wymienione książki.

Profesor Tadeusz Smyczyński

Wprawdzie szczególnym zainteresowaniem darzy Profesor Tadeusz Smyczyński prawo rodzinne, ale w swoim dorobku naukowym, szczególnie tym wcześniejszym, ma także szereg prac z zakresu prawa cywilnego w ogólności. Tej tematyki dotyczyła praca magisterska z 1960 r. („Czynności prawne abstrakcyjne a wola stron”) oraz praca doktorska z 1968 r. („Użytkowanie wieczyste”), obronione na Uniwersytecie im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Pracę naukową Profesor łączył w tym czasie z praktyką radcowską. W 1973 r. podjął pracę w Instytucie Państwa i Prawa PAN w Poznaniu, z którym jest do dziś związany. Od 1984 r. jest kierownikiem tej placówki i pełni w niej także funkcję przewodniczącego Centrum Prawa Rodzinnego i Praw Dziecka. Habilitacja była już związana z prawem rodzinnym („Obowiązek alimentacyjny rodziców względem dziecka a polityka socjalna państwa”, Ossolineum 1978 r.).

W 1979 r. na wniosek Ministra Spraw Zagranicznych Profesor opracował projekt konwencji o prawach dziecka. Projekt ten stanowił podstawę uchwalonej dziesięć lat później konwencji ONZ.

Od 1990 r. jest profesorem nauk prawnych. Od 1995 do 2004 r. Profesor wykładał na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Po-

znaniu a od 2004 r. jest pracownikiem Katedry Prawa Cywilnego i Handlowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego.

Profesor Smyczyński jest redaktorem tomu Systemu Prawa Prywatnego poświęconego problematyce relacji prawnych między rodzicami i dziećmi.

Profesor jest znawcą europejskich regulacji z zakresu prawa rodzinnego, prowadził w tym zakresie badania prawnoporównawcze, w szczególności na uniwersytetach zagranicznych (Paryż, Leuven, Münster) oraz w instytucjach międzynarodowych (np. Akademia Prawa Międzynarodowego w Hadze), uczestniczył w licznych konferencjach międzynarodowych i publikował za granicą.

Dla Komisji Europejskiej przeprowadził badania poświęcone stosunkom prawnym między rodzicami i dziećmi w świetle Konwencji prawa dziecka.

Jako członek zespołu problemowego ds. prawa rodzinnego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego Profesor brał udział w pracach nad nowelizacjami Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego dotyczących małżeństwa konkordatowego, separacji, stosunków majątkowych między małżonkami oraz ostatnio – stosunków prawnych między rodzicami i dziećmi.

Jak wynika z przedstawionego dorobku naukowego, szczególnie obecna jest w nim problematyka praw dziecka oraz alimentacji.

Profesor Wanda Stojanowska

Profesor Wanda Stojanowska w swojej pracy zawodowej, w szczególności – działalności naukowej – już począwszy od studiów na Uniwersytecie Łódzkim, zajmuje się prawem rodzinnym. Temat Jej pracy magisterskiej brzmiał: „Zaprzeczenie ojcostwa przez dziecko”. Po ukończeniu studiów pracowała jako sędzia w sądzie powiatowym a następnie w sądzie wojewódzkim. W 1972 r. obroniła pracę doktorską wyróżnioną w konkursie „Państwa i Prawa” pt. „*Exceptio plurium concubentium* w prawie polskim”. W 1973 r. została oddelegowana do pracy w Instytucie Badania Prawa Sądowego (obecnie jest to Instytut Wymiaru Sprawiedliwości). Temat rozprawy habilitacyjnej brzmiał: „Rozwód a dobro dziecka”. Praca ta została także wyróżniona w konkursie na najlepsze rozprawy doktorskie i habilitacyjne „Państwa i Prawa”.

Profesor Stojanowska wielokrotnie uczestniczyła w międzynarodowych konferencjach oraz publikowała w językach obcych. Jeśli chodzi o publikacje w Polsce, to z jej dorobku można wskazać w szczególności następujące opracowania, których jest autorem lub współautorem: „Problematyka rozwodów w świetle badań” (1977), „Ojcostwo prawne a ojcostwo biologiczne” (1985), „Władza rodzicielska” (1988), „Ochrona dziecka przed negatywnymi skutkami konfliktu między jego rodzicami” (1997), „Dowód z badań DNA a inne dowody w procesach o ustalenie ojcostwa” (2000), „Władza rodzicielska pozamatrzeńskiego i rozwiedzionego ojca.

Studium socjologiczno-prawne” (2000). Jest jednym z autorów tomu Systemu Prawa Prywatnego poświęconego problematyce relacji prawnych między rodzicami i dziećmi. Nie sposób wymienić licznych artykułów wydawanych w pismach prawniczych i innych periodykach. Jak wynika z tytułów powołanych prac, dotyczą one przede wszystkim problematyki ustalania pochodzenia dziecka, rozwodu i władzy rodzicielskiej.

Od 2002 r. jest profesorem nauk prawnych.

Profesor Wanda Stojanowska wykładała m.in. na Wydziale Nauk Pedagogicznych Akademii Pedagogiki Specjalnej im. Marii Grzegorzewskiej, a od 2001 r. jest kierownikiem Katedry Prawa Rodzinnego i Prawa Nieletnich Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie oraz wykładowcą Katedry Prawa Prywatnego Wydziału Prawa w Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie.

Profesor była członkiem zespołu problemowego ds. prawa rodzinnego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego biorąc udział w pracach nad nowelizacją Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w zakresie stosunków prawnych między rodzicami i dziećmi.

