


RODZINA I PRAWO

Nr 16 2010



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 Smyczyński – 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

- Dr Jacek Wierciński, adiunkt Uniwersytetu Warszawskiego
**Klauzula *ne exeat* a prawo do pieczy. Cywilnoprawne aspekty
uprowadzenia dziecka za granicę** 5
- Robert Zegadło, sędzia Sądu Okręgowego w Warszawie, Sekretarz Komisji
Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego
**Porozumienia i ugody dotyczące wykonywania władzy rodzicielskiej
i kontaktów z dzieckiem** 22
- Piotr Boguszewski, asystent sędziego w Sądzie Rejonowym w Koszalinie
**Wpływ czynności dyspozytywnych stron (uczestników postępowania)
na zmianę trybu postępowania w sprawach o separację** 38
- Andrzej Antkiewicz, sędzia Sądu Rejonowego w Grudziądzu, del. do DWOiP
Ministerstwa Sprawiedliwości
Jarosław Dłużniewski – sędzia Sądu Rejonowego w Ostrowi Mazowieckiej,
del. do DWOiP Ministerstwa Sprawiedliwości
**O regresie dotyczącym opłat za wspólny lokal między byłymi
małżonkami** 45
- Marian Cabalski, były doradca Prezesów Rady Ministrów w zakresie
bezpieczeństwa publicznego
**„Żeńskie tsunami” – fala agresji i zachowań autodestrukcyjnych
wśród dziewcząt** 55
- Dr Anna Duda-Ziętek, Katolicki Uniwersytet Lubelski
Rola sędziego i kuratora w postępowaniu w sprawach nieletnich 87

PRAWO RODZINNE W EUROPIE WSPÓŁPRACA MIĘDZYNARODOWA SĄDÓW

- Aleksandra Olech
Świadczenia rodzinne w Polsce i Irlandii 92

ORZECZNICTWO

- Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 grudnia 2009 r.,
C-403/09 (dot. współpracy sądowej w sprawach cywilnych – sprawy
małżeńskie i dot. odpowiedzialności rodzicielskiej, środki tymczasowe
dot. prawa do pieczy – orzeczenie podlegające wykonaniu w państwie**

członkowskim, bezprawne uprowadzenie dziecka, przyznanie pieczy nad dzieckiem drugiemu rodzicowi, jurysdykcja w kontekście praw podstawowych dziecka) – opracowanie: Grażyna Nauka, Instytut Badań DNA 106

- Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 2 marca 2010 r., sprawa Adamkiewicz przeciwko Polsce (skarga 54729/00)**
(dot. współpracy sądowej w sprawach cywilnych na podstawie rozporządzenia (WE) Nr 2201/2003, zastosowania art. 64 – Przepisy przejściowe do orzeczenia państwa członkowskiego które przystąpiło do Unii Europejskiej w 2004 r., zastosowania art. 3 ust. 1 w zakresie jurysdykcji w sprawach rozwodu, miejsca zwykłego zamieszkania, obywatelstwa, skutków podwójnego obywatelstwa małżonków)
– opracowanie: Grażyna Nauka, Instytut Badań DNA 111
- Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie Z. przeciwko Polsce – opracowanie: Marta Pisarska, aplikant radcowski w Warszawie 119**

WARTO PRZECZYTAĆ

- Rozmowa Martyny Bundy z dr Magdaleną Arczewską pt. „Rodzina do cywila” (tygodnik „Polityka” z 4 września 2010 r.) 124**

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 odstępn 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” – Instytut Badań DNA, 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.

Jacek Wierciński

Klauzula *ne exeat* a prawo do pieczy nad dzieckiem. Cywilnoprawne aspekty uprowadzenia dziecka za granicę

I. Wprowadzenie

W erze globalizacji, kiedy rodziny powstają i rozpadają się ponad granicami państwowymi, wewnętrzne prawo rodzinne i opiekuńcze poszczególnych krajów nie zawsze w wystarczający sposób odnosi się do potrzeb dzieci i rodziców, którzy pozostają w relacji więcej niż z jednym państwowym porządkiem prawnym. W tych sprawach właściwe ramy prawne mają zapewniać między innymi konwencje haskie dotyczące dzieci, wypracowane w ramach Konferencji Haskiej Prawa Prywatnego Międzynarodowego¹.

Jedną z nich jest Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę sporządzona w Hadze dnia 25 października 1980 r. (dalej: „Konwencja” lub „Konwencja Haska”). Dotychczas podpisało ją ponad osiemdziesiąt państw². Wobec Polski formalnie weszła ona w życie w dniu 1 listopada 1992 r.³ Jej tekst został opublikowany dopiero w Dzienniku Ustaw z 1995 r. Nr 108, poz. 529.

Prace nad tą Konwencją, która miała regulować problematykę uprowadzania dzieci przez rodziców do innego kraju rozpoczęły się w ramach prac Konferencji Haskiej w połowie lat siedemdziesiątych XX wieku⁴. Uznano wtedy, że skuteczniejszym mechanizmem ochrony dziecka przed szkodliwymi skutkami wynikającymi z jego uprowadzenia lub zatrzymania przez jednego z rodziców wbrew woli drugiego niż regulowanie jurysdykcji lub uznawania i egzekucji orzeczeń w sprawach dotyczących opieki nad dzieckiem będzie rozwój międzynarodowej współpracy sądowniczej⁵.

¹ Szeroko nt. działalności Konferencji Haskiej Prawa Prywatnego Międzynarodowego zob. K. Lipstein, *One Hundred Years of the Hague Conference on Private International Law*, „International and Comparative Law Quarterly” 1993, Nr 42, s. 558 i n.

² Aktualna lista stron konwencji jest dostępna na oficjalnej stronie internetowej Konferencji Haskiej: www.hcch.net.

³ J. Ciszewski, *Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę*, „Przegląd Sądowy” 1994, Nr 2, s. 23; W. Skierkowska, *Konwencja Haska: Uprowadzenie dziecka za granicę (na podstawie akt sądowych)*, „Jurysta” 1999, Nr 4, s. 4; M. Kulas, *Praktyka stosowania konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę (cz. 1)*, „Palestra” 2009, Nr 5–6, s. 14.

⁴ O genezie Konwencji zob. A. Dyer, *To Celebrate a Score of Years!*, „New York University Journal of International Law and Politics” 2000, Nr 3, s. 1 i n.

⁵ A. L. Estin, *Family and Children in International Law: An Introduction*, „Transnational Law and Contemporary Problems” 2002, Nr 12, s. 279.

To nowatorskie podejście spowodowało, że Konwencja w nieznacznym tylko stopniu reguluje kwestie związane z wyborem prawa i stwierdzaniem wykonalności obcych orzeczeń sądowych, a zamiast tego oferuje współpracę organów poszczególnych umawiających się państw mającą na celu, po pierwsze ustalenie miejsca przebywania uprowadzonego dziecka i zapewnienie jego powrotu do poprzednich opiekunów (przywrócenie *status quo ante*), zaś po drugie zapewnienie prawa do opieki i odwiedzin dziecka. Skoncentrowano się na ustaleniu, kiedy uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka będzie uznane za bezprawne oraz na doprowadzeniu do jego niezwłocznego powrotu do państwa, w którym miało ono miejsce stałego pobytu, o ile wnioski o jego wydanie zostały złożone w ciągu roku od dnia uprowadzenia lub zatrzymania w innym państwie⁶.

Żądać powrotu dziecka może tylko osoba, której przysługuje prawo do pieczy (opieki) nad dzieckiem. Przedmiotem tego artykułu jest zagadnienie, czy uprawnienie do odmowy wyrażenia zgody na zabranie dziecka z kraju jego stałego miejsca pobytu przez rodzica, któremu przysługuje jedynie prawo do odwiedzin (tzw. **klauzula *ne exeat***), podnosi to prawo do rangi prawa do opieki w rozumieniu przepisów Konwencji Haskiej i umożliwia nie sprawującemu pieczy rodzicowi żądanie powrotu dziecka w przypadku jego uprowadzenia lub zatrzymania za granicą.

II. Uwagi ogólne

Co do zasady uprowadzenie ocenia się jako bezprawne, jeżeli nastąpiło z naruszeniem prawa do opieki przyznanego na mocy ustawodawstwa państwa, w którym dziecko miało miejsce stałego pobytu bezpośrednio przed uprowadzeniem lub zatrzymaniem (zob. art. 3a Konwencji). Rodzic, któremu nie przysługuje prawo do opieki, a posiadający tylko prawo do kontaktu z dzieckiem nie może żądać powrotu dziecka w związku z naruszeniem tych praw. W ten sposób Konwencja Haska wytyczyła granice, w których powrót dziecka uważa się za właściwe rozwiązanie⁷.

Konwencja Haska została oparta na założeniu, że takie bezprawne uprowadzenie jest sprzeczne z dobrem dziecka oraz, że kwestie prawa do opieki są właściwie rozstrzygnięte przez władze państwa, w którym dziecko miało miejsce stałego pobytu. Dlatego nakazuje ona niezwłoczny powrót uprowadzonego dziecka i zakazuje sądowi merytorycznego decydowania o prawie do opieki (zob. art. 16 Konwencji)⁸.

Dziecko uprowadzone lub zatrzymane bezprawnie powinno niezwłocznie powrócić do swojego miejsca stałego pobytu, chyba że uprowadzający jest w stanie wykazać istnienie jednej z kilku przewidzianych w Konwencji okoliczności wyłączających obowiązek jego wydania. Ocenia się, że są one celowo ujęte niezwykle wą-

⁶ Por. K. Lipstein, *One Hundred Years...*, op. cit., s. 598–599.

⁷ L. Silberman, *The Hague Child Abduction Convention Turns Twenty: Gender Politics and Other Issues*, „New York University Journal of International Law and Politics” 2000–2001, Nr 33, s. 225.

⁸ A. L. Estin, *Family and Children...*, op. cit., s. 280.

sko. W szczególności państwo, do którego kierowany jest wniosek o zarządzanie wydania dziecka nie może odmówić jego powrotu na podstawie merytorycznego rozstrzygnięcia w przedmiocie władzy rodzicielskiej⁹ lub – co do zasady – na podstawie ustalenia, że jest to sprzeczne z dobrem dziecka¹⁰.

W tym sensie stosowanie Konwencji Haskiej przez sędziego rodzinnego wymaga zachowań niezgodnych z jego przyzwyczajeniami. Zamiast decydowania, gdzie dziecko ma zamieszkać na bazie ustaleń tego, co leży w jego najlepszym interesie, Konwencja Haska wymaga od sędziego rozstrzygnięcia na innej płaszczyźnie, a mianowicie, czy dziecko miało miejsce stałego pobytu w innym państwie oraz czy zostało sprowadzone do kraju sędziego orzekającego lub w nim zatrzymane z naruszeniem prawa do opieki, które istniało i było wykonywane w kraju miejsca stałego pobytu¹¹.

Warto również wspomnieć, że zamiast stosowania znanej z innych konwencji haskich klauzuli porządku publicznego, Konwencja Haska o uprowadzeniu za granicę pozwala odmówić zarządzania powrotu dziecka, jeśli „zwrot nie byłby dopuszczony w świetle podstawowych zasad państwa wezwanego, dotyczących praw człowieka i podstawowych wolności” (zob. art. 20 Konwencji)¹².

Okoliczności umożliwiające odmowę zarządzania obowiązku wydania dziecka (zarzuty) są regulowane w kilku artykułach Konwencji Haskiej. Odmówić wydania dziecka można w pięciu przypadkach, tj. gdy:

- (1) zostało ustalone, że dziecko przystosowało się już do swego nowego środowiska (art. 12);
- (2) osoba, instytucja lub organizacja opiekująca się dzieckiem faktycznie:
 - a) nie wykonywała prawa do opieki w czasie uprowadzenia lub zatrzymania albo

⁹ A. L. Estin, *Family and Children...*, op. cit., s. 280; L. Silberman, *The Hague Child Abduction...*, s. 239; K. Siehr, *The 1980 Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction: Failures and Successes in German Practice*, „New York University Journal of International Law and Politics” 2000–2001, Nr 33, s. 218. Zob. też postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 1998 r., I CKN 921/97, LexPolonica Nr 346267: „...kognicja sądu w ramach Konwencji nie rozciąga się na uregulowanie sfery władzy rodzicielskiej. Uregulowanie władzy rodzicielskiej przez sąd polski może nastąpić w granicach jego jurysdykcji na ogólnych zasadach i w oparciu o przepisy właściwego prawa dopiero po stwierdzeniu, że określone w Konwencji prawne wymagania co do zwrotu dziecka nie zostały spełnione (art. 16)”.

¹⁰ Zob. też postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 16 stycznia 1998 r., II CKN 855/97, OSNC 1998, Nr 9, poz. 142, który analizując art. 12 Konwencji potwierdził, że „nie ma w tym przepisie mowy o tego rodzaju przyczynach hamujących wydanie dziecka, jak «dobro dziecka»”, jednakże analizując zarzut z art. 13b wydaje się tą przesłanką kierować. Zob. też E. Holewińska-Łapińska, *Glosa do postanowienia SN z 31.03.1999 r.*, I CSK 23/99, OSP 2000, Nr 2, poz. 23. Pełniejsze odniesienie się do tej kwestii wymagałoby osobnego opracowania.

¹¹ A. Dyer, *To Celebrate...*, s. 7.

¹² A. L. Estin, *Family and Children...*, op. cit., s. 280; Odmienne: M. Kulas, *Praktyka stosowania konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę (cz. 2)*, „Palestra” 2009, Nr 7–8, s. 16, którego zdaniem konstrukcja z art. 20 Konwencji to „znana w prawie prywatnym międzynarodowym klauzula porządku publicznego, która chroni przed trudnymi do zaakceptowania w jednym porządku prawnym rozwiązaniami innego porządku prawnego i przyjmowanego w drugim państwie systemu wartości w sferze społecznej lub politycznej”.

b) zgodziła się lub później wyraziła zgodę na uprowadzenie lub zatrzymanie (art. 13 a);

(3) istnieje poważne ryzyko, że powrót dziecka naraziłby je na szkodę fizyczną lub psychiczną albo w jakikolwiek inny sposób postawiłby je w sytuacji nie do zniesienia (art. 13 b);

(4) dziecko sprzeciwia się powrotowi i osiągnęło ono wiek oraz stopień dojrzałości, przy którym właściwe jest uwzględnienie jego opinii (art. 13);

(5) zwrot nie byłby dopuszczony w świetle podstawowych zasad państwa wezwanego, dotyczących ochrony praw człowieka i podstawowych wolności (art. 20).

Nadto podstawą odmowy nakazania powrotu dziecka może być stwierdzenie, że wnioskodawcy nie przysługuje prawo do opieki w rozumieniu art. 5a Konwencji¹³ względnie, że dziecko nie miało stałego miejsca pobytu w kraju wnioskodawcy bezpośrednio przed naruszeniem praw do opieki lub odwiedzin (art. 4 Konwencji).

O ile zagadnieniom ogólnym Konwencji i zarzutom, które można podnosić przeciwko wnioskowi o wydanie dziecka poświęcono w polskiej literaturze nieco uwagi¹⁴, to problem zdefiniowania prawa do opieki w rozumieniu art. 5a Konwencji nie został w zasadzie dostrzeżony¹⁵.

Od kilku lat nie pojawia się w Polsce nowe, publikowane orzecznictwo w sprawach dotyczących Konwencji. Nie budzi to większego zdziwienia. Od czasu wejścia w życie w dniu 1 lipca 2000 r. – błędnej i nieszczęsnej dla rozwoju polskiej konwencyjnej praktyki orzeczniczej – noweli Kodeksu postępowania cywilnego, zmieniającej przepis art. 519¹ k.p.c. i wyłączającej kasację w sprawach z zakresu Konwencji¹⁶ nie można oczekiwać, żeby Sąd Najwyższy rychło zajął się problemami, które z niej wynikają. O ile brakowi orzeczeń nie można się dziwić, to biorąc jednak pod uwagę złożoność problematyki prawnej pojawiającej się na tle stosowania Konwencji zaskakuje fakt, że dotychczas nie pojawiła się w tym zakresie żadna uchwała Sądu Najwyższego. Doprawdy, nie sposób zakładać, że stosowanie Konwencji w Polsce nie rodzi istotnych problemów prawnych lub jest jednolite.

¹³ W rozumieniu Konwencji „prawo do opieki” obejmuje prawo dotyczące opieki nad osobą dziecka, w szczególności prawo do decydowania o miejscu pobytu dziecka (art. 5a).

¹⁴ Zob. zwłaszcza L. Kuziak, *Konwencji haska dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę i postępowanie w sprawach o powrót dziecka w Polsce*, „Rodzina i Prawo”, 2007, Nr 2, s. 66 i n.; M. Kulas, *Praktyka... (cz. 1)*, s. 13 i n.; tenże, *Praktyka... (cz. 2)*, s. 23 i n.; W. Skierkowska, *Konwencja Haska...*, s. 3 i n.; E. Holewińska-Łapińska, *Uprowadzenie dziecka za granicę a „Prawo do opieki” w prawie polskim*, „Jurysta” 1999, Nr 10–11, s. 30 i n.; T. Świerczyński, *Podstawowe zagadnienia Konwencji haskiej o cywilnych aspektach uprowadzania dziecka za granicę*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2000, Nr 1–2, s. 88 i n.

¹⁵ Wyjątkiem jest tu opracowanie L. Kuziaka, *Uprowadzenie dziecka za granicę (w:) Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2010, s. 352–356.

¹⁶ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego Izba Cywilna z dnia 17 sierpnia 2001 r., I CKN 236/2001, „Prokuratura i Prawo” 2002, Nr 7–8, poz. 39 – dodatek; postanowienie Sądu Najwyższego Izba Cywilna z dnia 8 listopada 2001 r., II CZ 126/2001, OSNC 2002, Nr 7 8, poz. 95; M. Kulas, *Praktyka... (cz. 1)*, s. 15.

W tym kontekście potrzeba przedstawienia obcego dorobku nauki prawa i międzynarodowej praktyki orzeczniczej w zakresie pojęcia „prawa do opieki” i jego bliższej analizy wydaje się uzasadniona.

III. Prawo do opieki w rozumieniu art. 5a Konwencji

Wspomniałem już, że rodzic, któremu nie przysługuje prawo do opieki, a posiadający tylko prawo do kontaktu z dzieckiem (odwiedzin) nie może na podstawie Konwencji żądać powrotu dziecka w związku z naruszeniem tego prawa. Z tego powodu szczególnego znaczenia nabiera kwestia zdefiniowania pojęcia „prawo do opieki”. W międzynarodowej praktyce stosowania Konwencji ustalenie, czy wnioskodawca posiadał prawo do opieki zgodnie z prawem państwa, w którym dziecko miało miejsce stałego pobytu w chwili bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania jest zatem zagadnieniem podstawowym i często rozstrzygającym o losach wniosku¹⁷.

Artykuł 5a Konwencji definiuje „prawo do opieki” (*rights of custody*)¹⁸ jako prawo dotyczące opieki (*care*) nad osobą dziecka, w szczególności prawo do decydowania o miejscu pobytu dziecka. Konwencja nakazuje brać pod uwagę prawo państwa, w którym dziecko miało miejsce stałego pobytu (*state of habitual residence*). Z kolei „prawo do odwiedzin”, czy inaczej prawo do kontaktu/dostępu (*rights of access*) obejmuje prawo do zabrania dziecka na czas ograniczony w inne miejsce, aniżeli miejsce jego stałego pobytu (art. 5b).

Zgodnie z art. 15 Konwencji władze sądowe lub administracyjne umawiającego się Państwa mogą, przed zarządzeniem powrotu dziecka, żądać przedłożenia przez wnioskodawcę orzeczenia lub oświadczenia pochodzącego od władz państwa miejsca stałego pobytu dziecka, stwierdzającego, że uprowadzenie lub zatrzymanie było bezprawne w rozumieniu artykułu 3 Konwencji, jeżeli takie orzeczenie lub oświadczenie może być uzyskane w tym państwie¹⁹.

Art. 3 Konwencji wskazuje, że prawo do opieki może wynikać w szczególności z mocy samego prawa, z orzeczenia sądowego lub administracyjnego albo z umowy²⁰ (ang. *agreement*), mającej moc prawną w świetle przepisów ustawodawstwa właściwego państwa.

Biorąc pod uwagę różne typy porozumień między małżonkami i różną treść przepisów prawnych obowiązujących w poszczególnych państwach – sygnatariu-

¹⁷ Zob. A. L. Estin, B. Stark, *Global Issues in Family Law*, Thomson/West St. Paul 2007, s. 141; N. V. Lowe, *The 1980 Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction: An English Viewpoint*, „New York University Journal of International Law and Politics” 2000–2001, Nr 33, s. 206.

¹⁸ Wydaje się, że angielski zwrot „*rights of custody*”, który został przetłumaczony jako prawo do opieki lepiej oddaje sformułowanie „prawo do pieczy”. W tym artykule postępuję się tymi sformułowaniami zamiennie.

¹⁹ Czy sąd rozstrzygający wniosek złożony na podstawie Konwencji jest zawsze związany treścią takiego orzeczenia lub oświadczenia zob. angielskie orzeczenie Izby Lordów w sprawie *D (A Child) Re* [2007] 1 A. C. 619.

²⁰ Oficjalne tłumaczenie postępuje się mylącym zwrotem „ugoda”. Dalej w tym zakresie będę postugiwał się sformułowaniami „umowa” lub „porozumienie”.

szach Konwencji, regulujących kwestię prawa do pieczy nad dzieckiem, nie budzi zdziwienia, że jednym z często występujących problemów rozstrzyganych w międzynarodowej praktyce stosowania Konwencji jest ustalenie, czy prawo danego państwa, orzeczenie wydane przez sąd w danym kraju lub porozumienie między rodzicami dziecka zapewniało wnioskodawcy „prawo do opieki” w rozumieniu Konwencji. Jak wynika z definicji „prawa do opieki” zawartej art. 5a czynnikiem, któremu Konwencja przypisuje istotne znaczenie przy determinowaniu charakteru prawa przysługującego rodzicowi jest możliwość podejmowania decyzji o tym, gdzie dziecko będzie mieszkać.

Nie jest moim celem omawianie regulacji prawnych dotyczących pieczy nad dzieckiem w różnych krajach, które podpisały Konwencję. Trzeba sobie jednak zdawać sprawę, że różnorodność w tym zakresie jest naprawdę olbrzymia. Tytułem przykładu, w prawie szkockim każdemu z rodziców, którzy wspólnie ponoszą odpowiedzialność za dziecko, przysługuje całość praw i obowiązków rodzicielskich. Mogą być one ograniczone tylko orzeczeniem sądu i mogą być wykonywane niezależnie, chyba że byłoby to niezgodne z treścią orzeczenia. W Szkocji żadne z rodziców nie ma prawa zabrać dziecka z Wielkiej Brytanii bez zgody osoby, która wykonuje prawo określania pobytu i kontaktu z dzieckiem²¹. Nadto wywiezienie dziecka z Wielkiej Brytanii przez rodzica bez zgody osoby obowiązanej do pieczy nad dzieckiem lub zezwolenia sądu stanowi przestępstwo²². Z kolei np. w amerykańskim stanie Luizjana, zgodnie z art. 216 Kodeksu cywilnego tego stanu, władza rodzicielska wprawdzie przysługuje ojcu i matce aż do osiągnięcia przez dziecko pełnoletniości lub emancypacji, jednakże w przypadku różnic między małżonkami decyduje władza ojca. W rezultacie o miejscu pobytu dziecka decyduje ojciec²³.

W tych przypadkach, w których z mocy prawa albo na podstawie porozumienia rodziców lub orzeczenia sądu oboje rodzice wspólnie sprawują pieczę nad dzieckiem lub gdy oboje rodzice mają prawo do codziennej opieki jest jasne, że zabranie dziecka przez jednego z nich bez zgody drugiego w oczywisty sposób byłoby bezprawnym uprowadzeniem w rozumieniu Konwencji²⁴. W konwencyjnym pojęciu „prawa do pieczy” mieszczą się wszelkie stany wspólnego opiekowania się dzieckiem, wspólnego ponoszenia za nie odpowiedzialności (tzw. *joint custody*, *joint responsibility*, *joint guardianship*, etc.). Stąd, w braku umowy lub orzeczenia przyznającego pieczę, jedno z rodziców nie może przeprowadzić się z dzieckiem do innego kraju, chyba że uzyska zgodę drugiego rodzica²⁵.

²¹ *Children (Scotland) Act 1995*, section 2 (3) i (6).

²² *Child Abduction Act 1984*, section 6. D. Kelly, *Rights of Custody Under Hague Convention*, „S.L.T.” 2007, Nr 30, s. 229. Ocena szkockiego prawa pod kątem Konwencji dokonana przez kanadyjski sąd, zob. *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551 (Can.).

²³ Zob. np. *Taylor v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, Sup. 1965, 248 La. 246, 178 So. 2d 238.

²⁴ A. E. Anton, *The Hague Convention on International Child Abduction*, „International and Comparative Quarterly” 1981, Nr 30, s. 546; D. Kelly, *Rights of Custody...*, s. 229.

²⁵ L. Silberman, *Patching Up the Abduction Convention: A Call for a New International Protocol and Suggestion for Amendments to ICARA*, „Texas International Law Review” 2003, Nr 38, s. 45.

Natomiast co do zasady przyjmuje się, że jeśli jednemu z rodziców przyznano prawo do opieki, a drugiemu tylko prawo do odwiedzin lub dostępu do dziecka (tzw. *access rights*), to opiekujący się rodzic może zabrać dziecko do innego państwa naruszając prawa do odwiedzin drugiego rodzica bez ryzyka zarządzenia jego powrotu na podstawie Konwencji²⁶. Naruszenie samych praw do dostępu do dziecka nie upoważnia do żądania jego powrotu. Dlatego rodzic, któremu przysługiwały jedynie prawa do odwiedzin nie może na podstawie Konwencji uzyskać zarządzenia jego powrotu²⁷.

IV. Klauzula *ne exeat*

IV.1. Uwagi ogólne

Sytuacja może jednak wyglądać inaczej, gdy orzeczenie o przyznaniu opieki lub porozumienie między rodzicami zabrania rodzicowi posiadającemu prawo do pieczy opuszczenia kraju z dzieckiem bez zgody drugiego rodzica albo zezwolenia sądu. Jak już wcześniej wskazałem, takie zastrzeżenie określa się powszechnie **klauzulą *ne exeat***.

W zakresie oceny wpływu tej klauzuli na rodzaj prawa przysługującego rodzicowi nie sprawującemu pieczy zarysowały się w literaturze i międzynarodowej praktyce dwa wyraźnie przeciwstawne stanowiska²⁸.

Pierwsze z nich zostało zapoczątkowane wypowiedzią pochodzącego ze Szkocji Profesora A. E. Antona, który pełnił funkcję przewodniczącego Konferencji Haskiej Prawa Prywatnego Międzynarodowego podczas przygotowywania Konwencji Haskiej. Stwierdził on, że wprawdzie jest to nie do końca jasne, ale definicja „prawa do pieczy” zawarta art. 5 Konwencji co najmniej sugeruje, że naruszenie prawa tylko do udzielenie lub odmowy zgody na zmianę miejsca pobytu dziecka **nie powinno być rozumiane jako naruszenie prawa do pieczy** w rozumieniu ar. 3 Konwencji. A. E. Anton wskazał ponadto, że propozycją poszerzenia definicji „uprowadzenia” w ten sposób, żeby obejmowała takie sytuacje nie zajęto się²⁹. Okoliczność, że owym postulatem się nie zajęto była przez A. E. Antona rozumiana jako wskazówka, że zabranie dziecka z określonej jurysdykcji bez zgody drugiego rodzica, gdy konieczność uzyskania takiej zgody wynikała z orzeczenia sądu, nie było bezprawnym uprowadzeniem³⁰. Ten pogląd wywarł silny wpływ na orzecznictwo kanadyjskie i amerykańskie.

²⁶ A. E. Anton, *The Hague Convention...*, s. 546; L. Silberman, *Hague International Child Abduction Convention: A Progress Report*, „Law and Contemporary Problems” 1994, Nr 57, s. 218.

²⁷ L. Silberman, *Patching Up...*, s. 46.

²⁸ Por. L. Kuziak, *Uprowadzenie...*, s. 355–356.

²⁹ A. E. Anton, *The Hague Convention...*, s. 546.

³⁰ Zdaniem L. Silbermana, *Patching Up...*, s. 46, w czasie prac nad Konwencją ten problem był jednak dyskutowany. Miano wtedy rzekomo uznać, że zabranie dziecka przez matkę posiadającą prawo do pieczy nad dzieckiem wbrew treści orzeczenia zakazującego opuszczanie jurysdykcji bez zgody ojca byłoby

Dość szybko pojawił się pogląd odmienny. Po raz pierwszy został on zaprezentowany w opracowaniu naukowym chyba przez kanadyjskiego autora J. M. Eekelaara. Wyszedł on z założenia, że prawo do pieczy nad dzieckiem jest podzielne. I tak, jeśli prawo do codziennej opieki nad dzieckiem przysługuje A, zaś prawo do określenia jego miejsca pobytu A i B łącznie, to w takim przypadku zarówno A jak i B mają prawo do pieczy nad dzieckiem w rozumieniu Konwencji. W takim przypadku, jeśli A zabierze dziecko z jednej jurysdykcji do drugiej bez konsultacji z B, będzie to oznaczało bezprawne uprowadzenie³¹.

IV.2. Klauzula *ne exeat* nadaje prawo do odwiedzin rangę prawa do opieki

Leszek Kuziak przytacza w swoim opracowaniu aktualną opinię Konferencji Haskiej Prawa Prywatnego Międzynarodowego wyrażoną w opracowaniu *Transformier Contacts Concerning Children. General Principles and Guide to Good Practice*³², że w orzecznictwie międzynarodowym przeważa stanowisko, iż **prawo do odwiedzin dziecka zabezpieczone prawem sprzeciwu w kwestii wyjazdu dziecka za granicę poprzez klauzulę *ne exeat* jest prawem do opieki** w rozumieniu art. 5 lit. a Konwencji³³. Jako przykłady przytacza orzeczenia nakazujące powrót dziecka wydane w sprawach C v. C [1989] 2 All E.R. 465 (angielskie) oraz David S. v. Zamira S., 151 Misc. 2d 630 (N.Y. Fam. Ct. 1991)³⁴. Można do tego dodać, że taką interpretację zaaprobowały wcześniej również Specjalne Komisje do spraw przeglądu działania Konwencji Haskiej z roku 1989 i 1993³⁵.

A jednak wydaje się, że zdecydowane stanowisko autorów ww. przewodnika może być chyba uznane za nieco zbyt stanowcze. Przykładowo zdecydowana większość orzeczeń amerykańskich sądów okręgowych (*circuit courts*), zajmujących się tą sprawą prezentuje pogląd, że uprawnienie *ne exeat* nie stanowi prawa do pieczy w rozumieniu Konwencji³⁶. A przecież Stany Zjednoczone otrzymują

bezprawne. Tymczasem M. H. Weiner, *Navigating the Road Between Uniformity and Progress: The Need for Purposive Analysis of The Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction*, „Columbia Human Rights Law Review” 2002, Nr 33, s. 275 – nie bez racji twierdzi, że przebieg prac nad Konwencją był bardziej niejednoznaczny niż chciałaby to widzieć L. Silberman.

³¹ J. M. Eekelaar, *International Child Abduction By Parents*, „University of Toronto Law Journal” 1982, Nr 32, s. 309–310.

³² *The Hague Conference on Private International Law*, The Hague 2008, s. 43.

³³ Zob. L. Kuziak, *Urowadzenie...*, op. cit., s. 355–356.

³⁴ Zob. też postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 31 marca. 1999 r., I CKN 23/99, OSP 2000, Nr 2, poz. 23.

³⁵ L. L. Silberman, *The Hague Child Abduction Convention Turns Twenty: Gender Politics and Other Issues*, „New York University Journal of International Law and Politics” 2000–2001, Nr 33, s. 225.

³⁶ Odmienny pogląd w innych krajach zob. np.: *D.S. v. V.W.* [1996] 134 D.L.R. 4th 481, 501-04 (Kanada); *Thompson v. Thompson* [1994] 119 D.L.R. 4th 253 (Kanada), wskazujący, że klauzula *ne exeat* zawarta w orzeczeniu o przyznaniu pieczy miała zapewnić wykonanie prawa do dostępu, nie zaś nadanie mu tego samego poziomu ochrony przez Konwencję, jakim cieszy się prawo do pieczy; *Ministere Public v. Mme Y*, T.G.I. Periguez, Mar. 17, 1992, D.S. Jur. 1992 (Francja) – uznający, że naruszenie przepisów *ne exeat* jest drugorzędne i nie narusza prawa do pieczy; wyjazd z kraju wbrew zakazowi narusza prawo do odwiedzin, a nie prawo do pieczy.

i wysyłają największą ze wszystkich umawiających się krajów liczbę wniosków o powrót dziecka na podstawie Konwencji (w 2003 r. odpowiednio było to 23% i 30% wszystkich wniosków złożonych w krajach – sygnatariuszach Konwencji)³⁷. Na poziomie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych sprawa będzie dopiero rozstrzygana³⁸. Nie da się przesądzić jaka będzie treść tego orzeczenia. Gdyby jednak ten sąd zdecydował się uznać dotychczasową praktykę sądów amerykańskich za niewłaściwą, to niewątpliwie można byłoby wkrótce mówić o jednolitej praktyce w orzecznictwie międzynarodowym.

Na marginesie można dodać, że wspomniana przez L. Kuziaka sprawa *David S. v. Zamira S.* nie jest przykładem lansowanej przez autorów ww. przewodnika tezy. Do tej kwestii jeszcze powrócę, tymczasem chciałbym przedstawić bliżej sygnalizowane stanowisko.

Jednym z wiodących orzeczeń, w którym przyjęto, że zastrzeżenie klauzuli *ne exeat* daje drugiemu rodzicowi „prawo do opieki” umożliwiające mu skorzystanie z Konwencji i doprowadzenie do powrotu dziecka³⁹ jest rozstrzygnięta w 1989 r. angielska sprawa *C v. C*⁴⁰. Matka dziecka, Angielka poślubiła Australijczyka w Anglii w 1978 r. Oboje zamieszkali w Australii, gdzie w 1982 r. urodził im się syn. Rodzice rozwiedli się w 1985 r. W 1986 r. sąd w Australii zatwierdził ich porozumienie co do sposobu sprawowania opieki, przyznając ją matce, ustalając wszakże, iż opieka nad dzieckiem będzie przysługiwała im wspólnie (*joint guardians*) i żadnemu z małżonków nie będzie wolno zabrać syna z Australii bez zgody drugiego. Tymczasem w 1988 r. matka wywoziła syna do Anglii bez zgody ojca.

Sąd w Anglii zarządził powrót dziecka. Uznał, że na podstawie zakazu zabierania dziecka z Australii ojciec miał prawo decydować czy dziecko będzie miało miejscu pobytu w Australii czy poza nią, a zatem miał prawo do opieki w rozumieniu Konwencji. Zresztą w 1987 r. taką zgodę wyraził i dziecko spędziło w Anglii wakacje. Zdaniem sądu ojciec nie miał jedynie prawa decydować o wyborze miejsca pobytu dziecka w obrębie Australii. Omawiana klauzula pozwalała mu natomiast decydować, czy dziecko może wyjechać z kraju, dokąd i w jakich warunkach powinno mieszkać⁴¹.

Pogląd wyrażony w tym orzeczeniu zastał następnie zaakceptowany w orzeczeniach angielskich⁴², australijskich⁴³, kanadyjskich⁴⁴, nowozelandzkich⁴⁵, Hong-

³⁷ J. A. Jackson, *Interpreting Ne Exeat Rights as Rights of Custody: The United States Supreme Courts' Chance To Advance the Purposes of the Hague Convention on International Child Abduction*, „Tulane Law Review” 2009–2010, Nr 84, s. 211.

³⁸ J. A. Jackson, *Interpreting...*, s. 198.

³⁹ L. Silberman, *Hague International...*, s. 218.

⁴⁰ *C v. C*, [1989] 1 W.L.R. 654 (Eng. C.A. 1989).

⁴¹ *Ibidem*, s. 658.

⁴² Zob. np. *Izba Lordów w D (A Child) (Abduction: Foreign Custody Right)*, [2007] 1 All E.R. 783.

⁴³ Zob. np. *Brown v Burke* 2007 WL 4812830 [2007], Family Court of Australia; *Wenceslas v Director-General, Department of Community Services*, 37 Fam LR 271; [2007] FLC 93–321.

⁴⁴ Zob. np. *A. (J.E.) v. M. (C.L.)*, 2002 Nova Scotia Court of Appeal 127.

⁴⁵ Zob. np. *C v D*, [1997] BCL 141, (1996)15 FRNZ 293.

Kongu⁴⁶ i RPA⁴⁷. Wydaje się, że u podstaw znacznej części orzeczeń podążających za rozstrzygnięciem sprawy C v. C leżało przekonanie, że ono właściwie odzwierciedla „ducha” Konwencji, zgodnie z którym dzieci uprowadzone wbrew zastrzeżeniu *ne exeat* powinny powrócić, tak żeby kompetentne forum, jakim jest sąd ich stałego miejsca pobytu rozstrzygnął o prawach stron sporu. Można sądzić, że równie istotne znaczenie mogła mieć także chęć uniformizacji orzecznictwa, zapewnienia w tym zakresie jednolitej międzynarodowej praktyki⁴⁸.

Podobne rozstrzygnięcie zapadło w rozstrzyganej w zbliżonym czasie przez sąd w Kalifornii sprawie *Nawarro v. Bullock*⁴⁹, gdzie porozumienie zawarte między hiszpańskimi małżonkami w sprawie ich separacji określało, że wspólnie wykonują oni opiekę prawną, przy czym dzieci przebywają u matki w czasie roku szkolnego a u ojciec podczas letnich wakacji oraz co drugi weekend. Matka mogła też co drugi rok zabierać dzieci do Kalifornii na miesiąc wakacji. W 1988 r. matka wyjechała z dziećmi do Kalifornii i ostatecznie odmówiła powrotu i ujawnienia miejsca pobytu dzieci. W tej sprawie amerykański sąd zarządził powrót dzieci⁵⁰.

Z uwagi na pozycję sądu orzekającego (sąd stanowy) ranga sprawy *Nawarro v. Bullock* nie jest znacząca. Istotne znaczenie należy natomiast przypisać sprawie *Furness v. Reeves*⁵¹. Została ona rozstrzygnięta przez amerykański federalny Sąd Apelacyjny. Było to jedyne orzeczenie amerykańskiego sądu tej instancji, w którym przyjęto, że klauzula *ne exeat* przekształca prawa do dostępu do dziecka w prawa do pieczy nad nim w rozumieniu Konwencji.

Tom Furnes, obywatel Norwegii i Pamela Reeves, obywatelka USA zawarli związek małżeński w Norwegii w 1994 r. Dwa lata później urodziło im się córka Jessica. Po kilku latach konfliktów rodzice rozstali się i zawarli umowę, która zapewniała obojgu rodzicom wspólne ponoszenie odpowiedzialności rodzicielskiej za córkę (punkt 3 tej umowy stanowił: „*We shall have joint parental responsibility for our daughter*”) w rozumieniu prawa norweskiego. Rodzice zdecydowali, że dziecko będzie mieszkało z matką, której będzie przysługiwało prawo do pieczy, a ojciec będzie miał prawo do kontaktów z nią w określonych dniach i porach. W 2001 r. matka zabrała córkę do USA i już stamtąd nie powróciła⁵².

Gdy ojciec w końcu odkrył miejsce pobytu córki złożył wniosek o zarządzenie jej powrotu na podstawie Konwencji. Sąd w Atlancie uznał, że ojciec miał tylko prawo do odwiedzin, a klauzula *ne exeat* nie podniosła jego praw do rangi pieczy nad dzieckiem. Sąd apelacyjny zmienił to orzeczenie uznając, że Furnesowi przysługiwało prawo do pieczy uprawniające go do żądania powrotu córki do Norwegii na podstawie Konwencji.

⁴⁶ Zob. np. RE P [2004] 1 HKLRD 815, Court of First Instance Miscellaneous Proceedings No 1671 of 2003.

⁴⁷ *Sonderrup v. Tondelli* (1) SA 1171 para. 25.

⁴⁸ Por. J. A. Jackson, *Interpreting...*, s. 209.

⁴⁹ Orzeczenie Kalifornijskiego Superior Court z 1.09.1989 r., 15 Fam. L. Rep. (BNA) 1576.

⁵⁰ Cytuję za L. Silberman, *Hague International...*, s. 219.

⁵¹ *Furnes v. Reeves*, 362 F. 3d 702 (11th Cir. 2004). Zob. J. A. Jackson, *Interpreting...*, s. 204–207.

⁵² *Furnes v. Reeves*, 362 F. 3d 702 (11th Cir. 2004), s. 702–708.

Decyzja sądu apelacyjnego została oparta o analizę prawa norweskiego. W prawie norweskim pojęcie odpowiedzialności rodzicielskiej oznacza „prawo do decydowania o osobistych sprawach dziecka” (art. 30 norweskiej ustawy o dzieciach i rodzicach). Sąd przyjął, że oznacza to możliwość podejmowania decyzji odnoszących się do opieki, ochrony, utrzymania i finansowania dziecka. Opieka nad dzieckiem obejmuje decydowanie o jego mieszkaniu, jedzeniu, ubraniu, edukacji i leczeniu.

To prawo do opieki podlega pewnym ograniczeniom wynikającym z przepisów prawa norweskiego. Jeśli rodzice ponoszą wspólną odpowiedzialność za dziecko, ale mieszka ono stale z jednym z nich, drugi rodzic nie może sprzeciwić się decyzjom rodzica, z którym dziecko mieszka, dotyczącym istotnych aspektów opieki nad nim, takich jak jego uczęszczanie do placówek wychowawczych i innych głównych decyzji dotyczących życia codziennego. Ta regulacja, zdaniem sądu ograniczała możliwość podejmowania przez ojca decyzji dotyczących tego, w jakim kraju dziecko będzie mieszkać [art. 35 (b) norweskiej ustawy o dzieciach i rodzicach]. Jednak, zgodnie z art. 43 norweskiej ustawy o dzieciach i rodzicach, jeśli oboje rodzice ponoszą wspólną odpowiedzialność za dziecko, to oboje muszą wyrazić zgodę na opuszczenie przez nie Norwegii i życie poza nią. Sąd uznał, że ten przepis zawierający klauzulę *ne exeat* kształtuje prawa ojca w ten sposób, że przyznaje mu prawo do opieki w rozumieniu art. 5 Konwencji⁵³.

Do tej konkluzji doprowadziła sąd analiza konwencyjnej definicji prawa do pieczy, zawartej w art. 5, a w szczególności część, która mówi o prawie „do decydowania o miejscu pobytu dziecka”. Sąd uznał, że decydowanie, czy dziecko będzie mieszkać za granicą musi stanowić prawo do determinowania jego miejsca pobytu w rozumieniu Konwencji. Ponieważ Konwencja reguluje problem uprowadzenia dziecka za granicę, to jedyną logiczną wykładnią zwrotu „decydowanie o miejscu pobytu dziecka” może być przyjęcie, że ten zwrot dotyczy również decydowania, w jakim kraju dziecko będzie mieszkać⁵⁴.

Nadto prawo do wyrażenia zgody na wyjazd dziecka z kraju lub prawo do odmowy takiej zgody daje rodzicowi, któremu ono przysługuje dodatkowe uprawnienia, tj. silną pozycję negocjacyjną w tym sensie, że może on udzielić zgody na wyjazd dziecka za granicę jedynie pod pewnymi warunkami, takimi jak np. otrzymanie większych praw do odwiedzin lub do określenia konkretnego miejsca pobytu poza granicami kraju. Dodatkowo sąd zauważył, że prawo decydowania o tym, że dziecko pozostanie w kraju jest znaczące także z tego powodu, że ma wpływ na ukształtowanie się dziecka w określonym środowisku, kulturze i języku⁵⁵.

Do przedstawionej w tym orzeczeniu argumentacji można dodać spostrzeżenie Sądu Najwyższego RPA w sprawie *Sonderup v. Tondelli*⁵⁶, który zwrócił uwagę,

⁵³ Ibidem, s. 714.

⁵⁴ Ibidem, s. 714–716.

⁵⁵ Ibidem, s. 714–716.

⁵⁶ 2001 (1) SA 1171 (CC).

że zabranie dziecka z kraju przez jednego z rodziców z pogwałceniem klauzuli *ne exeat* skutecznie niweczy orzeczenie sądu krajowego w sprawie pieczy. Jest zatem dokładnie takim zachowaniem, któremu Konwencja ma przeciwdziałać⁵⁷.

Natomiast podawana przez wyżej wymieniony przewodnik⁵⁸ sprawa *David v. Zamira* nie jest dobrym przykładem dla zilustrowania tezy, że zastrzeżenie *ne exeat* podnosi prawo do kontaktu z dzieckiem do rangi prawa do opieki nad nim w rozumieniu Konwencji. Wydaje się bowiem, że zarządzenie powrotu dzieci w tej sprawie nie opierało się na tej klauzuli.

Strony postępowania miały kanadyjskie obywatelstwo. W trakcie trwania małżeństwa urodziło się im dwoje dzieci. Trudności finansowe spowodowały rozpad małżeństwa, w efekcie czego strony zawarły umowę separacji, która przyznała prawo do pieczy nad synem, jedynym dzieckiem w chwili jej zawierania, jego matce. Ojciec uzyskał prawo regularnych odwiedzin dziecka. Umowa separacji przewidywała jednocześnie, że matka powinna umożliwić kontakty ojca z synem w obrębie miasta Toronto⁵⁹.

Córka stron przyszła na świat po zawarciu umowy separacji. Z tego powodu nie była objęta tą umową. Innych umów strony w tym zakresie nie zawierały. Matka nie przedstawiła orzeczenia przyznającego jej pieczę nad córką. Sąd w Toronto na wniosek ojca zakazał matce zabierania dzieci z Toronto. Mimo to matka opuściła Kanadę. Ostatecznie dzieci zostały odnalezione w Nowym Jorku. Gdy ojciec dowiedział się o miejscu pobytu dzieci uzyskał w sądzie kanadyjskim tymczasową pieczę nad obojgiem dzieci. Następnie Sąd Najwyższy Ontario wydał orzeczenie stwierdzające, że uprowadzenie dzieci przez matkę było bezprawne a później, że zatrzymanie ich było bezprawne, ponieważ ojcu przysługiwało prawo pieczy i odwiedzin dzieci⁶⁰.

Zgodnie z prawem kanadyjskim oboje rodzice są w równym stopniu uprawnieni do pieczy nad dzieckiem. Zatem, chociaż ojciec zrezygnował z tego prawa w stosunku do syna w umowie separacji zawartej przed urodzeniem się córki, to nadal był uprawniony do pieczy nad swoim drugim dzieckiem. Z tego powodu sąd nakazując powrót dzieci do Kanady pominął zagadnienie, czy klauzula *ne exeat* świadczy o prawie do pieczy nad dzieckiem. Nadto sąd oparł się na orzeczeniach sądu kanadyjskiego stwierdzających bezprawność uprowadzenia i zatrzymania dzieci⁶¹.

⁵⁷ Por. L. Silberman, *Patching...*, s. 47.

⁵⁸ *Transformier Contacts Concerning Children. General Principles and Guide to Good Practice*, The Hague Conference on Private International Law, The Hague 2008, s. 43; jak również przez L. Silberman, *Hague International...*, s. 218–219; zob. też L. Silberman, *The Hague Child...*, s. 226.

⁵⁹ *David S. v Zamira S.*, 574 N.Y.S. 2d 429, s. 632–633.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 632–633.

⁶¹ *Ibidem*, s. 633. Rozstrzygnięcie na podobnych motywach wydał również stanowy Sąd Apelacyjny w Kentucky w sprawie *Janakakis-Kostun v. Janakakis*, 6 S.W. 3d 843 (Ky.Ct.App. 1999). Zob. M. S. Wills, *Interpreting the Hague Convention on International Child Abduction: Why American Courts Need to Reconcile the Rights of Non-Custodial Parents, the Best Interests of Abducted Children, and the Underlying Objectives of the Hague Convention*, „Review of Litigation” 2006, Nr 25, s. 439.

Nie budzi wątpliwości prawidłowość tego rozstrzygnięcia. Można nawet powiedzieć, że jest to rozstrzygnięcie modelowe, ponieważ doprowadziło do tego, że spór o pieczę nad dzieckiem został rozstrzygnięty przez sąd miejsca stałego pobytu dziecka, co jest zgodne z podstawowym założeniem Konwencji, że to ten sąd ma najlepsze kwalifikacje do tego rodzaju czynności⁶².

IV.3. Klauzula *ne exeat* nie nadaje prawa do odwiedzin rangi prawa do opieki

Wspomniałem już, że większość federalnych sądów apelacyjnych w Stanach Zjednoczonych uznaje, że klauzula *ne exeat* nie podnosi prawa do odwiedzin do rangi prawa do opieki. Wyjątek stanowi omówiona wyżej sprawa *Furness v. Reeves*.

Jednocześnie ten wiodący w Stanach Zjednoczonych pogląd dominuje także w orzecznictwie kanadyjskim. Najistotniejsze jest w tym zakresie orzeczenie w sprawie *D.S. v. V.W.*⁶³. Po rozpoznaniu odwołania Sąd Najwyższy Kanady zmienił orzeczenie sądu niższej instancji, które zostało oparte na wcześniej omówionej angielskiej sprawie *C v. C* uznając, że zarówno konkludentny, jak i wyraźny zakaz opuszczania kraju przez dziecko nie podnosi prawa do odwiedzin do rangi prawa do pieczy.

Pierwszym orzeczeniem rozstrzygającym problem znaczenia omawianej klauzuli w USA na szczeblu federalnym jest rozstrzygana w 2000 r. sprawa *Croll v. Croll*⁶⁴. Jest to tzw. „*leading case*” w zakresie, w jakim wyrażono w nim pogląd o braku znaczenia klauzuli *ne exeat* na charakter prawa do odwiedzin.

Rodzice mieszkali w Hong-Kongu. Zgodnie z orzeczeniem tamtejszego sądu matce przysługiwało prawo do pieczy, opieki i kontroli nad córką, a ojcu prawo do jej odwiedzin w odpowiednim zakresie. Dodatkowo orzeczenie sądu zawierało klauzulę, zgodnie z którą córka do ukończenia siedemnastu lat nie mogła opuścić Hong-Kongu bez zgody sądu lub ojca. W 1999 r., gdy ojciec był w podróży służbowej, matka naruszyła ten zakaz zbierając córkę do Nowego Jorku i odmawiając stamtąd powrotu. Ojciec zażądał powrotu córki na podstawie Konwencji. W toku postępowania nie było sporu co do tego, jakie było miejsce stałego pobytu córki. Matka nie podnosiła zarzutu niewykonywania przez ojca prawa do opieki ani innych zarzutów dostępnych na podstawie przepisów Konwencji. Twierdziła jedynie, że ojciec nie ma prawa do pieczy nad córką, a wyłącznie prawo do odwiedzin i dlatego nie ma prawa żądać powrotu córki. Ustaliwszy, że zakaz opuszczania kraju zawarty w orzeczeniu sądu z Hong-Kongu nie przekształcał jednego prawa w drugie – nie dawał ojcu prawa do opieki, amerykański sąd apelacyjny uznał, że uprowadzenie dziecka przez matkę nie było bezprawne i odmówił nakazania powrotu dziecka⁶⁵.

⁶² Por. D. M. Fraidstern, *Croll v. Croll And the Unfortunate Irony of Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction: Parents with Rights of Access Get No Rights To Access Courts*, „Brooklyn Journal of International Law” 2004–2005, Nr 30, s. 681.

⁶³ [1996] 134 D.L.R. 4ht, 481 (Can.).

⁶⁴ 229 F.3d 133 (2nd Cir. 2000).

⁶⁵ Ibidem, s. 135.

Swoją decyzję sąd oparł na analizie pojęcia prawa do pieczy, praw, które wchodzi w jego zakres i ich stosunku do prawa wynikającego z klauzuli *ne exeat*. Sąd przyjął, że piecza nad dzieckiem obejmuje podstawowe obowiązki i możliwość wybrania i zapewnienia pożywienia, schronienia, odzieży, moralnego i duchowego przewodnictwa, opieki lekarskiej, edukacji etc. lub wybór (odwołalny) innych ludzi albo instytucji, które miałyby to wszystko dziecku zapewnić⁶⁶.

Sąd zwrócił uwagę, że art. 5 Konwencji używa pojęcia „praw do pieczy” (*rights to custody*) jako praw dotyczących opieki nad osobą dziecka. Użyta w języku angielskim liczba mnoga (*rights*) odnosi się do wiązki, zbioru praw, z których może korzystać jedna lub więcej osób. W związku z tym istnieje pewien rodzaj napięcia, niezgodności między ideą, że można sprawować pieczę mając tylko pojedyncze prawo, takie jak prawo weta przysługujące na mocy klauzuli *ne exeat*⁶⁷.

Zdaniem sądu, w rozumieniu art. 5 Konwencji prawo do decydowania o miejscu pobytu dziecka jest przykładem prawa do pieczy. Rodzic, który podejmuje decyzję, gdzie dziecko mieszka, z dużym stopniem prawdopodobieństwa, jest rodzicem, który wykonuje prawo opieki i kontroli, i dlatego sprawuje pieczę. Ujmowanie prawa do pieczy jako prawa do wskazania miejsca pobytu dziecka, w sensie wyboru kraju nie pozwala na wyciągnięcie żadnych sensownych wniosków. Tak ujmowane prawo chroni bowiem w ten sam sposób prawo do pieczy i prawo do odwiedzin, i nie jest żadną wskazówką co do tego, kto sprawuje pieczę.

W opinii sądu rodzic sprawujący pieczę nie może zwolnić się z odpowiedzialności za decyzję o miejscu zamieszkania wskazując tylko kraj, w jakim dziecko ma mieszkać. Biorąc pod uwagę wiele okoliczności musi przecież wybrać, czy dziecko zamieszka w mieście, na przedmieściach lub na wsi, wybierając konkretną ulicę, mieszkanie, internat etc. To są wybory, których nie może on uniknąć. Prawo, które przy tym realizuje ma charakter czynny i pozytywny. Tymczasem prawo rodzica wynikające z klauzuli *ne exeat* ogranicza się tylko do wyrażenia sprzeciwu przeciwko opuszczeniu przez dziecko kraju. Nie zawiera w sobie możliwości determinowania, gdzie dziecko ma mieszkać a wyłącznie, gdzie ma nie mieszkać. Jest to zatem tylko prawo sprzeciwu – weta, które można określić jako prawo zakazowe, nadto ograniczone do wyborów transgranicznych⁶⁸. Uzupełniając ten wątek argumentacji można dodać, że prawa wynikające z klauzuli *ne exeat* nie nakładają na rodzica, któremu przysługuje tylko prawo do odwiedzin żadnych obowiązków, które korelowałyby z tym uprawnieniem. Natomiast rodzic sprawujący pieczę takie obowiązki ma i ponosi w tym zakresie odpowiedzialność.

Sąd wskazał także, iż zgodnie z art. 3b Konwencji, ażeby uprowadzenie było bezprawne musi stanowić naruszenie praw do pieczy rzeczywiście (skutecznie) wykonywanych lub które byłyby tak wykonywane, gdyby nie nastąpiło uprowadze-

⁶⁶ Ibidem, s. 138.

⁶⁷ Ibidem, s. 139.

⁶⁸ Por. ibidem, s. 139–141.

nie lub zatrzymanie. Prawo wynikające z klauzuli *ne exeat* nie jest natomiast rzeczywiście wykonywane.

Obawę sądu wzbudziło również, że zarządzenie powrotu dziecka do rodzica, który ma tylko prawo do odwiedzin lub nawet został uznany przez sąd jurysdykcyjny za niezdolnego do sprawowania pieczy, byłoby zwróceniem dziecka osobie, która nie ponosi odpowiedzialności rodzicielskiej za opiekę nad dzieckiem. Jest bowiem jasne, że powrót dziecka nie oznacza nakazania powrotu rodzicowi, który sprawuje pieczę wraz z nim⁶⁹. Kto wtedy ma się zająć dzieckiem? Kurator? Rodzina zastępcza? Sąd uznał, że Konwencja nie przewidywała powrotu dziecka w takiej sytuacji.

Rozumowanie sądu w sprawie *Croll v. Croll* zostało ocenione jako bardzo przekonujące przez inne sądy amerykańskie i wytworzyło prawie jednolitą linię orzecznictwa (za wyjątkiem już opisanego orzeczenia w sprawie *Furnes v. Reeves*⁷⁰), mimo zgłoszonego przez sędziego Sonię Sotomayor (od 2009 r. sędzia Sądu Najwyższego USA) zdania odrębnego. Jej pełne pasji zdanie odrębne zostało oparte w znacznej mierze na analizie orzeczeń wydanych w siostrzanych systemach prawnych, a które lansowały pogląd, zgodnie z którym klauzula *ne exeat* podnosi prawo do odwiedzin do rangi prawa do pieczy⁷¹.

Sprawa *Croll v. Croll* spotkała się także ze znacznym zainteresowaniem doktryny⁷², gdzie raczej przeważa, inaczej niż w orzecznictwie, nurt krytyczny zarzucający orzeczeniu zbyt wąską, pomijającą cele Konwencji wykładnię pojęcia prawo do opieki⁷³. Wyraża się przy tym niekiedy obawę, że taka wykładnia będzie skłaniać rodziców do uprowadzania dzieci, ponieważ nie będą mogli ich odzyskać na drodze prawnej⁷⁴.

Jedną z ostatnich spraw wpisujących się w linię orzeczniczą sprawy *Croll v. Croll* jest rozstrzygnięta w 2008 r. sprawa *Abbott v. Abbott*⁷⁵. Powód niezadowolony z wyniku postępowania złożył wnioski do Sądu Najwyższego USA o przyjęcie

⁶⁹ Ibidem, s. 140–141.

⁷⁰ Co ciekawe w literaturze podnosi się, że rzeczywistą przyczyną wydania tego orzeczenia mogły być osobiste cechy wnioskodawcy. Furnes był bardzo dobrym ojcem, współpracującym, mogącym zapewnić córce bezpieczeństwo. Pozwana była osobą konfliktową, przeszkadzającą w kontaktach z dzieckiem, pomawiając ojca etc. Innymi słowy o orzeczeniu mogła zadecydować charakterystyka stron. Byłby to wtedy niedopuszczalny sposób podejmowania decyzji, którego w oczywisty sposób Konwencja chciała uniknąć. Zob. D. M. Fraidstern, *Croll v. Croll...*, s. 657.

⁷¹ *Croll v. Croll*, 229 F.3d 133 (2nd Cir. 2000), s. 144–154.

⁷² Zob. np. D. M. Huynh, *Croll v. Croll: Can Rights of Access Ever Merit A Remedy of Return Under the Hague Abduction Convention*, „North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulations” 2000–2001, Nr 26, s. 529; Ch. B. Whitman, *Croll v. Croll: The Second Circuit Limits „Custody Rights” Under the Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction*, „Tulane Journal of International & Comparative Law” 2001, Nr 9, s. 605 (zarzuca zbyt wąską wykładnię Konwencji); L. Silberman, *The Hague Child...*, s. 226; M. H. Weiner, *Navigating...*, s. 308; D. M. Fraidstern, *Croll v. Croll...*, s. 641; M. S. Wills, *Interpreting...*, s. 440; J. A. Jackson, *Interpreting Ne Exeat...*, s. 195.

⁷³ Zamiast wielu zob. L. Silberman, *The Hague Child...*, s. 226 i n.

⁷⁴ D. M. Huynh, *Croll v. Croll...*, s. 557.

⁷⁵ 542 F.3d 1081 (5th Cir. 2008).

sprawy do rozpoznania, co nastąpiło 29 czerwca 2009 r.⁷⁶. Sąd Najwyższy USA ma przesądzić, jakie jest znaczenie klauzuli *ne exeat* w rozumieniu Konwencji. Do czasu oddania tego artykułu do druku sąd nie wydał orzeczenia w tej sprawie. Niezależnie od wyniku, wyrok jaki zapadnie z pewnością ukształtuje także międzynarodową praktykę orzeczniczą.

V. Podsumowanie

W moim przekonaniu pogląd, zgodnie z którym klauzula *ne exeat* nie podnosi prawa do odwiedzin do rangi prawa do pieczy nad dzieckiem jest trafny.

Znaczna część zarzutów stawianych rozumowaniu przedstawionemu w orzeczeniu *Croll v. Croll* wydaje się niezasadna. Fakt, że istnieje znaczna liczba orzeczeń, w których wyrażono pogląd odmienny niż tam zaprezentowany nie oznacza, że jest ono błędne. Dokonana w nim wykładnia przepisów Konwencji wydaje się prawidłowa.

Orzeczenie ujawnia natomiast istotną słabość Konwencji, która nie przykłada dostatecznej wagi do prawa do odwiedzin, w szczególności zabezpieczonych klauzulą *ne exeat*. Twórcy Konwencji nie stworzyli mechanizmów, które dawałyby władzy sądowniczej podstawę do udzielenia skutecznej ochrony rodzicom posiadającym tylko prawo do odwiedzin. Wydaje się, że sposobem rozwiązania tego problemu byłaby zmiana treści Konwencji przyznająca określone uprawnienia rodzicom posiadającym prawo do opieki w razie złamania zakazu wyjazdu dziecka z kraju, w którym miało miejsce stałego pobytu⁷⁷.

Krzywda wyrządzana dziecku przez naruszenie zakazu wynikającego z klauzuli *ne exeat*, jeśli w ogóle w danym przypadku wystąpi, nie jest typem krzywdy, przed którym Konwencja miała dziecko chronić za pomocą sankcji nakazania jego powrotu. Twórcy Konwencji pragnęli ochronić dzieci przed traumą, jaką wywołuje uprowadzenie dziecka rodzicowi, który sprawuje nad nim stałą pieczę, z którym dziecko mieszka i ma stały kontakt⁷⁸. W preambule Konwencji mowa jest o tym, że sygnatariusze pragną „chronić dziecko przed szkodliwymi skutkami, wynikającymi z bezprawnego uprowadzenia go lub zatrzymania”, a nie przed krzywdzącymi skutkami zmniejszenia zakresu uprawnień do odwiedzin. Twórcy Konwencji uważali, że sankcja powrotu dziecka, zminimalizuje niekorzystne skutki uprowadzenia przez rodziców pragnących stałego kontaktu z dzieckiem, a nie posiadających go; powstrzyma takie działania i połączy na nowo dziecko z jego podstawowym opiekunem (tzw. *primary caretaker*)⁷⁹. Konwencja miała odstraszyć od samowoli rodzica niezadowolonego z rozstrzygnięcia sądu w sprawie opieki lub oczekującego, że ta-

⁷⁶ *Abbot v. Abbot*, 129 S.Ct. 2859 (2009).

⁷⁷ D. M. Fraidstern, *Croll v. Croll...*, s. 648.

⁷⁸ M. H. Weiner, *Navigating...*, s. 323–24.

⁷⁹ Por. A. E. Anton, *The Hague...*, s. 543.

kie orzeczenie zapadnie, a nie rodzica, któremu orzeczenie przyznało opiekę. Ten ostatni, bezprawnie uprowadzając dziecko za granicę, nie poprawia przecież zakresu swoich praw.

Jest jasne, że Konwencja inaczej traktuje prawo do pieczy, a inaczej prawo do odwiedzin. To ostatnie może być egzekwowane w nowym państwie. Jest to niekiedy uprawnienie iluzoryczne, w szczególności, jeśli odległość między krajami jest znaczna. Ten brak kontaktu z nieposiadającym pieczy rodzicem może być krzywdzący dla dziecka. Nie zmienia to jednak faktu, że Konwencja zwyczajnie nie zabrania rodzicowi sprawującemu pieczę wyjazdu do innego kraju z dzieckiem, gdy drugi rodzic ma tylko prawo odwiedzin⁸⁰.

Nadto między prawem do odwiedzin zabezpieczonym klauzulą *ne exeat*, a takim prawem nie zabezpieczonym w ten sposób nie ma merytorycznej różnicy. Relacje między rodzicem a dzieckiem w obu przypadkach są przecież takie same. W efekcie zastosowanie sankcji powrotu w sytuacji, gdy klauzula *ne exeat* została zastrzeżona nie ma więcej sensu, niż w przypadku, gdy tej klauzuli brak⁸¹.

W końcu warto zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 12 Konwencji można zarządzić wydanie dziecka uprowadzonego w związku z bezprawnym naruszeniem prawa do pieczy, jeśli stosowny wniosek zostanie złożony w ciągu roku od uprowadzenia lub zatrzymania. Realizacja prawa do odwiedzin nie jest ograniczona żadnym terminem. W rezultacie tworzy się nowa, nieprzewidziana przez twórców Konwencji mieszana kategoria prawna, tj. prawa do odwiedzin zabezpieczonego klauzulą *ne exeat*. Rodzic, któremu ono przysługuje będzie mógł skorzystać tak z uprawnienia do żądania powrotu dziecka, a w przypadku niepowodzenia takiej próby (np. w wyniku skutecznego podniesienia jednego z zarzutów, jakie przewiduje Konwencja) – również z uprawnień przewidzianych w art. 21 Konwencji. Paradoksalnie będzie mu przysługiwał większy wachlarz uprawnień niż rodzicowi, który ma prawo do pieczy lub innym rodzicom, posiadającym tylko prawo do odwiedzin⁸².

⁸⁰ M. H. Weiner, *Navigating...*, s. 325.

⁸¹ *Ibidem*, s. 325.

⁸² *Ibidem*, s. 326.

Porozumienia i ugody dotyczące wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem

Nowelizacją Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z dnia 6 listopada 2008 r. uzależniono pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rozwodzającym się lub żyjącym w rozłączeniu rodzicom (art. 58, 107 k.r.o.) od przedstawienia przez nich zgodnego z dobrem dziecka porozumienia o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem. Ani w uzasadnieniu nowelizacji ani w dotychczasowych wypowiedziach nauki prawa nie odnajdujemy rozważań na temat relacji między tym porozumieniem a ugodą sądową i ugodą zawartą przed mediatorem. Próba ich określenia jest celem niniejszego artykułu. Istotne jest powiązanie ugody i porozumienia z instytucją mediacji, która powinna pomagać rodzicom w wypracowaniu wspomnianych porozumień, jak i ugód.

Problematyka zasygnalizowana w tytule jest częścią szerszego zagadnienia dopuszczalności regulowania przez samych rodziców sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej, w której mieści się też pozornie zupełnie inny problem, a mianowicie kwestia dopuszczalności powierzania władzy rodzicielskiej lub jej elementów, a w szczególności pieczy nad dzieckiem, osobom trzecim w drodze umowy. Wbrew pozorom obie te kwestie łączy wspólny mianownik, to jest dopuszczalność dysponowania przez samych rodziców uprawnieniami i obowiązkami z zakresu władzy rodzicielskiej. Nie ulega wątpliwości, że cała ta problematyka ma wielką doniosłość praktyczną. W niniejszym artykule skoncentruję się na ugodach i porozumieniach między samymi rodzicami, dotyczących sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów z dziećmi.

Na wstępie należy postawić pytanie o charakter prawny ugody sądowej oraz zawartej przed mediatorem oraz charakter prawny porozumienia. Co do wymienionych ugód można raczej stanowczo stwierdzić, że są one umowami. Jeżeli są umowami, to należy je zakwalifikować jako umowy ugody w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Co się tyczy natury ugód sądowych oraz zawartych przed mediatorem można znaleźć liczne wypowiedzi. Wynika z nich, że dominująca jest dualistyczna koncepcja ugody sądowej jako aktu złożonego z czynności materialnoprawnej i procesowej, co oznacza, że ugoda sądowa musi spełniać wymagania ugody w rozumieniu prawa cywilnego materialnego¹. Natomiast nie sposób

¹ Por. M. Pyziak-Szaflnicka, *System prawa prywatnego*, t. 8, pod red. J. Panowicz-Lipskiej, Warszawa 2004, s. 856 i przywołana tam literatura.

znaleźć w literaturze prawniczej pełnej i spójnej koncepcji co do charakteru prawnego porozumienia, o którym mowa w art. 58 i 107 k.r.o. Z jednej strony można postawić tezę, że są one umowami, ale uprawnione może też być twierdzenie, że porozumienie tym się różni od ugody, że pozwala objąć kwestie niepodlegające ugodzie, gdyż pozostające poza dyspozycją stron. Można też próbować twierdzić, że porozumienie w ogóle nie jest czynnością prawną lecz jest czynnością procesową. Tej ostatniej możliwości nie wyklucza sam fakt, że porozumienie jest uregulowane w prawie materialnym i towarzyszy mu niewątpliwie inna czynność procesowa w postaci określonego wniosku procesowego stron, podobnie zresztą jak przy ugodzie sądowej.

Czym zatem różni się porozumienie od ugody i jaki był sens wprowadzenia instytucji porozumienia w nowelizacji z dnia 6 listopada 2008 r.? Kiedy mediator ma spisać ugodę, a kiedy porozumienie?

Konsekwencje praktyczne postawionej kwestii są doniosłe, bowiem od jej rozstrzygnięcia zależy, czy można zawrzeć ugodę w przedmiocie władzy rodzicielskiej, czy to przed sądem, przed mediatorem, czy to zupełnie prywatnie – bez ich udziału, czy też w ogóle ugoda jest tu niedopuszczalna i władzę rodzicielską można regulować jedynie orzeczeniem sądowym z ewentualnym uwzględnieniem porozumienia notyfikowanego sądowi.

Ugoda sądowa lub zawarta przed mediatorem musi spełniać przesłanki ugody w znaczeniu materialnoprawnym. Umowa ta jest zdefiniowana w art. 917 k.c.:

„Art. 917. Przez ugodę strony czynią sobie wzajemne ustępstwa w zakresie istniejącego między nimi stosunku prawnego w tym celu, aby uchylić niepewność co do roszczeń wynikających z tego stosunku lub zapewnić ich wykonanie albo by uchylić spór istniejący lub mogący powstać.”.

Prawo procesowe nie zawiera definicji ugody sądowej ani ugody zawartej przed mediatorem. O dualistycznej naturze prawnej ugody była już mowa powyżej. Ugody te, w uproszczeniu, wyróżniają się wśród ugód prawa materialnego tym, że są od razu (tzn. bez konieczności procesu i wyroku) tytułami egzekucyjnymi. Aby ugoda miała taki skutek wystarcza aby była zawarta przed sądem albo mediatorem oraz aby nie zachodziły negatywne przesłanki odpowiednio z art. 203 § 4 k.p.c. przy ugodzie sądowej² (a w razie gdy ugoda jest wynikiem zawezwania do próby ugodowej czyli postępowania pojednawczego – art. 184 zd. 2 k.p.c.³) oraz z art. 183¹⁴ § 3 k.p.c. przy ugodzie zawartej przed mediatorem⁴.

² Sąd może uznać za niedopuszczalne cofnięcie pozwu, zrzeczenie się lub ograniczenie roszczenia tylko wtedy, gdy okoliczności sprawy wskazują, że wymienione czynności są sprzeczne z prawem lub zasadami współzycia społecznego albo zmierzają do obejścia prawa.

³ Sąd uzna ugodę za niedopuszczalną, jeżeli jej treść jest niezgodna z prawem lub zasadami współzycia społecznego albo zmierza do obejścia prawa.

⁴ Sąd odmawia nadania klauzuli wykonalności albo zatwierdzenia ugody zawartej przed mediatorem, w całości lub części, jeżeli ugodą jest sprzeczna z prawem lub zasadami współzycia społecznego albo zmierza do obejścia prawa, a także gdy jest niezrozumiała lub zawiera sprzeczności.

Ugoda sądowa lub ugoda przed mediatorem mogą dotyczyć zarówno materii egzekucyjnych, jak i nieegzekucyjnych. W przypadku ugody zawartej przed mediatorem to rozróżnienie skutkuje różnymi trybami zatwierdzenia ugody. Zgodnie z art. 183¹⁴ § 2 k.p.c., jeżeli ugoda podlega wykonaniu w drodze egzekucji, sąd zatwierdza ją przez nadanie jej klauzuli wykonalności; w przeciwnym przypadku sąd zatwierdza ugodę postanowieniem na posiedzeniu niejawnym.

Przesłanki z art. 183¹⁴ § 3, art. 184 zd. 2 oraz z art. 203 § 4 powinny być przedmiotem badania dopiero wówczas, gdy stwierdzimy, że zachodzą zacytowane wcześniej wymagania prawa materialnego (art. 917 k.c.) co do umowy ugody. Aby odpowiedzieć na pytanie o istotę i zakres zastosowania ugód w sprawach władzy rodzicielskiej i kontaktów z dziećmi, w tym ugód sądowych i zawartych przed mediatorem musimy wrócić do art. 917 k.c. Zawarte tam przesłanki ugody odnoszą się jednakowo do ugód sądowych i tych zawartych przed mediatorem. W wyjaśnieniu tego przepisu przydatne będą uwagi poczynione przez J. Broła w kontekście ugód zawartych w wyniku mediacji:

„Zgodnie z art. 917 k.c. umowa ugody dochodzi do skutku także w mediacji, zarówno umownej jak i skierowanej, jeżeli spełnione są następujące przesłanki:

- a) między stronami istnieje stosunek prawny będący przedmiotem sporu;
- b) zawarcie ugody w danym sporze jest dopuszczalne;
- c) w zakresie tego stosunku prawnego strony czynią sobie wzajemnie ustępstwa a celem tych ustępstw jest:
 - uchylenie niepewności co do roszczeń wynikających z tego stosunku,
 - zapewnienie ich wykonania,
 - uchylenie sporu istniejącego lub mogącego powstać.”⁵

Co do punktu a) należy stwierdzić, że zarówno kwestia wykonywania władzy rodzicielskiej jak i kwestia kontaktów z dzieckiem są przedmiotem swoistego stosunku prawnego łączącego rodziców z mocy prawa, tzn. stosownych przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Dalsze rozwijanie tej kwestii nie wydaje się potrzebne, więź prawna między rodzicami wynikająca z wykonywania władzy rodzicielskiej jest niewątpliwa⁶.

Jeśli chodzi o pkt c), to również on nie wymaga rozwinięcia, ponieważ kwestia tam poruszona może być oceniona tylko *ad casum*. Niemniej jednak w dalszych rozważaniach okaże się celowe nawiązanie do wymagania wzajemnych ustępstw jako przesłanki ugody.

Podstawowym problemem jest przedmiotowy zakres dopuszczalności ugody, o czym mowa w punkcie b).

⁵ J. Broł, *Barierzy na drodze alternatywnego rozwiązywania sporów w sprawach cywilnych. Mediacja*, „Prawo w działaniu” 2008, Nr 7, s. 48.

⁶ J. Strzebińczyk, *System prawa prywatnego, t. 12 Prawo rodzinne i opiekuńcze*, pod red. T. Smoczyńskiego, Warszawa 2003, s. 253–254.

Czym z kolei charakteryzuje się porozumienie?

Jak pisze B. Czech, porozumienie ma cechy umowy, jest zatem czynnością prawną⁷. Zdaniem J. Winiarza, twierdzenie, że porozumienie jest czynnością prawną, może budzić wątpliwości⁸. Nie wydaje się jednak, aby można było doszukać się jakiegokolwiek innej natury porozumienia, zresztą nie wskazuje jej także J. Winiarz. W każdym razie nie twierdzi się, że porozumienie jest czynnością procesową. Być może nie myśli się w tym kierunku przede wszystkim dlatego, że porozumienie jest uregulowane w prawie materialnym (Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym). Jeżeli zaś przyjąć, że porozumienie jest czynnością prawną, to moim zdaniem nie można byłoby go inaczej zakwalifikować niż jako *sui generis* ugody, o której mowa w art. 917 k.c. Skuteczność tej ugody zależałaby jednak od uwzględnienia przez sąd.

W świetle uzasadnienia projektu nowelizacji z dnia 6 listopada 2008 r. „konceptcja 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.»⁹.

B. Czech w powołanym wyżej artykule¹⁰ wyraził pogląd, że 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 szczególność, 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.

Z powyższego zdaje się wynikać, że porozumienie, o którym mowa w art. 58 i 107 k.r.o., jest wiążące i może wywoływać jakieś skutki prawne w całej swojej ciągłości, jeżeli zostało uwzględnione. To wymaganie uwzględnienia przez sąd nie sprzeciwia się kwalifikowaniu porozumienia jako umowy. W prawie kontraktowym spotykamy się niejednokrotnie z uzależnieniem skuteczności umowy od decyzji administracyjnej, a w tym wypadku chodziłoby o orzeczenie sądowe.

⁷ B. Czech, *Art. 58 k.r.o. w związku z problematyką ustawy nowelizującej z dnia 6 listopada 2008 r.*, „Rodzina i Prawo” 2009, Nr 12, s. 21.

⁸ J. Winiarz, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz. Pod red. K. Pietrzykowskiego*, Warszawa 2010, s. 556.

⁹ Druk sejmowy Nr 888 Sejmu VI kadencji.

¹⁰ B. Czech, *Art. 58 k.r.o...*, op. cit., s. 27.

Moim zdaniem, o związaniu stron porozumieniem można mówić także gdy jest ono zawarte poza sądem i mediatorem. Mamy wtedy bowiem do czynienia z ugodą w rozumieniu prawa cywilnego, którą możemy nazwać porozumieniem prywatnym. Każde takie porozumienie wywołuje skutki prawne, gdyż każde porozumienie jest umową (a ściślej umową ugody w rozumieniu Kodeksu cywilnego), ale tylko przy spełnieniu określonych wymagań formalnych porozumienie może stać się tytułem egzekucyjnym, a mianowicie wtedy, gdy ma postać ugody zawartej przed sądem lub mediatorem. Porozumienie prywatne będzie wiążące, choć bez waloru przymusowego wykonania, jeżeli nie zapadnie po jego zawarciu inne rozstrzygnięcie sądu. Warunkiem dopuszczalności prywatnego porozumienia jest jednak dopuszczalność dysponowania przez strony prawami i obowiązkami, które są jego przedmiotem. Kwestia ta będzie przedmiotem dalszych rozważań.

Regulacja kodeksowa mówi o porozumieniu tylko w kontekście rozwodu i sprawy z art. 107 k.r.o. Jej istotą jest to, że sąd uwzględniając porozumienie dostosowuje swoje rozstrzygnięcie do ustaleń dokonanych przez rodziców. Ustalenia te są wiążące i pozostaną w mocy, dopóki nie zmieni ich zgodna decyzja rodziców piastujących pełną władzę rodzicielską lub nie uczyni tego sąd przy ponownym rozstrzygnięciu materii z zakresu władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem. Ustawa nie mówi nic o porozumieniach zawartych poza sądem, ani o możliwości zmiany przez samych rodziców, którym sąd powierzył wspólne wykonywanie władzy rodzicielskiej, wcześniejszego porozumienia uwzględnionego przez sąd.

Być może nie bez znaczenia dla odróżnienia przez ustawodawcę porozumienia od ugody była kwestia szczegółowości ustaleń wymaganych w porozumieniu. Wprawdzie przedmiotem ugody mogą być także materie nieegzekucyjne (niepodlegające przymusowemu wykonaniu), a wtedy zastrzeżenia do zbyt szczegółowych zapisów, albo ich odbieganie od języka prawnego nie powinny dyskwalifikować ugody, niemniej jednak praktyka preferuje syntetyczne ugody niezależnie od tego, czy dotyczą materii egzekucyjnej czy nieegzekucyjnej. Ponieważ szczegółowość ustaleń rodziców jest niewątpliwie nie tylko dopuszczalna, ale nawet pożądana przy decydowaniu o powierzeniu wspólnej władzy rodzicielskiej¹¹, to można ją osiągnąć właśnie w ramach porozumienia, a nie ugody. Potrzebę szczegółowości i odformalizowania w uzgodnieniach dotyczących wykonywania władzy rodzicielskiej potwierdzają doświadczenia mediatora:

„...Moim klientem jako mediatora są zwaśnieni rodzice – to oni zatem decydują zarówno o zakresie spraw omawianych i rozwiązanych w mediacji i to im ma służyć zawarte porozumienie. A żeby tak się stało, to musi być «ich» porozumienie, a zatem wyrażające konkretne decyzje, jakie chcą wdrożyć w swoim dalszym życiu w ich własnym języku, z ich metaforami, akcentami czy sposobem, w jakim mówią

¹¹ J. Winiarz, *Kodeks rodzinny...*, op. cit., s. 555; W. Stojanowska (w:) *Prawo rodzinne i opiekuńcze. Tom 11. System Prawa Prywatnego pod redakcją Tadeusza Smoczyńskiego*, Warszawa 2003, s. 752, B. Czech, Art. 58 k.r.o..., op. cit., s. 19 i n.

o swoim dziecku. Powinno również opisywać te wszystkie ustalenia, które uznają za ważne – tak w sprawach kluczowych, jak na przykład z kim mieszka dziecko, jak i w sprawach mniejszej wagi, na przykład jakie programy telewizyjne i jak często dziecko może oglądać. Szczegółowa ugoda zmniejsza prawdopodobieństwo odmiennych interpretacji ustaleń przez strony i obejmuje szersze spektrum sytuacji, które niezgodnione mogłyby prowadzić do ponowienia konfliktu. Dlatego też jako bardziej użyteczne dla rodziny wydają mi się ugody, które jasno i prosto określają, co i kiedy robi mama – Anna Kowalska (zamiast pozwana), a co tata – Stefan Kowalski (a niekoniecznie powód) i jak rodzice chcą wychować Jasia (a nie małoletniego Jana Kowalskiego). I choć może to zabrzmieć dziwnie, jest znacznie większa szansa, że tego typu porozumienie zawiśnie w kuchni na lodówce i rodzice będą do niego zaglądać, aby przypomnieć sobie czy weekend właśnie przypada czy też kto zawozi Jasia na zajęcia karate, a zatem że będzie to ugoda żywa i aktualna.”¹².

Postulowana powyżej szczegółowość jest możliwa w porozumieniu przedkładanym sądowi, nie wyłączając części dotyczącej kontaktów. Sąd transponując porozumienie co do kontaktów dokona stosownej syntezy i użyje języka prawnego. Dlatego też nie popieram rozwiązania, w którym obok syntetycznego porozumienia przedstawianego sądowi do zatwierdzenia, rodzice sporządzaliby dodatkowe prywatne porozumienie tylko do własnego użytku, co zaproponowała A. Gójska:

„Jednocześnie dla sędziego zatwierdzającego ugodę rozszerzenie jej zakresu do rozważań natury ogólnej (wartości wychowawcze) oraz takich, których zatwierdzenie nie leży w gestii sądu, może być problematyczne. Kompromisem wówczas może być sporządzenie w mediacji dwóch wariantów porozumienia: jednego, rozszerzonego, dla samych stron, i drugiego, okrojonego, określającego jedynie kwestie, które powinny zostać zatwierdzone przez sąd wraz z adnotacją, że pozostałe tematy (dobrze, jeśli zostaną pokrótce wymienione) zostały uregulowane w porozumieniu dla rodziców.”¹³.