Wiele interesujących informacji o działalności i zainteresowaniach Wandy Stojanowskiej zawiera wywiad przeprowadzony z Panią Profesor przez ks. dr Mirosława Koska, zamieszczony na wstępie Księgi pamiątkowej.

I. Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Smoczyńskiego

- Zbigniew Radwański, *Miejsce prawa rodzinnego w systemie prawa* (s. 181);
Tadeusz Jasudowicz, *O potrzebie rzeczywistego upodmiotowienia rodziny* (s. 195);
Mirosław Nazar, *Konkubinat a małżeństwo – wybrane zagadnienia* (s. 219);
Piotr Kasprzyk, *Kilka uwag o potrzebie instytucjonalizacji homoseksualnych związków partnerskich i „małżeńskich” w polskim prawie rodzinnym* (s. 239);
Marek Sychowicz, *Uwagi o zakresie zarządu majątkiem wspólnym małżonków* (s. 265);
Feliks Zedler, *Obrona małżonków żyjących w umownym ustroju majątkowym w egzekucji prowadzonej do majątku wspólnego za długi jednego z nich* (s. 275);
Adam Olejniczak, *O pogłębianiu rozkładu pożycia i winie małżonków* (s. 287);
Małgorzata Łączkowska, *Stosunek prawny pokrewieństwa a pochodzenie genetyczne* (s. 301);
Wanda Stojanowska, *Postulowany model procesu o ustalenie ojcostwa jako konsekwencja wprowadzenia do praktyki sądowej dowodu z badań DNA* (s. 317);
Janusz Gajda, *Prawo do znajomości oraz ustalenia własnego pochodzenia. Refleksje na tle projektu nowelizacji kodeksu rodzinnego i opiekuńczego opracowanego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego* (s. 329);

- Anna Natalia Schulz, *Ustalenie ojcostwa i utrzymywanie kontaktów z dzieckiem – niektóre prawa ojca w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka* (s. 343);
- Tomasz Justyński, *Parental Alienation Syndrome (PAS) w świetle prawa i judykatury niemieckiej* (s. 373);
- Tomasz Sokołowski, *Stosowanie przepisów art. 141-143 k.r.o.* (s. 383);
- Elżbieta Holewińska-Łapińska, *Ustanowienie opieki a orzeczenie o umieszczeniu dziecka w rodzinie zastępczej* (s. 399);
- Marek Andrzejewski, *Z wędrówek po pograniczu cywilistyki i prawa administracyjnego, czyli o ewolucji prawa pomocy społecznej* (s. 491);
- Zbigniew Janku, *Prawo rodzinne – pomoc społeczna (zasada pomocniczości) – prawo administracyjne* (s. 531);
- Mieczysław Goettel, *Wybrane konstrukcje prawnorodzinne w prawie podatkowym (na gruncie przepisów o podatku dochodowym od osób fizycznych)* (s. 539);
- Zbigniew Ofiarski, *Wybrane aspekty opodatkowania dochodów osób samotnie wychowujących dzieci* (s. 559);
- Henryk Haak, *Występowanie u małoletniego przejawów demoralizacji jako podstawa faktyczna ingerencji sądu* (s. 623);
- Irena Rzepińska, *Współcześni nieletni sprawcy czynów karalnych – późniejsi dorośli przestępcy* (s. 643);
- Stanisław Stachowiak, *Model postępowania w sprawach nieletnich w Polsce* (s. 651);
- Dobrochna Wójcik, *Problematyka wczesnego zapobiegania przestępczości nieletnich* (s. 659);
- Stanisław Leszek Stadniczenko, *Rodzina jako przedmiot ochrony na podstawie norm międzynarodowych o prawach człowieka* (s. 677);
- Louis Balmond, *Le droit international et les enfants soldats: l'émergence d'un système juridique* (s. 687);
- Chantal Nast, *La Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC). Exemples de coopération internationale et difficultés* (s. 715);
- Barbara Kunicka-Michalska, *Hiszpańska ustawa o ochronie prawnej małoletnich* (s. 947);

II. „W trosce o rodzinę” – Księga pamiątkowa ku czci Profesor Wandy Stojanowskiej

- Marcin Białecki, *Możliwości i ograniczenia mediacji w sprawach rodzinnych na tle prawnoporównawczym* (s. 1);
- Bronisław Czech, *Z problematyki winy rozkładu pożycia małżeńskiego w związku z obowiązkiem wierności małżeńskiej* (s. 45);

-
- Wojciech Góralski, *Przesłanki formalnoporządkowe zawarcia małżeństwa w prawie polskim i w prawie kanonicznym* (s. 137);
- Elżbieta Holewińska-Łapińska, *Ocena realizacji zasady ochrony dobra dziecka w praktyce orzekania separacji z zastosowaniem „modeli Stojanowskiej”* (s. 169);
- Grzegorz Jędrzejek, *Ograniczenia dotyczące środków zaskarżenia wyroków rozwodowych* (s. 187);
- Mirostław Kosek, *Pojęcie rodziny w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym i negatywne skutki jej redefinicji w wybranych aktach prawnych* (s. 229);
- Jarosław Majewski, *Uwagi o dopuszczalności wymierzania najsurowszych kar sprawcom nieletnim i młodocianym na podstawie Kodeksu karnego z 1997 r.* (s. 265);
- Cezary Mik, *Zawarcie i rozwiązanie małżeństwa w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka* (s. 279);
- Tomasz Pałdyna, *Przedawnienie roszczeń alimentacyjnych* (s. 343);
- Krzysztof Pietrzykowski, *Małżeńskie ustroje majątkowe a spółdzielcze prawa do lokali (zagadnienia intertemporalne)* (s. 357);
- Tadeusz Smyczyński, *Odpowiedzialność małżonków za zobowiązania zaciągnięte w celu zaspokojenia zwykłych potrzeb rodziny* (s. 439);
- Tomasz Sokołowski, *Swoboda interczyzy w ujęciu prawnoporównawczym* (s. 447);
- Ireneusz Sołtyśzewski, *Dowód z badań DNA – wybrane aspekty* (s. 471);
- Stanisław Leszek Stadniczeńko, *Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie – jak ratować człowieczeństwo i skutecznie pomóc rodzinie?* (s. 487);
- Edward Struczyk, *Kształt mediacji w postępowaniu w sprawach nieletnich* (s. 497);
- Krzysztof Warchałowski, *Zakres przedmiotowy prawa rodziców do wychowania dzieci zgodnie ze swoimi przekonaniem w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności* (s. 557);
- Ewa Wojtaszek-Mik, *Wygaśnięcie obowiązku alimentacyjnego rodziców wobec dzieci* (s. 577);
- Jan Zabłocki, *„Adrogatio” w prawie rzymskim* (s. 599);
- Adam Zieliński, *Instytucja Rzecznika Praw Dziecka w świetle Konstytucji* (s. 617);
- Andrzej Zieliński, *Postępowanie w sprawach o separację na zgodny wniosek małżonków* (s. 629).