Analizując różnice między ugodami a porozumieniami nie można pominąć różnicy w przesłankach zatwierdzenia ugody zawartej przed mediatorem i przesłankach uwzględnienia porozumienia. O ile w pierwszym wypadku sąd odmawia nadania klauzuli wykonalności albo zatwierdzenia ugody zawartej przed mediatorem, w całości lub części, jeżeli ugoda jest sprzeczna z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo zmierza do obejścia prawa, a także gdy jest niezrozumiała lub zawiera sprzeczności (art. 183¹⁴ § 3 k.p.c.), o tyle w drugim wypadku sąd odmawia uwzględnienia porozumienia, jeśli jest ono niezgodne z dobrem dziecka (art. 58, 107 k.r.o.).

Ze wskazanej różnicy między przesłankami zatwierdzenia ugody a przesłanką uwzględnienia porozumienia można wywodzić, iż jest ona wynikiem odmiennego charakteru prawnego ugody i porozumienia. Otóż można twierdzić, że ustawodaw-

¹² A. Gójska, *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, pod red. J. Ignaczewskiego, Warszawa 2010, s. 448.

¹³ *Ibidem*, s. 448.

ca stoi na stanowisku, że ugodowe załatwianie spraw z tego zakresu, który jest objęty porozumieniem w rozumieniu art. 58 i 107 k.r.o., jest w ogóle niedopuszczalne, ponieważ są to prawa osobiste i niezbywalne. Ponadto przesłanki zatwierdzenia ugody byłyby w tym zakresie niewystarczające, bo niezapewniające kontroli zgodności z dobrem dziecka. Przesłanki zatwierdzenia ugody są zbyt formalne, a tu jest potrzeba zbadania stanu faktycznego. Tylko w ramach postępowania rozwodowego lub opiekuńczego można bowiem ocenić, czy porozumienie jest zgodne z dobrem dziecka, a postępowanie o zatwierdzenie ugody możliwości takiej weryfikacji nie zapewnia. Nie można stosować wymagań stawianych przez prawo materialne umowie ugody, gdyż mogą być one nieadekwatne do ustaleń dotyczących władzy rodzicielskiej, w szczególności jeśli chodzi o wymaganie wzajemnych ustępstw. Porozumienie miałoby być więc substytutem ugody w sprawach, w których ugoda jest niedopuszczalna.

Sprawy opiekuńcze byłyby zatem dychotomicznie podzielone na te podlegające ugodzie i te podlegające porozumieniu w rozumieniu art. 58 i 107 k.r.o.

Stanowisko to nie potwierdza się jednak w kwestii kontaktów z dzieckiem, które są z jednej strony wymienione jako przedmiot porozumienia, a z drugiej strony nie ulega wątpliwości, że mogą być też przedmiotem ugody.

Jeżeli sprawy kontaktów mogą być zarówno przedmiotem ugody podlegającej zatwierdzeniu, jak i porozumienia podlegającego uwzględnieniu, to dla uchylenia wyraźnej niespójności przesłanek zatwierdzenia ugody i uwzględnienia porozumienia należy twierdzić, że niespełnienie jakiegokolwiek z przesłanek z art. 183¹⁴ § 3 k.p.c. należy uznać za niezgodne z dobrem dziecka i musi to powodować nieuwzględnienie porozumienia (porozumienie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, zmierzające do obejścia prawa, niezrozumiałe lub zawierające sprzeczności nie może być bowiem uznane za zgodne z dobrem dziecka). Ale już trudniej przyjąć, że z kolei w sprawie o zatwierdzenie ugody zawartej przed mediatorem powinno się badać jej zgodność z dobrem dziecka. Ewentualnie ta ocena mogłaby być dokonana tylko w ramach przesłanki zgodności z prawem. Wydaje się jednak, że przesłanka dobra dziecka nie może być zbadana w ramach przesłanki zgodności z prawem, gdyż należałoby w tym celu wniknąć w stan faktyczny sprawy, a to nie mieści się w kontroli zgodności z prawem.

Wskazana niespójność jest jeszcze wyraźniejsza, gdy toczy się sprawa z art. 107 k.r.o. Nie obejmuje ona przecież kontaktów. Dlatego w wyniku mediacji może, a nawet powinno, jednocześnie zostać sformułowane porozumienie dla celów sprawy z art. 107 k.r.o. oraz sporządzona ugoda w przedmiocie kontaktów do odrębnego zatwierdzenia.

Z drugiej strony, należy zauważyć, że przecież nie każda sytuacja, w której dochodzi do mediacji, wskazuje na zagrożenie dobra dziecka. Wręcz przeciwnie – poddanie się mediacji i sporządzenie ugody bez wszczynania sporu sądowego świadczy o dojrzałości i odpowiedzialności rodziców. Jeżeli z treści przedłożonej do zatwier-

dzenia ugody będzie wynikało przypuszczenie, iż jest ona niezgodna z dobrem dziecka lub że dobro dziecka jest zagrożone, sąd, niezależnie od tego czy ugody zatwierdzi czy też nie, może podjąć odpowiednie decyzje w sprawie z art. 107 lub nawet wszcząć z urzędu sprawę opiekuńczą z art. 109 k.r.o. Z tych względów praktyczne konsekwencje wskazanej niespójności nie powinny budzić obaw.

Zatem w zakresie kontaktów należy przyjąć, że ugoda zawarta przed mediatorem dopuszczalna jest zawsze poza sytuacją, w której toczy się sprawa rozwodowa, gdyż wtedy mediator powinien przedstawić uzgodnienia stron tylko w postaci porozumienia.

Powracając do spraw z zakresu władzy rodzicielskiej niewątpliwie należy przyznać, że możliwość zawierania ugód nie może obejmować tych rozstrzygnięć, które należałoby uznać za pozostające poza sferą dyspozycyjności stron. Należy odpowiedzieć na pytanie, czy sposób wykonywania władzy rodzicielskiej do nich należy. Od tego zależy dopuszczalność ugód sądowych, zawieranych przed mediatorem i prywatnych porozumień w tym zakresie. Przed kilkoma laty wyraziłem następujący pogląd w przedmiocie dopuszczalności ugody w sprawach z zakresu władzy rodzicielskiej:

„Natomiast rozważenia wymaga, w jakim zakresie dopuszczalne są ugody w kwestiach związanych z władzą rodzicielską. Również przyjęcie tu kryterium niedopuszczalności ugody w sprawach niemajątkowych prowadziłoby do niewątpliwie zbyt pochopnego wniosku, że żadna sprawa w tym zakresie nie może być przedmiotem ugody. Tymczasem nie ma żadnego uzasadnienia dla wyłączenia ugody w sprawach takich jak zgoda na wydanie paszportu dla dziecka, wybór kierunku edukacji dla dziecka, decyzje z zakresu zarządu majątkiem dziecka, itp. Zgodnie z art. 97 § 1 k.r.o. o tych kwestiach decydują rodzice – dlaczego zatem nie mogliby oni zawrzeć ugody rozstrzygającej ewentualny spór w tym zakresie, jeśli jest on przedmiotem postępowania opiekuńczego (por. art. 97 § 2 k.r.o.)? Co więcej, jeżeli dopuścimy ugody w zakresie jednostkowych decyzji z zakresu władzy rodzicielskiej, to dlaczego nie mielibyśmy zaakceptować bardziej ogólnych porozumień dotyczących repartycji uprawnień z zakresu władzy rodzicielskiej? Takie decyzje mogą zaś wchodzić już w zakres rozstrzygnięć kwalifikowanych jako ograniczenie władzy rodzicielskiej (por. art. 107 k.r.o.). Wydaje się, że nie ma istotnych argumentów przeciw stwierdzeniu, że nie ma zasadniczych przeszkód dla dopuszczalności ugody w tym zakresie.”¹⁴

Jak wynika z zacytowanego fragmentu, dostrzegałem wówczas potrzebę szerszego otwarcia praktyki na załatwianie spraw z zakresu władzy rodzicielskiej w drodze ugody. Dostrzegałem jednak, że postulat ten może nie być łatwo przyjęty z dwóch przyczyn – po pierwsze z uwagi na wątpliwości co do dopuszczalności ugodowego załatwiania tych spraw, po drugie – z uwagi na zasadę integralności

¹⁴ R. Zegadło, *Mediacja w sprawach rodzinnych i opiekuńczych*, „Rodzina i Prawo” 2006, Nr 1 (1), s. 49–50.

wyroku rozwodowego, jeżeli chodzi o możliwość ugodowego załatwiania spraw w toku sprawy rozwodowej. Dlatego też wskazywałem, że nie zawsze mediacja może zakończyć się ugodą ze względu na wątpliwości co do przedmiotowej dopuszczalności ugody. Niemniej jednak postulowałem, aby i w takich wypadkach kierować strony do mediacji, wskazując na taką intencję ustawodawcy:

„Wskazane przepisy (art. 436 § 1, art. 445², art. 570² k.p.c.) nie przesądzają o dopuszczalności ugody sądowej w wymienionych w nich sprawach, przesądzają zaś o dopuszczalności przeprowadzenia mediacji. Co to oznacza? Otóż oznacza to, że nie zawsze w sprawach rodzinnych i opiekuńczych celem mediacji musi być zawarcie ugody sądowej. W sprawach o rozwód mediacja może być prowadzona w kierunku pogodzenia stron i cofnięcia pozwu (wówczas nie dochodzi do żadnej ugody sądowej, zaś orzeczenie sądu polega na umorzeniu postępowania). Ponadto w zakresie zastosowania art. 445² oraz art. 570² k.p.c. znajdują się kwestie, w których zawarcie ugody nie będzie dopuszczalne, niemniej ugodzone postanowienia mogą być «wciągnięte» do merytorycznego orzeczenia sądu. Dotyczy to w szczególności pierwszego z wymienionych artykułów, bowiem zasada integralności wyroku rozwodowego wynikająca z art. 58 k.r.o. będzie stała na przeszkodzie zawarciu ugody co najmniej do tych kwestii, które obligatoryjnie podlegają rozstrzygnięciu w wyroku rozwodowym lub separacyjnym. Wydaje się natomiast, że możliwe byłoby zawarcie ugody w kwestiach podlegających rozstrzygnięciu fakultatywnemu lub w kwestii kontaktów z dzieckiem, która w ogóle nie jest wymieniona w art. 58 k.r.o. Jeżeli więc przeprowadzona zostanie mediacja w zakresie, o którym mowa w art. 445² k.p.c., to osiągnięte przez strony porozumienie będzie z reguły stanowiło wniosek do sądu, o rozstrzygnięcie zgodne z tym porozumieniem, nie będzie zaś ugodą podlegającą zatwierdzeniu. Rozwiązanie to było praktykowane także dotychczas przy tzw. zgodnych rozwodach, nie jest też obce innym kategoriom spraw w polskiej procedurze cywilnej – por. art. 622 § 2 k.p.c., dotyczący zniesienia współwłasności zgodnie z wnioskami współwłaścicieli.

Podobny problem występuje w sprawach opiekuńczych. Jak już wyżej wspomniano, powszechnie praktykowane są ugody w sprawach o kontakty z dzieckiem, które dogmatycznie rzecz biorąc są poza zakresem rozstrzygnięć dotyczących władzy rodzicielskiej. Natomiast są liczne wątpliwości co do dopuszczalności ugody w kwestiach związanych z wykonywaniem władzy rodzicielskiej. Niewątpliwie jest, że poza zakresem dopuszczalności ugody jest pozbawienie i zawieszenie władzy rodzicielskiej. Dyskusyjne zaś jest, czy niektóre rozstrzygnięcia prowadzące do ograniczenia władzy rodzicielskiej nie mogłyby podlegać ugodzie, np. rozstrzygnięcie z art. 107 k.r.o. Wydaje się, że decyzja o dopuszczalności ugody w tego rodzaju sprawach powinna być pozostawiona sądowi i być podejmowana *ad casum*. Natomiast skierowanie do mediacji może być w omawianych sprawach celowe nawet, jeżeli w danym przypadku zawarcie ugody byłoby – we wspomnianej ocenie *ad casum* – niedopuszczalne. Dlatego też regulacja art. 570² zd. drugie k.p.c. do-

puszcza tam mediację, mimo że zawarcie ugody może być niedopuszczalne. Jeżeli ugoda nie byłaby dopuszczalna, to podobnie jak przy rozwodzie, ugodzone postanowienia mogą być «wciągnięte» do merytorycznego orzeczenia sądu.¹⁵

Wówczas – w razie niedopuszczalności ugody – proponowałem formułę ujęcia uzgodnień rodziców we wspólny wniosek dotyczący uregulowania władzy rodzicielskiej kierowany do sądu rozwodowego lub opiekuńczego. Obecnie, w nowym stanie prawnym po nowelizacji z 6 listopada 2008 r. zamiast tego wspólnego wniosku funkcjonuje instytucja porozumienia.

Powstaje pytanie, czy nowelizacja z 6 listopada 2008 r., która wprowadziła instytucję porozumienia rodziców w kontekście określonych postępowań przed sądem (art. 58 i 107 k.r.o.), wyłączyła, utrzymała czy też rozszerzyła możliwości regulowania tych samych kwestii przez samych rodziców w ugodzie sądowej, zawieranej przed mediatorem, jak i bez udziału sądu lub mediatora (to ostatnie określiłem wyżej jako porozumienie prywatne). Nowa regulacja na pewno przesądziła, że uzgodnienia samych stron w materii władzy rodzicielskiej w czasie postępowania rozwodowego i postępowania w sprawie z art. 107 k.r.o. nie mogą być utrwalone w formie ugody sądowej lub ugody zawartej przed mediatorem, a jedynie w formie porozumienia uwzględnianego przez sąd. Regulacja ta nie przesądza jednak, czy materia ta w ogóle nie może być przedmiotem ugód, ponieważ są to prawa osobiste i niezbywalne. Wymienienie kontaktów obok sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej w art. 58 i 107 k.r.o. jako przedmiotu porozumienia podważa ewentualną tezę o intencji ustawodawcy wyłączenia tych kwestii z możliwości zawarcia ugody w ogóle. Jest uzasadnione, aby rodzice mogli zawierać porozumienia o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej nie tylko dla celów sprawy rozwodowej lub sprawy z art. 107 k.r.o., co bezpośrednio przewidział ustawodawca, ale aby mogli takie porozumienia – w takim samym zakresie – zawierać także poza sądem – sami lub przed mediatorem. W obecnym stanie prawnym, takie porozumienie zawarte przed mediatorem nie mogłoby jednak przybrać postaci ugody zawartej przed mediatorem, skutecznej po jej zatwierdzeniu, ponieważ byłoby to obejście art. 58 lub 107 k.r.o. Ustawodawca przewidział bowiem dla spraw z zakresu władzy rodzicielskiej inną formę „autoryzacji” przez sąd, a mianowicie formę uwzględnienia w merytorycznym orzeczeniu sądu.

Nowelizacja z 6 listopada 2008 r. nie przełamała też niestety zasady integralności wyroku rozwodowego. Wymaga ona rozstrzygnięcia w każdym takim wyroku o kwestii władzy rodzicielskiej i nie pozwala sądowi przyjąć ugody sądowej lub ugody zawartej przed mediatorem w tym zakresie. Ta bariera dla zawierania ugód pozostała aktualna i jak się uważa w praktyce sądowej, dotyczy także alimentów na dzieci. W zakresie władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem w miejsce ugody wprowadzono porozumienie jako „quasi-ugodę” niepodlegającą zatwierdzeniu

¹⁵ Ibidem, s. 51–52.

przez sąd na zasadzie art. 183¹⁴ § 2 k.p.c., ale podlegającą uwzględnieniu w wyroku rozwodowym, do którego jest transponowana. Również w sytuacji toczącej się sprawy z art. 107 k.r.o. rodzice i mediator są zobligowani do przedłożenia sądowi porozumienia a nie ugody, ale tu nie jest wykluczone zawarcie odrębnej ugody przed mediatorem w przedmiocie kontaktów i jej zatwierdzenie, bowiem w sprawie z art. 107 k.r.o. nie rozstrzyga się o kontaktach.

Bez przedłożenia sądowi porozumienia (lub ugody zawartej przed mediatorem, która zostanie potraktowana tak jak porozumienie) nie będzie możliwe dalsze wykonywanie wspólnej władzy rodzicielskiej. W razie uwzględnienia porozumienia, sąd częściowo je transponuje do wyroku. Zakres tej transpozycji zależy od tego, czy rodzice wnoszą o wspólne wykonywanie władzy rodzicielskiej, czy też o jej ograniczenie jednemu z nich. W pierwszym wypadku sąd napisze w wyroku, że powierza obojgu rodzicom władzę rodzicielską uwzględniając dane porozumienie, a nadto przeniesie z porozumienia do wyroku rozstrzygnięcie dotyczące kontaktów. W drugim wypadku sąd zgodnie z treścią porozumienia musi określić w sposób generalny uprawnienia powierzone rodzicowi, którego władza rodzicielska ma być ograniczona.

Otwarta jest zaś kwestia porozumień prywatnych. Z istoty rzeczy rodzice, czy to żyjący razem, czy to w rozłączeniu muszą dokonywać uzgodnień przede wszystkim co do istotnych spraw dziecka, w których wymagane jest współdziałanie rodziców i nie ma powodu, aby ograniczać tę możliwość tylko do jednorazowych decyzji (por. art. 97 § 2 k.r.o.). Przedmiotem uzgodnienia mogą być także i te kwestie, w których każde z rodziców może zgodnie z art. 97 § 1 k.r.o. działać samodzielnie. Oczywiście nikt nie kwestionuje potrzeby porozumień w konkretnych sytuacjach, które są niezbędne do wykonywania wspólnej władzy rodzicielskiej. Nie widzę podstaw do innego traktowania takich porozumień, które regulowałyby zasady wykonywania władzy rodzicielskiej na dłuższy czas (okresowo lub na czas nieoznaczony), które odpowiadają porozumieniom, o których mowa w art. 58 i 107 k.r.o.

Uzasadnieniem takiego poglądu jest przekonanie, że nie było intencją ustawodawcy kontrolowanie przez sąd wszystkich sytuacji, gdy rodzice zawierają porozumienia wykonując wspólnie władzę rodzicielską, czy to żyjąc razem, czy to w rozłączeniu. Jeżeli to założenie byłoby błędne, to nie byłoby miejsca ani na zawieranie w tym zakresie porozumień prywatnych ani ugód przed mediatorem. Taka konsekwencja byłaby sprzeczna z zasadą autonomii rodziny akcentowaną w uzasadnieniu nowelizacji i życiową praktyką.

Moim zdaniem, rodzice mogą bez udziału sądu, porozumieć się nie tylko co do jednorazowych sytuacji ale mogą też postanowić o trwałych zasadach wykonywania swoich uprawnień i obowiązków względem dziecka oraz o kontaktach z dzieckiem. Porozumienia pozasądowe nie mogłyby jedynie wykraczać poza sferę praw i obowiązków, którymi rodzice mogą dysponować. Wprowadzenie przez ustawodawcę porozumień do art. 58 i 107 k.r.o., których zakres obejmuje cało-

kształt władzy rodzicielskiej, może być nawet dodatkowym argumentem dla poglądu, iż co do zasady jest to materia nadająca się do ustaleń samych rodziców bez notyfikacji sądowi. Wydaje się, że prywatne porozumienie, tak jak porozumienie notyfikowane sądowi w sprawie rozwodowej lub sprawie z art. 107 k.r.o., mogłoby regulować i kwestie pieczy nad dzieckiem i zarządu majątkiem dziecka i jego reprezentacji, a więc w zasadzie całokształt uprawnień i obowiązków składających się na władzę rodzicielską. Wydaje się, że w zasadzie przedmiot porozumień prywatnych powinien być identyczny z przedmiotem porozumień przedkładanych sądowi w wymienionych wyżej sprawach. Co się tyczy tych ostatnich, to w świetle wypowiedzi doktryny w związku ze zmianami dokonanymi w art. 58 i 107 k.r.o., powinny one uwzględniać wszystkie atrybuty władzy rodzicielskiej, do których należą:

- a) piecza nad osobą dziecka obejmująca wychowanie, kierowanie: określanie miejsca pobytu dziecka, zapewnienie wypoczynku wakacyjnego, decydowanie o kontaktach pozarodzinnych i wybór kierunku edukacji, środowisko materialne dziecka, zapewnienie dziecku opieki lekarskiej i leczenia szpitalnego, decyzje o dokonaniu zabiegu lekarskiego,
- b) piecza nad majątkiem dziecka,
- c) reprezentacja¹⁶.

Porozumienie zawierane dla celów spraw rozwodowych i spraw z art. 107 k.r.o. powinno zawierać wszystkie wymienione elementy. Porozumienia prywatne mogłyby zawierać wszystkie albo tylko wybrane elementy.

Powstaje jedynie wątpliwość w odniesieniu do takiego porozumienia, w którym większość uprawnień i obowiązków powierzana byłaby tylko jednemu z rodziców, co w wypadku przedłożenia sądowi w sprawie z art. 107 k.r.o. powinno skutkować orzeczeniem o ograniczeniu w tym zakresie władzy rodzicielskiej w stosunku do drugiego rodzica. Uzasadniona jest tu wątpliwość, czy rodzice mogliby zrobić to samo w prywatnym porozumieniu, gdyż tego rodzaju postanowienia oznaczałyby wówczas *de facto* umowne ograniczenie władzy rodzicielskiej.

Jeżeli uznać tego rodzaju porozumienie za skuteczne, to czy takie „zrzeczenie” przez jednego z rodziców mogłoby dotyczyć wszystkich uprawnień i obowiązków wchodzących w skład władzy rodzicielskiej, co oznaczałoby *de facto* nawet zawieszenie lub pozbawienie władzy rodzicielskiej?

Dogmatycznie najłatwiej uzasadnić jest pogląd, że prywatne porozumienie zawierające trwałe lub okresowe zrzeczenie się przez jednego z rodziców nawet tylko niektórych spośród jego ustawowych uprawnień i obowiązków na rzecz drugiego z rodziców (z zakresu czynności wymagających współdecydowania, a więc z zakresu istotnych spraw dziecka), nie mogłoby być uznane za wiążące (np. powierzenie tylko jednemu z rodziców decydowania o miejscu pobytu dziecka, o kierunku edukacji itp.), gdyż rodzice w ogóle nie mogą się zrzec praw i obowiązków

¹⁶ Pogląd T. Sokolowskiego przytoczony w powołanym wyżej artykule B. Czecha, *Art. 58 k.r.o....*, op. cit., s. 17–19.

z zakresu władzy rodzicielskiej a kompetencja do jej ograniczenia przysługuje tylko sądowi. Zgodnie z art. 97 § 1 k.r.o., jeżeli władza rodzicielska przysługuje obojgu rodzicom, każde z nich jest nie tylko uprawnione, ale i zobowiązane do jej wykonywania. Ponadto należy zwrócić uwagę, że definicja ugody w art. 917 k.c. zakłada poczynienie wzajemnych ustępstw przez strony, więc wycofanie swoich uprawnień tylko przez jednego rodzica byłoby sprzeczne z istotą ugody.

Porozumienia lub ugody sprzeczne z tymi zasadami, które miałyby skutek podobny do ograniczenia, zawieszenia lub pozbawienia władzy rodzicielskiej, byłyby więc bezskuteczne, a takie uregulowanie władzy rodzicielskiej powinno należeć już tylko do sądu. W takim zakresie samo porozumienie nie wywoła skutku prawnego a skutek taki może wynikać dopiero z orzeczenia sądu. Aby porozumienie mogło prowadzić do wymienionych skutków musiałoby zostać transponowane do orzeczenia sądu w sprawie rozwodowej lub sprawie z art. 107 k.r.o. niezależnie od tego czy jest to porozumienie prywatne czy sporządzone przed mediatorem.

Można zauważyć, że w praktyce określenie granic dopuszczalnych ustaleń stron może się okazać trudne. Trudno postawić granicę między określeniem zasad wykonywania uprawnienia z zakresu władzy rodzicielskiej a jego zrzeczeniem się. Nie zawsze czytelna jest różnica pomiędzy zgodą na jednorazową czynność (np. zmiana miejsca zamieszkania dziecka, rozporządzenie określonym przedmiotem majątkowym dziecka lub reprezentacja w określonej sprawie) a całkowitym zrzeczeniem się uprawnienia odpowiednio – do współdecydowania o miejscu pobytu dziecka, współdecydowania w sprawach zarządu majątkiem dziecka lub w jego reprezentacji.

Nie można też wykluczyć potrzeby okresowego scedowania wszystkich elementów władzy rodzicielskiej na jednego z rodziców w związku z okolicznościami życiowymi (długotrwały wyjazd, hospitalizacja). Czy rzeczywiście rodzice muszą wtedy iść do sądu w celu zawieszenia władzy rodzicielskiej jednego z nich?

Niestety nie było dotychczas dyskusji, w jakim zakresie rodzice mogą – poza sprawą rozwodową (także separacyjną i o unieważnienie małżeństwa) oraz sprawą z art. 107 k.r.o. – w drodze prywatnego porozumienia regulować sposób wykonywania władzy rodzicielskiej. Dyskusja taka mogłaby pomóc w ustaleniu, czy powstają wątpliwości przemawiające za potrzebą ewentualnych zmian prawnych. Moim zdaniem, o ile kwestia nierównej repartycji uprawnień i obowiązków z zakresu władzy rodzicielskiej w porozumieniu prywatnym jest kontrowersyjna, o tyle można żywić nadzieję na przyjęcie z akceptacją poglądu, że porozumienia prywatne mogą regulować wszystkie elementy władzy rodzicielskiej, tak jak w przypadku porozumienia notyfikowanego sądowi.

Do rozstrzygnięcia jest na pewno wiele pytań, np. kiedy rodzice są podmiotowo zdolni zawierać porozumienia prywatne w sprawach z zakresu władzy rodzicielskiej? Moim zdaniem przede wszystkim wtedy, gdy obojgu przysługuje pełna władza rodzicielska, a w pewnych sytuacjach także wtedy, gdy choć jeden z rodziców ma władzę rodzicielską ograniczoną, ale porozumienie nie dotyczy zakresu tego

ograniczenia. Niewątpliwie, gdy sąd ograniczył, zawiesił lub pozbawił władzy rodzicielskiej co najmniej jednego z rodziców, to sami rodzice nie byliby władni uchylić skutków tego orzeczenia.

Dyskusji lub być może regulacji prawnej wymagałaby kwestia formy prywatnego porozumienia. Nie ma, moim zdaniem, uzasadnienia dla wymagania formy aktu notarialnego; przy porozumieniach o skutkach trwałych i skutkach wobec osób trzecich można postulować formę pisemną pod rygorem nieważności. Nawet przy takiej formie rodzice mogliby zawierać porozumienia sami bez zbędnych formalności. Odpowiada to zresztą formie porozumienia zawieranego z udziałem mediatora. Porozumienie notyfikowane sądowi w sprawie rozwodowej lub sprawie z art. 107 k.r.o. też zasadniczo powinno być sporządzone na piśmie, choć może też być zgłoszone do protokołu.

Co się tyczy znaczenia prawnego prywatnego porozumienia to w zakresie, w jakim odnosiłoby się ono tylko do materii niepodlegających przymusowemu wykonaniu, nie widać różnicy w skutkach prawnych między nim a porozumieniem uwzględnionym przez sąd w orzeczeniu przyznającym wspólną władzę rodzicielską. Ta część porozumień, która dotyczy tylko wykonywania władzy rodzicielskiej, nie podlega przecież przymusowemu wykonaniu i uwzględnienie porozumienia w tym zakresie nie zmienia faktu, że tych uzgodnień nie da się egzekwować. Nie oznacza to jednak, że notyfikacja sądowi nie przysparza porozumieniu żadnego dodatkowego efektu. Uzyskanie zatwierdzonej ugody lub orzeczenia uwzględniającego porozumienie może mieć bowiem nie tylko znaczenie psychologiczne (wzmacniać jego powagę), ale także ułatwić wyciągnięcie konsekwencji w wypadku nierespektowania ich w przyszłości – w ewentualnej nowej sprawie dotyczącej władzy rodzicielskiej.

Na marginesie można zauważyć, że ponieważ porozumienia dotyczące władzy rodzicielskiej nie podlegają egzekucji, to nie wchodzi w grę poddanie się stron egzekucji w akcie notarialnym. Mając to na uwadze należy uznać, że ewentualny udział notariusza w porozumieniu rodziców w tym zakresie nie miałby większego praktycznego waloru.

Przymusowemu wykonaniu mogą natomiast podlegać te uzgodnienia rodziców, które dotyczą uregulowania kwestii kontaktów z dzieckiem. Kontakty, tak jak inne materie egzekucyjne, powinny być regulowane orzeczeniem sądowym lub ugodą sądową, czy też zawartą przed mediatorem, gdyż tylko one mogą być tytułem egzekucyjnym.

O przymusowym wykonywaniu ugody w przedmiocie kontaktów z dzieckiem, zarówno zawartej przed mediatorem jak i przed sądem, choć już nie w trybie egzekucji lecz na zasadach podobnych do odebrania dziecka, wyraźnie mówi projekt nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego (druk sejmowy Nr 3063). Możliwość przymusowego wykonania ugody w przedmiocie kontaktów zawartej przed mediatorem istnieje też *de lege lata*, przynajmniej jeśli chodzi o egzekucję na podstawie art. 1050 i n. k.p.c.

Za przyjęciem postulatu o dopuszczalności prywatnych porozumień przemawia też fakt, że po uprawomocnieniu wyroku rozwodowego lub postanowienia sądu opiekuńczego, w którym sąd powierzył obojgu rodzicom wykonywanie władzy rodzicielskiej, mogą oni sami zmienić treść porozumienia i nie muszą w tej sprawie iść każdorazowo do sądu.

Zgodnie z wcześniejszymi rozważaniami, zmiana nie może jednak polegać na scedowaniu większości uprawnień po stronie jednego z rodziców, co oznaczałoby faktyczne ograniczenie władzy rodzicielskiej drugiemu z rodziców. Nie ulega wątpliwości, że nie będzie też możliwa zmiana w przeciwną stronę. Jeżeli sąd w orzeczeniu ograniczył władzę rodzicielską jednemu z rodziców (czy to na podstawie porozumienia, czy to bez niego), to rodzice nie mogą sami w drodze porozumienia przywrócić mu tych kompetencji, które mu odjęto w orzeczeniu. Zmierzające w tym kierunku porozumienie musi być przedłożone sądowi w celu zmiany orzeczenia. Inaczej nie wywoła skutków prawnych.

Ostatnim argumentem za dopuszczalnością prywatnych porozumień jest fakt, że jeśli rodzice nie żyją w rozłączeniu, nie ma nawet podstaw do rozstrzygnięcia na zasadach art. 107 k.r.o. i rodzicom pozostaje tylko porozumienie prywatne lub ugoda przed mediatorem.

Z powyższych rozważań wyłania się wniosek, że porozumienie o zasadach wykonywania władzy rodzicielskiej i o kontaktach mogą zawrzeć rodzice sami bez niczyjego udziału ani notyfikacji sądowi. Mogą je zawrzeć także w wyniku mediacji, a wtedy porozumienie w części dotyczącej kontaktów z dzieckiem powinno mieć kształt ugody zawartej przed mediatorem, co daje możliwość przymusowego wykonania po zatwierdzeniu takiej ugody przez sąd.

Wszczywanie postępowania z art. 107 k.r.o. w celu notyfikowania każdego takiego porozumienia sądowi nie jest więc konieczne, chyba że wymaga tego dobro dziecka (co jest przesłanką zastosowania art. 107 k.r.o.).

Jakie wnioski z powyższych rozważań można sformułować dla sądów i mediatorów?

1. Jak się wydaje, zmiany dokonane ustawą z dnia 6 listopada 2008 r. polegające na wprowadzeniu porozumień „sądowych” wykluczają w ogóle formę ugody sądowej lub zawartej przed mediatorem w zakresie problematyki władzy rodzicielskiej.
2. W trakcie rozwodu lub separacji ugoda zawarta przed mediatorem nie może wywołać skutków prawnych także w odniesieniu do kwestii kontaktów.
3. We wskazanych przypadkach wymagana jest forma porozumienia.
4. W razie toczącej się sprawy z art. 107 k.r.o. musi być ona zakończona w sposób zgodny z tym przepisem. Ażeby uzyskać wspólną władzę rodzicielską rodzice muszą notyfikować sądowi porozumienie. Nie wyklucza to odrębnego za stwierdzenia zawartej przed mediatorem ugody w przedmiocie kontaktów, bowiem sprawa z art. 107 k.r.o. nie obejmuje rozstrzygnięcia o kontaktach. Poro-

zumienie prywatne rodziców bez przedłożenia go sądowi nie może doprowadzić do umorzenia postępowania, samo cofnięcie wniosku jest bezskuteczne (por. art. 512 § 1 k.p.c.).

5. Przy spisaniu ugód mediatorzy powinni oddzielać materie egzekucyjne i nie-egzekucyjne. Mówiąc o tych drugich mam na myśli sposób wykonywania władzy rodzicielskiej, który zawsze powinien być ujęty w formie porozumienia a nie ugody. Jeżeli w toku jest sprawa rozwodowa, to jedyną właściwą formą spisania uzgodnień jest porozumienie przedkładane sądowi. Jeżeli w toku jest sprawa z art. 107 k.r.o. to kwestie z zakresu władzy rodzicielskiej i kontaktów muszą wprawdzie być ujęte w porozumieniu, ale ustalenia co do kontaktów mogą być równoległe ujęte w ugodzie zawartej przed mediatorem do odrębnego zatwierdzenia przez sąd.

Jakie zaś wnioski płyną dla rodziców?

1. Rodzice mogą sami zawierać porozumienia o zasadach wykonywania władzy rodzicielskiej i o kontaktach z dziećmi. Ich notyfikacja sądowi nie jest konieczna. Nie dotyczy to sytuacji, kiedy w toku jest sprawa rozwodowa, gdyż w tym wypadku ustawodawca przesądził, że nawet w razie zgodnego porozumienia o wspólnym wykonywaniu władzy rodzicielskiej po rozwodzie, podlega ono kontroli sądu i jest transponowane do orzeczenia. Również w razie toczącej się już sprawy z art. 107 k.r.o. rodzice muszą przedstawić sądowi porozumienie do uwzględnienia zgodnie z wymaganiami art. 107 k.r.o.
2. Rodzice żyjący w rozłączeniu powinni przedstawić porozumienie sądowi wraz z wnioskiem o rozstrzygnięcie na podstawie art. 107 k.r.o., jeśli co najmniej jeden z nich ma obawy, że porozumienie to mogłoby być w przyszłości naruszone i wtedy łatwiej będzie wnosić o zmianę przez sąd repartycji uprawnień z zakresu władzy rodzicielskiej.

Wpływ czynności dyspozytywnych stron (uczestników postępowania) na zmianę trybu postępowania w sprawach o separację

Separacja to instytucja prawna polegająca na zniesieniu, z reguły w drodze orzeczenia sądowego, praw i obowiązków wynikających z małżeństwa, zarówno majątkowych jak i niemajątkowych, przy czym w zakresie majątkowym zwykle wywołuje ona takie same skutki, jak rozwód, lecz zostaje zachowany węzeł małżeński, w związku z czym nie można zawrzeć ponownego małżeństwa. Taką definicję separacji podają J. S. Piątowski¹ oraz S. Szer². W sprawach o separację polskie sądy orzekają w procesie (art. 436 k.p.c. i n.), jednakże w razie zgłoszenia zgodnego wniosku, sprawę rozpoznaje się w trybie nieprocesowym (art. 567¹ k.p.c.).

Instytucja separacji została wprowadzona do polskiego prawa rodzinnego ustawą z dnia 21 maja 1999 r.³, a więc blisko jedenaście lat temu. Wcześniejsze – to jest przedwojenne – prawodawstwo polskie również zawierało uregulowania dotyczące separacji. Stan ten utrzymywał się aż do dnia 1 stycznia 1946 r., kiedy to wszedł w życie dekret z dnia 25 września 1945 r. Prawo małżeńskie⁴, unifikujący tę dziedzinę prawa. Jednakże pomimo dość długiej jej historii w prawie polskim, nadal pozostają w tej kwestii zagadnienia, które zdają się wymagać wyjaśnienia. Jakkolwiek jeszcze w sferze prawa materialnego separacja posiada stosunkowo bogatą bibliografię, to jednak od strony procedury cywilnej literatura jest o wiele uboższa.

* * *

Na wstępie niniejszych rozważań wyjaśnić należy pokrótce, co kryje się pod pojęciem „czynności dyspozytywnych stron”. Czynności te są przejawem panującej w polskiej procedurze cywilnej zasady dyspozycyjności. Zasada ta wyraża się w możliwości dysponowania przez strony dochodzonymi prawami lub roszczeniami (dyspozycyjność materialna) i czynnościami procesowymi, tokiem postępowania (dyspozycyjność formalna)⁵.

¹ J. S. Piątowski (w:) J. S. Piątowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, Ossolineum, Wrocław 1985, s. 234–235.

² S. Szer, *Prawo rodzinne*, Warszawa 1957, s. 106.

³ Ustawa o zmianie ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks cywilny, Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 52, poz. 532).

⁴ Dz. U. Nr 48, poz. 270.

⁵ Z. Resich, *Istota procesu cywilnego*, Warszawa 1985, s. 150.

Przedmiotem niniejszych dociekań będą jedynie czynności procesowe stanowiące przejaw dyspozycyjności formalnej. Oczywiście pamiętać należy i o tym, że każda czynność z zakresu dyspozycyjności formalnej ma swoje odbicie w dyspozycyjności materialnej. W tym miejscu chodzi jednak o jej wyeksponowanie. Natomiast za czynności procesowe stron przyjąć należy te czynności, które są dokonywane przez podmioty postępowania (strony lub jego uczestników), adresowane do sądu i mające wpływ na tok postępowania. Czynnościom podmiotów, które nie są jeszcze podmiotami postępowania, dokonywanymi pomiędzy podmiotami równorzędnymi bez udziału sądu oraz czynnościom, które nie mogą mieć wpływu na tok postępowania nie można przyznać bowiem charakteru czynności procesowych⁶.

Poparcie żądania orzeczenia separacji w odpowiedzi na pozew

Po wyjaśnieniu kwestii terminologicznych przejść należy do istoty zagadnienia. Mianowicie czas poruszyć kwestię tego, jak należy interpretować pojęcie „zgodnego wniosku małżonków” użytego w art. 567¹ k.p.c. i stanowiącego przesłankę rozpoznawania spraw o separację w postępowaniu nieprocesowym.

Wskazać w tym miejscu należy, że w przypadku wyrazu „wniosek” mamy do czynienia z polisemią⁷. Wyraz ten oznacza bowiem zarówno czynność procesową, o której mowa w art. 506 k.p.c., stanowiącą odpowiednik powództwa (pismo procesowe, będące odpowiednikiem pozwu), jak i stanowisko procesowe (oświadczenie woli pozostające w zakresie prawa materialnego).

W literaturze przedmiotu zdaje się dominować pogląd, iż w postępowaniu nieprocesowym o separację legitymowanym do złożenia wniosku jest również jeden z małżonków, albowiem poprzez zgodność wniosku należy rozumieć jedynie zgodne żądanie małżonków orzeczenia separacji ze zgodnym wskazaniem okoliczności faktycznych uzasadniających to żądanie⁸.

Zwolennicy takiego stanowiska twierdzą, iż przesłanka „zgodnego żądania” wyrażona w art. 567¹ k.p.c. jest tożsama z tą z art. 61¹ § 3 k.r.o. i w związku z tym ma ona charakter materialnoprawny⁹. Należy jednak zaznaczyć, iż ustawodawca w przepisach art. 61¹ § 3 i art. 61³ § 2 k.r.o. posłużył się zwrotem „zgodne żądanie”, zaś w przepisach k.p.c., dotyczących separacji w postępowaniu nieprocesowym – terminem „zgodny wniosek”. Dodatkowo, powszechnie już przyjmuje się także, że cofnięcie wniosku, o którym mowa w art. 567² § 1 k.p.c., ma charakter procesowy¹⁰. W konsekwencji interpretacja taka prowadziłaby do tego, że w dwóch sąsiadujących ze sobą bezpośrednio przepisach ten sam zwrot miałby

⁶ M. Jędrzejewska, *Wpływ czynności procesowych na bieg przedawnienia*, Warszawa 1984, s. 22.

⁷ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 141.

⁸ H. Haak, *Separacja. Komentarz*, Toruń 2000, s. 297.

⁹ Ibidem, s. 320.

¹⁰ Ibidem, s. 322; odmiennie: J. Halberda, *Zniesienie separacji*, „Rejent” 2004, Nr 2, s. 44.

charakter raz materialnoprawny, drugi zaś raz – procesowy. W związku z tym, gdy wnioskodawcą jest tylko jeden z małżonków, to wniosek ten staje się zgodnym wnioskiem obu małżonków, gdy drugi małżonek, zajmując po raz pierwszy stanowisko w sprawie oświadczy, iż także składa żądanie o tej samej treści¹¹. Podobne stanowisko wyraził Sąd Najwyższy¹², dokonując wykładni przepisu art. 622 § 2 k.p.c., który stwierdził, że „zgodny wniosek” może być zgłoszony we wspólnym wniosku wszczynającym postępowanie, ustnie na rozprawie, ewentualnie w drodze odrębnych wniosków złożonych przez podmioty postępowania. Nieodzwonne jest jedynie, by owa „zgodność” wniosku była niewątpliwa, bowiem nie może być ona domniemywana czy przyjmowana w drodze interpretacji. Różnica polega jednak na tym, że sprawy o zniesienie współwłasności zawsze rozpatrywane są w trybie nieprocesowym, a „zgodność” owego wniosku ma jedynie wpływ na treść rozstrzygnięcia w sprawie.