Grażyna Nauka

XXX-lecie Sądownictwa Rodzinnego w Polsce

(Warszawa, dnia 29–30 stycznia 2009 r.)

Jubileusz XXX-lecia Sądownictwa Rodzinnego w Polsce został zorganizowany przez Stowarzyszenie Sędziów Sądów Rodzinnych w Polsce (zwane dalej: „SSSR”) oraz wydawcę „Rodziny i Prawa” – Instytut Badań DNA w Warszawie. Zaznaczyć należy, że w 2008 r. obchodzone było także XX-lecie istnienia pierwszego stowarzyszenia sędziów w Polsce, jakim jest SSSR.

Na wniosek przewodniczącej Stowarzyszenia Ewy Waszkiewicz oraz dyrektora Instytutu Badań DNA Janusza Stawiarskiego honorowy patronat nad uroczystością objął Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej Lech Kaczyński. Miejscem wykładów i obrad była Sala Kolumnowa Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej.

W konferencji udział wzięli: Ewa Junczyk-Ziomecka – Sekretarz Stanu w Kancelarii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, Elżbieta Radziszewska – Sekretarz Stanu w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, Pełnomocnik Rządu ds. Równego Traktowania, Ryszard Kalisz – Przewodniczący Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka Sejmu RP, Sędzia Sądu Najwyższego Stanisław Dąbrowski – Przewodniczący Krajowej Rady Sądownictwa, Marek Michalak – Rzecznik Praw Dziecka i Janusz Stawiarski – Dyrektor Instytutu Badań DNA. Wykłady poprowadzili: prof. zw. dr hab. Krzysztof Pietrzykowski – Sędzia Sądu Najwyższego, prof. dr hab. Tomasz Sokółowski z Uniwersytetu im. A. Mickiewicza w Poznaniu, prof. zw. dr hab. Wanda Stojanowska – z Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego i Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie oraz Sędzia Sądu Okręgowego w Warszawie Robert Zegadło – Sekretarz Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego i Redaktor Naczelny „Rodziny i Prawa”. Nad protokołem obrad czuwała Sędzia Sądu Okręgowego w Warszawie Ewa Waszkiewicz – Przewodnicząca SSSR.

Uroczyste obchody święta sędziów rodzinnych, jak również korpusu innych pracowników instytucji pomocniczych pracujących dla dobra rodziny i dzieci, zbiegły się z informacją o przygotowywanym projekcie zmian proponowanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości w zakresie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, zakładającym, że nie w każdym sądzie rejonowym musiałby funkcjonować odrębny sąd rodzinny. Dlatego, chociaż głównym celem obchodów było uroczyste świętowanie i debata na temat prawa rodzinnego i opiekuńczego, to nie obeszło się bez gorzkich słów i krytycznych uwag w tej sprawie.

E. Waszkiewicz w imieniu Zarządu Głównego oraz Rady Programowej XXX-lecia otworzyła obrady i powitała zaproszonych gości, wśród których byli przedstawiciele Sądu Najwyższego, środowiska naukowego, Ministerstwa Sprawiedliwości, Stowarzyszenia Sędziów Sądu Najwyższego w Stanie Spoczynku, Stowarzyszenia Sędziów Polskich „Iustitia”, Stowarzyszenia Prokuratorów Rzeczypospolitej Polskiej, Stowarzyszenia Kuratorów Sądowych i postłowie na Sejm. Dziękując za bardzo liczne przybycie uczestników, prawie 300 sędziów stanowiących blisko 1/3 orzekających sędziów rodzinnych z całego kraju, Przewodnicząca SSSR zaznaczyła, że jest to święto integracji i zaangażowania w pracę sędziego rodzinnego. Nawiązała do uchwał podjętych na niedawnym X Kongresie SSSR oraz projektu zmian w u.s.p., podnosząc, że pierwszym niepokojącym symptomem zapowiadającym niekorzystne zmiany dla sądownictwa rodzinnego była „Zielona Księga” Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego i projekt włączenia prawa rodzinnego do Kodeksu cywilnego. Fakultatywność tworzenia wyspecjalizowanych wydziałów rodzinnych w sądach okręgowych spowodowała to, że na 45 sądów okręgowych tylko w 13 zostały utworzone wydziały rodzinne. Autorzy projektu zupełnie pominęli specyfikę spraw rodzinnych, których ideą przewodnią było umożliwienie rozpoznawania spraw przez jednego sędziego w jednym sądzie. Praktyka wykazała, że jest to korzystne a orzecznictwo spójne. Natomiast praca sędziego rodzinnego to praca na rzecz dobra dziecka. Sądy Rejonowe współpracują z różnymi placówkami, zakładami poprawczymi, Rodzinnymi Ośrodkami Diagnostyczno-Konsultacyjnymi. Jest to misterna struktura mająca zapewnić wnikliwe rozpoznawanie najbardziej życiowych spraw. Fakultatywne tworzenie sądów rodzinnych na szczeblu sądów rejonowych oceniła jako właściwie równe z ich likwidacją, która stanowiłaby niepowetowaną stratę dla dobra rodzin, dziecka i sądów rodzinnych budowanych 30 lat.

E. Waszkiewicz podkreśliła, że praca sędziego rodzinnego to zadanie odpowiedzialne i wymagające specyficznego przygotowania, niemniej to ci sędziowie spotykają się z brakiem uznania i nieuzasadnioną krytyką, jak również nie mogą liczyć na awanse w systemie sądownictwa powszechnego. Dlatego złożyła podziękowania dla wszystkich sędziów rodzinnych za pracę, codzienny trud, za to, że przestrzegając litery prawa kierują się także sercem i ludzką wrażliwością.

Następnie wystąpiła E. Junczyk-Ziomecka, podkreślając, że wyrazem uznania dla zawodu sędziego rodzinnego i odpowiedzialności jest objęcie patronatem tych obchodów przez Prezydenta RP. Zaznaczyła, że w zawód sędziego jest wpisane nadążanie za przemianami ustrojowymi i obyczajowymi, które są obrazem nowoczesnych czasów. Odczytała list gratulacyjny Prezydenta RP skierowany do wszystkich sędziów rodzinnych z okazji XXX-lecia Sądownictwa Rodzinnego i XX-lecia Stowarzyszenia Sędziów Sądów Rodzinnych w Polsce*. Prezydent RP

* Pełna treść listu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej – Lecha Kaczyńskiego dołączona jest do niniejszego sprawozdania.

podziękował za organizację jubileuszu przedstawicielom SSSR oraz Instytutu Badań DNA, którzy tym samym stworzyli znakomitą okazję do głębszej integracji środowiska i do wymiany poglądów w najważniejszych dla polskich sędziów rodzinnych sprawach. Podkreślił znaczenie pracy sędziów dla demokratycznego państwa prawa i obywateli oraz zauważył, że zrozumiałe jest wyodrębnienie sądownictwa rodzinnego w strukturze organizacyjnej sądów powszechnych z uwagi na jego służebną rolę wobec obywateli. Również z radością powitał aktywną działalność SSSR, która zmierza w kierunku obrony godności zawodu i poszerzania interdyscyplinarnego zakresu wiedzy sędziego. Okazał także wdzięczność i szacunek dla pracy naukowej oraz praktycznej, za wkład na rzecz dobra rodziny, dzieci, wymiaru sprawiedliwości, tym samym za działalność dla dobra Rzeczypospolitej Polskiej.

Kolejnym mówcą była E. Radziszewska, która zwróciła m.in. uwagę na liczne protesty dotyczące pracy sędziów. Uznała, że należy zastanowić się, co zrobić, żeby rangę zawodu sędziego podnieść i jaki przygotować system szkoleń, żeby wyeliminować krytykę społeczną.

Natomiast R. Kalisz podkreślił, że spotkanie ma charakter symboliczny, ponieważ sędziowie reprezentujący władzę sądowniczą spotykają się w miejscu, gdzie normalnie obraduje władza ustawodawcza, Prezydent RP objął patronat nad uroczystościami, natomiast przed Sejmem protestują ojcowie domagający się kontaktów ze swoimi dziećmi. Problemem wszystkich sędziów jest to, że władza sądownicza nie jest przez pozostałe władze dostatecznie słuchana. W przeciągu dwudziestu lat (od okrągłego stołu) sędziowie utwierdzają się w opinii, że to co się dzieje w Sejmie i w rządzie jest poza ich wpływem. Podkreślił, że sędzia jest osobą publiczną i przypomniał działalność prof. Marka Safjana, który wyjaśniał dziennikarzom problematykę prawną orzeczeń po wyrokowaniu. Wreszcie postulował jawność, zrozumienie oczekiwań społecznych i dbałość o przekonujące uzasadnienie wyroków dla stron i społeczeństwa. Zaznaczył również, że u.s.p. to konstytucja dla sędziów, dlatego o projekcie zmian w tej ustawie powinno się debatować przy otwartej kurtynie. Projektując likwidację specjalistycznych sądów należy mieć na względzie konstytucyjne prawo obywatela do sądu, a także przesłanki związane ze szczególnym powiązaniem sądownictwa rodzinnego ze środowiskiem. Należy zważać na dobro dziecka, które nie może stać bezradne i bezbronne w ogromnej maszynie biurokratycznej, ale to do niego trzeba przyjść.

Sędzia S. Dąbrowski wyraził przekonanie, że jeszcze będzie można obchodzić 40, 50 i więcej lat istnienia sądownictwa rodzinnego w Polsce. W 1978 r., kiedy tworzone wydziały rodzinne, miały być one najważniejsze w sądzie. Dla powołania przewodniczącego takiego wydziału konieczna była akceptacja komitetu partii, co miało gwarantować socjalistyczną wizję rodziny. Dobro dziecka i rodziny wymaga szeregu działań wykraczających poza *stricto* wymiar sprawiedliwości i postawę arbitra. Przewodniczący KRS stwierdził, że władza sądownicza

jest najłabsza w trójpodziale władz w państwie i przypomniał słowa Monteskiusza, że „władza sędziowska to żadna władza”, chociaż według Konstytucji RP są równe. Zauważył, że od sędziego wymaga się więcej niż tylko by był mądrym prawnikiem, dlatego status tego zawodu powinien być wysoki. Zwrócił uwagę na fakt realnego zagrożenia kryzysem w sądownictwie, ponieważ brak jest kandydatów do sądów rejonowych i nie powołuje się asesorów. Wyrzucił również krytyczne zdanie w odniesieniu do ministerialnego projektu. Na zakończenie złożył wyrazy szacunku, uznania i podziękowania dla sędziów rodzinnych za wykonywaną służbę.