Ponadto, niektórzy autorzy przyjmują możliwość uznania za zgodne żądanie sytuacji, gdy z wniosku złożonego przez tylko jednego z małżonków wynika, iż jest to zgodne żądanie obojga małżonków. W takim wypadku na pierwszej rozprawie małżonek – uczestnik postępowania bądź popiera wniosek i wtedy sprawę rozpoznaje się w trybie nieprocesowym, bądź też wyraża brak zgody na orzeczenie separacji i wtedy postępowanie się umarza¹³. Ostatni z prezentowanych poglądów zdaje się jednak nie zasługiwać na aprobatę, ponieważ (niezgodnie z przepisem art. 201 § 1 k.p.c.) rzeczywiste badanie właściwości trybu przeniesione zostałoby dopiero na rozprawę. Prędzej już można by się skłonić do uznania argumentacji, iż wykładnia funkcjonalna omawianego art. 567¹ k.p.c. nakazuje przyjąć, że zgoda drugiego małżonka wyrażona w odpowiedzi na pozew pozwala sądowi odstąpić od trybu procesowego i rozpoznać sprawę w postępowaniu nieprocesowym¹⁴.

Słuszniejszym wydaje się jednak pogląd dający w tym wypadku pierwszeństwo wykładni językowej, której wynik poprzez „zgodny wniosek małżonków” nakazuje rozumieć wyłącznie pismo procesowe podpisane wspólnie przez oboje małżonków (ewentualnie dwa pisma procesowe złożone oddzielnie, ale zarazem równocześnie przez każdego z małżonków lub też wniosek podpisany przez jednego tylko małżonka z załączonym pisemnym oświadczeniem drugiego, że wniosek ten popiera). Tak wspólnie wniesiony wniosek daje podstawę do stwierdzenia, że małżonkowie przedyskutowali swoją decyzję rozpoczęcia postępowania o orzeczenie separacji i można przypuszczać, że wniosek ich jest bardziej przemyślany aniżeli w sytuacji, gdy z żądaniem orzeczenia separacji występuje tylko jeden z małżonków¹⁵.

¹¹ H. Haak, op. cit., s. 321.

¹² Uzasadnienie postanowienia z dnia 6 lutego 2002 r., sygn. akt V CKN 803/00, (niepublikowanego).

¹³ Tak: B. Czech (w:) K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, Warszawa 2002, s. 464.

¹⁴ T. Smyczyński, *Separacja małżonków*, „Studia Prawnicze” 2000, Nr 1–2, s. 155.

¹⁵ P. Kasprzyk, *Separacja prawna małżonków*, Lublin 2003, s. 215.

Taka wykładnia zdaje się też znajdować poparcie w przepisach regulujących opłaty sądowe. Zgodnie bowiem z treścią przepisu art. 26 ust. 1 pkt 2 u.k.s.c.¹⁶ opłata sądowa od pozwu w sprawie o separację wynosi 600 zł, zaś – na mocy art. 37 pkt 3 u.k.s.c. – opłata sądowa od [zgodnego] wniosku o separację to 100 zł. Tak więc ustawodawca różnicuje te sprawy już na etapie ich pierwszej dekretacji. Dokonując wykładni tych przepisów należy zatem uszanować cele polityki¹⁷, którymi kierował się ustawodawca. Określając reguły odpłatności za postępowanie sądowe oraz stosowne stawki opłat, wycenił niejako pracę sądów w konkretnych sprawach. Ustalenie opłaty sądowej od zgodnego wniosku o orzeczenie separacji wynika zatem z przyjęcia, że dla rozstrzygnięcia w takiej sprawie konieczny jest mniejszy nakład pracy, niż dla rozstrzygnięcia jej w procesie. Ów mniejszy nakład wynikać zaś powinien z tego, że od samego początku brak jest pomiędzy małżonkami – uczestnikami postępowania sporu co do treści żądania wniosku. Ponadto władza ustawodawcza w ten sposób premiuje finansowo osoby, które w sposób przemyślany i niekonfliktowy (już od samego początku postępowania) dążą do rozstrzygnięcia istniejących nieporozumień.

Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia jeszcze jeden argument. Otóż, pozwany małżonek mógłby z łatwością blokować dochodzenie orzeczenia separacji przez współmałżonka w ten sposób, iż za każdym razem uznawałby pozew, co skutkowałoby przeniesieniem sprawy do rozpatrywania w trybie nieprocesowym, a następnie cofałby zgodę na orzeczenie separacji i sąd umarzałby postępowanie na podstawie art. 567² § 1 k.p.c. Takie zachowanie pozostawiałoby stroną żądającą separacji całkowicie bezradną i zmuszałoby ją do rezygnacji z separacji (i wystąpienia z pozwem o rozwód). Pamiętać należy, iż art. 5 k.c. nie może w takiej sytuacji mieć zastosowania. Złożenie wniosku podpisanego przez oboje małżonków świadczy, że prawdopodobieństwo podobnego zachowania jest dużo mniejsze.

Ponadto niewłaściwą wydaje się być interpretacja art. 201 k.p.c. stosowana przez zwolenników przeciwnego stanowiska. Ich zdaniem o właściwości trybu decyduje chwila wyrokowania¹⁸ i jest to stanowisko, z którym należy się zgodzić, ale z jednym jednak zastrzeżeniem. Z przepisu tego wynika bowiem, iż przewodniczący (wydziału) bada, w jakim trybie sprawa powinna być rozpoznana oraz czy podlega rozpoznaniu według przepisów o postępowaniu odrębnym i wydaje odpowiednie zarządzenie. Jeżeli sprawę wszczęto w trybie niewłaściwym, sąd rozpoznaje ją w trybie właściwym lub przekazuje właściwemu sądowi do rozpoznania w takim trybie. Z treści tej regulacji wnioskować można zatem, że właściwość trybu bada się, co do zasady, przed wszczęciem postępowania. Zmiana tego trybu przez sąd rozpoznający sprawę możliwa jest, jeżeli wszczęto ją lub prowadzono w trybie niewłaściwym. Oznacza to, iż sąd mo-

¹⁶ Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2006 r. Nr 126, poz. 876, z późn. zm.).

¹⁷ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 158 i n.

¹⁸ H. Haak, *Separacja*, „Monitor Prawniczy” 2000, Nr 4, s. 218.

że zmienić tryb postępowania jedynie w sytuacji, gdy już przed jego wszczęciem istniały przesłanki do rozpoznania sprawy w innym trybie, lecz z pewnych względów zostały ujawnione dopiero w trakcie postępowania. Sytuacja taka może być spowodowana na przykład niejasnym sformułowaniem pisma procesowego lub zawartego w nim żądania. Typowym przykładem zdaje się być sytuacja, kiedy pozew o zapłatę okazuje się, po przeprowadzeniu wstępnego postępowania dowodowego, wnioskiem o stwierdzenie nabycia spadku¹⁹. W przypadku separacji przesłanką tą nie jest powstanie zgodnego żądania po stronie obojga małżonków, lecz złożenie odpowiedniego oświadczenia woli adresowanego bezpośrednio do sądu.

Reasumując, z aksjologicznego punktu widzenia za słuszniejszy należy przyjąć pogląd, zgodnie z którym uznanie pozwu o separację i poparcie żądania jej orzeczenia w odpowiedzi na pozew lub przy innej pierwszej czynności podejmowanej przed sądem przez stronę pozwaną w danej sprawie nie ma wpływu na tryb rozpatrywania sprawy. Praktyka wymiaru sprawiedliwości również zdaje się iść w tym kierunku. Według danych pochodzących z 2003 r. w blisko 90% spraw rozpatrywanych w postępowaniu nieprocesowym zgodny wniosek małżonków został złożony w jednym piśmie procesowym²⁰.

Cofnięcie wniosku przez jednego z uczestników postępowania

Podobne problemy nasuwają się wraz z sytuacją, w której uczestnik postępowania (nieprocesowego) o separację cofa wniosek o orzeczenie separacji albo w inny sposób wyraża brak zgody na jej orzeczenie. Zgodnie z normą art. 567² k.p.c. postępowanie takie należy umorzyć. Jest to kwestia oczywista i nie wywołuje żadnych wątpliwości.

Zastanawiać się natomiast można, co dzieje się z żądaniem orzeczenia separacji drugiego z małżonków w razie cofnięcia wniosku tylko przez pierwszego z nich, czyli przez jednego tylko uczestnika postępowania. Godnym rozważenia jest to, czy wniosek uczestnika postępowania, który nadal żąda orzeczenia separacji zostaje unieczystwiony, czy też może stać się on wnioskiem o orzeczenie separacji tyle, że wniesionym przez jednego tylko z małżonków. Przyjmując drugi z przytoczonych poglądów należałoby taki wniosek uznać, na podstawie art. 130 § 1 zd. 2 k.p.c., za pismo mylnie oznaczone i potraktować jako pozew o separację, skoro zawiera wszystkie elementy niezbędne dla pozwu, takie jak oznaczenie stron, dokładnie określone żądanie wraz z przytoczeniem okoliczności faktycznych uzasadniających je (art. 187 k.p.c.)²¹. Wydaje się jednak, iż interpretacja taka byłaby zbyt daleko idąca.

¹⁹ S. Dmowski (w:) K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Tom I, Warszawa 2001, s. 922–923.

²⁰ E. Holewińska-Łapińska, *Zniesienie separacji orzeczone przez polskie sądy do dnia 30 czerwca 2002 r.*, „Przegląd Sądowy” 2003, Nr 6, s. 136.

²¹ Szerzej: K. Kotakowski (w:) K. Piasecki, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Tom I, Warszawa 2001, s. 589.

Treść przywołanego art. 130 § 1 k.p.c. należy odnosić wyłącznie do pism procesowych w chwili ich wniesienia do sądu, a nie w toku postępowania. Przepis ten zdaje się odnosić jedynie do pism, które były mylnie oznaczone od samego początku. Nie można natomiast uznać za mylnie oznaczone pisma, które wywołało już pewne skutki procesowe, jednak nie te, jakie były zamierzeniem składającego je. W innym razie taka interpretacja mogłaby nakazać nie tylko uznanie wniosku o orzeczenie separacji za pozew o separację w razie umorzenia postępowania nieprocesowego z powodu cofnięcia zgody na jej przez uczestnika postępowania, lecz na przykład również uznanie z urzędu pisma zawierającego apelację za skargę kasacyjną lub skargę o wznowienie postępowania w razie oddalenia pierwszego z nich, jeśli tylko czyni zadość wymogom formalnym przewidzianym dla którejkolwiek z wymienionych pism.

W związku z tym, nawet gdyby uznać, że żądanie złożone przez drugiego z małżonków nadal jest wnioskiem o orzeczenie separacji, to należałoby ten wniosek oddalić (na posiedzeniu niejawnym), albowiem z jego treści wynikałby oczywisty brak uprawnienia wnioskodawcy do żądania orzeczenia separacji na zgodny wniosek małżonków – art. 514 § 2 k.p.c.²²

Ponadto nie można zapominać o wspominanej tu wielokrotnie zasadzie dyspozycyjności, rządzącej postępowaniem cywilnym. Z zasady tej wynika między innymi, iż postępowanie może być wszczęte z urzędu jedynie, gdy ustawa wyraźnie taką możliwość przewiduje²³. Należy pamiętać, iż prawo wyraźnie nakazuje postępowanie umorzyć, milczy zaś, co do dalszego losu wniosku.

Wobec tego wszystkiego, co tu przytoczono, słusznym wydaje się pogląd, iż cofnięcie zgody na orzeczenie separacji w postępowaniu nieprocesowym przez jednego z małżonków powoduje upadek żądania także drugiego małżonka, co nie pozwala na przekazanie sprawy do procesu i rozpoznanie jej w postępowaniu spornym, lecz nakazuje umorzyć postępowanie. Małżonek żądający separacji jest w takiej sytuacji zmuszony wystąpić z nowym pozewem²⁴. Pogląd taki podzielił także Sąd Apelacyjny w Katowicach, w postanowieniu z 6 grudnia 2000 r., wydanym w sprawie prowadzonej pod sygnaturą I ACa 842/00²⁵. W orzeczeniu tym bowiem wskazano, że z treści art. 567² k.p.c. wynika, że w sprawie o separację na zgodny wniosek małżonków, w razie cofnięcia uprzednio zgłoszonego żądania przez którejkolwiek z małżonków, postępowanie się umarza. Sąd, co prawda, nie rozważał w uzasadnieniu tego orzeczenia możliwości zastosowania art. 201 § 1 k.p.c., bądź art. 130 § 1 k.p.c. (w związku z art. 13 § 2 k.p.c.), lecz jedynie przepisu art. 512 § 1 k.p.c.

²² J. Gudowski (w:) T. Erciński, J. Gudowski, M. Jędrzejewska, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza Postępowanie rozpoznawcze*, Tom II, Warszawa 2004, s. 38.

²³ J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2003, s. 126.

²⁴ J. Gudowski, op. cit., s. 153.

²⁵ Opublikowanym w OSA 2001, Nr 12 pod pozycją 61.

* * *

Jak już to zaznaczono we wstępie, w Polsce postępowanie w sprawach o separację zostało uregulowane dwutorowo. Jest to jedyny przypadek w prawie polskim, kiedy ta sama kategoria spraw może być rozpatrywana w dwóch różnych trybach postępowania. Zasadą jest, iż sprawy te rozpoznawane są w procesie. Jeżeli, jednak oboje małżonkowie zgodnie wnoszą o orzeczenie separacji, właściwym staje się tryb nieprocesowy. Rozwiązanie to zresztą zdaje się w pełni zasługiwać na aprobatę. Odmienność i wyjątkowość tego rodzaju regulacji może jednak rodzić pewne problemy interpretacyjne. Rozpoznanie sprawy przez sąd we właściwym trybie jest zaś kwestą niezwykle istotną. Dobrze byłoby zatem, aby udało się uniknąć sytuacji, w której to poszczególne sądy same będą kształtować praktykę w tym przedmiocie. Z tego też powodu uważam, że należy na ten temat prowadzić otwartą dyskusję.

O regresie dotyczącym opłat za wspólny lokal między byłymi małżonkami

I. Zarysowanie problemu

W artykule pod tytułem „*Opłaty za mieszkanie po rozwodzie*”¹ Izabela Lewandowska analizowała ciekawy problem odpowiedzialności małżonków za opłaty za wspólny lokal, naliczone po rozwodzie, w sytuacji, kiedy jeden z nich wyprowadził się z mieszkania oraz problem dochodzenia zwrotu części tych opłat przez tego małżonka, który lokal nadal zajmuje od współmałżonka, który się wyprowadził. W konkluzji, powołując się na odpowiednie przepisy prawa, autorka doszła do wniosku, że skoro co do zasady „udziały byłych małżonków w majątku dorobkowym są równe, również opłaty związane z mieszkaniem obciążają ich po połowie. Przepisy kodeksu cywilnego nie uzależniają tego obowiązku współwłaściciela od korzystania przez niego z nieruchomości. Dlatego do czasu podziału majątku dorobkowego i przyznania mieszkania na wyłączną własność byłej żonie, mąż – także, gdy w nim nie mieszka – obowiązany jest jako współwłaściciel ponosić jedną drugą związanych z nim wydatków i opłat”. Przytoczone stanowisko autorki jest oczywiście trafne. Należy zwrócić jednak uwagę na to, że w cytowanym artykule, a w szczególności w przytoczonym passusie, autorka nie odpowiedziała na pytanie postawione przez czytelnika: *czy byłej żonie, która uiściła w całości opłaty za wspólne mieszkanie po rozwodzie i wyprowadzeniu się żen byłego męża, przysługuje prawo domagania się od niego zwrotu połowy tych opłat?* Czym innym jest bowiem odpowiedzialność obu byłych małżonków – współwłaścicieli lokalu w częściach ułamkowych wobec wspólnoty mieszkaniowej, a czym innym – problem wzajemnego rozliczenia współwłaścicieli w sytuacji, kiedy opłaty poniósł tylko jeden z nich. Ten ostatni problem jest rozpatrywany w nauce prawa w aspekcie roszczeń regresowych.

Celem niniejszego opracowania jest udzielenie odpowiedzi na pytanie postawione przez czytelnika, które stała się kanwą do napisania powołanego artykułu przez I. Lewandowską.

¹ „Rzeczpospolita” z 24–25 stycznia 2009 r., s. C4.

II. Pojęcie regresu

Precyzyjne określenie, co kryje się pod pojęciem „regres” jest nader trudne, albowiem termin ten w prawie cywilnym używany jest w różnym kontekście i na wielu płaszczyznach. Konsensus co do umiejscowienia tego terminu sprowadza się jedynie do tego, że natura regresu zawsze była wiązana i postrzegana z przepisami normującymi odpowiedzialność solidarną (art. 376 oraz art. 441 § 2 i 3 k.c.). Regres przysługuje dłużnikowi solidarnemu, który spełnił świadczenie, a jego funkcją jest rozłożenie ciężaru długu w stosunku wewnętrznym. W takim kontekście mówi się o regresie w znaczeniu *sensu stricto*². Odpowiedzialność solidarna polega na tym, że każdy z dłużników zobowiązany jest wobec wierzyciela do spełnienia całego świadczenia, tak jakby był on jedynym dłużnikiem. Wierzyciel zaś posiada uprawnienie polegające na możliwości wyboru dłużnika, wobec którego będzie występować o zaspokojenie całej wierzytelności. Konsekwencją prawną istoty tak określonego stosunku jest wyżej wskazywany regres. Rodzi się on bowiem w momencie, gdy dłużnik, który spełnił świadczenie, będzie chciał zwrotu stosownej jego części od pozostałych dłużników.

Dominujący w doktrynie i orzecznictwie jest pogląd, że brak wyraźnych przepisów przewidujących roszczenie regresowe, nie oznacza, iż istnienie takiego roszczenia należy wykluczyć. Wówczas w grę wchodzić będzie regres w znaczeniu szerszym. Pojęciem tym obejmuje się wszystkie te przypadki, w których dłużnik zaspokoiwszy wierzyciela domaga się od innej osoby zwrotu świadczenia, niezależnie od tytułu uzasadniającego to prawo; wspólną cechą tych sytuacji jest to, że jedna osoba spełniła świadczenie, które w całości lub w części obciążało inną. W tym znaczeniu o regresie można mówić np. przy odpowiedzialności *in solidum*³.

W orzecznictwie widoczna jest wyraźna tendencja do szerokiego ujmowania regresu (roszczenia zwrotnego)⁴. Istota jego bowiem sprowadza się do żądania od innego podmiotu zwrotu tego, co zostało spełnione, niezależnie od sytuacji uzasadniającej to prawo. Brak wyraźnych przepisów w polskim systemie prawa przewidujących roszczenie regresowe – poza wymienionymi wcześniej przepisami dotyczącymi odpowiedzialności solidarnej (art. 376 oraz art. 441 § 2 i 3 k.c.) – nie oznacza, iż istnienie takiego roszczenia należy wykluczyć. Tak więc termin „regres”, czy inaczej „roszczenie regresowe”, stał się zbiorczą nazwą dla prawa żądania w całości lub części zwrotu wykonanego świadczenia w tych wszystkich przypadkach, gdzie wspólną cechą jest jedynie to, że jeden podmiot spełnił świadczenie w całości lub części obciążającej innego.

Regres swoje praktyczne zastosowanie znajduje na gruncie rozkładu ponoszonych wydatków i ciężarów pomiędzy współwłaścicielami (art. 207 k.c.). Współwłaścicielowi ponoszącemu wymienione koszty służy roszczenie o zapłatę w stosun-

² Zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 1997 r., III CZP 34/97, OSNC 1998, Nr 2, poz. 19.

³ Tamże.

⁴ Zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2001 r., III CZP 5/01, OSNC 2001, Nr 11, poz. 161.

ku do pozostałych, jeżeli ten pokrył je za pozostałych współwłaścicieli. Wydatki ponoszone w sprawach zwykłego zarządu muszą być uregulowane nawet przez stanowiących mniejszość współwłaścicieli sprzeciwiających się dokonaniu czynności⁵. Oczywiście jest, że każdorazowe kształtowanie zasad rozliczeń wydatków i ciężarów związanych z rzeczą może opierać się o ustalenia umowne. Praktyka zna różne sposoby rozdzielania pomiędzy siebie wydatków i ciężarów związanych z rzeczą, tym niemniej najbardziej znaną i stosowaną metodą jest ta według podziału nieruchomości do użytkowania (*quoad usum*). Jeśli współwłaściciele nie uzgodnili umownie zasad ponoszenia opisanych kosztów, obowiązuje norma artykułu 207 k.c., co wywiera wpływ na zakres roszczenia regresowego.

III. Zasady odpowiedzialności we wspólnocie mieszkaniowej

Zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali⁶ obowiązkiem właściciela lokalu jest pokrywanie dwojakiego rodzaju wydatków.

Pierwsze – to koszty zarządu nieruchomością wspólną, na które składają się głównie wydatki na remonty i bieżącą konserwację, opłaty za dostawę energii elektrycznej i ciepłej, gazu i wody w części dotyczącej nieruchomości wspólnej, opłaty za antenę zbiorczą i windę, ubezpieczenia, podatki i inne opłaty publicznoprawne o ile nie są pokrywane bezpośrednio przez właścicieli poszczególnych lokali, wydatki na utrzymanie porządku i czystości, wynagrodzenie członków zarządu lub zarządcy (art. 14 tej ustawy). Na pokrycie powyższych kosztów właściciele lokali uiszczają zaliczki w formie bieżących opłat (art. 15 cyt. ustawy), których wysokość ustala w formie uchwały wspólnota (art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy).

Drugi rodzaj wydatków ponoszonych przez właściciela, to wydatki związane z utrzymaniem jego lokalu (art. 13 ust. 1 ustawy). Chodzi tu głównie o koszty zużytej przez właściciela energii ciepłej oraz wody, wywóz nieczystości. Zarząd wspólnoty w zakresie dostawy energii ciepłej i wody do poszczególnych lokali występuje praktycznie jedynie jako pośrednik między dostawcami a odbiorcami – czyli właścicielami lokali. Zawiera umowy na dostawę i rozlicza się z dostawcami, a środki na ten cel otrzymuje od właścicieli lokali. Płacą oni z reguły za użytą wodę według wskazań wodomierzy lub ryczałtu (gdy nie mają wodomierzy) i zaliczek na centralne ogrzewanie, które rozliczane są po zakończeniu sezonu grzewczego⁷.

Mając na względzie postawione na wstępie pytanie stwierdzić trzeba, że w przypadku prawa współwłasności do lokalu, odpowiedzieć na nie trzeba co do zasady twierdząco. Były małżonek, który zapłacił samodzielnie opłaty za wspólne miesz-

⁵ Tak E. Gniewek, *Komentarz do art. 207 kodeksu cywilnego (w:) Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga druga*, Zakamycze, Kraków 2001; baza elektroniczna LEX – marzec 2010 r.

⁶ Tekst jednolity: Dz. U. Nr 80, poz. 903 ze zm.

⁷ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 lutego 2001 r., I ACa 1309/00, OSA 2002, Nr 4, poz. 30 oraz R. Dżiczek, *Własność lokali. Komentarz. Wzory pozwów i wniosków sądowych*, Warszawa 2003, s. 102–104.

kanie po rozwodzie, ma prawo co do zasady na podstawie art. 207 k.c. żądać od drugiego byłego małżonka – również współwłaściciela tego lokalu – zwrotu części uiszczonych opłat; jeśli sąd nie ustali nierównych udziałów byłych małżonków w majątku wspólnym małżeńskim, przysługuje mu prawo do zwrotu połowy tych opłat. Przepis art. 207 k.c. jest przepisem dyspozytywnym, dlatego ma zastosowanie jedynie wtedy, gdy współwłaściciele inaczej nie postanowią⁸. Małżonkowie mogą bowiem po rozwodzie ustalić, w jakim zakresie będą ponosić opłaty za wspólne mieszkanie i w razie zawarcia takiej umowy, ma ona pierwszeństwo przed regulacją wynikającą z przepisu art. 207 k.c.

Po drugie, naszym zdaniem, małżonek, który opuścił mieszkanie po rozwodzie, nie może jednak być adresatem roszczenia regresowego za te opłaty, które są zależne od faktycznego zamieszkania w lokalu, tj. za wodę, prąd, gaz, energię cieplną, telefon, wywóz nieczystości itp. Dotyczy to jednak tylko kosztów związanych z eksploatacją i utrzymaniem wspólnego lokalu (a więc opłat na rzecz dostawców mediów, z którymi właściciele lokali zawierają osobne umowy lub też z którymi umowy zawarła wspólnota, pozostając pośrednikiem w ich rozliczaniu), a nie opłat związanych z eksploatacją i utrzymaniem nieruchomości wspólnej, które ponoszone są na rzecz wspólnoty mieszkaniowej (np. za prąd na klatce schodowej, wodę pobieraną z ujęcia w części wspólnej), gdyż te opłaty nie są naliczane w zależności od faktycznego zamieszkiwania w budynku (za zużycie lub od osoby), ale stosownie do udziałów we współwłasności.

Po trzecie, ze względu na szczególne okoliczności sprawy, np. kiedy była żona „wyrzuciłaby” z mieszkania byłego męża po rozwodzie, zmieniła zamki w drzwiach, uniemożliwiając mu korzystanie ze wspólnego lokalu, albo gdyby były mąż opuścił mieszkanie pod wpływem gróźb z jej strony albo jej konkubenta, czy też znęcania się nad nim, taki małżonek zmuszony do opuszczenia mieszkania mógłby przed sądem z powodzeniem bronić się przed żądaniem drugiego małżonka zwrotu części opłat związanych z eksploatacją i utrzymaniem nieruchomości wspólnej, powołując się na nadużycie przez niego prawa, tj. na art. 5 k.c. W opisanych w poprzednim zdaniu przykładach można bowiem zauważyć, że ten był małżonek, który zmusił drugiego do opuszczenia mieszkania, dochodząc zwrotu uiszczonych przez siebie opłat na rzecz wspólnoty mieszkaniowej, postępuje sprzecznie z zasadami współżycia społecznego.

IV. Wyjątki przy lokalach w zasobach spółdzielczych

Zastrzec trzeba, że trochę inaczej wyglądać będzie roszczenie regresowe między współwłaścicielami lokalu stanowiącego odrębną własność, kiedy ich lokal znajduje się w budynku spółdzielczym, a tylko jeden z byłych małżonków jest

⁸ Tak np. S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe*, Warszawa 1999, s. 249.

członkiem spółdzielni. Członek spółdzielni będący właścicielem lokalu ponosi bowiem większe koszty od właściciela lokalu niebędącego członkiem spółdzielni. O ile bowiem pierwszy uczestniczy w pokrywaniu kosztów związanych z eksploatacją i utrzymaniem nieruchomości stanowiących mienie spółdzielni (a więc także nieruchomości nie związanych w ogóle z jego lokalem), o tyle drugi jest zobowiązany pokrywać koszty związane z eksploatacją i utrzymaniem jedynie tych nieruchomości stanowiących mienie spółdzielni, które są przeznaczone do wspólnego korzystania przez osoby zamieszkujące w określonych budynkach lub osiedlu⁹, np. podatek od nieruchomości za działkę stanowiącą wspólny parking dla kilku budynków. Skoro w zakresie omawianych opłat odpowiedzialność współwłaścicieli lokalu jest różna: zależy od członkostwa w spółdzielni, to jest oczywiste, że były małżonek będący członkiem spółdzielni nie może domagać się od drugiego współmałżonka zwrotu tych opłat, za które ten drugi nie odpowiada. Dotyczy to także opłat związanych z działalnością społeczną, oświatową i kulturalną prowadzoną przez spółdzielnię, albowiem opłaty te mają obowiązek ponosić tylko członkowie spółdzielni (art. 4 ust. 5 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych).

V. Zasady obowiązujące w lokalach spółdzielczych

W powołanym na wstępie artykule I. Lewandowskiej, poruszono jedynie problem zwrotu części opłat za mieszkanie będące współwłasnością obojga byłych małżonków. Być może mieszkania o takim statusie dotyczył list czytelnika. Małżonkowie użytkują jednak często lokale na innych prawach niż własność. Często posiadają lokal spółdzielczy, albo też użytkują go na zasadzie prawa najmu od osoby trzeciej. Problematyka zwrotu części opłat uiszczonych przez jednego z byłych małżonków po rozwodzie kształtuje się w tych przypadkach nieco inaczej.

W ustawie o spółdzielniach mieszkaniowych odmiennie ukształtowano pozycję właścicieli lokali niebędących członkami spółdzielni oraz osób dysponujących spółdzielczymi własnościowymi prawami do lokali niebędących członkami spółdzielni. Poza opłatami związanymi z działalnością społeczną, oświatową i kulturalną prowadzoną przez spółdzielnię, osoby niebędące członkami spółdzielni, którym przysługują spółdzielcze własnościowe prawa do lokali, są obowiązane uczestniczyć w opłatach na takich samych zasadach, jak członkowie spółdzielni (art. 4 ust. 1¹ cyt. ustawy). Oznacza to, że odpowiadają również za koszty związane z eksploatacją i utrzymaniem tych nieruchomości spółdzielni, z których w ogóle nie korzystają. W zakresie tych opłat jednemu z byłych małżonków, który zapłacił je w całości po rozwodzie, przysługuje oczywiście prawo regresu o zwrot odpowiedniej części od drugiego byłego małżonka.

⁹ Zob. art. 4 ust. 2 i 4 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych (Dz. U. z 2001 r. Nr 4, poz. 27 ze zm.), dalej powoływanej jako „ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych” oraz R. Dzięciecki, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz. Wzory pozwów i wniosków sądowych*, Warszawa 2007, s. 132–133.

Jeśli chodzi o spółdzielcze lokatorskie prawa do lokali mieszkalnych, to zwrócić należy uwagę, iż zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych, opłaty z nimi związane ponoszą co do zasady jedynie członkowie spółdzielni. W myśl jednak art. 4 ust. 6 tej ustawy za te opłaty odpowiadają solidarnie z członkami spółdzielni osoby pełnoletnie stale z nimi zamieszkujące w lokalu i osoby faktycznie korzystające z lokalu. Jeśli zatem członkiem spółdzielni był tylko jeden z małżonków, to po rozwodzie drugi z nich, który stale zamieszkuje w lokalu lub faktycznie z niego korzysta przez pewien okres, również odpowiada za opłaty z nim związane, co daje podstawę do regresu tego małżonka, który z własnych środków pokrył samodzielnie opłaty za lokal. Jeśli jednak ten z byłych małżonków, który nie jest członkiem spółdzielni, opuścił po rozwodzie wspólny lokal (czy to z własnej inicjatywy i nieprzymuszonej woli, czy też na skutek działania drugiego z małżonków), to nie będzie on w ogóle odpowiadał za opłaty naliczone w okresie, kiedy w tym lokalu nie mieszkał, albo będzie odpowiadał wyłącznie za część tych opłat za okres, kiedy w nim przebywał. W niektórych przypadkach, kiedy przebywał on po rozwodzie we wspólnym lokalu sporadycznie (np. kilka razy w nim nocował), sąd będzie miał problem z określeniem części opłat, które ten był małżonek ma zwrócić drugiemu. W skrajnych wypadkach sąd może żądanie zwrotu wydatków poniesionych przez jednego z byłych małżonków na poczet opłat mieszkaniowych za wspólne mieszkanie w okresie po rozwodzie oddalić ze względu na niemożliwość ścisłego ustalenia, kiedy konkretnie (w jakim okresie) pozwany przebywał we wspólnym lokalu. Takie przypadki występują w praktyce orzeczniczej.

Sytuacja wygląda inaczej, kiedy oboje małżonkowie są członkami spółdzielni, co dopuszczają przepisy art. 3 ust. 2 i 5 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych. Wówczas każdy z nich odpowiada za opłaty wobec spółdzielni niezależnie od tego, czy mieszka w lokalu, czy też nie (art. 4 ust. 1 tej ustawy). W takiej sytuacji był małżonek, który po rozwodzie opuścił wspólne mieszkanie, może bronić się przed roszczeniem drugiego z byłych małżonków o zwrot części opłat, powołując się na art. 5 k.c.

Prawo regresu ma inny zakres w sytuacji, kiedy w lokalu znajdującym się w budynku spółdzielczym oprócz członka spółdzielni i byłego małżonka niebędącego członkiem, mieszkają jeszcze inne osoby pełnoletnie, nie będące zstępnymi członka spółdzielni pozostającymi na jego utrzymaniu. W takiej sytuacji osoby te razem z byłymi małżonkami odpowiadają solidarnie za opłaty związane z lokalem (art. 4 ust. 6 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych). O zakresie regresu między nimi rozstrzygają wcześniejsze ustalenia, jeśli takowe między nimi były. Jeżeli ich nie było, lokator, który spełnił świadczenie, może żądać zwrotu od pozostałych w częściach równych (art. 376 § 1 k.c.), np. jeśli oprócz byłych małżonków mieszka w lokalu dwoje pełnoletnich dzieci będących na własnym utrzymaniu, był małżonek, który zapłacił w całości opłaty za mieszkanie, może domagać się

od drugiego z byłych małżonków zwrotu tylko 1/4 części. Jednakże część przypadająca na dłużnika niewypłacalnego rozkłada się między pozostałych współdłużników (art. 376 § 2 k.c.). Jeśli zatem jedno z dzieci okazałoby się niewypłacalne, to jeden z byłych małżonków będzie musiał zwrócić drugiemu 1/3 część uiszczonych do spółdzielni opłat.

VI. Regres przy najmie mieszkania

Identycznie należy rozwiązać przypadek, kiedy oboje małżonkowie są najemcami lokalu wykorzystywanego dla potrzeb rodziny. W takiej sytuacji, nawet po rozwodzie odpowiadają oni solidarnie za czynsz mieszkaniowy¹⁰. Generalnie ten z byłych małżonków, który po rozwodzie zapłaci cały czynsz, w razie braku innych ustaleń między najemcami, może żądać od drugiego z najemców zwrotu połowy spełnionego świadczenia (art. 376 § 1 k.c.). Gdyby najemców było więcej – np. małżonkowie i ich dorosłe dziecko (co w praktyce nie jest wykluczone, choć zdarza się rzadko), albo jeśli oprócz małżonków w najmowanym lokalu zamieszkują inne osoby pełnoletnie, jako domownicy (odpowiadają oni za czynsz i inne opłaty solidarnie z najemcami – art. 688¹ k.c.), zmiana zasad partycypacji w opłatach za mieszkanie może wynikać z niewypłacalności jednego z dłużników. Część przypadająca na dłużnika niewypłacalnego rozkłada się bowiem między pozostałych współdłużników (art. 376 § 2 k.c.).

W przypadku, gdy najemcą mieszkania jest tylko jeden z małżonków¹¹, odpowiedzialność drugiego z nich po rozwodzie za opłaty mieszkaniowe może wynikać z treści przepisów art. 688¹ § 1 i 2 k.c., zgodnie z którymi za zapłatę czynszu najmu i innych należnych opłat odpowiadają solidarnie z najemcą stale zamieszkujące z nim osoby pełnoletnie, z tym zastrzeżeniem, że ich odpowiedzialność ogranicza się do opłat należnych za okres ich stałego zamieszkiwania w lokalu. W takiej sytuacji zagadnienie odpowiedzialności za te opłaty tego małżonka, który nie przebywa w lokalu po rozwodzie lub przebywa tam czasowo albo sporadycznie należy rozwiązać analogicznie, jak w sytuacji, kiedy tylko jeden z byłych małżonków uprawnionych do spółdzielczego lokatorskiego prawa do lokalu jest członkiem spółdzielni, a drugi jedynie korzysta z lokalu (stale lub czasowo).

¹⁰ Oczywiście, gdy sąd rozwodowy nie orzeknie o przyznaniu najmu tylko jednemu z nich; sądy rozwodowe raczej rzadko dokonują podziału wspólnego mieszkania małżonków albo przyznania mieszkania jednemu z nich, gdyż jest to możliwe jedynie na zgodny wniosek stron – zob. art. 58 § 2 zdanie trzecie k.r.o. Poza tym sąd może orzec o podziale mieszkania *quoad usum*, co ma wpływ na dopuszczalność roszczenia regresowego, o czym będzie mowa w dalszej części artykułu.

¹¹ Co do zasady prawo najmu na podstawie art. 680¹ § 1 k.c. wchodzi do majątku wspólnego małżeńskiego i jako prawo majątkowe podlega podziałowi w postępowaniu o podział tego majątku zob. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2002 r., III CZP 28/02, OSNC 2002, Nr 12, poz. 150.

VII. Dodatkowe problemy, kiedy sąd w wyroku rozwodowym podzieli lokal do korzystania lub podziału dokonają sami małżonkowie

Problem odpowiedzialności za opłaty mieszkaniowe po rozwodzie oraz wzajemnego rozliczenia byłych małżonków za opłaty poniesione po tym zdarzeniu przez jednego z nich komplikuje się w sytuacji, kiedy sąd rozwodowy orzeknie o sposobie korzystania ze wspólnego mieszkania na czas wspólnego w nim zamieszkania, np. jednemu z byłych małżonków przyzna prawo do korzystania z jednego pokoju, a drugiemu z dwóch, ale nie dokona podziału majątku wspólnego. Przy takim orzeczeniu prawo do korzystania z kuchni, łazienki i korytarza sądy przyznają obu stronom procesu. Sąd rozwodowy, ustalając sposób korzystania z mieszkania, może określić wielkość udziału każdego z byłych małżonków (procentową lub ułamkową) w ponoszeniu kosztów związanych z eksploatacją mieszkania¹². Ustalenia te będą miały oczywiście wpływ na dopuszczalność i zakres ewentualnego regresu między byłymi małżonkami, gdyby jedno z nich zapłaciło więcej opłat niż na niego przypada. Rozstrzygnięcie sądu nie ma natomiast znaczenia w stosunkach zewnętrznych (poza byłymi małżonkami), gdyż wobec wynajmującego nadal odpowiadają oni solidarnie. Podziału mieszkania *quoad usum* małżonkowie mogą zresztą dokonać umownie zarówno w trakcie małżeństwa lub po rozwodzie, bez względu na to, jakie prawo przysługuje im do lokalu.

Przyjąć należy, że podobnie, jak w odniesieniu do pożytków i przychodów z rzeczy, zasada podziału wydatków i ciężarów związanych z rzeczą wspólną według wielkości udziałów nie ma zastosowania, gdy współwłaściciele zawarli umowę o podział nieruchomości do korzystania (*quoad usum*) i każdy z nich korzysta na zasadzie wyłączności z określonej fizycznie części nieruchomości¹³. W takim wypadku, jeśli małżonkowie nie ustalili zasad ponoszenia wydatków, powinni je ponosić stosownie do tego, co zajmują, np. jeśli była żona zajmuje duży pokój o powierzchni 20 m², a były mąż mniejszy pokój o powierzchni 10 m², ona powinna partycypować w globalnej kwocie opłat za mieszkanie w 2/3, a on w 1/3. Jeśli w takiej sytuacji była żona zapłaci wszystkie opłaty za mieszkanie, będzie miała roszczenie regresowe wobec byłego męża o zwrot jedynie 1/3 części uiszczonych opłat.

Sytuacja skomplikuje się, jeśli sąd zdecyduje, że razem z jednym z byłych małżonków ma mieszkać dziecko stron. Jeśli będzie małoletnie, to fakt ten nie powinien mieć znaczenia dla wielkości opłat ponoszonych za lokal przez jego rodziców. Jeśli jednak będzie pełnoletnie, to przy lokalach spółdzielczych i prawie najmu lokalu będzie ono odpowiadać w odpowiednim stosunku za opłaty mieszkaniowe, co oczywiście ma znaczenie dla roszczenia regresowego między byłymi małżonkami – należy tu stosować podobne zasady współodpowiedzialności, jakie przed-

¹² Tak M. Czernicka, *Co się dzieje z mieszkaniem po rozwodzie*, „Rzeczpospolita” z 28.02.–1.03.2009, Nr 50, s. C4.

¹³ Zob. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 1980 r., III CZP 80/79, OSNC 1980, Nr 9, poz. 157.

stawiono wyżej co do tych lokali w sytuacji, kiedy nie było podziału *quoad usum*. Zamieszkiwanie pełnoletniego dziecka w lokalu stanowiącym odrębną własność obojga byłych małżonków nie będzie miało znaczenia dla wzajemnych rozliczeń między jego rodzicami, brak jest bowiem przepisów, aby takie dziecko było odpowiedzialne wobec wspólnoty mieszkaniowej za opłaty lokalowe.