Następnie przemówił J. Stawiarski dyrektor Instytutu Badań DNA – współorganizatora uroczystości oraz wydawcy kwartalnika „Rodzina i Prawo”. Wspominał pierwszy kontakt Instytutu z sądami rodzinnymi, który miał miejsce w 2003 r. w trakcie współorganizowania wraz z Departamentem Centrum Szkolenia Kadr Ministerstwa Sprawiedliwości międzynarodowej konferencji dotyczącej sądownictwa rodzinnego. Podziękował za dotychczasową współpracę ze środowiskiem sędziowskim i pozytywne doświadczenia, które dały asumpt do wyjścia naprzeciw potrzebom sędziów rodzinnych i stworzenia periodyku „Rodzina i Prawo” poświęconego prawu rodzinnemu. Nawiązując do uroczystych obchodów XXX-lecia Sądownictwa Rodzinnego w Polsce zwrócił uwagę na opublikowany w najnowszym 11 numerze kwartalnika artykuł profesorów Wandy Stojanowskiej i Adama Strzembosza z 1978 r., omawiający założenia sądownictwa rodzinnego z okresu, gdy w sądach rejonowych dopiero były tworzone wydziały rodzinne i nieletnich. Dodał, że Instytut Badań DNA, wraz ze Stowarzyszeniem Sędziów Sądów Rodzinnych, rozesłał do sędziów rodzinnych i sędziów cywilnych z terenu całego kraju ankietę przygotowaną przez prof. Elżbietę Holewińską-Łapińską dotyczącą kodeksowej odrębności prawa rodzinnego, na którą odpowiedziało prawie 1000 sędziów.

M. Michalak przywitał swojego poprzednika na stanowisku Rzecznika Praw Dziecka – sędziego P. Jarosa (obecnie w Departamencie Sądów Powszechnych Ministerstwa Sprawiedliwości). Zaznaczył, że sądy rodzinne są jedynym podmiotem, któremu ustawodawca zezwolił tak szeroko i głęboko ingerować w życie rodzinne. Jednak dzięki pracy sędziów rodzinnych zdołano wyeliminować wiele patologii i krzywd, dlatego postulat utworzenia sądów rodzinnych na szczeblu odwoławczym jest bliski Rzecznikowi Praw Dziecka. Prawa dziecka są typem praw człowieka i wywodzą się z godności człowieka, dlatego troska o przestrzeganie tych praw powinna zajmować pierwsze miejsce w działalności wszystkich instytucji państwowych.

Prof. A. Strzembosz mówił natomiast o specyficznym aspekcie związanym z przestępczością dzieci (nieletnich). Przywołał wyniki badań, które wykazały, że w przypadku 25% nieletnich, którzy mieli sprawy o czyny karalne w sądzie albo sprawiali trudności wychowawcze, później mamy do czynienia z wielokrotnymi

i groźnymi przestępcami. Dlatego należy zastanowić się, czy skutecznie walczymy z przestępczością, czy represją likwidujemy przestępczość, czy sądownictwo rodzinne przyczynia się w istotny sposób do ograniczenia przestępczości wśród nieletnich. W końcu podniósł, że należy sobie zadać pytanie o czynniki realnie wpływające na wymiar przestępczości.

Przedstawiciel Ministerstwa Sprawiedliwości Tomasz Wirzman – Zastępca Dyrektora Departamentu Sądów Powszechnych w Ministerstwie Sprawiedliwości, zwrócił uwagę na przemiany ustrojowe i ekonomiczne, jakie następują także wewnątrz rodziny, które są wynikiem m.in. przystąpienia Polski do Unii Europejskiej i swobodnego przemieszczania się osób. Podkreślił, że te problemy oraz zobowiązania Polski wynikające z różnej rangi aktów prawa międzynarodowego i europejskiego, stanowią wyzwanie dla Ministerstwa Sprawiedliwości, które nadążając za nimi wprowadzało i wprowadza szereg zmian w ustawach. Złożył zapewnienie, że rządowy projekt ustawy zmieniającej u.s.p., przekazany do Sejmu RP, wychodzi naprzeciw słusznym i istotnym postulatom środowiska sędziowskiego, proponując zwiększenie uposażeń sędziowskich i skrócenie okresów stawek awansowych, a także zwiększenie ich ilości. Podkreślił także znaczenie pracy sędziego rodzinnego, którego społeczna rola polega na wydaniu słusznego orzeczenia uwzględniającego jego prawne i społeczne implikacje. Do tego dochodzi czuwanie nad wykonaniem wyroku i śledzenie postępowania wykonawczego w sposób uwzględniający dobra dziecka.

Następnie dr Hanna Bzdak – przedstawiciel Zarządu Głównego SSSR, odczytała listę nazwisk sędziów wyróżnionych za pracę na rzecz wymiaru sprawiedliwości medalem Ministra Sprawiedliwości „Lex Veritas Iustitia”, które w imieniu Ministra Sprawiedliwości wręczał T. Wirzman.

Dalszą część konferencji wypełniły wykłady specjalistów z zakresu prawa rodzinnego.

Prof. K. Pietrzykowski przedstawił wykład inauguracyjny na temat idei sądu rodzinnego, zaznaczając, że jest to jedynie sygnalizacja problemu i zapowiadając nowy Komentarz do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Zaprezentował obecny stan prawny dotyczący tworzenia sądów rodzinnych i wynikający z projektu zmian u.s.p., krytycznie oceniając ten projekt (według K. Pietrzykowskiego zmiana art. 12 u.s.p. musi być oceniona krytycznie).

Profesor zwrócił uwagę na to, że sądy rodzinne pojawiły się najpierw w USA, funkcjonują w Kanadzie, Francji i w wielu innych państwach. Rozpoznają sprawy z różnych dziedzin prawa, obejmując prawo prywatne i publiczne, dlatego sędziowie rodinni muszą posiadać szczególne kwalifikacje. W 2004 r. zostały zmienione przepisy o małżeńskich ustrojach majątkowych powodując, jego zdaniem, większą złożoność spraw związanych z zarządaniem i odpowiedzialnością za długi oraz wprowadzono nowy ustrój rozdzielności majątkowej z wyrównaniem dorobków. Natomiast 13 czerwca 2009 r. wejdzie w życie bardzo głęboka reforma Kodeksu rodzin-

nego i opiekuńczego obejmująca wprowadzenie przepisów o ustaleniu i zaprzeczeniu macierzyństwa, instytucji uznania ojcostwa (co zmienia charakter samego uznania, unieważnienia uznania), a nadto przepisów o kontaktach z dziećmi, ponadto obejmująca zmianę wielu przepisów dotyczących władzy rodzicielskiej i obowiązków alimentacyjnych wobec dzieci.

Tym wystąpieniem został zakończony pierwszy dzień obrad.

Problematykę „planu wychowawczego” według koncepcji stosowanej w USA zaprezentowała prof. W. Stojanowska, odnosząc ją do polskich instytucji prawnych. Zdaniem W. Stojanowskiej, ogólna instytucja władzy rodzicielskiej nie zapewnia pełnej ochrony dobra dziecka w sytuacji rozwodu rodziców, dlatego należałoby doprecyzować prawa i obowiązki rodziców, niezależnie od tego, kto sprawuje pieczę nad dzieckiem. Amerykańska koncepcja „planu wychowawczego” obejmuje pozaprawne środki ochrony praw dziecka i wyrasta z idei ratowania rodzin i dzieci przed konfliktami i ich skutkami. Także rekomendacja Komitetu Rady Ministrów Europy zaleca podział obowiązków między rodzicami albo wspólne wychowywanie dzieci. Profesor jest zdania, że rodzice powinni samodzielnie zawierać porozumienie, którego celem jest zabezpieczenie dobra dziecka, jego uczuć i potrzeb. Natomiast sądy mogłyby aktywnie się włączać w kształtowanie postanowień planu wychowawczego dopiero wówczas, gdy jest zagrożone dobro dziecka. Plan taki spełniałby różne funkcje: ułatwiałby kontakty dziecka z rodzicami, miałby funkcję normatywną, edukacyjną i prewencyjną, a mimo cech umowy stawałby się integralną częścią wyroku rozwodowego.

Interesującą propozycją W. Stojanowskiej był postulat przeprowadzenia eksperymentu w kilku sądach przed wprowadzeniem szerszej nowelizacji przepisów k.r.o. w zakresie władzy rodzicielskiej, co mogłoby być pewnym *novum* w polskiej praktyce wprowadzania zmian przepisów i stosowania prawa.

Temat ten wzbudził szczególne zainteresowanie słuchaczy. Podniesiono, że brak jest wyjaśnienia i komentarza do wprowadzanego w życie, z dniem 13 czerwca 2009 r. (ustawą nowelizującą przepisy k.r.o.), pojęcia „porozumienia rodziców”. Nie można pominąć głosu postulującego wprowadzenie możliwości zwalniania od kosztów mediacji ludzi biednych, a także wniosku o przywrócenie posiedzenia pojednawczego.

Na temat prawa rodzinnego w Europie mówił T. Sokołowski. Przedstawił koncepcję „rodziny” w szerokim ujęciu, które zapewnia ochronę wszystkich relacji rodzinnych, oraz tylko w wąskim znaczeniu, w odniesieniu do dziecka. Zaznaczył, że zjawisko rozwodu funkcjonuje jako socjologiczna norma prowadząca do rekonstrukcji rodziny. Profesor podniósł, że pojęcie „stosunku prawnego” w tym kontekście jest przestarzałe i należałoby raczej używać proponowanego przez prof. Zbigniewa Radwańskiego określenia „sytuacji prawnej”.

Ponadto przedstawił dotychczasowe wyniki prac środowisk naukowych dotyczących europejskich „zasad”, odnoszących się do rozwodu i mediacji odwołują-

cych się do konsensusu, z tendencją do wykluczenia „winy”. Podkreślił, że pojęciem najczęściej występującym w ustawodawstwach krajów europejskich jest „władza rodzicielska”, natomiast termin „odpowiedzialność rodzicielska” (*parental responsibility*) używany jest tylko w Norwegii i w Anglii oraz w przepisach proceduralnych prawa europejskiego.