VIII. Tryb dochodzenia roszczeń regresowych między małżonkami

Do roszczeń o zwrot części opłat za wspólne mieszkanie, powstałych i zapłaconych przez jednego z byłych małżonków po rozwodzie, nie mają co prawda zastosowania art. 45 § 1 k.r.o. – gdyż przepis ten nie dotyczy wydatków dokonanych w czasie od chwili ustania wspólności ustawowej do chwili podziału majątku¹⁴ – i art. 567 § 1 k.p.c., jednak w praktyce przyjmuje się, że wzajemne roszczenia małżonków z tytułu spłacenia tych długów podlegają rozpoznaniu w postępowaniu o podział majątku wspólnego. Zwrotu części uiszczonych opłat można domagać się w procesie o zapłatę przeciwko byłemu małżonkowi, a najpóźniej w sprawie o podział majątku dorobkowego. Późniejsze dochodzenie zwrotu części tych opłat jest wykluczone ze względu na prekluzję wynikającą z przepisu art. 618 § 3 k.p.c. w zw. z art. 618 § 1 k.p.c. w zw. z art. 46 k.r.o. i art. 567 § 3 k.p.c. oraz w zw. z art. 688 k.p.c. Wynika to z faktu, że przepisy o podziale majątku wspólnego zajmują się wprost tylko częścią kwestii związanych z tą instytucją (art. 43 k.r.o. i art. 567 § 1 i § 2 k.p.c.). W związku z tym przy podziale majątku wspólnego stosuje się odpowiednio przepisy o dziale spadku (art. 46 k.r.o. i art. 567 § 3 k.p.c.), a stosownie do art. 688 k.p.c. – również przepisy dotyczące zniesienia współwłasności. Podobnie, jak przy dziale spadku, przedmiotem podziału majątku wspólnego są w zasadzie aktywa tego majątku. Wyjątek od tej zasady przewidziany jest w art. 686 k.p.c. Stanowi on bowiem, że w postępowaniu działowym sąd rozstrzyga m.in. także o wzajemnych roszczeniach pomiędzy współspadkobiercami z tytułu spłaconych długów spadkowych. W postanowieniu z dnia 9 września 1976 r. w sprawie III CRN 83/76¹⁵ Sąd Najwyższy wyjaśnił, że odpowiednie zastosowanie tego przepisu przewidziane w art. 567 § 3 k.p.c. prowadzi do wniosku, że o długach związanych z majątkiem wspólnym i ciężących w czasie trwania wspólności

¹⁴ Tak np. M. Olczyk, *Komentarz do ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw* (Dz. U. Nr 162, poz. 1691), LEX/el. 2005. Przyjmuje się, że przepis art. 45 § 1 k.r.o. dotyczy wspólnych długów małżonków (zużytych na majątek wspólny), powstałych w trakcie wspólności majątkowej małżeńskiej, które po jej ustaniu zostały zaspokojone z majątku osobistego jednego z nich [zob. np. J. Pietrzykowski (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 455, który przytacza orzecznictwo i piśmiennictwo w tym zakresie]. Według Sądu Najwyższego tak spłacona należność przestaje być długiem i przekształca się w roszczenie o zwrot nakładów z majątku odrębnego (osobistego) na majątek wspólny (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 1978 r., III CRN 194/78, OSNC 1979, Nr 11, poz. 207).

¹⁵ OSPiKA 1977, z. 9, poz. 157.

na obojgu małżonkach, które zostały spłacone przez jednego z małżonków z własnych środków po ustaniu wspólności majątkowej, rozstrzyga sąd w postępowaniu o podział majątku wspólnego, i to ze skutkami wynikającymi z dyspozycji art. 618 § 3 k.p.c. w związku z art. 688 k.p.c. Odpowiednikami długów spadkowych z art. 686 k.p.c. są więc związane z majątkiem wspólnym długi ciążące na obojgu małżonkach w czasie trwania ustroju wspólności majątkowej. Nie są natomiast długami związanymi z majątkiem wspólnym bieżące świadczenia byłego małżonka na rzecz stanowiącą wspólność byłych małżonków po ustaniu wspólności majątkowej. Do wzajemnych roszczeń byłych małżonków z tytułu wydatków poniesionych z własnych środków na mieszkanie po rozwodzie, a więc w czasie trwania współwłasności w częściach ułamkowych, należy w postępowaniu o podział majątku stosować wprost przepisy o zniesieniu współwłasności (art. 207 k.c. i art. 618 k.p.c.). Roszczenie zatem jednego z byłych małżonków o zwrot tej części świadczeń, których dokonał na mieszkanie współposiadane z drugim byłym małżonkiem po rozwodzie, a które przypadają na niego zgodnie z zasadą z art. 207 k.c., jako wymienione w art. 618 § 1 k.p.c., objęte są prekluzją z art. 618 § 3 k.p.c. Były małżonek, który je poniósł, po zakończeniu postępowania działowego nie może ich dochodzić w odrębnym postępowaniu, chociażby nie były zgłoszone w postępowaniu o podział majątku¹⁶.

Jeśli w sprawie o podział majątku wspólnego lub w wyroku rozwodowym sąd przyzna na własność mieszkanie jednemu z rozwiedzionych małżonków, a drugi z nich (ten, któremu mieszkania nie przyznano) zajmuje je nadal mimo utraty do niego tytułu prawnego, byłemu małżonkowi, który jest nadal właścicielem lokalu przysługuje od drugiego z byłych małżonków – i to niezależnie od tego, czy orzeczono jego eksmisję – prawo do żądania stosownej zapłaty za dalsze korzystanie z tego mieszkania. Przy oznaczaniu wysokości należności właściciela za bezumowne korzystanie z jego mieszkania stawki czynszowe mogą być jedynie wskaźnikiem pomocnym dla określenia szkody, która może w danych okolicznościach obejmować oba składniki z art. 361 k.c.¹⁷.

¹⁶ Tak Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 19 grudnia 1977 r., III CZP 85/77, OSNC 1978, Nr 5–6, poz. 90.

¹⁷ Tamże.

„Żeńskie tsunami” – fala agresji i zachowań autodestrukcyjnych wśród dziewcząt

Kobiety bywają skrajne: o wiele lepsze albo o wiele gorsze od mężczyzn
Jean de la Bruyere (1645–1696)

1. Agresja i autodestrukcja w zachowaniach dzieci i młodzieży

Opracowanie to wypada rozpocząć od konstatacji, że agresywne i autodestrukcyjne zachowania najmłodszych nie są wytworem współczesności. *Nihil novi sub sole*. W bliższej i dalszej przeszłości również dochodziło do zdarzeń, w których nieletni byli atakowani przez rówieśników lub podejmowali działania prowadzące do narażenia swojej sprawności, zdrowia lub życia. Sporo o tym w przekazach historycznych i utworach literackich nurtu realistycznego. Innym, nie mniej wiarygodnym źródłem wiedzy o tych zjawiskach są wspomnienia nas samych, dzisiejszych dorosłych, sięgające okresu dzieciństwa i młodości.

Z tego punktu widzenia – z pewnym przygnębieniem, ale i z poczuciem realizmu – trzeba pogodzić się z faktem, że dziecięca i młodzieżowa agresja, a także autodestrukcja, czyli agresja skierowana przeciwko sobie, są zjawiskami ponadczasowymi i uniwersalnymi. **Dotyczy to również ogólnej prawidłowości, że oba zjawiska w zdecydowanie większym natężeniu występują u chłopców niż u dziewcząt.**

Jednakże w ostatnich latach coraz częściej jesteśmy świadkami wyjątkowo brutalnych zachowań młodych ludzi. Budzą one niepokój nie tylko rodziców i wychowawców, ale również ogółu społeczeństwa. **W domach rodzinnych, w szkołach i poza nimi można się zetknąć z wieloma drastycznymi przejawami demoralizacji i niedostosowania społecznego nie tylko chłopców, ale i coraz częściej dziewcząt.**

O postępującej demoralizacji nieletnich przedstawiciele obojga płci świadczą takie zachowania, jak coraz powszechniejsze picie alkoholu i uzależnianie się od tytoniu, sięganie po dopalacze i narkotyki, udział w bójkach i pobiciach, popełnianie innych czynów karalnych (m.in. rozbojów, powodowania uszczerbku na zdrowiu, kradzieży). Nierzadko drapieżnie usposobieni nastolatki zagrażają życiu i zdrowiu swoich ofiar, a przy tym zachowują się tak, jak gdyby własne życie mieli w pogardzie lub lekceważeniu. W szybkim tempie rośnie liczba zdemoralizowanych chłopców i dziewcząt oraz obniża się wiek uczniów dokonujących czynów sprzecznych z dyscypliną szkolną, moralnością i prawem.

2. Odkrycie „żeńskie tsunami”

Od roku 2000 pod kierunkiem Rady Monitoringu Społecznego prowadzone są longitudinalne badania nad warunkami i jakością życia Polaków. Z uwagi na swój całościowy charakter noszą nazwę „Diagnozy społecznej”. W rozpoznawaniu problemów naszego społeczeństwa biorą udział psychologowie, socjologowie, demografowie, ekonomiści, statystycy i przedstawiciele wielu innych dyscyplin naukowych. Przeważnie projekty badawcze realizowane są co dwa lata. Uwzględniają one zasadnicze aspekty życia mieszkańców kraju, zarówno ekonomiczne (dochód, zasobność materialną, oszczędności, kredyty), jak i pozaekonomiczne (np. edukację, sposoby radzenia sobie z kłopotami, dobrostan psychiczny, styl życia, zachowania patologiczne, uczestnictwo w kulturze i wiele innych).

To ważne przedsięwzięcie badawcze stanowi uzupełnienie rządowych ocen opartych na wskaźnikach instytucjonalnych. Zbiera, gromadzi i dokonuje ewaluacji danych na temat gospodarstw domowych oraz postaw i zachowań osób tworzących te gospodarstwa. Jest więc swego rodzaju autoportretem życia Polaków, wiarygodnym obrazem zmian zachodzących w życiu społecznym, które w trakcie badań artykułują sami zainteresowani.

W edycji z roku 2005 zespół badawczy kierowany przez prof. Janusza Czaplińskiego zasygnalizował nowe zjawisko społeczne. Nazwał je „żeńskim tsunami” lub „pokoleniem transformacji”. Badacze spostrzegli, iż wśród 16–18-letnich dziewcząt gwałtownie upowszechniają się zachowania tradycyjnie zarezerwowane dla chłopców, przede wszystkim agresja i skłonność do stosowania przemocy, picie alkoholu, zażywanie narkotyków i palenie papierosów. Jednocześnie tej samej grupie dziewcząt ma towarzyszyć silne poczucie dyskryminacji ze strony otoczenia.

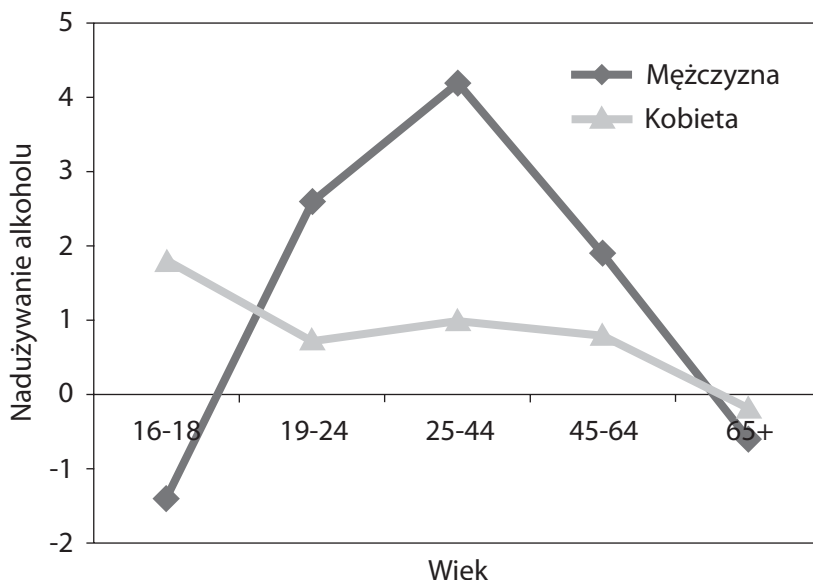
Użyte przez autorów raportu określenie „żeńskie tsunami” jest dość swobodną parafrazą oceanologicznego pojęcia „tsunami”¹. Użyte w kontekście nieoczekiwanych rezultatów badań wydaje się sposób intuicyjny dobrze oddawać istotę rzeczy ujawnionego zjawiska. Dobitnie akcentuje jego katastroficzny charakter. Jest ono

¹ „Tsunami” pochodzi z języka japońskiego i oznacza „falę portową”. Samo zjawisko powstaje dość rzadko, jednak gdy już się pojawi ma naturę żywiołu niosącego śmierć i zniszczenie na dużą skalę. Wywołują je nadzwyczajne wydarzenia: podmorskie trzęsienia ziemi, silne erupcje wulkanów, uderzenia meteorytów, rzadziej wielkie osunięcia brzegu morskiego. Tsunami to skrajnie niebezpieczny kataklizm przyrodniczy. „Jeżeli tsunami dociera do brzegu grzbietem, nie mamy większych szans na ucieczkę, bowiem nagle, bez ostrzeżenia, zza horyzontu wylania się potężna ściana wody, która wdiera się w głąb lądu. Inaczej sytuacja wygląda, gdy fala portowa zbliża się do brzegu doliną. Wtedy sygnałem ostrzegawczym jest bardzo szybko cofająca się woda, niejednokrotnie aż za horyzont. Matka Natura daje wtedy ludziom nawet pół godziny na ucieczkę w wyżej położone tereny. Niestety, ciekawość ludzka i zafascynowanie odsłoniętym dnem morza bardzo często sprawia, że zamiast uciekać, ludzie podchodzą jeszcze bliżej. Wtedy nie ma już szansy na ratunek. Tsunami, tak jak poprzednio, nagle wylania się zza horyzontu i z gigantyczną siłą niszczy i zabija wszystko, co znajdzie się na drodze”: P. T. Bogdanowicz, *Tsunami – potwór z głębin*, Wiadomości24.pl, stan strony internetowej z dnia 19.04.2008.

– według oceny badaczy – wywołane przełomem ustrojowym, który dokonał się w naszym kraju. W rezultacie tego przełomu nastąpiło istotne naruszenie mechanizmów ciągłości społecznej. Termin „tsunami” ma podkreślać gwałtowność przeobrażenia i jego niszczyielskie następstwa dla życia zbiorowego.

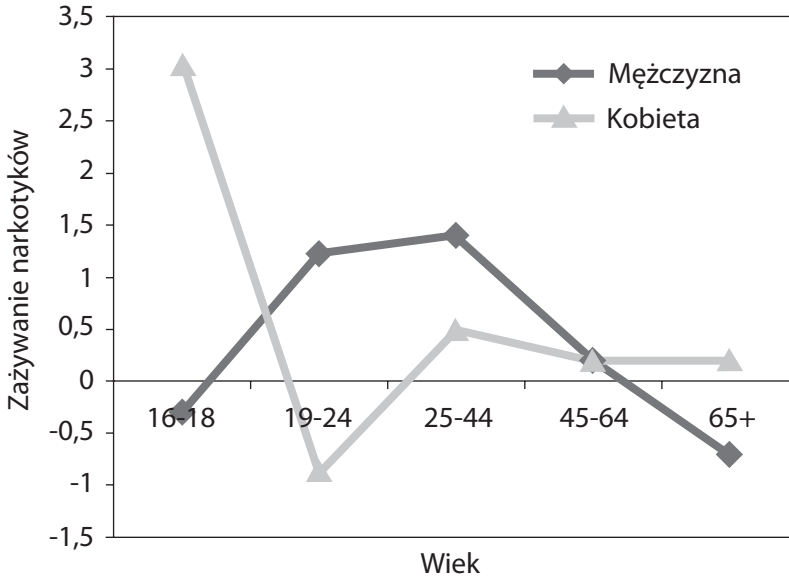
Dziewczęta urodzone w okresie zmiany systemu polityczno- ekonomicznego, czyli dwa lata przed lub w 1989 r., zdecydowanie różnią się od dziewcząt kilka lat starszych. W porównaniu z tymi ostatnimi są zdecydowanie bardziej drapieżne w relacjach rówieśniczych. Zdecydowanie częściej stosują przemoc (biją się między sobą i z chłopcami, są napastliwie usposobione do otoczenia, bez zażenowania maltretują słabszych), więcej też piją, częściej zażywają narkotyki, wypalają większe ilości papierosów. Zwróciły na siebie uwagę jeszcze jednym aspektem zachowania: wypowiedziami, że czują się źle traktowane przez starsze roczniki młodzieży. Pozwala to przypuszczać, że ujawniona w nich agresja i autodestrukcja są w jakiejś mierze reakcją na doznawane przejawy dyskryminacji. Badacze ocenili, że między badaniami zrealizowanymi w ramach „Diagnozy społecznej” w 2003 r., a przeprowadzonymi dwa lata później, nastąpiła zauważalna zmiana w zakresie wyróżników w podstawowych grupach wiekowych (patrz wykresy 1–3 pochodzące z raportu „Diagnozy społecznej” 2005).

Wykres 1.



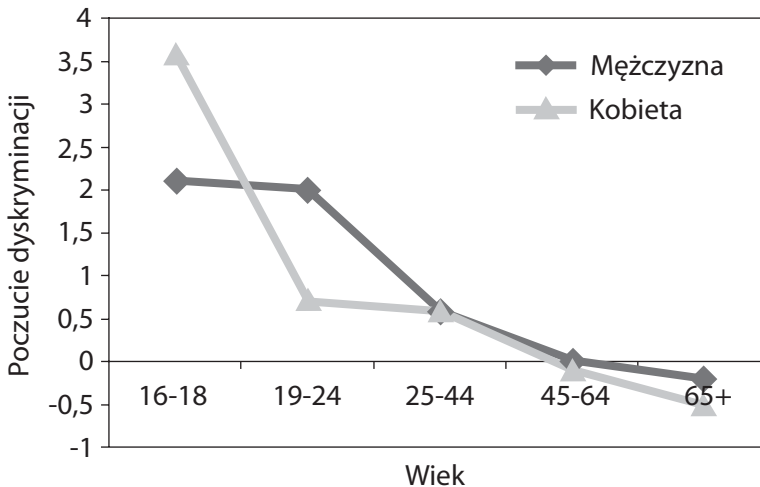
Zmiana liczby osób nadużywających alkoholu między 2003 i 2005 r. w różnych grupach wiekowych (w punktach procentowych).

Wykres 2.



Zmiana liczby osób biorących narkotyki między 2003 i 2005 r. w różnych grupach wiekowych (w punktach procentowych).

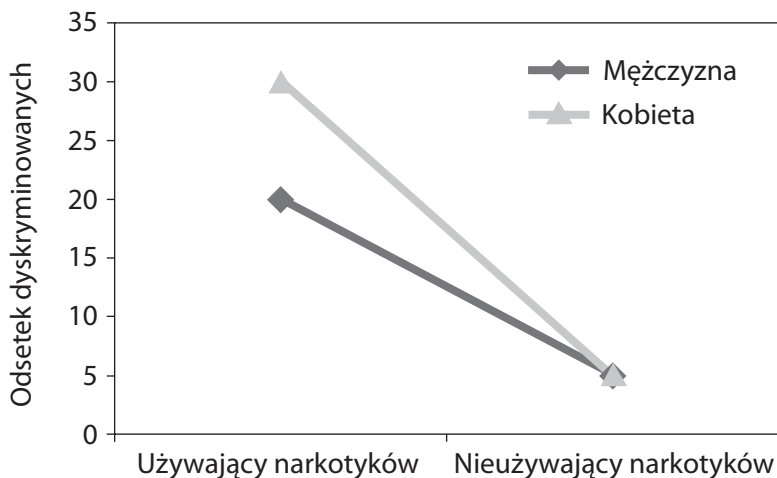
Wykres 3.



Zmiana liczby osób, które czują się dyskryminowane między 2003 i 2005 r. w różnych grupach wiekowych (w punktach procentowych).

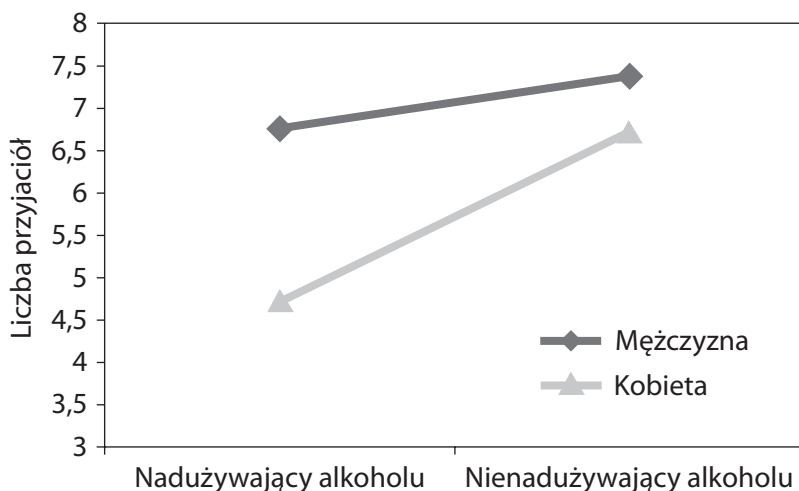
Zachowania autodestrukcyjne przynoszą dziewczętom większe niż chłopcom szkody w relacjach społecznych: narkotyki bardziej nasilają poczucie dyskryminacji a nadużywanie alkoholu nie sprzyja bardziej nawiązywaniu przyjaźni. Te dwie ostatnie zależności obrazują wykresy 4 i 5, zaczerpnięte również z „Diagnozy 2005”.

Wykres 4.



Odsetek dyskryminowanych kobiet i mężczyzn w wieku 16–18 lat wśród zażywających i nie zażywających narkotyki.

Wykres 5.



Liczba przyjaciół wśród kobiet i mężczyzn w wieku 16–18 lat nadużywających i nie nadużywających alkoholu w roku 2005.

Czym można wyjaśnić ów fenomen radykalnej demoralizacji?

W opinii zespołu badaczy mogą tu konkurować dwie hipotezy. Jedna odwołująca się do freudowskiej psychoanalizy i teorii determinującego wpływu dzieciństwa, druga do niezamierzonych efektów reformy oświaty².

Według pierwszego stanowiska doświadczenia z pierwszych lata życia mają decydujące znaczenie dla rozwoju psychicznego człowieka. Zmiana ustrojowa wyzwoliła niekorzystne przeobrażenia w funkcjonowaniu polskich rodzin. Konieczność zdobycia środków na utrzymanie „wypędziła rodziców z domu” wtedy, gdy inkryminowane dziewczęta miały właśnie ów krytyczny wiek (od kilku miesięcy do trzech lat). To, co je spotkało, było mniej widocznym aspektem transformacji społeczno-ekonomicznej, ukrytym w czterech ścianach polskich domów: rodzice, w tym szczególnie matki, nie mieli czasu, aby zająć się dziećmi, tak jak to czynili z dziećmi urodzonymi wcześniej. Zaangażowali się bez reszty w walkę o przetrwanie w nowych, trudniejszych warunkach ekonomicznych. Ta sytuacja wносиła do rodzin nieznaną dotąd napięcia i konflikty, skutkowałą gorszą atmosferą relacji między domownikami, a także dużo słabszą niż dotychczas opieką nad dziećmi. Jest zatem dość prawdopodobne, że tym dziewczętom brakowało kontaktu z matkami w okresie, kiedy ich najbardziej potrzebowały.

Druga hipoteza kładzie nacisk na znacznie późniejsze źródło zaburzeń, które mogło stymulować psychikę i zachowania nastolatków: reformę oświaty. W nowej strukturze szkolnej powstało bowiem gimnazjum, w którym spotkały się cztery grupy uczniów: starszych chłopców i starszych dziewcząt z liceum oraz młodszych chłopców i młodszych dziewcząt ze szkoły podstawowej. Te ostatnie miały najniższą pozycję i dlatego musiały więcej wysiłku włożyć w to, żeby zatrzeć różnice między sobą a pozostałymi grupami. Aby zbliżyć się do chłopców – rówieśników prześcignęły starsze koleżanki w agresji i brutalności. Zrozumiały, że w kontaktach z innymi decyduje siła i zaczęły ją stosować.

Innymi słowy: te nastolatki odwróciły „porządek dziobania”. Nie chciały spełniać roli tych, które są „dziobane”, wołały same „dziobać” innych. I – prawdopodobnie – postawiły na swoim. Na tym właśnie mógł polegać mechanizm ich demoralizacji, a także poczucie frustracji i krzywdy, co zasygnalizowały w badaniach, opisując jak bardzo doskwiera im odrzucająca reakcja otoczenia. Tej reakcji zresztą nie można się dziwić, bo postawy tych nastolatków są ostatecznym zaprzeczeniem dziewczęcej niewinności.

One nie mają zwyczaju narzekać, że inne odbiły im chłopców. Biją się o nich, bez skrpułów i przebierania w środkach atakując rywalki („solówki” w szkole i poza nią). Wdają się w bójki o prestiż, bez zażenowania przyznają się do pobić i ostrych zachowań chuligańskich. Na co dzień – i to nie tylko w rozmowach między sobą – posługują się wulgarnym i obscenicznym słownictwem. Koleżanki, z którymi „mają na pieńku”, traktują tak jak gdyby były ich śmiertelnymi wrogami. W związku z tym okazywanie im niczym nietłumionej brutalności staje się zwyczajową normą. Autorzy „Diagnozy społecznej 2005” zastanawiają się: „Trudno zgadnąć, dlaczego ta pokoleniowa odmien-

² J. Czapiński, T. Panek (red.), *Diagnoza społeczna*, Rada Monitoringu Społecznego, Warszawa 2005.

ność dotyczy tylko kobiet. Być może chłopcy wcześniej dopełnili czary złych zachowań i nie mieli przed sobą gorszych wzorców do naśladowania, natomiast dziewczęta miały kogo naśladować – właśnie swoich kolegów, także tych trochę starszych. Tylko, dlaczego uczeń zaszedł pod pewnymi względami dalej niż nauczyciel?”

W grudniu 2005 r. w trakcie wywiadu udzielonego redakcji magazynu psychologicznego „Charaktery” prof. Janusz Czapiński powiedział m. in.: „Te szesnastolatki zarażone są straszną patologią. (...) One mnie po prostu przeraziły. Są bezwzględne, nietolerancyjne, konserwatywne – w sensie utrwalenia struktury społecznej opartej na hierarchii siły. W ich obrazie świata silniejsi są na górze, słabsi na dole – i niech ci słabsi zginą. Na pytanie, czy wszystkie narody powinny być równe, odpowiadają, że absolutnie nie! Czy wszyscy ludzie zasługują na szacunek? Ich zdaniem: nie! Są lepsi i gorsi.”³

W rezultacie reformy oświaty powstała sytuacja, w której „fala tej zarazy” szybko ogarnęła ogromną część młodzieży wyprowadzonej ze szkół podstawowych do gimnazjów. Uprawnione wydaje się przypuszczenie, że powodem tak radykalnej demoralizacji nastolatków mogło być przejście z pozycji starszyny szkolnej na pozycję „kotów”, a więc traumatyczne doświadczenie społecznej degradacji.

Być może dziewczęta uznały, że weszły już w pierwszy etap dorosłego życia i przystępują im atrybuty dorosłych kobiet: między innymi – według ich wypowiedzi – imprezowanie, przesiadywanie w kawiarniach i pubach, palenie dużej ilości papierosów, nakręcanie się amfetaminą popijaną piwem, a także okazyjne upijanie się mocniejszymi alkoholami.

Uczony przyznał skromnie, że nie potrafi odpowiedzieć na pytanie na ile za konserwatywnymi poglądami społecznym, wymiarem siły i narkotykami kryją się u nich sposoby radzenia sobie z lękiem i poczuciem zagrożenia. Nie wiadomo bowiem co było wcześniejsze: „Czy to ich niska samoocena i lęki, które wyniosły z burzliwego okresu wczesnego dzieciństwa, czy też kłopoty z tożsamością, które pchają te dziewczęta w takie autodestrukcyjne zachowania? A może jakaś trzecia wspólna przyczyna, która decyduje o tym, jak wygląda teraz ich życie? Dane z naszych badań nie pozwalają odpowiedzieć na to pytanie. Z niecierpliwością czekam na kolejną edycję diagnozy społecznej, za dwa lata. (...) Pozostaje pytanie jak daleko to pokolenie sięga, do jakiego rocznika.”⁴

3. Potwierdzenie obserwacji i poszerzenie ich spektrum w raportach „Diagnozy społecznej” 2007 i 2009

Rezultaty badań zrealizowanych w roku 2007 wykazały, że:

- tendencja zrównywania się dziewcząt urodzonych w okresie zmiany ustroju

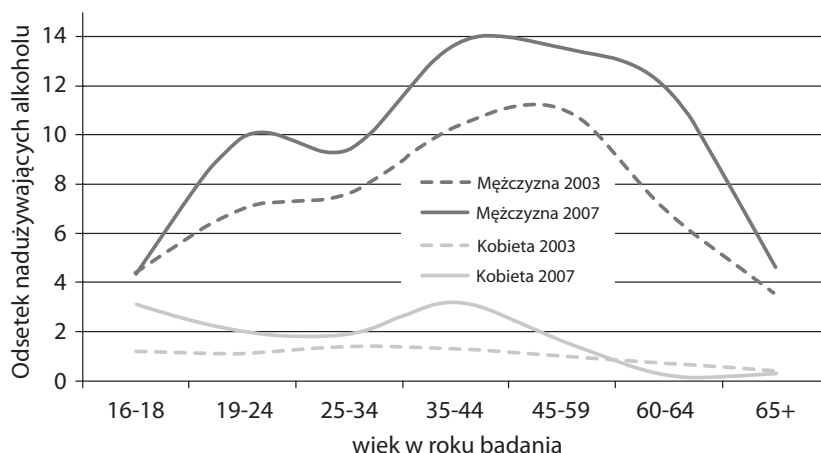
³ D. Krzemionka, *Pokolenie T – Żeńskie Tsunami*, „Charaktery” 2005, Nr 12.

⁴ Tamże.

z chłopcami – rówieśnikami w zakresie zachowań agresywnych i autodestrukcyjnych ma charakter trwały,

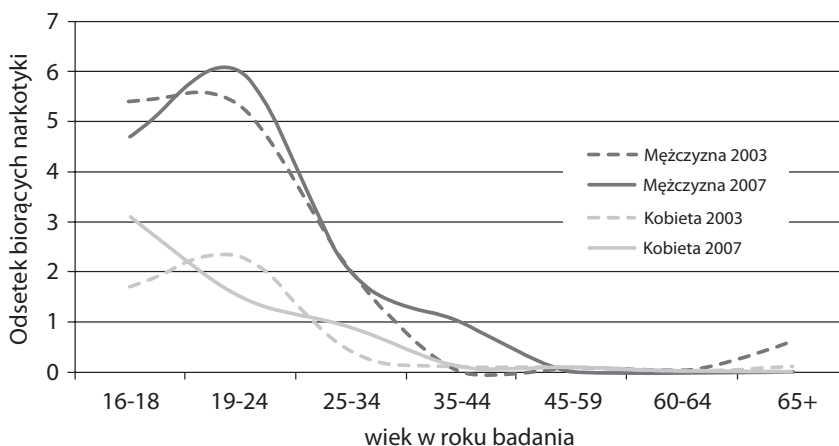
- zmniejszanie dystansu w nasileniu zachowań agresywnych i autodestrukcyjnych między dziewczętami i chłopcami sięga jeszcze młodszych roczników (patrz wykresy 6 i 7, pochodzące z „Diagnozy społecznej” 2007).

Wykres 6



Odsetek kobiet i mężczyzn nadużywających alkoholu w siedmiu grupach wiekowych w latach 2003 i 2007.

Wykres 7



Odsetek kobiet i mężczyzn w siedmiu grupach wiekowych, przyznających się do zażywania narkotyków w latach 2003 i 2007.

W roku 2007 w ramach tzw. audytu szkolnego badaniami objęto ponad 12 tys. uczniów ostatnich klas szkół podstawowych i wszystkich typów szkół ponadpodstawowych. Ich wypowiedzi konfrontowano z opiniami blisko 3 tysięcy nauczycieli ze 166 szkół. Badania miały charakter audytoryjny.

Wyniki przeprowadzonych wśród uczniów i nauczycieli ankiet nie dały jednak zdecydowanej odpowiedzi, co jest główną przyczyną zmiany zachowań dziewcząt w pokoleniu transformacji. W raporcie z tego roku pojawiła się natomiast kolejna hipoteza: **„Zapewne jest to w jakiejś mierze efekt wykraczających poza Polskę trendów kulturowych, związanych m.in. z rewizją podziału ról płciowych i ewolucji społecznych oczekiwań wobec kobiet”**⁵. Za tego rodzaju przypuszczeniami – zdaniem badaczy – wydają się przemawiać okoliczności, że w krajach Europy Zachodniej, m.in. w Wielkiej Brytanii, Irlandii i Danii, podobny proces zbliżania płci w zachowaniach agresywnych zaobserwowano już kilka lat wcześniej. Można hipotetycznie założyć, że podobnie dzieje się w innych krajach europejskich, na kontynencie amerykańskim i w niektórych innych regionach świata. Globalne upodobnianie się społeczeństw skutkuje bowiem podobnymi zachowaniami poszczególnych ludzi.

Sądzę, że jednym z podstawowych czynników tego zjawiska jest zmasowane i wszechobecne oddziaływanie postmodernizmu kulturowego. Dotyka ono postaw i zachowań wielu przedstawicieli obojga płci. Współczesne kobiety, bez względu na to gdzie mieszkają, są „bombardowane” komunikatami o potrzebie dawania sobie rady w każdych okolicznościach, konkurowania ze wszystkimi o wszystko, radykalnego przeciwstawiania się formom męskiej dominacji.

Można zaryzykować twierdzenie, że tak samo jak mężczyźni stają się coraz bardziej wytworami kultury masowej naszych czasów. Tak jak oni przejmują z niej wzorce postępowania, a także wyznaczają sobie jednakowe dla obu płci cele egzystencjalne [z jednej więc strony samolubstwo, skrajny indywidualizm, nieufność wobec innych i wzrastająca popularność życia w pojedynkę (subkultura singli), zaś z drugiej – bezkompromisowe dążenie do sukcesu materialnego i wolności, rozumianej przede wszystkim jako finansowa niezależność]. Obecne nastolatki, znajdujące się tuż przed progiem dorosłości, sprawiają wrażenie ślepych naśladowczyń bohaterek swoich ulubionych filmów: kobiet – komandosów czy kobiet – drapieżców, które bez obrażeń i jakichkolwiek strat własnych zwyciężają rzesze nieprzyjaciół.

Te pozbawione głębszego sensu widowiska cieszą się sporą popularnością, tworzą atmosferę, kształtują mody i style zachowań, inspirują. Nic więc dziwnego, że wiele ambitnych i gotowych na podjęcie ryzyka dziewcząt i młodych kobiet odczuwa wewnętrzny przymus udowodnienia sobie i innym, że na każdym polu potrafią być równie odważne i sprawne jak chłopcy i mężczyźni. Nie można wyklu-

⁵ J. Czapiński, T. Panek (red.), *Diagnoza społeczna*, Rada Monitoringu Społecznego, Warszawa 2007.

czyć też możliwości, że w Polsce na ów ogólny trend dodatkowo nałożyły się czynniki związane z procesem radykalnych zmian społecznych po 1989 r., w tym również niefortunnie przeprowadzona reforma oświaty.

„Diagnoza” z 2009 r. potwierdziła wzrostowy trend dewiacyjnych zachowań młodych kobiet, zwłaszcza mieszkających w dużych aglomeracjach. Wzrost odsetka kobiet nadużywających alkoholu między 2003 i 2009 r. był dwukrotnie większy w grupie wiekowej od 16 do 24 lat niż w starszych rocznikach kobiecych. W takiej samej proporcji – również dwukrotnie – młode kobiety mieszkające w największych miastach częściej nadużywały alkoholu niż ich rówieśniczki z małych miast i wsi.

Wśród mężczyzn wzrost nadużywania alkoholu rozkładał się bardziej równomiernie w przekroju wieku i klasy miejscowości zamieszkania. W populacji kobiet w wieku 16–34 lat mieszkających w największych miastach odsetek nadużywających alkoholu między 2003 i 2009 r. zwiększył się **dziesięciokrotnie** (z 1% do 10%).

Obserwacje z raportów 2005, 2007 i 2009 wydają się przemawiać za tym, że żeńskie tsunami, obejmujące nastolatki i młode kobiety, okazuje się być częścią zjawiska o zasięgu międzynarodowym. Być może chodzi o narastające we współczesnej cywilizacji euroamerykańskiej, coraz silniej przecież oddziaływującej na Polskę, akceptowanie tych samych standardów społecznych przez mężczyzn i kobiety, co pozostaje w rażącej opozycji do tradycyjnego pojmowania ról społecznych obu płci. Młode kobiety przejmują role i pozycje do tej pory zastrzeżone mentalnie i obyczajowo dla mężczyzn. Efektem tych przeobrażeń wydaje się być także naśladowanie najgorszych męskich wzorców zachowań.

4. Postępująca brutalizacja zachowań dziewcząt

4.1. Agresja nastolatek – obraz w mediach komunikacji społecznej

Raport „Diagnozy społecznej” z 2007 r. wywołał żywe zainteresowanie wielu środowisk. W dyskursie publicznym pojawił się nowy temat: przemoc stosowana przez uczennice liceów, gimnazjów, a nawet szkół podstawowych. Prasa, radio i telewizja zaczęły ukazywać przejawy dziewczęcej agresji, chuligańskie ekscesy nastolatek, bijatyki dziewcząt na terenie szkół i poza nimi. Reporterzy i publicyści penetrujący zjawisko nie mieli wątpliwości: „żeńskie tsunami” rozpędzało się i przybierało na sile. Na światło dzienne wyciągnięte zostały nieznane dotychczas szerszej opinii publicznej drapieżne zachowania nastolatek, które podważały wyniesiony z poprzednich pokoleń mit miłej, zrównoważonej emocjonalnie i życzliwej ludziom dziewczynki.

W ciągu ostatnich pięciu lat u uczennic, zwłaszcza tych, które kończą gimnazjum i kontynuują naukę w szkołach ponadgimnazjalnych, zauważono tendencje do tego, aby dorównać chłopcom nie tylko w zakresie zachowań autodestrukcyjnych związanych z używkami, ale także w awansie na lepsze pozycje w nieformalnych grupach rówieśniczych. W tej dziedzinie kluczem do osiągnięcia celu okaza-

to się stosowanie przemocy na wzór chłopięcy. W ten sposób uparte nastolatki pokazały, że nie wystarcza im już rola sympatii, bycie tłem i ozdobą chłopaka. Podyktowały swoje warunki, zdobyły uznanie i posłuch młodzieżowego układu odniesienia. Uznały, że mogą być groźne. I takie się stały.

Od połowy pierwszej dekady bieżącego stulecia każdego roku na łamach gazet oraz w rozgłośniach radiowych i telewizyjnych pojawiają się setki wiadomości o wydarzeniach, których negatywnymi bohaterkami są agresywne nastolatki.

Oto tylko kilka typowych przykładów:

Radio RMF FM (16.03.2008): Szesnastolatka postrachem gimnazjum w Czechowicach-Dziedzicach.

„Dziewczyna przez kilka miesięcy regularnie wymuszała pieniądze od innych uczniów. Teraz czeka ją rozprawa przed sądem rodzinnym. Zazwyczaj żądała dwóch złotych, czasem nieco więcej. Bywały dni, że w krótkim czasie zdobywała w ten sposób nawet do 30 złotych. Kiedy ktoś nie chciał dać jej pieniędzy, straszyla pobiciem lub od razu biła. To wszystko sprawiło, że choć wymuszała pieniądze zupełnie sama, bali jej się nawet chłopcy. Złapano ją, bo uczniowie w końcu nie wytrzymali i poskarżyli się nauczycielom, a ci zawiadomili policję.”

TVN, program „UWAGA!” (12.12.2009): 13-latkę biły koleżanki, bo je denerwowały. Komórką dokumentowały swoje działania.

„Wyrwałam się, ale nie dałam rady. Ciągnęły mnie za włosy do lasu – wspomina 13-letnia Karolina. Dziewczyna została brutalnie pobita przez swoje rówieśnice. Koleżanki kopały ją po twarzy. Groziły przypalaniem papierosami. Znęcanie się nad Karoliną nagrały telefonem komórkowym. Uczennice pierwszej klasy gimnazjum w Legionowie same nagrały makabryczny film pokazujący, jak pastwią się nad swoją rówieśniczką. Gdyby nie nagranie, trudno byłoby uwierzyć, do czego zdolne są 13-letnie dziewczynki. Film, do którego dotarli reporterzy «UWAGA!», zaszokował nawet policjantów od lat zajmujących się przestępczością wśród nieletnich. Mimo to Karolina nie od razu powiedziała rodzicom o pobiciu.

Pobicie Karoliny, to nie pierwszy tego typu incydent. Do regularnych bójek przynajmniej same napastniczki. Najbardziej agresywna z dziewczyn powiedziała, że do podobnych sytuacji dochodzi przynajmniej raz w tygodniu, a «solówki» odbywają się najczęściej poza terenem szkoły. Za sam napad dziewczyna dostała karę od rodziców: nie może z koleżankami grać na komputerze. Dziewczyny nie mają też wyrzutów sumienia z powodu napaści na Karolinę. – Biłam, bo jej nie lubię. Denerwowała mnie – powiedziała jedna z nich.”

Polskie Radio, program III (12.11.2008): „Według badań przeprowadzonych przez psychologów z Uniwersytetu Jagiellońskiego 11% uczennic krakowskich szkół nosi przy sobie nóż, kastet lub inne niebezpieczne narzędzie. 19% dziewcząt

przyznaje się do pobicia kogoś. Do «niewinnego» niszczenia sprzętów szkolnych przyznaje się 28% nastolatków.”.

„**Gazeta Wyborcza**”, edycja białostocka: „Nastolatki pobity 12-latkę. Zaczęło się od wyzwisk, potem agresywne nastolatki pobity dziewczynę i zabrały jej telefon komórkowy.

Do szarpaniny doszło w sobotę po południu. Dwunastolatka stała z koleżanką na przystanku przy ulicy Plażowej w Białymstoku. Podeszła do nich grupa sześciu dziewczyn w wieku od 13 do 15 lat. Zachowywały się agresywnie. Najpierw były wyzwiska, potem doszło do szarpaniny. Dziewczyny przewróciły dwunastolatkę, zaczęły bić ją pięściami po głowie, zabrały jej telefon komórkowy, po czym wsiadły szybko do nadjeżdżającego autobusu. Koleżanka pobitej dziewczyny miała przy sobie telefon komórkowy, dzięki czemu powiadomiła policję i ojca dwunastolatki. Policjanci zatrzymali wskazany przez nią autobus, a w nim szóstkę agresywnych nastolatków. Jedna miała przy sobie skradziony telefon.

– Zdążyła w nim zmienić kartę SIM, skradziony telefon od razu potraktowała jak własny – mówi podkomisarz Dariusz Kędzior z białostockiej policji.