Ostatnie wystąpienie poświęcone było międzynarodowym instrumentom prawnym w sprawach rodzinnych, które prezentował R. Zegadło. Przedstawił źródła prawa, do jakich winien sięgać sędzia w sprawach obejmujących spory transgraniczne, kolizje jurysdykcyjne i kolizje w zakresie prawa właściwego. W szczególności zasygnalizował mechanizm działania rozporządzenia Rady (WE) 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. o jurysdykcji, uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach odpowiedzialności rodzicielskiej (określanego potocznie jako „Bruksela II bis”), które wchodzi w miejsce prawa krajowego. Zasygnalizował też możliwość wystąpienia konfliktów praktycznych w związku z wiążącymi Polskę w tym samym zakresie umowami dwustronnymi. Podkreślił potrzebę i znaczenie praktyczne ratyfikowania przez Polskę Konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi, przyjętej przez państwa członkowskie Rady Europy w Strasburgu 15 maja 2003 r., która przewiduje między innymi współpracę organów centralnych w zakresie pomocy dla wnioskodawcy w sprawie o kontakt z dzieckiem przebywającym na terenie innego państwa i podlegającej jurysdykcji tamtego państwa. Rozporządzenie Bruksela II bis nie dotyczy prawa właściwego, dla ustalenia którego trzeba sięgać do innych wielostronnych albo dwustronnych instrumentów prawnych.

Sędzia R. Zegadło zwrócił także uwagę na różne „łąączniki”, które mają znaczenie przy ustalaniu jurysdykcji i prawa właściwego. I tak w Brukseli II bis zasadniczą podstawą jurysdykcji dla polskiego sądu w sprawie z zakresu władzy rodzicielskiej jest zwykły pobyt dziecka w Polsce, natomiast gdyby ustalać prawo właściwe w takiej sprawie na podstawie naszych krajowych regulacji (ustawa Prawo prywatne międzynarodowe), to należałoby zastosować prawo ojczyście dziecka. Osiągnięcie zbieżności jurysdykcji i prawa właściwego (sąd polski zastosuje prawo polskie) jest możliwe, jeśli przyjąć, że znajduje zastosowanie Konwencja haska z 1961 r. o ochronie małoletnich. Sędzia zwrócił uwagę, że przewidziana w Rozporządzeniu jurysdykcja na podstawie miejsca zwykłego pobytu dziecka obejmuje także dzieci, które nie są obywatelami państw UE. Wtedy może zaistnieć problem z umową dwustronną zawartą z państwem pozostającym poza UE, która może odbiegać w zakresie jurysdykcji od postanowień Brukseli II bis.

Na zakończenie życzenia dla SSSR złożył sędzia Sądu Najwyższego w stanie spoczynku Józef Musioł – Stowarzyszenie Sędziów Sądu Najwyższego w Stanie Spoczynku. Dr Beata Zientek przedstawiła treść uchwały, którą Stowarzyszenie Sędziów Sądów Rodzinnych przyjęło przez aklamację, zapowiadając następnym XI Kongres Sędziów Sądów Rodzinnych na dni 27 września – 5 paź-

dziennika 2009 r. w Zakopanem. Przewodnicząca SSSR Ewa Waszkiewicz złożyła podziękowania dyrektorowi Instytutu Badań DNA Januszowi Stawiarskiemu za współorganizację jubileuszu XXX-lecia Sądów Rodzinnych w Polsce. Wyraziła wielkie uznanie za stworzenie wartościowego pisma, jakim jest kwartalnik „Rodzina i Prawo”. Podkreśliła, że stałe działania Instytutu mające na celu wymianę poglądów pomiędzy sędziami, przedstawicielami świata nauki, instytucji państwowych oraz organizacji społecznych służą rozwojowi sądownictwa rodzinnego w Polsce.



Prezydent
Rzeczypospolitej Polskiej

Warszawa, 29 stycznia 2009 roku

Organizatorzy i Uczestnicy
uroczystych obchodów
30-lecia utworzenia sądów rodzinnych w Polsce
oraz 20-lecia Stowarzyszenia Sędziów
Sądów Rodzinnych w Polsce

Szanowni Państwo,

pragnę przekazać serdeczne pozdrowienia i gratulacje organizatorom oraz uczestnikom uroczystych obchodów 30-lecia utworzenia sądów rodzinnych, a także 20-lecia działalności Stowarzyszenia Sędziów Sądów Rodzinnych w Polsce. Organizatorom jubileuszu gratuluję inicjatywy przygotowania tak ważnego spotkania, które jest znakomitą okazją do głębszej integracji środowiska i do wymiany poglądów w najważniejszych dla polskich sędziów rodzinnych sprawach. Honorowy patronat, którym objąłem uroczystości, jest wyrazem mojego szacunku i uznania dla osiągnięć polskiego sądownictwa rodzinnego i doniosłej misji społecznej, którą ono realizuje.

Podczas spotkań nominacyjnych w Pałacu Prezydenckim staram się zawsze nawiązywać do szczególnej ważności zawodu sędziowskiego dla demokratycznego państwa prawa, a przede wszystkim dla jego obywateli. Jest to bowiem jeden z najważniejszych zawodów zaufania publicznego. Mając wpływ na bieg ludzkich życiowych spraw, sędziowie wyposażeni są w ogromną władzę, z którą w parze idzie równie wielka odpowiedzialność. Jest to również współodpowiedzialność za sprawne działanie oraz za autorytet państwa i wymiaru sprawiedliwości. Władza, jaką ma sędzia, jest szczególnie widoczna w sądach rodzinnych, dysponujących szerokim zakresem uprawnień do ingerowania w relacje między krewnymi i między powinowatymi – często bardzo intymne, złożone i bolesne, angażujące silne emocje. Badania socjologiczne potwierdzają, że rodzina i udane związki z najbliższymi od lat zajmują pierwsze miejsce wśród najwyższej cenionych przez Polaków wartości. W tym kontekście, a także w odniesieniu do statystyk dotyczących typów spraw, które wpływają do sądów rejonowych, zrozumiałe jest wyodrębnienie sądów rodzinnych z pionu cywilnego oraz ogromne znaczenie, jakie ma jakość orzekania w sprawach należących do ich właściwości.