Zatrzymane dziewczyny policjanci przewieźli do Izby Dziecka, zajmie się nimi sąd dla nieletnich. To nie pierwszy taki przypadek w tym roku. W Białymstoku miesiąc temu dwie czternastolatki pobity i okradły swoją rówieśniczkę. Najpierw wciągnęły dziewczynę do klatki schodowej, tam jedna z napastniczek przytrzymała ją za ręce, druga zaś pobiła i przeszukała kieszenie, gdzie znalazła jeden złoty i dwadzieścia groszy.

Pod koniec ubiegłego roku w Suwałkach pięć nastolatków napadło na koleżankę w szkole. Scyzorykiem pocięły jej twarz, szyję i ręce. Ranna trzynastolatka przeżyła szok.”.

Polskie radio, program I (6.07.2008): „14-letnia Monika R. była hersztem sześcioposobowego gangu, który dwa tygodnie temu napadł na parę szesnastolatków, spacerujących wieczorem w parku we Włocławku. Policja zatrzymała rozbójniczkę i ustaliła, że tego samego dnia, kilka godzin wcześniej, włamała się do kiosku. W chwili zatrzymania przez policjantów Monika R. miała w organizmie ponad pół promila alkoholu.”.

„**Gazeta Wyborcza**”, edycja wrocławska: „Bity na haju. Piątka nastolatków dwa tygodnie temu zaatakowała i pobiła jednego dnia ośmioro uczniów i nauczycielkę języka polskiego. – Później doszło do podobnego zdarzenia. Tym razem pobity dwie inne dziewczyny. Kolejne osoby zostały zaatakowane w autobusie. Nastolatki pobity, znieważyły i kierowały groźby wobec dziewczyny i chłopaka. Tak samo postąpiły wobec 24-letniej polonistki, która stanęła w obronie uczniów – opowiada nadkom. Szczepan Malewicz z wałbrzyskiej policji. Według niego był to bandycki napad. Policja na podstawie rysopisów szybko ujęła gang. Wiadomo, że to nie pierwszy taki ich wybrzyk i że już wcześniej terrorowały uczniów.”.

Polskie radio, program II (7.09.2009): „(...) Są młode, ładne, mają delikatną urodę i noszą modne ciuchy. Niewinne nastolatki, zajęte nauką i pierwszymi flirtami. W rzeczywistości – cyniczne, brutalne, zdemoralizowane. Dziewczyny, dziewczęta, dziewczynki...

Media niemal codziennie donoszą o drastycznych przypadkach przemocy wśród nastoletnich dziewcząt. Temat powoli przestaje być sensacyjny (...)

(...) W ośrodku wychowawczym dla dziewcząt w Goniądzu przebywa 45 dziewczyn z całej Polski w wieku od 14 do 18 lat. Trafiają tu nastolatki, które «zaniedbały obowiązek nauki» bądź popadły w konflikt z prawem. – Przykro mówić, ale wzrasta zapotrzebowanie na resocjalizację dziewcząt – mówi dyrektor ośrodka Sławomir Moczydłowski. – Zastraszająco szybko rośnie poziom ich agresji. Ich agresja jest bardziej dramatyczna, a dziewczęta dokonują więcej przestępstw niż jeszcze kilka lat temu. To one kierują chłopięcymi grupami przestępczymi i są bardziej bezwzględne niż chłopięcy rówieśnicy. Biją aż do skutku.”.

Portal Komendy Wojewódzkiej Policji w Łodzi

<http://www.lodzka.policja.gov.pl./kwp/kontent> (8.07.2007):

„Policjanci z sekcji zabezpieczenia miasta KMP w Łodzi zatrzymali dwie nastolatki, które około godz. 17.00 pobity 61-letniego mężczyznę. Obie były nietrzeźwe (1 promil i 2,5 promila alkoholu). Mężczyzna wracał z zakupów do domu na ul. Mielczarskiego. Dwie idące z przeciwka dziewczyny w wieku 16 i 17 lat bez powodu napadły na niego. Po pierwszym ataku mężczyźnie udało się uciec, jednak napastniczki dogoniły go i biły dalej. Gdy przypadkowy przechodzień stanął w obronie napadniętego, ułatwiło to 61-latkowi ponowną ucieczkę. Niestety kolejny raz został dogoniony. Kres napadowi położyli dopiero policjanci, którzy zatrzymali dwie agresywne nastolatki. Postępowanie w tej sprawie prowadzi IV Komisariat Policji w Łodzi.”.

Temat brutalnych dziewcząt jest również obecny na forach internetowych. Dyskutują o nim zainteresowani problemem, w tym dziewczyny stosujące przemoc, a także ich ofiary i świadkowie wydarzeń. Zaskakuje bezpośredniość wypowiedzi internautów. Podczas swobodnej wymiany zdań reprezentują wszystkie możliwe opcje opinii na omawiany temat.

Witryna **nastolatkiowe.eu** – **ogólnotematyczne forum młodzieżowe** – zachęca do dyskusji hasłem programowym: „Dla nas nie ma trudnych tematów...”. Oto niektóre fragmenty rozmów przeprowadzonych przez uczestników forum w okresie styczeń–marzec 2009 r. (<http://www.nastolatkiowe.eu./viewtopic.php>):

„**Sylwia:** Agresja u dziewczyn jest teraz, jak dla mnie, normalna.

Martuś, wiek 17: Dziewczyny tak samo jak chłopcy mają prawo być agresywne.

Ja bardzo często wyskakuję z łapami. Sytuacja sprzed 3–4 dni: idę do sklepu i ja-kieś gnoje (13–15 lat): «ruda kur*a!» – normalnie mnie to nie rusza, ale miałam comiesięczne ciężkie dni. Podeszłam do jednego, na głębę go i nogi poszły w ruch.

Nic mu się raczej nie stało, ale czasami ciężko zapanować nad sobą. Tak jak większość uważam, że nie można tego nazwać normalnym, ale czasami lepsze to niż wjeżdżać na ambicje, bo słowa częściej bardziej bołą niż przemoc fizyczna.

Ciotka: Co ty pieprzysz?! Nikt nie ma prawa być agresywnym względem drugiego człowieka.

Turan404: Jestem zdecydowanym przeciwnikiem agresji i u chłopaków i u dziewczyn. Uważam jednak, że normalnym jest, że czasem może się zdarzyć jakaś bójka, ale pojedynki między dziewczyną a chłopakiem?! Tego nigdy nie rozumiem... Dziewczyny zachowajcie swoją delikatność, bo dla części z nas to jest szalenie ważne, szkoda, że dla coraz mniejszej części...

Lucas, wiek 21: Zgadną się w pełni... Delikatność dziewczyn jest ważna dla chłopaków. Bardzo nie lubię agresji u dziewczyn, nawet małego przejawu. Odpycha to, przynajmniej mnie.

Panna Nikt, wiek 14: Sądzę, że czasem odrobina agresji jest potrzebna, aby nie dać się zjeść. Ale bez przesady... W 6 klasie dziewczyny swoim dręczeniem niemal doprowadziły moją koleżankę do samobójstwa. To okropne. Nawet jej nie znały, ale się im nie spodobała i jebudu. W mojej szkole agresja ze strony dziewczyn objawia się jako izolacja. Niefajnie jest patrzeć, jak niektóre panny dręczą inną tylko dlatego, że nie ma butów «Pumy» i ciuchów z markowych sklepów...

Ewka 329: Agresja nie jest rozwiązaniem na czyjeś problemy.

Kasia 107: Zgadzą się z Ewką... To nic nie rozwiązuje..."

Głosy z innego forum. Tym razem „**Moje doświadczenia z...**”. Temat dyskusji: „**Agresja i przemoc kobiet**” (<http://forum.o2/temat.php?id.>):

„**Jacobi:** Jak były zamieszki kiboli kilka lat temu dostałem na ulicy od dziewczuch. Wyszedłem na nie z za rogu prosto, jakieś dwadzieścia, od osiemnastu do dwudziestu kilku lat. Wyglądały identycznie jak kibole – dresiki, chusty i szaliki na twarzach, niektóre miały glany. Zanim zdążyłem coś zrobić byłem już na ziemi. Przekopały mnie strasznie, miałem krwiaki i siniaki długo potem. Jak już poszły to jeszcze dwie głupie krowy zostały dłużej i glanowały mnie dobrą minutę. Byłem na policji, ale żadnej nie złapali, nawet nie szukali, założę się.

Olin: To nieźle... Dobrze, że cię nie zgwałciły. Laski potrafią wlać, nawet jak są równe szanse na ringu albo na macie. Oglądajcie sobie tę migawę: młoda laska a chłopaki nie mają z nią szans żadnych.”

„**Popiół z księżycą**” – blog prowadzony przez dziewczynę w wieku 18 lat. Strona główna – zapis z 15 stycznia 2010 r., zatytułowany „**Agresywne nastolatki**” (fragmenty):

„Ja Wam wszystkim mówię, że za te małe herod-baby odpowiedzialne są hormony. Nie wiem skąd one je biorą, ja je mam w tabletkach antykoncepcyjnych, więc ja będę agresywna na starość. Taka babka – autobusowa, żeby tylko komuś laską przypieprzyć.

Agresywne nastolatki to problem typowo *nowadays*, bo przecież kiedyś tego nie było, a jeżeli już to były tylko sporadyczne przypadki. Teraz mniej więcej w gimnazjum zaczyna się faza na agresję, na wyrażanie swojego przerośniętego temperamentu, zbyt aktywnego ego i może nawet pozycjonowanie się w grupie. W moim gimnazjum było bardzo dużo agresywnych dziewczyn, chociaż chwiała Bogu, nie doświadczyłam ich agresji na sobie, co najwyżej ich nieuzasadnioną nienawiść – za lepsze ciuchy, kosmetyki (już wtedy o to dbałam, ale się z tym się nie obnosiłam; w liceum zrozumiałam, że zdecydowanie lepiej być przeciętnym, bo więcej osób cię lubi) i przede wszystkim lepsze stopnie, bo w gimnazjum to wymiałałam, zawsze ze wszystkiego najlepsza. Teraz w maturalnej klasie LO jest inaczej. Tutaj też jest sporo **wściekłych bab**, ale jakoś się hamują, wszak chodzą do dosyć elitarnego liceum. Przyznam, że niektóre to nawet spojrzeniem mogą wyrządzić krzywdę. Z reguły są to puste lale, bardzo zakompleksione. Do jako takich rękoczynów nie dochodzi, ale pewnie tylko dlatego, że wiedzą jakie byłyby konsekwencje, a mianowicie – **out**. Takim *outletem* by się stały. Bez sensu jest to, że mając lat 16–19 wciąż tyle w nich młodzieńczej głupoty, kiedy cała masa ma naprawdę rozwinięte horyzonty myślowe, żeby uwolnić się od niechcianej agresji.

Czym to jest spowodowane? Sądzę, że zmianą ewolucyjną. Nie wiem jak ją nazwać, ale teraz młode dziewczyny (generalizuję i uogólniam, żeby wszystko było jasne) mają zdecydowanie inne priorytety. Nie chcą rozwijać swoich zainteresowań, bo to nie jest intratne. Wiedzą, że niespecjalnie będą mogły wybrać sobie kierunek studiów, bo trzeba będzie studiować coś opłacalnego. Tak jak ja.

(...) Inną przyczyną tego stanu rzeczy są media. One są odpowiedzialne w dużej mierze za wszelkie zło. Chociaż brzmię jak nawiedzona babcia, to tak właśnie uważam. (...) Wpływ 4. Władzy w Polsce jest ogromny (i nie tylko w Polsce). Niestety młode umysły kształtują się na podstawie zasłyszanych opinii, nieprzewertowanych przez wewnętrzną cenzurę. Żle, ale chyba nie do wyparcia. Do tego wszystkiego dochodzi jeszcze aspekt ewolucyjny, ale z typowo biologicznego punktu widzenia. Kobiety rodzą się z wysokim poziomem testosteronu, czyli są ultra męskie. No to znowu odpowiedź na całe zło: facet. **Facetom podoba się, jeśli kobiety mają w sobie domieszkę samczej werwy, co u młodych chłopców objawia się uwielbieniem koleżanki, która się pierze jak facet.** I wszystko jasne.”.

4.2. „Ustawki dziewczyn” – charakterystyka zjawiska

O tym, że „żeńskie tsunami” zatacza coraz szersze kręgi świadczą także zmiany w strukturze zbiorowości pensjonariuszek zakładów poprawczych. W latach 90-tych ubiegłego stulecia i pierwszych latach obecnego wieku zdecydowana większość umieszczonych w nich nastolatek była tam z powodu dokonania różnego rodzaju kradzieży. W ostatnich latach sytuacja zmieniła się diametralnie. Jak bardzo – ujawnił to Romuald Sadowski, dyrektor zakładu poprawczego dla dziewcząt w Falenicy, który w grudniu 2008 r. powiedział dziennikarzowi „Polska The Times”:

„Jeszcze niedawno 80 procent podopiecznych zakładów poprawczych to były złodziejki, dzisiaj te same 80 procent stanowią dziewczyny, które popełniły jakieś przestępstwo agresywne.”

Jaka jest najbardziej prawdopodobna przyczyna tej zmiany? W świetle dotychczas przedstawionych obserwacji i ocen najsilniejszym czynnikiem etiologicznym wydaje się być intensywne powielanie przez dziewczęta brutalnych zachowań chłopców i młodych mężczyzn. Można się o tym przekonać, analizując historię i naturę tzw. ustawek.

W pierwszych latach polskiej transformacji „ustawki” nie były znane. Pojawiły się dopiero w drugiej połowie lat 90-tych, kiedy policja wspólnie z organizatorami rozgrywek piłkarskich radykalnie ograniczyła możliwość bójek pseudokibiców na stadionach. W tej sytuacji pojawiła się „ustawka”. Miała zastąpić „zadymy” na stadionach. Polegała na umówieniu bijatyki w takich miejscach, które zmniejszały ryzyko bezpośredniej interwencji sił porządkowych. Biły się ze sobą skłócone grupy chuliganów stadionowych, identyfikujących ze swoimi klubami piłkarskimi (model „banda na bandę” – nieograniczona liczba uczestników, albo w grupach kilku na kilku lub kilkudziesięciu na kilkudziesięciu).

W tych bójkach brali udział chłopcy i młodzi mężczyźni, których „kręciło” stosowanie przemocy wobec znienawidzonych zwolenników konkurencyjnych drużyn. Sposób walki był przedmiotem uzgodnień między stronami. Mogły to być: gołe pięści, kije, metalowe rurki, łańcuchy, łomy, kastety, noże lub inne niebezpieczne narzędzia.

Podobno pierwszą ustawką był tzw. sparing w Trójmieście. Potem ruszyła lawina podobnych wydarzeń w innych regionach kraju. Po jakimś czasie członkowie grup uczestniczących w starciach zaczęli filmować przebieg bijatyk, aby je później oglądać i podziwiać siebie na ekranach komputerów. W toczonych zmaganiach miała obowiązywać zasada niekopania leżących, o ile ci nie przejawiali ochoty do dalszej walki. Zazwyczaj typowa ustawka, w zależności od liczby osób w niej walczących, trwała kilka minut (przypuszczalnie, dlatego, że dłuższy czas oznaczałby masakrę tzn. liczniejsze i znacznie cięższe obrażenia uczestników). Z założenia bijatyki miały się kończyć poddaniem przez grupę pokonaną. Z punktu widzenia prawa były i są nielegalne. Jednak ich uczestnicy na ogół nie są zbyt aktywnie ścigani.

W przekonaniu uczestników tych chuligańskich ekscesów miały one być „honorowym” starciem dwóch grup kibiców. Dowodem ich męskiej odwagi oraz gotowości poświęcenia w obronie dobrego imienia klubu i wspólnoty jego zwolenników. W rzeczywistości były świetnymi okazjami do rozładowania negatywnych emocji, brutalnego wyzycia się, doświadczenia ekstremalnych przeżyć wywołanych walką wręcz i kultem bezpośredniej przemocy.

Jak to się stało, że dziewczęta „weszły w ustawki” i zaczęły używać podczas nich pałek, kijów bejsbolowych, metalowych prętów i noży? Co je skłoniło do naśladowania męskich obyczajów?

Specyfika męskich ustawek polegała na tym, że czeready dorastających chłopców walczyły w imię umocnienia przynależności quasi-plemiennej. Ich atawistyczne skłonności i nieumiejętność samokontroli powodowały, że raz po raz duże grupy spragnionych walki młodych mężczyzn oddawały się utrudnianiu sobie życia. Bijatyki przesłoniły im ideę sportu i same stały się dla nich „sportem”. Nierzadko obserwatorami tych zmagania były dziewczęta – koleżanki i sympatie bijących się chłopców. Ich obecność podnosiła atrakcyjność walk i ich zaciekłość. Każdy „wojownik” chciał się popisać przed wybranką. Jednak po okresie biernego przyglądania się dziewczyny postanowiły, że również chcą doznawać „wojennego szału”. Chciały udowodnić sobie i innym, że nie są gorsze. Także potrafią wymierzać ciosy i znosić ból. Początkowo brały udział w bijatykach, ale potem zaczęły organizować je dla siebie.

W sposób istotny zmieniła się jednak motywacja i psychologiczne tło takich wydarzeń. Nie chodziło już tym razem o „honor klubu i godność kibiców”, lecz sposobność do wyrównania rachunków między dziewczynami. Powody, aby bić w grupach stały się zupełnie osobiste: za odbicie chłopaka, za krzywe spojrzenie, za inny rodzaj „nadeptnięcia na odcisk” przez koleżankę ze szkoły, dziewczynę z innej dzielnicy czy osiedla. Duma i poczucie pewności siebie ustawiających się dziewczyn nakazywały, aby każda obelga i wyrządzona przykrość była z nawiązką odplacona.

Powstał zupełnie nowy rodzaj bójk, zarówno w zakresie podłoża przyczynowego, jak i sposobu ich przeprowadzenia. W tych żeńskich bójkach okazało się być więcej determinacji i zaciętości. Trudniej je było przerwać, bo obie walczące strony wzajemnie „zarażały się” afektami. Zdarzało się, że nie zważały na sygnały, że przeciwniczki mają dość.

Zjawisko ustawek, wymyślonych i stosowanych przeciw przez młodych mężczyzn, ewoluowało: w krótkim czasie przybrało zupełnie odmienny charakter. Nosiło już wyraźne kobiece piętno, oddalając coraz bardziej się od męskiego oryginału. Niektórzy widzą w nich bunt dziewcząt przeciwko narzucanym im modelom zachowań, wyłamywanie się z kanonu ugrzeczniczonych kontaktów, które przystoju dziewczętom i wyjście poza utrwalone ramy konwencji zachowań żeńskich i męskich⁶.

W sumie ustawka wydaje się bardziej niebezpieczna dla dziewcząt niż dla chłopców. Okładanie się pięściami, kopanie leżących, używanie niebezpiecznych przedmiotów przy zadawaniu ciosów – musi zostawiać traumę w psychice każdej z nich. Może także – w większym stopniu niż u chłopców – deformować ich relacje z innymi ludźmi. Na pewno zaburza w nich subiektywne poczucie dziewczęcości, a może nawet – w jak licznych przypadkach? – likwiduje je bezpowrotnie. Jestem zdania, że żeńskie ustawki sięją spustoszenie w życiu emocjonalnym nastolatek. Odcisnięty ślad pozostanie na dłużej: będzie go można zauważyć w ich postawach i zachowaniach wieku dojrzałego. Można zasadnie przypuszczać, że psychospołeczne echa

⁶ S. Hutnik, *Równouprawnienie, czyli „ustawka” dziewczyn*, Portal feminoteka.pl, 2008.

ustawek utrudnią im spełnianie ról żon i matek, a także zdyscyplinowanych i współdziałających z innymi pracownikami. Dziś nikt – a przede wszystkim one same – nie może wiedzieć jak głęboko udział w ustawkach skrzywia ich psychikę.

Jedna z pierwszych wyłącznie żeńskich ustawek została ujawniona w Orzeszu na Śląsku. Stało się to w połowie listopada 2008 r. Policja otrzymała wiadomość, że na terenie jednej ze szkół szykuje się bójka. Policjanci, którzy przyjechali na miejsce, byli zaskoczeni. Zobaczyli dwie pięcioosobowe grupy dziewcząt ruszające do walki. Ich zamiary zdradzało wyposażenie: maski na twarze, drewniane pałki, kastety, nóż, a także zapalniczki, które włożone w pięść miały zwiększyć siłę uderzeń. Jak później ustalono nie była to pierwsza bójka tych dziewcząt, a krytycznego dnia miało przyjść ich więcej. Zwykle bowiem te, które przychodziły, aby przyglądać się – na ogół przyłączały się do walczących, identyfikując się z jedną lub drugą stroną konfliktu. Zatrzymane miały od 14 do 17 lat. Ustawka miała na celu „spuszczenie łomotu” jednej z nich, bo obraziła kolegę dziewczyny z drugiej grupy.

W tym samym mniej więcej czasie pomorska policja udaremniła ustawkę dziewczyn w Tczewie. Żadna z zatrzymanych – tym razem 19-stu – dziewcząt, nie była pełnoletnia. Każda dysponowała pałką. Twarze zasłaniały szalikami.

Z licznych doniesień medialnych wynika, że w naszym kraju żeńskie ustawki stały się częścią subkultury młodzieżowej, obyczajem, który szybko rozpowszechnił się nie tylko na Pomorzu i Śląsku. Jednak jak dotychczas zjawisko nie stało się przedmiotem dociekań naukowych, które wniknęłyby bliżej w jego przyczyny, symptomy i następstwa. Zostało pozostawione popularnym czasopismom, stacjom telewizyjnym i rozgłośniom radiowym, a także portalom internetowym, które ukazują również jego międzynarodowe odniesienia⁷. Rzadko pisze o nim prasa opiniotwórcza, częściej za to młodzieżowa (m.in. takie tytuły jak „Popcorn”, „Dziew-

⁷ „Grupowo zorganizowana agresja dziewcząt występuje na całym świecie, który jest zdominowany przez kulturę unisex. Wszyscy bowiem bez względu na płeć oglądają w kinach, w telewizji i na DVD filmowe fantazje, w których chodzi o pomszczonych bliskich, wdeptanie w ziemię nieprzyjaciół, rozbicie czy wręcz anihilację przeciwnika, traktowanego jak szkodliwy lub niepotrzebny przedmiot, na którym należy sprawdzić umiejętności dzielnego wojownika (wojowniczk) i bezwzględnego mściciela (mścicielki). Szacuje się, że w samych Stanach Zjednoczonych jedną czwartą nastoletnich przestępców stanowią dziewczęta. Raport przygotowany na zlecenie sieci telewizyjnej ABC w roku 2007 ujawnił, że 20% Amerykanek w wieku od 12 do 17 lat (ok. 2,5 mln osób) przyznało się do udziału w przynajmniej jednej poważnej bójce. Przemoc i agresja są dla nich sposobem zwrócenia na siebie uwagi, zyskania akceptacji i wymuszenia «szacunku». Na początku roku 2008 we Francji, w miejscowości Chelles pod Paryżem starły się dwie duże grupy nastolatek. Jak relacjonowali przypadkowi widzowie, dziewczyny biły się jak najgorzej z chuliganów. Miały od 14 do 17 lat, były zaopatrzone w noże, kastety, kiję bejsbolowe i gazy łzawiące. Poszło o naruszenie terytoriów. Dziewczyna z jednej dzielnicy poderwała chłopaka z innej. Z zeznań zatrzymanych wynikało, że dostała ostrzeżenie telefoniczne, że nie może spotykać się z chłopakiem z innej dzielnicy miasta, czyli «nie od siebie». W odpowiedzi na pogróżki wytoczyła nieprzyjaciółom wojnę i w krótkim czasie zorganizowała olbrzymią, a przede wszystkim niezwykle krwawą, ustawkę znacznej grupy zdeteminowanych dziewcząt. W maju 2008 roku w Wielkiej Brytanii w mieście Selby w ręce policji wpadł gang nastolatek (średnia wieku: 15 lat), które napadały na ludzi starszych. Okradały ich i dotkliwie biły. Ustawki, które organizowały, miały charakter walki o terytorium. Ostatnia z nich zakończyła się dla kilkudziesięciu dziewcząt pobyt w miejscowym szpitalu.”: „Polska The Times”, grudzień 2008 r.

czyna”, „Bravo” i inne podobne, chętnie czytane przez nastolatki). To właśnie ze źródeł prasowych, w tym również z pism regionalnych, zainteresowani mogą uzyskać najwięcej wiadomości o jego rozwoju i aktualnym stanie. Ogólną panoramę zjawiska, jaka się z nich wyłania, spróbuję przedstawić poniżej.

Kiedyś na ustawki przychodziło kilka lub kilkanaście dziewczyn. Teraz prawie tylko samo, co chłopców. Dziewczęta – jak mówią – „motają” ustawki na boiskach szkolnych, parkingach, osiedlowych podwórkach, parkach i w podmiejskich lasach. Biją się między sobą i biją innych. W tajemnicy przed rodzicami i nauczycielami organizują „regularne łomoty”, podobne do tych, które urządzali i nadal urządzają piłkarscy chuligani. W Warszawie skinheadki, które kibicują „Legii”, przy byle okazji tłuką się z punkówkami, które noszą barwy „Polonii”. Na ogół jednak dziewczęta, w odróżnieniu od chłopców, nie potrzebują utożsamiać się z jakimkolwiek klubem sportowym. Wystarczy prywatna animozja między uczestniczkami, niechęć szkoły do szkoły czy jednej grupy do drugiej. Wiedza o większości z tych bójek nie wychodzi poza środowiska nieletnich. Sprzyja temu dziewczęce poczucie przynależności do grupy i lojalność wobec współniczek. Powiadomianie rodziców czy policji jest surowo karane przez grupę (pobicie, wykluczenie, izolacja). Od czasu do czasu ujawnione w internecie, telewizji czy prasie ustawki dziewcząt stają się *newsami*, które coraz mniej bulwersują opinię publiczną.

Reportaże prasowe, opisujące żeńskie ustawki, ujawniają sytuacje, w których biorące w nich udział dziewczęta biją dla przyjemności bicia – jak chłopcy. Ryzykują, że mogą zabić lub być zabite. Są przepętnione agresją i zbuntowane. Niektóre przyznają, że uczestniczą w bójkach kilka razy w miesiącu. „Urwały” się rodzicom, „urwały” się szkole. Nie mają autorytetów, bo nie chcą ich mieć. Wystarczy im, by inni mieli przed nimi respekt.

Kiedy „wojowniczkami” postanowią skatować przeciwnika, robią to dokładnie. Zdarza się, że nie przestają również wtedy, gdy „gadzi” leży i poddaje się. W opinii indagowanych na ten temat psychologów w takich sytuacjach u większości chłopców agresja wygasa. Dziewczęta biją jednak dalej, jakby z premedytacją wykonywały plan zniszczenia. Ich agresja jest zimna i dlatego trudna do opanowania, zwłaszcza przez nie same.

W trakcie rozmów z dziennikarzami gimnazjaliści, którzy odżegnują się od uczestnictwa w szkolnej subkulturze przemocy, sygnalizują, że najbardziej niebezpieczne są grupy mieszane, złożone z chłopców i dziewcząt. „Oni terroryzują nas wszystkich.”. Ich ustawki są bardziej brutalne, a zaczepki groźniejsze. W tych grupach dziewczęta wykazują większą pobudliwość i są bardziej skłonne do wszczynania awantur. Nierzadko chłopcy – uczestnicy grup – muszą je mitygować, bo one same nie radzą sobie z własną – ślepą i nie adekwatną do konkretnych sytuacji – agresywnością. Zdarza się, że takie zapalczywe dziewczyny kierują chłopakami, podpuszczają ich na innych, decydują o tym, co się będzie działo po wyjściu ze szkoły.

Dziewczęta z kręgu ustawek nazywają je po swojemu. Dla nich to *bitwy* – *nasze na wasze*. Impulsem do bójek w wykonaniu gimnazjalistek może być wszystko, co je irytuje. A że w tym wieku irytować może prawie wszystko, więc bez skrępowań „wkraczają do akcji”. Wiele z nich jest weterankami: już w szkole podstawowej biły się z koleżankami. – „Jak się któraś głupio uśmiechała, dostawała w pysk i tyle.”. Nauczyciele nie wiedzieli, rodzice też nie. A może nie chcieli wiedzieć?

Na koniec tej części uwag przywołam termin, który znajduje się w użyciu wśród amerykańskich kryminologów. Kiedy ludzie w sposób oczywisty słabsi robią wszystko, aby dorównać silniejszym i pozyskać ich uznanie oraz akceptację Amerykanie mają na to nazwę: „komedia pomyłek”. Jednak z pozycji autora tego opracowania użycie określenia „komedia” w kontekście zachowania zdemoralizowanych nastolatków budzi zasadnicze wątpliwości. Trudno bowiem w omawianych sytuacjach dopatrzeć się śmieszności i elementów zabawy. Te zdarzenia wydają się być bliższe dramatowi, gdyż ich społeczne i psychologiczne konsekwencje są niebezpieczne i nadzwyczaj szkodliwe. Skłaniają do niepokoju (świadczą o wzrastającej niewydolności wychowawczej rodziny i szkoły) oraz pesymizmu (nie widać pomysłów na przerwanie niebezpiecznych tendencji rozwojowych zjawiska). Póki co, w wielu polskich gimnazjach trwa „moda na ustawki”.

5. Rozmiary i dynamika przestępczości oraz demoralizacji dziewcząt w świetle statystyki sądowej

5.1. Zmiany w przestępczości oraz w zjawiskach społecznego niedostosowania dziewcząt w okresie lat 1985–2004

Ukazanie się raportu z „Diagnozy społecznej 2005” wywołało krytykę, zarówno w odniesieniu do samego istnienia efektu żeńskiego tsunami, jak i sposobów jego interpretacji. W bezpośrednich lub pośrednich polemikach podnoszono kwestie, że dewiacyjne i przestępcze zachowania kobiet przez wiele dziesiątek lat pozostawały na marginesie zainteresowań badawczych. Stąd niedostatek tradycji naukowych w rzetelnej analizie tej problematyki, co może sprzyjać powstawaniu mitów „o wzroście agresywnych zachowań dziewcząt” lub „o większym okrucieństwie kobiecej agresji”⁸. W innym opracowaniu zwrócono uwagę, że w patriarchalnym modelu naszego społeczeństwa kobiety-dewiantki, zwłaszcza te, które są bohaterkami doniesień medialnych, podlegają szczególnie negatywnej ocenie i nadmiernie surowemu potępieniu społecznemu. Ten krzywdzący dla „słabej płci” sposób traktowania ma wynikać z faktu, że potoczne rozumienie męskości wpisane są zachowania o charakterze przemocowym (mężczyźni z natury są agresywni), podczas

⁸ R. Szczepanik, *Płeć jako zmienna różnicująca orzeczenie stopnia demoralizacji nieletnich dziewcząt i chłopców* (w:) M. Chomczyńska-Rubacha (red.), *Role płciowe. Socjalizacja i rozwój*, Wydawnictwo WSHE, Łódź 2006.

gdy od kobiet wymaga się utrzymywania spokoju, konformizmu i opiekuńczości (kobieta ma być wręcz synonimem łagodności). Z takiego tendencyjnego nastawienia i stosowania podwójnych standardów mają powstawać koncepcje „złych dziewczynek i potwornych kobiet.”⁹

Nie wdając się w spór z tymi poglądami dostrzegam, że w sukurs syndromowi „żeńskiego tsunami” przychodzą instytucjonalne wskaźniki przestępczości i demoralizacji dziewcząt w Polsce. Analiza informacji, pochodzących z systemu statystyki sądowej za okres od połowy lat 80-tych do roku 2004 dotyczących orzeczeń sądów rodzinnych w sprawach nieletnich dziewcząt w związku z popełnionymi przez nie czynami karalnymi i przejawami demoralizacji, uwiarygodnia ów syndrom.

Pamiętać jednak należy, że do sądów rodzinnych i sądów karnych trafiają sprawy na swój sposób ekstremalne, tj. takie, które szkoła, policja lub rodzina uznają za poważne i wymagające reakcji sądowej. Są to sprawy nieletnich dziewcząt, które już wcześniej sprawiały kłopoty a ich zachowanie świadczy o wysokim stopniu zdemoralizowania, który może być trudny do korekty w toku oddziaływań socjalizacyjnych rodziny, szkoły, środowiska rówieśniczego lub instytucji lub organizacji do tego powołanych. W tym znaczeniu zbiorowość nieletnich stających przed sądem jest swego rodzaju „wierzchołkiem góry lodowej” dewiacyjnych zachowań nastoletnich dziewcząt, tym nie mniej dobrze pokazującym kierunkowe przeobrażenia i najbardziej charakterystyczne tendencje całej ich populacji.

W okresie, do którego odnosi się żeńskie tsunami zaobserwowano:

- 1) znaczące zwiększenie udziału dziewcząt w ogólnej strukturze przestępczości nieletnich i w przejawach demoralizacji;
- 2) nasilenie agresywnych czynów dziewcząt, zwłaszcza nastolatek w przedziale wieku od 14 do 16 lat, pomimo iż wyraźnie dominującą kategorię nieletnich sprawców czynów karalnych nadal stanowią chłopcy;
- 3) zbliżenie technik i skutków popełniania gwałtownych czynów karalnych, zarówno u chłopców jak i u dziewcząt, do *modus operandi* sprawców dorosłych;
- 4) obniżenie dolnej granicy wieku nieletnich popełniających czyny gwałtowne – w sytuacji, kiedy wskaźniki czynów gwałtownych dotyczące nieletnich obu płci, pochodzących z górnych przedziałów wiekowych, utrzymują się na wysokim poziomie;
- 5) stały wzrost liczby dziewcząt, wobec których sądy orzekły środki wychowawcze w związku z demoralizacją. W okresie od 1985 do 2000 r. najbardziej nasiliły się następujące przejawy nieprzystosowania społecznego dziewcząt:
 - naruszenie zasad współżycia społecznego; dynamika wzrostu: **1 955%** (z 29 przypadków na początku okresu do 567 na jego końcu),
 - używanie alkoholu (wódka, wino, piwo); w tym samym okresie dynamika wzrostu: **548%** (z 86 przypadków w 1985 r. do 471 w roku 2000),

⁹ I. Desperat, *Złe dziewczynki i potworne kobiety – dlaczego media lubią je tak przedstawiać* (w:) *Zachowania dewiacyjne dziewcząt i kobiet red. I. Pospiszyl, R Szczepanik*, Wydawnictwo WSHE, Łódź 2007.

- używania innych środków w celu wprowadzenia się w stan odurzenia (narkotyki); dynamika: **436%** (wzrost z 33 do 144 przypadków),
- włączęstwa i udziału w grupach przestępczych; dynamika: **287%** (ze 121 do 347 przypadków).

Ponieważ raport „Diagnozy społecznej” z 2005 r. odnosił syndrom żeńskiego tsunami do dziewcząt urodzonych w latach 1987–1989, przyjmijmy ten wcześniejszy rok jako podstawę do kolejnych porównań. Statystyki sądowe za lata od 1987 do 2004 roku wykazują, że udział dziewcząt w przestępczości nieletnich ogółem wzrósł **przeszło dwukrotnie**. Na początku tego okresu dziewczęta w wieku do 17 roku życia, wobec których sądy orzekły środki wychowawcze, poprawcze lub kary za popełnienie czynów karalnych stanowiły zaledwie 5,6% ogółu osadzonych nieletnich, a na końcu już 13%. Oznacza to, że w latach 80-tych **co szesnastą osobą**, wobec której orzeczono wymienione środki była nastolatka, a przed połową bieżącej dekady już **co ósma**. Jednocześnie z 614 w 1987 r. do 3 690 w roku 2004, czyli **ponad sześciokrotnie** (dynamika 600%) wzrosła liczba orzeczeń sądowych wobec dziewcząt, które dopuściły się czynów karalnych¹⁰.

W okresie lat 1985–2004 zaznaczył się wysoki wzrost orzeczeń sądowych wobec dziewcząt, które dopuściły się czynów karalnych z użyciem przemocy. W przypadku ogółu czynów przeciwko życiu i zdrowiu wyniósł on **2 500%** (z 24 do 644 czynów w początkowym końcowym roku okresu). Nie ulega wątpliwości, że zjawisko to świadczy o skokowym wzroście agresji przejawianej przez nieletnie dziewczęta, zwłaszcza najbardziej aktywne w tym zakresie, czyli 14–16-letnie. Rekordowy, bo aż **5 000%** wzrost wystąpił w związku z udziałem dziewcząt w bójkach i pobiciach. W połowie lat 80-tych orzeczenia dotyczące tych czynów stanowiły 2,2%, a w roku 2004 – 13,6% ogółu orzeczeń wydanych wobec nieletnich sprawców. Wzrost orzeczeń w skali **2 000** odnotowano w kategorii sprawczyń naruszeń nietykalności cielesnej, a przeszło **1 000%** w zbiorowości nastolatek, które spowodowały uszczerbek na czyimś zdrowiu. Dynamika orzeczeń w przypadku rozbojów sięgnęła **1 800%**. Z ustaleń dowodowych w omawianej grupie spraw wynika, że sprawcami gwałtownych czynów karalnych, a więc takich, w których istotą działania jest przemoc, podobnie jak w przypadku chłopców, są nie tylko nieletnie pochodzące z rodzin patologicznych, ale coraz częściej dziewczęta pochodzące z tzw. dobrych domów¹¹.

Procentowy udział orzeczeń sądowych wobec dziewcząt przejawiających cechy demoralizacji w ogólnej liczbie orzeczeń dotyczących przypadków demoralizacji nieletnich wykazuje wyraźne tendencje wzrostowe. W roku 1987 wyniósł 16,3%, a w roku 2004 już blisko 26%. Oznacza to, że w roku 2004 co czwartą osobą nieletnią, wobec której orzekano środki wychowawcze w związku przypadkiem demoralizacji była dziewczyna. Na przestrzeni analizowanego okresu najliczniejszą gru-

¹⁰ K. Biel, *Przestępczość dziewcząt – rodzaje i uwarunkowania*, Wyższa Szkoła Filozoficzno-Pedagogiczna Ignatianum, Wydawnictwo WAM, Kraków 2009, s. 71.

¹¹ Tamże, s. 72 i 73.

pę zdemoralizowanych nastolatek stanowiły dziewczęta 15 i 16-letnie (odpowiednio ok. 25% oraz ok. 24%). W roku 2000 najwyższe wskaźniki udziału dziewcząt w ogólnej liczbie nieletnich, wobec których sądy rodzinne wydały prawomocne orzeczenia w związku ich demoralizacją dotyczyły: uprawiania nierzędu (80,8%), włóczęgostwa i udziału w grupach przestępczych (55,2%), używania alkoholu (32,2%), uchylania się od obowiązku szkolnego (26,7%) oraz (26,6%) używania innych środków odurzających¹².

Czy przedstawione wyżej agregacje i oceny statystyczne są zgodne z wynikami badania przeprowadzonego przez Radę Monitoringu Społecznego w roku 2005? W moim przekonaniu – owszem. W sprawach o czyny karalne i demoralizację nieletnich tradycyjnie występuje znacząca ciemna liczba przypadków¹³. Gdyby uwzględnić oszacowania dotyczące tej liczby, oceny zachowania nastolatek dokonujących agresywnych czynów karalnych i wykazujących przejawy demoralizacji byłyby jeszcze bardziej krytyczne.

5.2. Zmiany w przestępczości oraz w zjawiskach społecznego niedostosowania dziewcząt w okresie lat 2005–2008

Z metodologicznego punktu widzenia interesujące może być ustalenie na ile syndrom „żeńskie tsunami” znajduje odbicie w orzecznictwie sądów powszechnych w roku ujawnienia tego zjawiska i w latach następnych. Czy ujawniona w 2007 r. tendencja zmniejszania się dystansu w zakresie zachowań agresywnych i autodestrukcyjnych między dziewczętami i chłopcami sięga dzieci urodzonych w szerszym przedziale lat niż bezpośrednie sąsiedztwo roku 1989? Inaczej ujmując tę kwestię, w jakim stopniu w orzecznictwie sądów potwierdza się teza, że żeńskie tsunami „rozpędza się i przybiera na sile”?

Pytania te znajdują interesujące odpowiedzi w analizie danych statystycznych resortu sprawiedliwości.

Przez całe czterolecie populacja dziewcząt i chłopców do lat 17, wobec których sądy orzekły prawem określone środki w związku z czynami karalnymi oraz przejawami demoralizacji (łącznie), wykazywała wyraźną tendencję wzrostu (od 41 682 w roku 2005 do 47 046 osób w roku 2008, dynamika: **113%**). Na ten kierunek zmian wpływały przede wszystkim zwiększające się z roku na rok liczby dziewcząt dopuszczających się czynów karalnych oraz wykazujących przejawy demoralizacji. W poszczególnych latach odpowiadające im liczby chłopców były wprawdzie kilkakrotnie wyższe, ale jednocześnie wykazywały zdecydowanie wolniejszą dynamikę wzrostu. W roku 2005 liczby dziewcząt i chłopców osądzonych za czyny karalne oraz przejawy demoralizacji (łącznie) wyniosły odpowiednio – 7 515 i 34 167, a w roku 2008 – 10 355 i 36 691. Dynamika wzrostu w przypadku dziewcząt wyniosła **138%**, a u chłopców tylko **107%**.

¹² Roczniki statystyczne GUS 1986–2004, K. Biel, *Przestępczość dziewcząt...*, s. 75 i 76.

¹³ J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *Kryminologia*, Wydawnictwo InfoTrade, Gdańsk 2007, s. 371.

Należy przy tym zauważyć, że końcowy rok okresu przyniósł obniżenie ogólnej liczby sprawców czynów karalnych i przejawów demoralizacji, przede wszystkim jednak oznaczał zmniejszenie liczby chłopców osądzonych za czyny karalne. W latach 2005–2007 ta ostatnia liczba rosła od 22 669 do 23 638 osób, podczas gdy w końcowym roku analizowanego okresu spadła do 22 462 osób. Tego rodzaju zachwianie trendu wznoszącego nie wystąpiło u dziewcząt. Przeciwnie, przez wszystkie lata analizowanego okresu liczby dziewcząt dokonujących czynów sprzecznych z prawem karnym oraz tych, które wykazywały przejawy zdemoralizowania, wyraźnie zwiększały się.

Wśród dziewcząt, wobec których sądy wydały prawomocne orzeczenia związane z dokonaniem przez nie czynami karalnymi lub wykazanymi przejawami demoralizacji najwięcej było:

- 1) **14, 15 i 16-latek**. W poszczególnych latach okresu każdy z tych roczników reprezentowany był przez populację od 1 550 do 2 800 sprawczyń czynów karalnych i dziewcząt zdemoralizowanych;
- 2) 13 i 17-latek; odpowiednio: tych pierwszych – od 926 do 1 445, tych drugich – od 553 do 748 rocznie;
- 3) 11 i 12-latki, zbiorowości od 150 – 328 w poszczególnych latach.

Dziewczynek w wieku do 10 lat było po kilkadziesiąt rocznie, nie więcej jednak niż 84 (10-latki w 2005 r.).

Rok 2008 charakteryzował się najwyższą łączną liczbą sprawczyń czynów karalnych oraz zdemoralizowanych dziewcząt. Udział w niej grupy wiekowej nastolatek od 14–16 roku życia wyniósł **73%** (15-latki – 27%, pozostałe dwa roczniki po 23%). Aktywność 13-latek i 17-latek w zakresie naruszania prawa i przejawiania symptomów niedostosowania społecznego była wyraźnie niższa – odpowiednio: 14 i 7% w ogólnej liczbie dziewcząt, wobec których sądy orzekły przewidziane prawem środki prawne.

W czterolecu, którym się zajmujemy, udział dziewcząt w przestępczości nieletnich, mierzony liczbą sprawczyń czynów karalnych, wobec których sądy orzekły środki wychowawcze, poprawcze lub kary, rósł systematycznie. W roku 2008 osiągnął poziom **15%**. Oznacza to, że w tym roku **co szóstym** sprawcą udowodnionego przed sądem czynu karalnego była dziewczyna w wieku do lat 17. Dynamika populacji dziewcząt – sprawców czynów karalnych w okresie 2005–2008 wyniosła **117%** (z 3 559 osób na początku wzrosła do 4 152 na końcu). Dla porównania dynamika wzrostu zbiorowości chłopców – sprawców czynów karalnych wyniosła zaledwie **104%** (z 22 669 do 23 638 osób).

Wśród dziewcząt do 17 roku życia najliczniejszą grupą sprawczyń czynów karalnych, były sprawczynie czynów przeciwko mieniu (obejmujących przede wszystkim kradzieże rzeczy, kradzieże z włamaniem, rozboje, kradzieże rozbójnicze, wymuszenia rozbójnicze). W omawianym interwale grupa ta wykazywała tendencję wzrostową (od 2 155 w roku 2005 do 2 496 osób w roku 2008, dynamika: **116%**).

W ostatnim roku analizowanego okresu roku ogólna liczba nieletnich, tj. obejmująca przedstawicieli obojga płci, popełniających czyny karalne przeciwko mieniu zmalała w stosunku do roku wyjściowego (dynamika: **93%**). W końcu okresu udział sprawczyń czynów przeciwko mieniu w ogólnej liczbie nieletnich sprawców tych czynów osiągnął poziom **16%**. Oznacza to, że w roku 2008 nastolatka do lat 17 była co szóstym sprawcą czynu przeciwko mieniu popełnionego przez nieletnich.

Na szczególną uwagę zasługują rozboje dokonywane przez dziewczęta. Do istoty bowiem tego przestępstwa należy nie tylko kradzież rzeczy, lecz również stosowanie przemocy wobec innej osoby, zagrożenie jej natychmiastowym użyciem albo doprowadzenie jej do stanu nieprzytomności lub bezbronności. W praktyce tego rodzaju zachowania wyrażają skrajnie agresywną postawę sprawcy i jego bezwzględność wobec ofiary. Największa liczba sprawczyń rozbojów (czyny z art. 280 k.k.) wystąpiła w roku 2005 (173). W pozostałych latach zbiorowości sprawczyń rozbojów zmniejszyły się i utrzymywały się na tym samym mniej więcej poziomie: od 114 (w 2006 r.) do 136 osób (w 2008 r.). W tym ostatnim roku ich udział w ogólnej liczbie nieletnich sprawców rozbojów wyniósł 9,5%, a to oznacza, że co dziesiątym nieletnim sprawcą rozboju była przez nastolatka, która nie ukończyła 17 roku życia.

W analizowanym czteroleciu drugą pod względem liczebności grupą dziewcząt – sprawczyń czynów karalnych były dziewczęta, które dopuściły się czynów przeciwko życiu i zdrowiu. Te dziewczęta, podobnie jak chłopców dopuszczających się czynów tego rodzaju, charakteryzowały: zdecydowanie i brutalność w działaniu, umiejętność kalkulowania ryzyka oraz skłonność do działania w grupach. W ostatnich dwóch latach okresu zbiorowości dziewcząt popełniających czyny przeciwko życiu i zdrowiu osiągnęły najwyższy poziom (odpowiednio: 820 i 789). W roku 2007 ich dynamika w stosunku do pierwszego roku okresu wyniosła **135%**, a w roku następnym **130%** (ogólna dynamika tej kategorii czynów: **110%**). Udział dziewcząt – sprawczyń czynów przeciwko życiu i zdrowiu w ogólnej liczbie czynów nieletnich popełniających te czyny utrzymywał się na tym samym poziomie, tj. 14,5%. W efekcie zasadne jest stwierdzenie, że nastolatki do 17 roku życia dokonały co szóstego czynu przeciwko życiu i zdrowiu ze wszystkich jakich w tym czasie dopuścili się nieletni.

W kategorii czynów przeciwko życiu i zdrowiu szczególne miejsce zajmowały bójki i pobicia (czyny z art. 158 i 159 k.k.), których współsprawczyniami były dziewczęta. W tym miejscu nie od rzeczy jest przypomnienie, że w polskim prawie tego rodzaju przestępstwa uznawane są za akty narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu lub rozstroju zdrowia. Z prawniczego punktu widzenia bójka jest starciem co najmniej trzech osób, z których każda występuje w roli napastnika i atakowanego. W pobiciu też muszą wziąć udział co najmniej trzy osoby, z tym że w takim incydencie odróżnia się stronę atakującą i atakowaną. Liczba bójek i pobic, których sprawstwo sądy przypisały dziewczętom, znacznie przekroczyła obserwowane przed rokiem 2005

wielkości. Na początku omawianego okresu przed sądami stanęło 275 sprawczyń tych czynów, a na końcu już 441 (dynamika: **160%**, dynamika ogółu nieletnich sprawców: 133%). W roku 2008 udział dziewcząt w bójkach i pobiciach wyniósł 17%, jest to równoznaczne ze stwierdzeniem, że już w co szóstym takim zdarzeniu uczestniczyła nieletnia dziewczyna.

Zgodnie z dyspozycją art. 4 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz. U. z 2002 r. Nr 11, poz. 109 z późn. zm., zwanej dalej „u.p.n.”) za demoralizację nieletniego uważa się w szczególności:

- naruszenie zasad współżycia społecznego,
- popełnienie czynu zabronionego,
- systematyczne uchylanie się od obowiązku szkolnego lub kształcenia zawodowego,
- używanie alkoholu lub innych środków w celu wprowadzenia się w stan odurzenia,
- uprawianie nierządu,
- włóczęgostwo,
- udział w grupach przestępczych.

Jak wynika z materiałów informacyjnych resoru sprawiedliwości w okresie od 2005 do 2008 r. liczba zdemoralizowanych dziewcząt i chłopców, wobec których sądy rodzinne prawomocnie orzekły przewidziane w prawie dla nieletnich środki zwiększyła się z 15 454 do 20 089 osób (dynamika: **130%**). Na początku okresu zbiorowość chłopców wykazujących przejawy demoralizacji wynosiła 11 498, aby na jego końcu osiągnąć liczbę 14 229 osób (dynamika: **124%**). W 2005 r. sądy rodzinne zdecydowały o konieczności interwencji resocjalizacyjnej wobec 3 956, zaś w roku 2008 wobec 5 860 zdemoralizowanych dziewcząt (dynamika: **148%**). Oznacza to, że tempo pogłębiania się demoralizacji wśród dziewcząt było zdecydowanie szybsze niż u chłopców. Udział zbiorowości dziewcząt wykazujących przejawy demoralizacji w ogólnej liczbie nieletnich zdemoralizowanych na początku okresu wynosił 25%, a na jego końcu 29%.

W roku 2005 w sprawach o zapobieganie i zwalczanie demoralizacji dziewcząt, a więc tych, które w chwili ujawnienia ich nieprzystosowania społecznego nie ukończyły 18 lat (art. 1 u.p.n.) najliczniej stawały przed sądem 16-latki (978 przypadków) i w nieco mniejszym nasileniu 15-latki (952). Kolejne miejsca zajęły: 14-latki (645), 17-latki (553) i 13-latki (308). Sprawy dotyczące demoralizacji dziewcząt poniżej 12 roku życia były rozstrzygnięte przez sądy rodzinne w 299 przypadkach.

Cztery lata później na pierwszym miejscu znalazły się 15-latki (1 491 przypadków), na drugim 16-latki (1 343), na trzecim 14-latki (1 075). Pozostałe grupy wiekowe zachowały w tym zestawieniu swoje miejsca sprzed kilku lat, z tym że wszystkie zwiększyły liczby przypadków po około 200.

W roku 2001 resort sprawiedliwości zaprzestał zbierania danych o demoralizacji nieletnich według jej przejawów. Dlatego nie jest możliwe wskazanie, które odmiann demoralizacji nieletnich dziewcząt najbardziej absorbują Temidę lub wykazu-

ją najwyższą dynamikę wzrostu. Biorąc jednak pod uwagę względy prawdopodobieństwa statystycznego i doświadczenia życiowego do tej grupy spraw będą zapewne należeć: uchylanie się od obowiązku szkolnego i kształcenia zawodowego, naruszenie zasad współżycia społecznego oraz używanie alkoholu i narkotyków.

W podsumowaniu tej części wywodów można uznać, że analiza ilościowa danych statystycznych za okres lat 2005–2008 pozwoliła wykryć następujące ogólne prawidłowości:

- tendencja wzrostu udziału dziewcząt w przestępczości nieletnich utrwaliła się,
- zbiorowość dziewcząt dokonujących czynów karalnych rośnie zdecydowanie szybciej niż odpowiadająca jej populacja chłopców – sprawców tych czynów (przyrost w czteroleciu – odpowiednio: 17% i 4%, a więc ponad cztery razy szybciej),
- liczby dziewcząt, które dopuściły się czynów karalnych oraz wykazały przejawy zdemoralizowania (łącznie) wykazują nieprzerwaną dynamikę wzrostu. W przypadku chłopców w roku 2008 zaobserwowano zmniejszenie się liczby sprawców czynów karalnych,
- w 2008 roku blisko 2/3 czynów karalnych było dokonanych przez dziewczęta w wieku 14–16 lat, a więc urodzone w latach 1992–1994,
- o wzroście zachowań agresywnych wśród dziewcząt świadczy dynamika wzrostu liczby sprawczyń czynów karalnych przeciwko mieniu, a jeszcze większym stopniu czynów przeciwko życiu i zdrowiu, w tym zwłaszcza bójek i pobic. Jest ona wyraźnie wyższa niż u chłopców,
- procesy demoralizacji nasilają się bardziej wśród dziewcząt niż wśród chłopców. W tym zakresie dziewczęta „gonią” chłopców. W awangardzie „grupy pościgowej” znajdują się nastolatki w wieku od 14–16 lat.

6. Badania agresywnych zachowań wzajemnych wśród gimnazjalistek

Przemiany dotyczące zachowań dewiacyjnych dzieci i młodzieży, zwłaszcza dotyczące wzrostu ich agresji i demoralizacji rzadko stają się w Polsce przedmiotem badań naukowych. Dlatego z satysfakcją powitałem książkę Katarzyny Stadnik i Anny Wójtewicz zatytułowaną „*Anielice czy diablice? Dziewczęta w szponach seksualizacji i agresji w perspektywie socjologicznej*”, wydaną pod koniec 2009 r.¹⁴ Jest to znakomite studium zjawiska narastającej brutalizacji interakcji między uczniami gimnazjum. Posługując się metodą etnograficzną, autorki ujawniają czynniki seksualizacji dziewcząt i przejawy ich agresywności na przykładzie szkoły gimnazjalnej w jednym z polskich miast średniej wielkości.

¹⁴ K. Stadnik, A. Wójtewicz, *Anielice czy diablice? Dziewczęta w szponach seksualizacji i agresji w perspektywie socjologicznej*, Wydawnictwo WAIp, Warszawa 2009.

Badanie dotyczące problematyki agresji wzajemnej (autorstwa K. Stadnik, zamieszczone w drugiej części książki, zatytułowanej „Agresja kobiet względem innych kobiet”) objęły dziewczęta między 15 a 16 rokiem życia. W tym wieku, dziewczęta wkraczają w nowy etap rozwoju psychofizycznego, który sprzyja zachowaniom agresywnym i bezpardonowej rywalizacji z innymi dziewczętami. Chodziło o to, aby ustalić w jaki sposób, w jakich warunkach i z jakimi skutkami nastolatki stosują wobec siebie przemoc jako strategię rozwiązywania konfliktów. „Celem badania była identyfikacja, opis i analiza zjawiska – przyczyn i okoliczności występowania dziewczęcej agresji wymierzonej w przedstawicielki tej samej płci.”¹⁵

Podstawowym walorem pracy wydaje się być zakwestionowanie powszechnie spotykanego przekonania, jakoby dziewczęta od zawsze były istotami delikatnymi i bezgrzesznymi. Nie jest prawdą, że to dopiero hedonizm obecnej postaci kapitalizmu, szczególnie jego imperatyw dążenia do egoistycznych przyjemności, dostatku i luksusu, spowodował rozluźnienie obyczajów i zmusił dziewczęta do zachowań, które nie leżą w ich naturze. K. Stadnik jest zdania, że współczesna kultura konsumpcji wydobyla z dziewcząt to, co w poprzednich epokach skrzętnie ukrywano, ubierając dorastające nastolatki w gorset niewinnego podlotka. Poprzez swoje badania autorka uprawdopodobniła radykalną w swojej wymowie tezę, że **dziewczęta i kobiety są z natury agresywne**. Jednak ich agresywność przybiera na co dzień inne postacie niż u chłopców i młodych mężczyzn. Na podstawie przeprowadzonych przez siebie wywiadów z nastolatkami badaczka sformułowała wniosek, że **obecne formy socjalizacji w grupach rówieśniczych odstawiają wrodzoną agresję dziewczęcą**.

Badania pokazały, że codzienna rywalizacja między objętymi badaniem gimnazjalistkami przybiera niezwykle zróżnicowane formy i przebieg. Z jednej strony jest to nieustający i gremialny wyścig do atrakcyjnych ubrań i kosmetyków, z drugiej zjadłe ataki słowne i przemoc fizyczna. „W okresie dojrzewania nastolatki walczą między sobą przede wszystkim w obronie własnej reputacji seksualnej, o dostęp do najbardziej atrakcyjnych chłopców, a także o utrzymanie przyjaźni albo zdobycie i zachowanie pozycji w grupie rówieśniczej.”¹⁶ Nie przebijając w środkach potrafią też chronić swoje partnerskie relacje z koleżankami przed innymi dziewczynami, które traktują jako niebezpiecznych intruzów.

K. Stadnik przyjęła hipotezę badawczą, że agresja jest ściśle skorelowana z wiekiem (młodzi ludzie są bardziej agresywni niż starsi), stąd też uznała, iż uczennice gimnazjum będą najbardziej skłonne do fizycznych form agresji. Wywiady, jakie z nimi przeprowadziła, potwierdziły słuszność tego przypuszczenia. Każda respondentka uważała za „konieczność” i „naturalny obowiązek” walkę wręcz w przypadku, kiedy zostało podważone jej „dobre prowadzenie się”. Użycie przez rówie-

¹⁵ Tamże, s. 224.

¹⁶ Tamże, s. 142–145.

śniczkę wyzwisk w rodzaju „dziwka”, „suka” czy „szmata” było wystarczającym powodem do rękoczynów („solówka”), a nawet bójek z dziewczętami z konkurencyjnej grupy. Atak fizyczny bywał równie uzasadniony w sytuacji obrażenia najlepszej przyjaciółki, rywalizacji o chłopaka czy naruszenia pozycji w grupie odniesienia.

Poglądowym przykładem takiej formy zachowań nastolatek wydaje się być wypowiedź jednej z respondentek: „(...) No i one stanęły za nami i zaczęły nas wyzywać: «ale wieśniary, dziwki, ale ubrane!» **No i oczywiście musiałyśmy zareagować.** Tyle ludzi i ktoś ma nas wyzywać, nie ma mowy! No i umówiliśmy się na bójkę za ratuszem, ale tamte stchórzyły. (...) W moim otoczeniu to jest normalne, że się wyzywa, z biciem jest podobnie. Mam koleżankę, która opowiada mi jak się biją nawzajem z dziewczynami, umawiają się nawet laski z różnych szkół”¹⁷. Innym ważnym elementem przywołanych badań jest ustalenie, że dorastające dziewczęta częściej niż bezpośrednie, czyli fizyczne formy agresji, stosują jednak agresję pośrednią. Polega ona na wykorzystywaniu ich związków emocjonalnych z innymi osobami. Owe pośrednie formy agresji przyjmują najczęściej postać intryg, „walk podjazdowych” i zakamuflowanego tworzenia układów dominacji lub wzniesienia konfliktów (np. przez prowokację czy manipulację). Charakterystyczne dla nastolatek jest wyrażanie wrogości lub pogardy za pomocą języka ciała (gesty, miny, spojrzenia). W świetle przytoczonych badań te właśnie postacie agresji mają być najczęstszą formą wrogich zachowań dziewcząt. Autorka nazywa je **agresją nie wprost**, która – jej zdaniem – stanowi sedno ukrytej przed obserwatorami spozas środowiska uczniowskiego kultury agresji dziewcząt. Agresja werbalna i fizyczna odgrywają w niej rolę pomocniczą i mniej istotną niż u chłopców.

Agresja nie wprost ma służyć temu, aby nie zostać wskazanym jako sprawczy, inicjator lub prowokator ataku i tym samym nie narazić się na zemstę rywalki. Dziewczęta rozstrzygają konflikty między sobą przy użyciu złożonego repertuaru technik agresji nie wprost. Obgadywanie, preparowanie oszczerstw i insynuacji, ośmieszanie, ignorowanie, upokarzanie lub wykluczanie wydaje się być codziennością wśród gimnazjalistek. **Jednak żadna z respondentek nie nazywała tych zachowań agresją.** Skutecznym orężem wrogich zachowań dziewcząt wobec koleżanek bywa sprytnie obmyślane kłamstwo, wprowadzenie w błąd, użycie podstępów i działanie z ukrycia. Przykład takich zachowań można znaleźć w wypowiedzi uczennicy: „Dziewczyny rywalizują między sobą o chłopaków, rozpowiadają wtedy plotki, fałszywe plotki; najczęściej, że się puszczają, tak żeby ten chłopak to usłyszał. Taka dziewczyna nie ma szans się obronić”¹⁸. Według opinii autorek książki „*Anielice czy diabolicie...*” wśród dorastających dziewcząt – uczennic gimnazjów obserwuje się niebezpieczną eskalację agresji i seksualizacji, „**co zaczyna zakrawać na trudną do powstrzymania epidemię społeczną**”. W konsekwencji dziew-

¹⁷ Tamże, s. 158.

¹⁸ Tamże, s. 150.

częcy świat i sposób jego postrzegania przez nie same ulega – w przekonaniu obu badaczek – głębokim przeobrażeniom, które w dłuższej perspektywie mogą skutkować **zanikiem dziewczynstwa**.¹⁹

7. Zamiast zakończenia

Jestem pewien, że Czytelnik zainteresowany problematyką tego opracowania, zwłaszcza ten, który podczas systematycznej lektury dotarł do tego miejsca, nie spodziewa się, że autor przedstawi receptę na powstrzymanie wzbierającej fali „żeńskiego tsunami”. Celem opracowania jest przede wszystkim sygnalizacja zjawiska. Polega ona na wskazaniu, że w naszej rzeczywistości pojawiła się i żywiłowo rośnie nowa, groźna patologia społeczna. Jest ona problemem o poważnym znaczeniu wychowawczym, kryminologicznym i resocjalizacyjnym, któremu daleko do właściwego rozpoznania i postawienia odpowiedzialnej diagnozy.

Nade wszystko nie jest do końca wyjaśniona etiologiczna strona zjawiska. Tkwi ona w kręgu przypuszczeń i hipotez, wymagających weryfikacji oraz pogłębionych ustaleń interdyscyplinarnych. Trzeba też więcej wiedzy o samej naturze problemu i jego konsekwencjach dla najszerszej rozumianego życia społecznego. Dlatego do zajęcia się problemem należy namawiać środowiska naukowe, rodziców dorastających dziewcząt, nauczycieli i pedagogów szkół oraz pracowników instytucji zajmujących się przeciwdziałaniem demoralizacji dzieci i młodzieży.

I. W stosunku do socjologów, psychologów, kryminologów i specjalistów nauk pedagogicznych, którzy – jak dotychczas – odmawiają omawianej problematyce systemowego zainteresowania, należy skierować postulat zwrócenia uwagi na zagadnienie. Jego ciężar gatunkowy, doniosłość społeczna i perspektywy badawcze dopominają się badań o szerokim zasięgu. Chodzi przecież o zdrowie psychiczne i właściwe relacje międzyludzkie, a tym samym jakość życia obecnych i przyszłych pokoleń. Czy coraz bardziej feminizująca się rzeczywistość społeczna przesądza o nieodwracalności trendu „żeńskiego tsunami”? Na ile zacieranie się ról społecznych między kobietami i mężczyznami, w tym przede wszystkim maskulinizacja najmłodszych kobiet, są zapowiedzią jeszcze głębszych zmian, które przyniesie przyszłość? Jak w epoce postmodernizmu będą kształtować się relacje między płciami, skoro coraz głośniej pisze się i mówi o „zmierzchu mężczyzn”? Jak przeciwdziałać przejmowaniu przez młode kobiet najgorszych wzorców męskich zachowań? Czy – patrząc z punktu widzenia dorobku pedagogiki – istnieją gwarancje zapanowania nad najbardziej drastycznymi mechanizmami agresji nastolatek? Do których teorii kryminologicznych należy się odwołać i po jakie instrumentarium sięgnąć, aby nie dać się pokonać zalewowi agresji i autodestrukcji nieletnich?

¹⁹ Tamże, s. 15 i 16.

To tylko niektóre pytania, które niesie czas teraźniejszy. I nie ma się co łudzić, że problem sam się rozwiąże, a tym samym zwycięży tradycja, poczucie równowagi i coś, co chcemy nazywać zdrowym rozsądkiem. Najgorsze, co może się wydarzyć, to oszukiwanie samych siebie. Dziewczyny z ustawek w żadnej mierze nie są współczesną wersją mitycznych Amazoнок. Znacznie bliżej im do młodych kobiet walczących w kisielu. Jest to gorzka konstatacja, ale – powiedzmy sobie szczerze – jednocześnie intrygująca jako perspektywa badawcza.

II. Zanim sformułuję kilka oczekiwań wobec rodziców pozwolę sobie na garść krytycznych słów o rozmiarach i charakterze rodzicielskiej niewiedzy. Współcześni rodzice na ogół nie mają wyobrażenia, co tak naprawdę dzieje się z ich dziećmi. Nie zadają sobie elementarnych pytań: czy mają one trudności w szkole, jaki im się układają relacje z rówieśnikami, gdzie, z kim i w jaki sposób wykorzystują czas po zakończeniu lekcji. Często naiwnie sądzą, że ich synowie lub córki dlatego później zjawiają się w domu, bo uczestniczą w zajęciach nadobowiązkowych lub u kolegi/koleżanki odrabiają pracę domową. W rzeczywistości ich dzieci mogą być wszędzie, ale nie tam, gdzie spodziewają się ojciec czy matka.

Dorośli zajęci pracą i własnym życiem „nie mają głowy”, aby serio zainteresować się codziennością nastolatków. Według ubiegłorocznych badań jedynie nieco ponad połowa rodziców systematycznie chodzi na wywiadówki, połowa interesuje się sprawami szkoły, a zaledwie 19% kontaktuje się na bieżąco z nauczycielami. Tylko 8% nauczycieli uważa, że w trudnych sytuacjach wychowawczych może liczyć na wsparcie ze strony rodziców uczniów. Przeciwnego zdanie jest 34% nauczycieli. I nie można się temu dziwić. W trudnych sytuacjach szkoła jest zazwyczaj pozostawiona sama sobie. Brak współpracy między domem rodzinnym ucznia a szkołą wydaje się być przyczyną utrzymywania się wysokiego wskaźnika przemocy i innych form patologii uczniowskiej²⁰.

O tym, że dzieje się coś złego wielu rodziców dowiaduje się dopiero w sytuacjach ekstremalnych. Wtedy, kiedy uczniowska przemoc psychiczna przekształciła się w fizyczną, pozostawiającą ślady na ciele i trwałe urazy w psychice dziecka. To, że wśród szkolnych agresorów utrzymuje się przewaga chłopców nie zmienia faktu, że dziewczęta dążą do „równouprawnienia”, także w wyrażaniu agresji. Jak pokazuje „Diagnoza Szkolna 2009” w niektórych miastach sprawczyń przemocy uczniowskiej wydaje się być już więcej niż chłopców, którzy ją stosują, zwłaszcza w szkołach ponadgimnazjalnych.

Co więc mają robić rodzice?

Postawić na odpowiedzialne sprawowanie funkcji rodzicielskich. Uznać, że troska o dziecko jest równie ważna jak kariera zawodowa i zdobywanie pieniędzy. Czas skończyć z bezkrytycznym naśladowaniem schematu amerykańskiego, w któ-

²⁰ J. Czapiński, *Przemoc i inne problemy w polskiej szkole w oczach rodziców. Raport Roczny Programu Społecznego „Szkoła bez przemocy”*, Grupa Wydawnicza Polska Presse, Kraków 2009, s. 94–96.

rym „nastolatki jedynie przez dwadzieścia minut dziennie rozmawiają z matką, dla ojca pozostawiając tylko trzysta sekund”²¹. Choć część godzin, który tak chętnie poświęcamy na rywalizacyjną konsumpcję i „supermarketyzację” naszego życia, przeznaczymy na poznawanie charakterów i problemów naszych dzieci oraz spolegliwe towarzyszenie im w trudnej drodze ku dorosłości. To tak niewiele, ale zarazem tak dużo. Warto zostać zapamiętanym, jako dobry rodzic, a nie ktoś, kto był, ale jakby go nie było.

III. Szkoła nie może być obojętna na to, co dzieje się w jej murach. Skończmy z pocieszaniem się, że nadal jest miejscem bezpiecznym i przyjaznym. Wsłuchajmy się w argumenty tych, którzy mówią, że „buzują” w niej silne emocje, konflikty i antagonizmy, pełza ukryta kultura agresji i ścierają się grupy uczniowskie. Miejmy odwagę, aby rozmawiać z uczniami, którzy są ofiarami szkolnej przemocy. Zdobądźmy się na cierpliwy i zaangażowany dialog z najbardziej uciążliwymi uczniowskimi agresorami. Nie poddawajmy się fatalizmowi, że nie da się nic zrobić, bo w szkołach wszystkich rodzajów i we wszystkich grupach wiekowych przybywa sprawców uczniowskiej przemocy. Rosnącej liczbie agresorów towarzyszy zmniejszająca się grupa tych, którzy doznają przemocy. Łatwo przewidzieć następstwa tego stanu rzeczy. Doczekamy się wydarzeń, które postawią kolejne placówki oświatowe w stan oskarżeń i trudnej do odparcia krytyki.

Miejscem, w którym koncentruje się najwięcej uczniowskiej przemocy, są szkoły gimnazjalne. A więc tu należy wdrożyć programy pilotażowe skierowane przeciwko agresji i przemocy. Tu starajmy się zdobywać niezbędne doświadczenia do efektywnego przeciwdziałania niedostosowaniu społecznemu uczniów. Być może w ten sposób uda się zwiększyć bezpieczeństwo uczniów i poprawić w nich atmosferę, a przede wszystkim położyć tamę uczniowskiej agresji, w tym również tej, którą nazwano „żeńskim tsunami”. Fatalizm nie jest żadnym rozwiązaniem. Może tylko trzeba chcieć?

²¹ W. Kuligowski, *Siedem szkiców do antropologii miłości*, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań 2002, s. 108.

Rola sędziego i kuratora w postępowaniu w sprawach nieletnich

Co mówią przepisy

Na początku ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich znajduje się zapis uzasadniający celowość ustawy o następującej treści:

„W dążeniu do przeciwdziałania demoralizacji i przestępczości nieletnich i stwarzania warunków powrotu do normalnego życia nieletnim, którzy popadli w konflikt z prawem bądź z zasadami współżycia społecznego, oraz w dążeniu do umacniania funkcji opiekuńczo-wychowawczej i poczucia odpowiedzialności rodzin za wychowanie nieletnich na świadomych swych obowiązków członków społeczeństwa stanowi się (...)”. Dalej ustawodawca podaje receptę, jak ów cel osiągnąć. Jednym ze środków wychowawczych przewidzianych dla „przywracania nieletnich jasnej stronie świata” jest zastosowanie nadzoru kuratora lub umieszczenie go w ośrodku kuratorskim, względnie jedno i drugie jednocześnie. Sędzia może ponadto w pewnych okolicznościach oczywiście stosować inne środki, jak np. umieszczenie nieletniego Jasia w ośrodku o charakterze zamkniętym (w ośrodku socjoterapii, w ośrodku wychowawczym, zakładzie poprawczym), które określa się mianem „izolacyjnych”. Sędzia działa naturalnie w ramach ustawy, ale podejmuje decyzje nie tylko jako urzędnik, ale i jako człowiek. Kiedy zatem orzeknie zastosowanie wobec Jasia nadzoru kuratorskiego, a kiedy umieści go w ośrodku zamkniętym? Co Jasio będzie robił w ośrodku kuratorskim? Jak ważną rolę w życiu Jasia odgrywa kurator? Jak wygląda prawdziwe życie Jasia? O tym w poniższym artykule.

Rola kuratora

Co należy do zadań kuratora? Jego działanie rozpoczyna się na etapie postępowania wyjaśniającego i polega na wykonywaniu wywiadu środowiskowego – wówczas pełni on funkcję opiniodawczą. Na tym etapie kurator powinien poznać opinię o nieletnim z różnych źródeł (szkoła, policja, miejsce zamieszkania), jego relacje z domownikami i rówieśnikami, poznać stosunek do obowiązku szkolnego i nauczycieli – generalnie ustalić, czy wykazuje przejawy demoralizacji i popada w konflikty z prawem i czy wskazane jest zastosowanie określonego środka.

Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie szczegółowego sposobu wykonywania uprawnień i obowiązków kurato-

rów sądowych, kurator rodzinny, któremu już powierzono sprawowanie nadzoru nad nieletnim przede wszystkim zaznajamia się z aktami sprawy i innymi niezbędnymi źródłami informacji o podopiecznym, a w szczególności z przebiegiem dotychczasowych nadzorów i nawiązuje pierwszy kontakt z podopiecznym, nie później niż w ciągu 7 dni od daty wpływu prawomocnego orzeczenia do zespołu kuratorskiej służby sądowej. To nawiązanie kontaktu staje się często nie lada wyzwaniem, bo, jak mówią kuratorzy, 90% młodych ludzi, objętych nadzorem kuratora lub umieszczanych w ośrodkach kuratorskich, jest zamkniętych w skorupce jak żółw. Ale o tym nieco później. Wróćmy do ustawy. Kurator ma obowiązek pouczenia podopiecznego o prawach i obowiązkach wynikających z orzeczenia sądu. Ponadto planuje wobec podopiecznego „terapię” profilaktyczno-resocjalizacyjną i opiekuńczo-wychowawczą, pomaga mu w organizowaniu nauki, pracy, wskazuje, jak spędzać wolny czas, jak rozwiązywać trudności życiowe, sprawuje kontrolę nad zachowaniem podopiecznego w miejscu zamieszkania, pobytu, nauki i pracy, współpracuje z organizacjami, instytucjami, stowarzyszeniami i innymi podmiotami, których celem działania jest pomoc podopiecznemu.

Takie działania kurator rodzinny dokumentuje w karcie czynności nadzoru, prowadzonej osobno dla każdego podopiecznego, w której wpisuje datę, miejsce i rodzaj czynności, uzyskane dokumenty i informacje oraz ich źródła, a także własne uwagi i zamierzenia w zakresie sprawowania nadzoru.

Jak wynika zatem z powyższego, kurator, jako organ sądu, ma istotną rolę do odegrania tak w fazie wyjaśniająco-rozpoznawczej, gdy dostarcza odpowiednich informacji na użytek sądu, wykonując zadania diagnostyczne, jak i na etapie wykonawczym, kiedy to realizuje zadania wychowawczo-resocjalizacyjne, kontrolne i profilaktyczne.

Często sam nadzór kuratora nie wystarczy. W pewnych sytuacjach najlepszym rozwiązaniem jest połączenie dwóch środków: nadzoru kuratora i umieszczenia w ośrodku kuratorskim, o czym już za chwilę...

Ustawa, sędzia, kurator i Jaś w realu

Wbrew powszechnym pesymistycznym wizjom, na początek dobra wiadomość. Jak mówi przewodnicząca V Wydziału Rodzinnego i Nieletnich Sądu Rejonowego w Lublinie sędzia Barbara Stelmaszczuk-Taracha, choć wprowadzie ponad połowa spraw rozpoznawanych w wydziale dotyczy ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, tj. o demoralizację i czyny karalne popełniane przez nieletnich, to w ostatnich 3 latach nastąpił spadek wpływu tych spraw. Powodem dobrej tendencji jest, zdaniem sędziego, przede wszystkim utworzenie dużej ilości ośrodków kuratorskich, o czym szerzej już za chwilę, bo teraz ta zła wiadomość. UWAGA, nie dajmy się zwieść blond lokom: coraz więcej dziewczyn dopuszcza się czynów karalnych i w coraz bardziej brutalny sposób traktuje swoje ofiary. Poza tym generalnie wzrasta nieestetyczna liczba czynów bardzo poważnych, zagrażających zdrowiu, życiu i mieniu

w znacznych ilościach, bo podczas gdy „kiedyś klasycznym czynem karalnym popełnianym przez nieletnich było włamanie do samochodu, do piwnicy, teraz nieletni najczęściej trafiają do sądu za rozboje, wymuszenia rozbójnicze”, mówi pani sędzia.

Wróćmy jednak do określeń, których „rozgrzylenie” decyduje o rozumieniu problemu. Otóż ustawa posługuje się określeniami „czynu karalnego”, które to pojęcie na początku wyjaśnia, i „demoralizacji”, pozostawiając tym razem czytającego w samotności domysłów. Zgodnie z definicjami słownikowymi, demoralizacja to proces odchodzenia od obowiązujących wartości, norm moralnych, przejawiający się m.in. w przestępczości, łamaniu prawa, stan upadku moralności, zepsucie, rozluźnienie dyscypliny, karność. Demoralizacja to zatem określone zachowanie niezgodne z obowiązującymi w danej społeczności normami.

Sędzia Stelmaszczuk-Taracha wyjaśnia, że najczęstszym przejawem demoralizacji jest wagarowanie, agresja, palenie papierosów, picie alkoholu, zażywanie narkotyków, wymuszenia rozbójnicze, czy niewykonywanie poleceń nauczycieli. Trzeba jednak podkreślić za panią sędzią, że pojęcie demoralizacji nie odnosi się do czynów incydentalnych, ale chodzi o szereg czynów, powtarzające się czyny niedostosowania społecznego, a więc gdy trwają dłuższy czas i wyrabiają w nieletnich złe nawyki.

Ustawodawca posługuje się także pojęciem „stopnia demoralizacji”, który ma niezwykle istotne znaczenie dla wydania orzeczenia. Jak mówi sędzia Agnieszka Sikora z Sądu Rejonowego w Lubartowie, „Zajmując się sprawą konkretnego nieletniego badamy stopień jego demoralizacji, ponadto całokształt innych okoliczności, typu osobowość, warunki rodzinne, wydolność wychowawcza rodziców. Stopień demoralizacji to wyznacznik, który stanowi granicę pomiędzy umieszczeniem nieletniego w ośrodku o charakterze otwartym, czyli np. w ośrodku kuratorskim, czy orzeczeniem nadzoru kuratora, a umieszczeniem w ośrodku o charakterze zamkniętym, czyli np. w ośrodku socjoterapii, czy w ośrodku wychowawczym, co stanowi formę izolacyjną. Bardzo trudno określić generalną zasadę”. Wydaje się, że sprawa jest prostsza, gdy sąd ma zastosować środek izolacyjny w postaci umieszczenia nieletniego w zakładzie poprawczym, gdyż tu sama demoralizacja, a dokładniej mówiąc, wysoki stopień demoralizacji, nie wystarczy, a zastosowanie takiego środka uzasadniają pewne kategorie czynów popełnionych przez nieletniego. Poza oczywistymi wypadkami, kiedy nieletni wykazuje przejawy demoralizacji lub popełnia czyny karalne nie wykazując potem żalu, skruchy i często nawet obrażając sędziego, zadanie, jakie ma wykonać sędzia, orzekając o losie nieletniego, jest bardzo trudne. Dlaczego? „Sędzia widzi wprawdzie nieletniego nie jeden jedyny raz, ale kilkakrotnie, to jednak nie jest to kontakt częsty, ani długi. A w tym czasie trzeba młodemu człowiekowi spojrzeć głęboko w oczy i podjąć decyzję, co dalej. Pomocą są wywiady środowiskowe kuratora, a w sprawach wymagających umieszczenia w placówce o charakterze zamkniętym posiłkujemy się opiniami wydawanymi przez biegłych: psychologów, pedagogów, czy psychiatrę, jeśli nieletni tego wymaga”, mówi sędzia Sikora.

Ustanowienie nadzoru kuratora czasami okazuje się mało skuteczne. Wprawdzie kurator regularnie spotyka się z nieletnim, dowiaduje o jego postępy w szkole, ale kontakt ten może nie wystarczyć, uwzględniając zwłaszcza niedostateczną liczbę kuratorów i duże obciążenie pracą. Sędziowie i kuratorzy są zgodni co do tego, że gdy sąd orzeknie umieszczenie nieletniego w ośrodku kuratorskim, jest to ogromne wsparcie pracy kuratora, a jednocześnie ogromna pomoc dla samego nieletniego pod wieloma względami. Jak mówi sędzia Stelmaszczuk-Taracha, dzieci mają wypełniony czas po lekcjach, korzystają z korepetycji, z treningu kontroli złości i umiejętności społecznych, a to wszystko pod czujnym okiem kuratora, który w każdej chwili może wesprzeć młodego człowieka fachową wiedzą, czy po prostu z nim porozmawiać, pomóc w rozwiązaniu konfliktu w szkole, w domu. Do zadań kuratorskich ośrodków pracy z młodzieżą należy systematyczne wdrażanie do przestrzegania zasad współżycia społecznego i porządku publicznego oraz kształtowanie w młodych ludziach właściwego stosunku do nauki i pracy, rozwijanie zainteresowań, uzdolnień, wskazywanie możliwości spędzania wolnego czasu, podnoszenie poziomu kultury osobistej, wyrobienie podstawowych dobrych nawyków, jak chociażby umycie naczyń po posiłku.

A oto kilka wypowiedzi nieletnich z lubelskich i podlubelskich ośrodków: „Każdego dnia muszę chodzić do ośrodka, to przynajmniej nie łażę po mieście i nie szukam zaczepki”. „Pierwszą rzeczą, jaką zrobimy, jak przyjdziemy do ośrodka, to siadamy do lekcji, nawet, jak nam się nie chce, to kuratorzy nas dopilnują. I korepetycje też mamy”. „Jak nie chodziłam do ośrodka, to nie zawsze jadłam. Tu razem robimy posiłki. A potem mamy zajęcia takie psychologiczne, jak np. radzić sobie z agresją, jak rozwiązywać problemy i w ogóle jak się ma problem, to można zawsze pogadać z kuratorem. Można się wyciszyć. Oni coś doradzą. Im naprawdę na mnie zależy”. „Po raz pierwszy miałam Wigilię, przy stole razem siedzieliśmy”. Aż trudno uwierzyć, ale zdarzają się przypadki, kiedy młodzi ludzie opowiadają, że sami chcieli trafić do ośrodka kuratorskiego, bo „jest tam fajnie”, bo „to jedyne miejsce, gdzie mogę się wyciszyć”, więc specjalnie wagarowali albo kradli drobne rzeczy. Całe szczęście takie sytuacje nie zaburzają pozytywnego zjawiska spadku przestępczości wśród nieletnich, o czym wspominałam na początku, a czego przyczyną o niebagatelnym znaczeniu miałyby być przede wszystkim tworzenie ośrodków kuratorskich. Jeszcze kilka lat temu we właściwości Sądu Okręgowego w Lublinie istniało zaledwie kilka ośrodków kuratorskich, obecnie jest ich 11, a w województwie 17. I to tu właśnie zaczyna się intensywne prace.