Ideą przewodnią przemian ustrojowych 1989 roku było przywrócenie państwu i jego organom służebnej roli wobec obywateli, na powrót będących podmiotami wszelkiego rodzaju procedur prawnych. Praktyczna realizacja tej idei jest jednym z fundamentów ładu społecznego, warunkiem zachowania siły i tożsamości państwa. Dlatego z radością i uznaniem witam bardzo aktywną działalność Stowarzyszenia Sędziów Sądów Rodzinnych w Polsce. Zwraca uwagę Państwa troska nie tylko o sprawy środowiska sędziowskiego – choć starania o zagwarantowanie godności tej profesji, również w aspekcie materialnym i organizacyjnym, są cenne i potrzebne.

Liczne inicjatywy i postulaty zgłaszane przez Stowarzyszenie odzwierciedlają poczucie odpowiedzialności za całokształt zagadnień związanych z funkcjonowaniem wydziałów rodzinnych i nieletnich. Przykładem tej postawy jest wola stałego poszerzania Państwa interdyscyplinarnej wiedzy fachowej, niezbędnej do rozpatrywania spraw, w których przeplatają się problemy z różnych dziedzin i gałęzi prawa, w tym również – coraz częściej i w coraz większym stopniu – prawa obcego, a także socjologii, kryminologii, bioetyki i innych.

Lepsze przygotowanie merytoryczne kandydatów do stanowiska sędziego rodzinnego oraz odpowiednio ułożony program stałych szkoleń dla sędziów czynnych byłyby istotnym uzupełnieniem nie mniej ważnego doświadczenia nabywanego w praktyce orzeczniczej. Konsultacje prawodawców z tak przygotowanymi do pełnienia swojej misji sędziami z pewnością owocowałyby doskonalszymi przepisami i lepszymi rozwiązaniami instytucjonalnymi, a ostatecznie lepszymi warunkami dochodzenia do trafnych rozstrzygnięć w poszczególnych postępowaniach – w jak najlepiej pojętym interesie ich uczestników, a pośrednio całego społeczeństwa.

Identyfikując problemy i wyzwania, wobec których staje dzisiaj polskie sądownictwo rodzinne, nie można zapominać o wielkiej pracy, jaką wykonali sędziowie i wybitni teoretycy prawa promujący rozwiązania, dzięki którym sądownictwo to mogło sprostać głębokim przemianom ustrojowym, społecznym i cywilizacyjnym ostatnich 20 lat. Pragnę wyrazić wdzięczność i szacunek wszystkim, którzy aktywnie włączyli się w te prace. Ze szczególnym uznaniem odnoszę się do osiągnięć Pani Profesor Wandy Stojanowskiej, Pani Profesor Elżbiety Holewińskiej-Lapińskiej, Pani Sędzi Ewy Waszkiewicz – Przewodniczącej Stowarzyszenia oraz Pana Piotra Janusza Stawiarskiego, Dyrektora Instytutu Badań DNA. Łącząc obszerną wiedzę, talenty organizacyjne i zaangażowanie na rzecz dobra publicznego położyli Państwo znaczne zasługi dla państwa i społeczeństwa polskiego.

Dziękuję przedstawicielom Stowarzyszenia Sędziów Sądów Rodziny w Polsce oraz Instytutu Badań DNA za przygotowanie tak urozmaiconego i uroczystego programu obchodów obu jubileuszy. Jestem przekonany, że spotkanie to przyczyni się do realizacji Państwa projektów i postulatów niezbędnych reform. Życzę wszystkim Państwu interesujących i owocnych dyskusji, wielu miłych chwil spędzonych w koleżeńskej atmosferze, a także sukcesów zawodowych i wszelkiej pomyślności osobistej.



FORMULARZ ZAMÓWIENIA / PRENUMERATY KWARTALNIKA „RODZINA I PRAWO”

Cena kwartalnika w prenumeracie rocznej wynosi **92 zł (4 x 23 zł)**

Cena jednego egzemplarza – **23 zł**

Wypełnione zamówienie można przysyłać pocztą na adres:

Redakcja „Rodzina i Prawo”, ul. Rakowiecka 36,

02-532 Warszawa lub faksem: (022) 606-37-19

lub na adres e-mail: redakcja@ibdna.pl

- 1. Zamawiam prenumeratę kwartalnika w ilości egzemplarzy każdego numeru rocznika (dot. instytucji i prenumeraty).**
- 2. Zamawiam prenumeratę roczną / Nr kwartalnika „Rodzina i Prawo” z 200.... r. (dot. indywidualnego zamówienia).**

Nazwa Instytucji (w tym nazwa działu, biblioteki, itp) / Imię i nazwisko osoby indywidualnie zamawiającej:

.....

....., adres: ul.

kod pocztowy, miejscowość

.....

Imię i nazwisko osoby, na którą należy adresować przesyłki, e-mail, Nr telefonu

Proszę o wystawienie faktury VAT na:

Nazwa Instytucji / imię i nazwisko:

.....

adres: ul., kod pocztowy

miejscowość NIP:

* Wyrażam zgodę na wykorzystywanie podanych w formularzu danych w zakresie niezbędnym do realizacji niniejszego zamówienia.

UWAGI:

.....

.....

pieczęć instytucji

.....

data, podpis osoby upoważnionej

Wpłaty prosimy dokonywać na konto:

Instytut Badań DNA

ul. Rakowiecka 36, 02-532 Warszawa

Bank Millenium, numer rachunku: 3311 6022 0200 0000 0028 6605 09