Ciekawa jestem, czy ktoś z czytających ten artykuł odwiedził kiedyś ośrodek kuratorski... Wewnątrz gromada dzieciaków „silnych w grupie”, często przeklinających, śmiejących się z byle czego, bo „ten najsilniejszy” się śmieje, a więc nie wypada inaczej. Popisują się, kto ile wypił albo co „zajarał”. Ci młodzi ludzie zyskują przy bliższym, indywidualnym poznaniu, bo już nie muszą grać, bo grupa nie ocenia. To wtedy mówią, że rzeczywiście jest w nich dużo emocji, z którymi sobie nie radzą, że szukają zaczepki, że uciekli z domu itp.

Czy człowiek jest z natury zły, czy dobry? Dlaczego dzieciaki wagarują, piją, biorą narkotyki, dokonują rozbojów, kradzieży? Ostatnio naukowcy obalili mit o istnieniu tzw. genu agresji. Jedna z pań psycholog, pracujących w ośrodku kuratorskim, powiedziała, że czyny tych młodych ludzi nie wynikają z nich samych, nie są ich własnym wyborem, ale często brakuje świata dorosłych: rodzica, nauczyciela, sąsiadki. I rzeczywiście, u wszystkich dzieci, które stały się bohaterami cyklu reportaży, poza jednym wypadkiem, istniały jakieś braki w rodzinie. Owszem, Kuba albo Beata byli agresywni, wagarowali, do domu często przywoziła ich policja, na swoim koncie mieli pobicia, ale raptem okazywało się, że ich ojciec dawno przepadł i właściwie nie bardzo wiadomo, gdzie. Matka, rzadko trzeźwa, całym nieszczęściem swojego życia obciąża dorastającą córkę i po raz kolejny polyka niebezpieczną dawkę środka uspokajającego. Brat najczęściej jest na haju, ale tak nawet jest lepiej, bo wtedy nie bije. Wreszcie są i takie sytuacje, kiedy matka jest, ojciec też bywa, ale wspólne relacje ograniczają się tylko do zadanego dla przyzwoitości pytania „Jak tam w szkole?”, a każdy przejaw własnej aktywności dziecka tłumiony jest w zarodku. Inne dzieciaki mówią np. „Trudno się żyje, nie ma co do garnka włożyć, muszę jakoś drewno kombinować. Są tacy ludzie, którym żyje się bardzo dobrze, rodzice im kupują, co chcą, oni tego nie rozumieją”, albo „Mojego dzieciństwa nie ma co wspominać. Nie było zbyt wesołe. Ale wiem, że dzieci na wojnie mają gorzej, a na pewno chciałyby mieć spokojny dom, mamę, ojca...”.

Praca w ośrodkach to coś więcej, niż pytanie, jak było w szkole. To pytanie zazwyczaj pada w domu i na tym kończy się cała komunikacja, a nawet czasami i tego brakuje. „My chcemy czegoś więcej”, mówią kuratorzy. Poza tym te dzieciaki „w swoich środowiskach nie dostały tego, co otrzymały inne dzieci, by funkcjonować w normie. Ciągłe mówimy ich rodzicom, aby dostrzegali w nich pozytywy. Te dzieciaki mają przypięte łatki tych złych i im samym trudno jest uwierzyć, że można inaczej. Chcemy, żeby sobie uświadomili, gdzie jest problem i aby chcieli nad nim popracować, żeby uwierzyli, że są zdolni, że mogą”, opowiada pani Agnieszka Rojowska, kurator sądowy. Tu pojawia się jeszcze inny problem, kiedy to młodzi ludzie, którzy powoli i mozolnie opuszczają wspomnianą skorupę żółwia, dochodzą do wniosku: „Zajęcia w ośrodku są fajne, wiemy, jak panować nad nerwami, ale z takimi zasadami ja na swojej dzielnicy nie przetrwam”.

Oczywiście czasami przegrywa się walkę o młodego człowieka, a dotyczy to sytuacji, kiedy trafia on do ośrodka zamkniętego. Problem polega na tym, że, jak mówi pani Agnieszka, rzadko możliwy jest powrót do normalnego środowiska życia po wyjściu z takiego ośrodka. Czasami życie tych młodych ludzi to równia pochyła według zasady, o której mówi kurator Katarzyna Fleszyńska-Haratym: „Wczoraj kradłeś, dzisiaj bijesz, jutro zabijesz”. Całe szczęście wielu podopiecznych zaczyna walczyć o siebie samych i dochodzi do wniosku: „Ja tak nie chcę”.

Podopiecznym ośrodków kuratorskich trzeba życzyć zatem wiary w swoje siły, w to, że mogą, że potrafią, że są w stanie normalnie żyć, ale także mądrych i odpowiedzialnych dorosłych.

PRAWO RODZINNE W EUROPIE

Współpraca międzynarodowa sądów

Aleksandra Olech

Świadczenia rodzinne w Polsce i Irlandii

W czasach, gdy przeprowadzka z kraju do kraju jest na porządku dziennym, zwłaszcza na terenie Unii Europejskiej, niezwykle istotne jest, aby znać podstawowe zasady prawne obowiązujące w kraju pobytu.

W każdym kraju przynależącym do Unii Europejskiej istnieją różne prawa i zasady przyznawania świadczeń rodzinnych, jednak ta sytuacja nie może przyczynić się do jakichkolwiek strat poniesionych przez mieszkańców krajów UE, do pozabawienia ich części lub całości świadczeń. Dlatego UE wprowadziła szereg norm prawnych, które regulują przyznawanie świadczeń, dla osób przenoszących się z jednego kraju Unii do drugiego.

W tym artykule przybliżę nieco zasady prawne przyznawania świadczeń rodzinnych w Polsce oraz Irlandii, gdzie można się po nie zgłaszać i o jakie świadczenia można wystąpić. W pierwszej kolejności poruszone będą zasady prawne przyznawania świadczeń rodzinnych w Polsce oraz ich rozwój od dnia 1 maja 2004 r., kiedy to w życie weszła, ustawa z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych¹, aby opierając się na jej licznych zmianach zawartych w ustawach i rozporządzeniach dotrzeć do chwili obecnej. W dalszej części artykułu krótko porównam je z zasadami przyznawania owych świadczeń panujących w Irlandii. Pisząc tę pracę korzystałam głównie z ustawy z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych z późniejszymi zmianami, irlandzkiej strony internetowej dotyczącej świadczeń rodzinnych² oraz licznych rozmów zarówno z pracownikami irlandzkiego welfare, jaki i ludźmi pobierającymi świadczenia w Polsce lub Irlandii.

Obecnie w Polsce świadczenia rodzinne wypłacane są w gminach, właściwych według miejsca zamieszkania. Nie ma jednak w ustawie konkretnie wymienionych instytucji, które mają podjąć się tego zadania, dlatego w wielu większych miastach zostały stworzone specjalne działy w gminnych i miejskich ośrodkach pomocy społecznej, które specjalizują się w danej dziedzinie, np. we Wrocławiu 1 września 2006 r. powstał Dział Świadczeń Rodzinnych i Alimentacyjnych. Rok wcześniej we wrześniu 2005 r., wiele osób zastanawiało się: kto będzie im wypła-

¹ Dz. U. Nr 228, poz. 2255.

² [Http://www.welfare.ie](http://www.welfare.ie).

cał świadczenia rodzinne. Było to spowodowane podziałem, który wszedł wówczas w życie, a mianowicie zasiłek rodzinny oraz dodatki z tytułu: urodzenia dziecka, kształcenia i rehabilitacji dziecka i z tytułu rozpoczęcia roku szkolnego oraz zasiłek pielęgnacyjny były wypłacane pracownikom przez pracodawców, w sytuacji, gdy pracodawca zatrudniał na dzień 31 lipca 2005 r. co najmniej 20 osób. W pozostałych przypadkach organem właściwym był wójt, burmistrz lub prezydent miasta, właściwy według miejsca zamieszkania. W latach poprzedzających zmianę ustawy zasiłki rodzinne wypłacali pracodawcy zatrudniający co najmniej 5 pracowników.

Świadczenia rodzinne mają formę pieniężną i składają się z: zasiłków rodzinnych, dodatków do zasiłków rodzinnych oraz ze świadczeń opiekuńczych, które otrzymuje się na podstawie w ustawy z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych. Otrzymanie dodatków do zasiłku rodzinnego nabywa się tylko w przypadku, gdy przysługują prawa do zasiłku rodzinnego. Świadczenia rodzinne przysługują obywatelom polskim oraz cudzoziemcom, jeżeli zamieszkują na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez okres zasiłkowy, w którym otrzymują świadczenia rodzinne. Świadczenia przyznawane są potrzebującym na czas określony, nazywany okresem zasiłkowy. Ustawa z dnia z dnia 17 października 2008 r. o zmianie ustawy o świadczeniach rodzinnych³ ustaliła okres zasiłkowy na okres od 1 listopada do 31 października następnego roku kalendarzowego. Wcześniej okres ten trwał od 1 września do 31 sierpnia następnego roku kalendarzowego.

Istnieją także jednorazowe wypłaty zasiłków – dodatek z tytułu urodzenia dziecka czy jednorazowa zapomoga z tytułu urodzenia się dziecka, znana pod nazwą becikowe oraz dodatek z tytułu rozpoczęcia roku szkolnego, który wypłacany jest co roku tylko raz w ciągu okresu zasiłkowego w trakcie trwania roku szkolnego. Ostatecznie zmiany ustawy spowodowały, iż o dodatek ten można się starać przez cały okres roku szkolnego, natomiast wcześniej ustawa określała ten okres, jako trzy pierwsze miesiące od rozpoczęcia roku szkolnego.

Wyróżniamy następujące dodatki do zasiłku rodzinnego, które należą się z tytułu:

- urodzenia dziecka,
- opieki nad dzieckiem w okresie korzystania z urlopu wychowawczego,
- samotnego wychowywania dziecka,
- wychowywania dziecka w rodzinie wielodzietnej,
- rehabilitacji i kształcenie dziecka niepełnosprawnego,
- rozpoczęcia roku szkolnego,
- podjęcia przez dziecko nauki w szkole poza miejscem zamieszkania.

Na świadczenia opiekuńcze składa się:

- zasiłek pielęgnacyjny,
- świadczenia pielęgnacyjne.

³ Dz. U. Nr 223, poz. 1456.

Kwoty przyznawanych świadczeń rodzinnych i pielęgnacyjnych podlegają weryfikacji co 3 lata, po uwzględnieniu wyników badań prognozy wsparcia dochodowego rodzin, którego dokonuje Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej. Datę pierwszej weryfikacji ustalono na dzień 1 września 2006 r., ostatnia nastąpiła 1 listopada 2009 r., która to spowodowała podwyższenie kwot zasiłku, do:

- 68 zł na dziecko w wieku do ukończenia 5 lat,
- 91 zł na dziecko w wieku powyżej 5 roku życia do ukończenia 18 lat,
- 98 zł na dziecko powyżej 18 roku życia do ukończenia 24 lat.

Podwyższanie kwot następowało stopniowo, tak iż kwoty ustalone 1 września 2006 r., przedstawiały się następująco:

- 48 zł. na dziecko do 5 roku życia,
- 64 zł na dziecko od 5 do 18 roku życia,
- 68 zł na dziecko od 18 do 24 roku życia.

Od 1 września 2005 r., kwoty wynosiły:

- 44 zł na dziecko w wieku do ukończenia 5 roku życia;
- 56 zł na dziecko w wieku powyżej 5 roku życia do ukończenia 18 roku życia;
- 65 zł na dziecko w wieku powyżej 18 roku życia do ukończenia 24 roku życia.

Natomiast w okresie od 1 maja 2004 r. do 31 sierpnia 2005 r. zasiłek rodzinny wynosił:

- 43 zł na pierwsze i drugie dziecko;
- 53 zł na trzecie dziecko;
- 66 zł na czwarte i kolejne dziecko.

Zgodnie z artykułem 4 ustawy świadczenia rodzinne mają za zadanie pokryć część wydatków związanych z utrzymaniem dziecka. Przysługują one rodzicom, jednemu z rodziców albo opiekunowi prawnemu dziecka, opiekunowi faktycznemu dziecka oraz osobie uczącej się, jednak jedynie w sytuacji, gdy dochód rodziny lub osoby uczącej się w przeliczeniu na osobę nie przekracza kwoty 504 zł. Osoba ucząca się, jest to osoba niepozostająca na utrzymaniu rodziców w związku z ich śmiercią lub sąsądem od rodziców na jej rzecz alimentów. W przypadku, gdy członkiem rodziny jest dziecko legitymujące się niepełnosprawnością (orzeczeniem o niepełnosprawności lub orzeczeniem o umiarkowanym albo o znacznym stopniu niepełnosprawności) dochód na jednego członka rodziny nie może przekroczyć kwoty 583 zł.

Kryterium dochodowe odnosi się do dochodu netto, czyli po odliczeniu obowiązujących składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne oraz zapłaconego podatku dochodowego od osób fizycznych. Kryterium to dotyczy wysokości dochodu w przeliczeniu na osobę w rodzinie, co stwarza preferencje dla rodzin wielodzietnych.

Wyjątek od kryterium dochodowego stanowi sytuacja przedstawiona w art. 5 § 3, gdy dochód rodziny przekracza kwoty o których mowa wcześniej (504 zł lub 583 zł) o kwotę niższą lub równą kwocie odpowiadającej najniższemu zasiłkowi rodzinnemu przysługującemu w okresie, na który jest ustalony, zasiłek rodzinny przysługuje,

jeżeli przysługiwał w poprzednim okresie zasiłkowym. Obecnie ustawa ustanawia najniższy zasiłek rodzinny w kwocie 68 zł, w związku z czym kwota, którą nie można przekroczyć w przypadku starania się o przyznanie zasiłku rodzinnego nie może być wyższa od kwoty 572 zł (504 zł + 68 zł) oraz w drugim przypadku 651 zł (583 zł + 68 zł) na osobę w rodzinie. W przypadku, gdy dochodzi do przekroczenia dochodu w kolejnym roku kalendarzowym zasiłek rodzinny nie przysługuje.

Zasiłek rodzinny może zostać ustalony na dziecko, które nie ukończyło 18 roku życia lub do ukończenia 21 roku życia, gdy uczęszcza do szkoły oraz do 24 roku życia, jeżeli kontynuuje naukę w szkole lub w szkole wyższej i legitymuje się orzeczeniem o umiarkowanym albo znacznym stopniu niepełnosprawności.

Gdy prawo do świadczeń rodzinnych przysługuje na dziecko pozostające pod opieką opiekuna prawnego, ustalając dochód, należy uwzględnić wyłącznie dochód dziecka.

Ustawa określa też bardzo konkretnie w art. 7, kiedy zasiłek rodzinny nie przysługuje. Takie sytuacje występują w momencie, gdy:

- dziecko lub osoba ucząca się pozostaje w związku małżeńskim;
- dziecko zostało umieszczone w instytucji zapewniającej całodobowe utrzymanie albo w rodzinie zastępczej;
- osoba ucząca się została umieszczona w instytucji zapewniającej całodobowe utrzymanie;
- dziecko lub osoba ucząca się jest uprawniona do zasiłku rodzinnego na własne dziecko;
- osobie samotnie wychowującej dziecko nie zostało zasądzone świadczenie alimentacyjne na rzecz dziecka od drugiego z rodziców dziecka, chyba że:
 - a) drugi z rodziców dziecka nie żyje,
 - b) ojciec dziecka jest nieznan,
 - c) powództwo o ustalenie świadczenia alimentacyjnego od drugiego z rodziców zostało oddalone.

W prawie polskim występuje obecnie 8 rodzajów dodatków do zasiłku rodzinnego. Każdy z nich przysługuje wyłącznie w sytuacji, jeżeli ustalony został zasiłek rodzinny na dziecko, a otrzymuje się je w ściśle określonych przez ustawę przypadkach.

Dodatek z tytułu urodzenia dziecka, wypłacany jest jednemu z rodziców lub opiekunowi prawnemu. Wpłata tego dodatku od początku 2006 r. wynosi 1 000 zł (wcześniejsza kwota wynosiła 500 zł) i może nastąpić jedynie do momentu ukończenia przez dziecko pierwszego roku życia. Gdy wystąpiono o przysposobienie więcej niż jednego dziecka lub w rodzinie urodziło się więcej niż jednego dziecka podczas jednego porodu dodatek przysługuje na każde dziecko. Przysługuje on po spełnieniu kryterium dochodowego uprawniającego do otrzymania zasiłku rodzinnego, jeżeli kobieta pozostawała pod opieką medyczną nie później niż od 10 tygodnia ciąży do porodu. Pozostawanie pod opieką medyczną potwierdza się zaświadczeniem lekarskim. Pozostawanie kobiety pod opieką medyczną i przedstawienie zaświadcze-

nia lekarskiego, to jedna z ostatnich zmian dokonanych w ustawie rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 18 września 2009 r. w sprawie formy opieki medycznej nad kobietą w ciąży, uprawniającej do dodatku z tytułu urodzenia dziecka (uchylone dnia 31 marca 2010 r. ustawą z dnia 5 marca 2010 r. o zmianie ustawy o świadczeniach rodzinnych oraz ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych⁴), który obowiązywał od 1 listopada 2009 roku. Obecnie aż do 31 grudnia 2011 r., aby uzyskać prawo do tych świadczeń wystarczy przedstawić zaświadczenie lekarskie lub zaświadczenie wystawione przez położną, które potwierdzi co najmniej jedno badanie kobiety w okresie ciąży przeprowadzone przez lekarza ginekologa lub przez położną. Na razie nie wprowadzono wzoru wyżej wymienionego zaświadczenia, oznacza to, że wybór jego formy zależy od wystawiającego.

Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej podkreśla, że w okresie 6 miesięcy od dnia wejścia w życie ww. ustawy zmieniającej, czyli od 31 marca 2010 r. do 30 września 2010 r., osoby, które nie dostały dodatku do zasiłku rodzinnego z tytułu urodzenia się dziecka i jednorazowej zapomogi z tytułu urodzenia się dziecka w związku z nieposiadaniem odpowiedniego zaświadczenia od lekarza ginekologa, mają prawo ponownie ubiegać się o wypłatę tych świadczeń na zasadach określonych w przepisach przejściowych, nawet jeśli dziecko ukończyło 12 miesięcy życia.

Możliwość ta dotyczy:

- matki lub ojca dziecka, którzy otrzymali decyzję o odmowie przyznania prawa do wymienionych świadczeń z powodu niespełnienia warunku pozostawiania matki dziecka pod opieką medyczną nie później niż od 10 tygodnia ciąży, wydaną pomiędzy dniem 1 listopada 2009 r. a dniem 30 marca 2010 r.;
- matki lub ojca dziecka, których wnioski o wypłatę tych świadczeń, złożony w okresie od dnia 1 listopada 2009 r. do dnia 30 marca 2010 r., został pozostawiony bez rozpatrzenia z powodu braku odpowiedniego zaświadczenia lekarskiego;
- matki lub ojca dziecka urodzonego po 31 października 2008 r., którzy z uwagi na niezłożenie wniosku nie otrzymali ww. świadczeń do dnia wejścia przepisów przejściowych. Możliwość ta dotyczy jedynie dzieci urodzonych po 31 października 2008 r., gdyż tylko na nie świadczenia z tytułu urodzenia dziecka mogły nie przysługiwać z powodu braku zaświadczenia o pozostawianiu matki dziecka pod opieką medyczną nie później niż od 10 tygodnia ciąży⁵.

Art. 10 ustala wszelkie zagadnienia związane z wypłatą dodatku z tytułu opieki nad dzieckiem w okresie korzystania z urlopu wychowawczego. Dodatek ten wynosi 400 zł i przysługuje matce lub ojcu, opiekunowi faktycznemu albo opiekunowi prawnemu dziecka, podczas gdy dziecko pozostaje pod jego faktyczną opieką, który uprawniony jest do urlopu wychowawczego, nie dłużej jednak niż przez okres:

- 24 miesiące kalendarzowych,

⁴ Dz. U. Nr 50, poz. 301.

⁵ [Http://www.mpips.gov.pl/index.php?gid=809](http://www.mpips.gov.pl/index.php?gid=809).

- 36 miesięcy kalendarzowych, jeżeli sprawuje opiekę nad więcej niż jednym dzieckiem urodzonym podczas jednego porodu,
- 72 miesięcy kalendarzowych, jeżeli sprawuje opiekę nad dzieckiem legitymującym się orzeczeniem o niepełnosprawności albo o znacznym stopniu niepełnosprawności,

Za niepełne miesiące kalendarzowe dodatek wypłaca się w wysokości 1/30 dodatku miesięcznego za każdy dzień i sumę tego dodatku przysługującą za niepełny miesiąc zaokrągla się do 10 groszy w górę (400 zł: 30).

Jeżeli wyniknie sytuacja, iż z urlopu wychowawczego równocześnie korzystają oboje rodzice lub opiekunowie prawni dziecka – przysługuje wyłącznie jeden dodatek. Natomiast dodatek nie przysługuje w sytuacji, gdy osoba stająca się o w/w dodatek:

- ma ustalone prawo do renty socjalnej, emerytury lub renty,
- bezpośrednio przed uzyskaniem prawa do urlopu wychowawczego pozostawała w zatrudnieniu przez okres krótszy niż 6 miesięcy,
- podjęła lub kontynuuje zatrudnienie lub inną pracę zarobkową, która uniemożliwia sprawowanie osobistej opieki nad dzieckiem w okresie korzystania z urlopu wychowawczego,
- dziecko umieszczone zostało w placówce zapewniającej całodobową opiekę, w tym w specjalnym ośrodku szkolno-wychowawczym, i korzysta w niej z całodobowej opieki więcej niż 5 dni w tygodniu, z wyjątkiem dziecka przebywającego w zakładzie opieki zdrowotnej, oraz w innych przypadkach zaprzestania sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem,
- w okresie korzystania z zasiłku macierzyńskiego.

Obywatelom państw członkowskich Unii Europejskiej i Europejskiego Obszaru Gospodarczego do okresu zatrudnienia wymaganego do nabycia prawa do dodatku zalicza się okres zatrudnienia na terytorium państw członkowskich Unii Europejskiej i Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Dodatku z tytułu samotnego wychowania dziecka, można oczekiwać, gdy matka lub ojciec, opiekun faktyczny dziecka albo opiekun prawny dziecka wychowuje je samotnie i jeżeli nie zostało zasądzone świadczenie alimentacyjne na rzecz tego dziecka od drugiego z rodziców dziecka, ponieważ:

- 1) drugi z rodziców dziecka nie żyje;
- 2) ojciec dziecka jest nieznan;
- 3) powództwo o ustalenie świadczenia alimentacyjnego od drugiego z rodziców zostało oddalone.

Za osobę samotnie wychowującą dziecko, ustawa uważa pannę, kawalera, wdowę, wdowca, osobę pozostającą w separacji orzeczonej prawomocnym wyrokiem sądu, osobę rozwiedzioną, chyba że wychowuje wspólnie co najmniej jedno dziecko z jego rodzicem. Dodatek ten przysługuje także osobie uczącej się, gdy oboje rodzice osoby uczącej się nie żyją. O przyznanie dodatku może również sta-

rać się osoba pozostająca w związku małżeńskim, w sytuacji, gdy jej małżonek został pozbawiony władzy rodzicielskiej, jest ubezwłasnowolniony lub przebywa w areszcie albo w więzieniu powyżej 3 miesięcy i dzieci nie mają zasądzonych świadczeń alimentacyjnych od tej osoby.

Dodatek wypłacany jest w wysokości 170 zł, jednak kwota dodatku na wszystkie dzieci w rodzinie nie może przekroczyć kwoty 340 zł. Gdy dziecko legitymuje się orzeczeniem o niepełnosprawności lub orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności kwota dodatku zostaje zwiększona o 80 zł na dziecko, nie może być jednak zwiększona o więcej niż o 160 zł na wszystkie dzieci. W przypadku, gdy dochód rodziny nie przekracza 50% kwot, o których mowa w art. 5 ust. 1 i 2, czyli 50% z kwot 504 zł lub 583 zł, kwotę dodatku zwiększa się o 50 zł na dziecko, nie więcej jednak niż o 100 zł na wszystkie dzieci. Dodatek zostanie, więc zwiększony, jeśli dochód na osobę w rodzinie nie przekracza 252 zł lub 291,50 zł, kiedy członkiem rodziny jest dziecko niepełnosprawne.

Artykuł 12a ustawy o świadczeniach przewiduje dodatek z tytułu wychowywania dziecka w rodzinie wielodzietnej, który jest dodatkiem, przysługującym dla matki lub ojca, opiekuna faktycznego dziecka albo opiekuna prawnego dziecka w wysokości 80 zł miesięcznie na każde trzecie i kolejne dziecko, które uprawnione jest do zasiłku rodzinnego. Przed podwyższeniem kwoty dodatku, rodziny wielodzietne otrzymywały dodatek na trzecie i kolejne dzieci w wysokości 50 zł.

Kolejnym dodatkiem do zasiłku rodzinnego jest dodatek do kształcenia i rehabilitacji dziecka, który przyznawany jest matce lub ojcu, opiekunowi faktycznemu lub prawnemu dziecka, a także osobie uczącej się na pokrycie zwiększonych wydatków związanych z rehabilitacją lub kształceniem dziecka w wieku:

- do ukończenia 16 roku życia, jeżeli legitymuje się orzeczeniem o niepełnosprawności,
- powyżej 16 roku życia do ukończenia 24 roku życia jeżeli legitymuje się orzeczeniem o umiarkowanym albo znacznym stopniu niepełnosprawności.

Dodatek ten wypłaca się w wysokości: 60 zł (przed zmianą kwoty wynosił 50 zł) na dziecko w wieku do ukończenia 5 roku życia i 80 zł (wcześniej 70 zł) na dziecko w wieku powyżej 5 roku życia do ukończenia 24 roku życia.

Aby wspomóc rodziny, którym przysługuje zasiłek rodzinny, w częściowym pokryciu wydatków związanych z rozpoczęciem roku szkolnego, w ustawie o świadczeniach występuje dodatek z tytułu rozpoczęcia roku szkolnego. Jest to jedyny dodatek, który przysługuje raz w roku szkolnym w wysokości 100 zł na dziecko (wcześniej można było liczyć na kwotę 90 zł). Z dniem 1 stycznia 2009 r. usunięto ograniczenia terminu złożenia wniosku o dodatek z tytułu rozpoczęcia roku szkolnego. Wniosek o ten dodatek może być złożony w każdym czasie przypadającym do końca okresu zasiłkowego.

W sytuacji, gdy dziecko decyduje się na podjęcie nauki szkolnej poza miejscem zamieszkania w szkole ponadgimnazjalnej lub szkole artystycznej, w której realizowany jest obowiązek szkolny i obowiązek nauki, matce lub ojcu, opiekunowi fak-

tycznemu lub prawnemu dziecka, a także osobie uczącej się przyznaje się dodatek na pokrycie wydatków związanych z zamieszkaniem w miejscowości, w której znajduje się siedziba szkoły lub na pokrycie wydatków związanych z zapewnieniem możliwości dojazdu. Dodatki te przysługują przez okres 10 miesięcy w roku w czasie trwania roku szkolnego, czyli od września do czerwca następnego roku kalendarzowego. Dodatek związany z zamieszkiwaniem w miejscowości, w której znajduje się siedziba szkoły wypłacany jest w wysokości 90 zł (pierwotnie była to kwota 80 zł) miesięcznie na dziecko, a dodatek na pokrycie wydatków związanych z zapewnieniem możliwości dojazdu do miejscowości, w której znajduje się szkoła w wysokości 50 zł (wcześniej obowiązywała kwota 40 zł) miesięcznie na dziecko.

Są to wszystkie dodatki, o które mogą ubiegać się rodziny uprawnione do zasiłku rodzinnego.

Ustawa reguluje także w rozdziale 2a przyznawanie jednorazowej zapomogi z tytułu urodzenia się dziecka, która przyznawana jest wyłącznie z tytułu urodzenia się żywego dziecka, wysokości 1 000 zł na jedno dziecko. Zapomoga ta wypłacana jest niezależnie od wysokości dochodów rodziny, w ciągu 12 miesięcy od urodzenia dziecka (wcześniej wypłacana była wyłącznie do 3 miesiąca po urodzeniu się dziecka). Od 1 listopada 2009 r. wprowadzono zmianę, która powoduje, iż o zapomogę tę mogą ubiegać się wyłącznie rodziny, jeżeli kobieta pozostawała pod opieką medyczną nie później niż od 10 tygodnia ciąży do porodu, co potwierdzić należy zaświadczeniem lekarskim.

Warunek ten nie dotyczy oczywiście opiekunów prawnych dziecka i osób, które wystąpiły do sądu o przysposobienie dziecka, a także nie dotyczył on osób, które złożyły wnioski o ustalenie prawa do jednorazowej zapomogi z tytułu urodzenia się dziecka lub dodatku do zasiłku rodzinnego z tytułu urodzenia dziecka przed 1 listopada 2009 r.

Regulacje prawne związane z przyznawaniem świadczeń opiekuńczych, na które składają się w/w zasiłek pielęgnacyjny i świadczenie pielęgnacyjne, uregulowane zostały w rozdziale 3. Z informacji zamieszczonych w tym rozdziale jasno wynika, komu przysługują owe świadczenia. Zasiłek pielęgnacyjny przyznawany jest w celu częściowego pokrycia wydatków, które wynikają z konieczności zapewnienia osobie niepełnosprawnej opieki i pomocy innej osoby w związku z niezdolnością do samodzielnej egzystencji. Upoważnionym do pobierania zasiłku pielęgnacyjnego jest niepełnosprawne dziecko, osoba niepełnosprawna w wieku powyżej 16 roku życia, gdy legitymuje się orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności, osoba, która ukończyła 75 rok życia oraz osoba niepełnosprawna w wieku powyżej 16 roku życia, legitymująca się orzeczeniem o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności, jeżeli niepełnosprawność powstała w wieku do ukończenia 21 roku życia. Zasiłek ten wypłacany jest w wysokości 153 zł (ostatnie nowelizacje ustawy, nie przyniosły w tym względzie żadnych zmian, wcześniej kwota ta wynosiła 144 zł). Pomoc w postaci zasiłku pielęgnacyjnego przestaje przysługiwać, gdy osoba, która go po-

biera przebywa w instytucji zapewniającej całodobowe utrzymanie, a jej pobyt i udzielane przez tę instytucję świadczenia częściowo lub w całości finansowane są z budżetu państwa albo z Narodowego Funduszu Zdrowia. Zasiłek ten nie przysługuje, także wówczas, gdy członkowi rodziny przysługuje za granicą świadczenie na pokrycie wydatków związanych z pielęgnacją tej osoby, chyba że przepisy o koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego lub dwustronne umowy o zabezpieczeniu społecznym stanowią inaczej. W sytuacji, gdy orzeczenia o niepełnosprawności lub stopniu niepełnosprawności traci ważność, jeżeli osoba niepełnosprawna ponownie uzyska orzeczenie, które jest kontynuacją poprzedniego, prawo do zasiłku pielęgnacyjnego uzyskuje się od pierwszego dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym upłynął termin ważności poprzedniego orzeczenia, nie wcześniej jednak niż od miesiąca, w którym osoba złożyła wniosek o kontynuację świadczenia rodzinnego wraz z zaświadczeniem potwierdzającym złożenie wniosku o ponowne ustalenie niepełnosprawności lub stopnia niepełnosprawności.

Drugim świadczeniem opiekuńczym jest świadczenie pielęgnacyjne z tytułu rezygnacji z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej w związku z koniecznością opieki nad dzieckiem. Przysługuje matce lub ojcu dziecka, opiekunowi faktycznemu dziecka, jeżeli nie podejmuje lub rezygnuje z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej w celu sprawowania opieki nad dzieckiem legitymującym się orzeczeniem o niepełnosprawności łącznie ze wskazaniami: konieczności stałej lub długotrwałej opieki lub pomocy innej osoby w związku ze znacznie ograniczoną możliwością samodzielnej egzystencji oraz konieczności stałego współudziału na co dzień opiekuna dziecka w procesie jego leczenia, rehabilitacji i edukacji, albo orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności. Do końca roku 2009 zasiłek ten dotyczył wyłącznie rodzin, których dochód w przeliczeniu na jedną osobę nie przekraczał kwoty 583 zł. Jednak od 1 stycznia 2010 r. prawo do tych świadczeń jest ustalane niezależnie od dochodów rodziny i na czas nieokreślony, chyba, że orzeczenie o niepełnosprawności albo znacznym stopniu niepełnosprawności było wydane na czas określony, wówczas wypłacane jest do ostatniego dnia miesiąca, w którym upływa termin ważności orzeczenia.

Dodatkowo, gdy w czasie trzech miesięcy, licząc od dnia wydania orzeczenia o niepełnosprawności lub orzeczenia o stopniu niepełnosprawności, zostanie złożony wniosek o ustalenie prawa do świadczenia pielęgnacyjnego, świadczenie to będzie ustalane począwszy od miesiąca, w którym złożono wniosek o ustalenie niepełnosprawności lub stopnia niepełnosprawności.

Najnowsza nowelizacja⁶ spowoduje, iż świadczenie pielęgnacyjne będzie przysługiwało osobie innej niż spokrewniona w pierwszym stopniu, na której ciąży obowiązek alimentacyjny, pod warunkiem, że nie ma osoby spokrewnionej w pierw-

⁶ Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją wydatków budżetowych (Dz. U. Nr 219, poz. 1706).

szym stopniu, albo gdy osoba ta nie jest w stanie sprawować opieki. W takich wypadkach ocena sytuacji rodzinnej w tym zakresie w indywidualnych sprawach należy do organu właściwego, który będzie mógł przeprowadzić wywiad, a także wystąpić do ośrodka pomocy społecznej o udzielenie informacji w tym zakresie, jeżeli okoliczności te zostały ustalone w rodzinnym wywiadzie środowiskowym przeprowadzonym nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem otrzymania przez ośrodek pomocy społecznej wniosku o udzielenie informacji.

Wyżej opisane zmiany zostały wprowadzone na podstawie art. 13 ustawy o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją wydatków budżetowych.

Kwota świadczenia pielęgnacyjnego wynosi 520 zł (wcześniej obowiązywała kwota 420 zł) i wypłaca się go w wysokości 1/30 świadczenia za każdy dzień, a kwotę świadczenia przysługującą za niepełny miesiąc zaokrągla się do 10 groszy w górę. Występują jednak pewne okoliczności, które mogą spowodować, iż prawo do świadczenia pielęgnacyjnego nie przysługuje, gdy:

- a) osoba sprawująca opiekę ma ustalone prawo do emerytury, renty socjalnej, renty, zasiłku stałego, zasiłku przedemerytalnego lub świadczenia przedemerytalnego;
- b) osoba wymagająca opieki:
 - pozostaje w związku małżeńskim,
 - została umieszczona w rodzinie zastępczej albo w związku z koniecznością kształcenia, rewalidacji lub rehabilitacji, w placówce zapewniającej całodobową opiekę przez co najmniej 5 dni w tygodniu z wyjątkiem zakładów opieki zdrowotnej;
- c) osoba w rodzinie ma ustalone prawo do wcześniejszej emerytury na to dziecko;
- d) osoba w rodzinie ma ustalone prawo do dodatku z tytułu urlopu wychowawczego, albo do świadczenia pielęgnacyjnego na to lub na inne dziecko w rodzinie;
- e) osoba sprawująca opiekę ma ustalone prawo do nauczycielskiego świadczenia kompensacyjnego.

Ustalenia prawa do świadczeń podejmuje się Ośrodkach Pomocy Społecznej, właściwych dla miejsca zamieszkania osoby składającej wniosek wraz z dokumentami i ubiegającej się o przyznanie świadczeń rodzinnych. Osoby zainteresowane prawem do zasiłków mogą być małżonkami, jednym z małżonków, jednym z rodziców, opiekunem faktycznym lub prawnym dziecka, osoby uczącej się, pełnoletniej osoby niepełnosprawnej lub innej osoby upoważnionej do reprezentowania dziecka lub pełnoletniej osoby niepełnosprawnej. Prawo do świadczeń rodzinnych ustala się, poczynszyszy od miesiąca, w którym wpłynął prawidłowo wypełniony wniosek ze wszystkimi wymaganymi dokumentami, do końca okresu zasiłkowego. Do wniosku, w zależności od sytuacji rodzinnej, należy dołączyć:

- zaświadczenia o dochodzie podlegającym, opodatkowaniu podatkiem dochodowym od osób fizycznych na zasadach ogólnych każdego członka rodziny, wydane przez właściwy urząd skarbowy, zawierające informacje o: wysokości dochodu, wysokości składek na ubezpieczenia społeczne odliczonych od do-

chodu, wysokość składek na ubezpieczenie zdrowotne odliczone od podatku, wysokość należnego podatku (w przypadku ubiegania się o świadczenia rodzinne na rok 2009/2010 niezbędne jest zaświadczenie z Urzędu Skarbowego za rok 2008),

- zaświadczenia lub oświadczenia dokumentujące wysokość innych dochodów,
- oświadczenie o deklarowanych dochodach osiągniętych przez osoby podlegające przepisom o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiągniętych przez osoby fizyczne, zawierające w szczególności informacje o wysokości dochodu, wysokości należnych składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, wysokości i formie podatku dochodowego, wysokość dochodu po odliczeniu należnych składek i podatku,
- inne zaświadczenia lub oświadczenia oraz dowody niezbędne do ustalenia prawa do świadczeń rodzinnych w tym: dokument stwierdzający wiek dziecka (akt urodzenia), orzeczenie o niepełnosprawności lub o stopniu niepełnosprawności, prawomocny wyrok sądu rodzinnego stwierdzający przysposobienie lub zaświadczenie sądu rodzinnego lub ośrodka adopcyjno-opiekuńczego o prowadzonym postępowaniu sądowym w sprawie o przysposobienie dziecka, prawomocny wyrok sądu rodzinnego orzekający rozwód lub separację, orzeczenie sądu rodzinnego o ustaleniu opiekuna prawnego dziecka, zaświadczenie o uczęszczaniu dziecka do szkoły lub szkoły wyższej, zaświadczenie pracodawcy o terminie urlopu wychowawczego i okresie na jaki został udzielony oraz o okresach zatrudnienia.

W przypadku wystąpienia zmian w liczbie członków rodziny lub innych zmian mających wpływ na prawo do świadczeń rodzinnych jeden z rodziców, opiekun faktyczny lub prawny dziecka, osoba ucząca się jest obowiązana do niezwłocznego powiadomienia o tym organ wypłacający świadczenia.

Świadczenia rodzinne wypłacane są najpóźniej do 30-go dnia każdego miesiąca, chyba, że złożenie wniosku nastąpi po 10 dniu danego miesiąca, wówczas świadczenie rodzinne za dany miesiąc wypłacane jest w następnym.

Gdy dziecko nie pozostaje we wspólnym gospodarstwie domowym z obojgiem rodziców, świadczenie rodzinne wypłaca się temu z rodziców, pod którego opieką przebywa dziecko, o ile rodzic ten, ma możliwość przedstawienia wszystkich niezbędnych dokumentów.

Tak sprawy wyglądają, gdy ktoś ubiega się o prawo do świadczeń rodzinnych w Polsce. Jednak w przypadku, gdy chociaż jedno z rodziców legalnie pracuje w Irlandii, dużo korzystniej jest ubiegać się o zasiłki na dzieci na wyspie.

Trzeba zacząć od tego, iż uprawnienia do zasiłku rodzinnego na dziecko nie zależą tu od dochodów. Jednym słowem przysługują rodzicom na dzieci, niezależnie od ich zarobków. Oczywiście od tego świadczenia nie płaci się podatku. Świadczenia rodzinne w Irlandii to jedyne zasiłki socjalne, które zostają przyznawane rodzi-

nom od razu od momentu podjęcia tam zatrudnienia. Obywatele krajów Unii Europejskiej otrzymują prawa do zasiłku na dziecko, tzw. *Child Benefit*, bez względu na to, czy ich dzieci przebywają w Irlandii, czy nie. Sytuacja, która stanowi od tej zasady wyjątek, występuje gdy oboje rodzice zamieszkują na terenie w Irlandii, ponieważ wtedy dziecko musi mieszkać razem z nimi. Gdy rodzice pracują i zamieszkują różne kraje unijne (np. Irlandia i Polska), od rodziców zależy, w którym państwie chcą otrzymywać zasiłek na dziecko.

Zasiłki wypłacane są co miesiąc rodzicom lub prawnym opiekunom dzieci pozostających na ich utrzymaniu. Otrzymuje się je na dzieci, które nie przekroczyły 16-ego roku życia, a w wieku od 16-tego do 18-tego roku życia, gdy uczą się w trybie dziennym, uczestniczą w kursie *Youthreach* organizowanym przez FÁS albo gdy są upośledzone fizycznie lub psychicznie. Do niedawna świadczenia te przysługiwały do momentu ukończenia przez dziecko 19-tu lat, jednak od 1 stycznia 2010 r., nastąpiła zmiana ustawy, w ten sposób, że zasiłki nie przysługują po 18-tym roku życia. Miesięczna kwota *Child Benefit* wynosi na pierwsze i drugie dziecko 150 euro (ok. 600 zł), na trzecie i każde kolejne dziecko 185 euro (740 zł), a gdy urodzą się bliźnięta, co miesiąc wypłacane jest 150% kwoty, która przysługuje normalnie na dziecko. Cięższe mnogie zabezpieczone są specjalnym dodatkiem, który wypłaca się w trzech transzach: pierwszą, zaraz po narodzinach dzieci w wysokości 635 euro (ok. 2,5 tys. zł), drugą – gdy dzieci przekroczą 4-ty rok życia w wysokości 635 euro i po raz trzeci, gdy ukończą 12 lat, również w wysokości 635 euro. W przypadku, gdy rodzice zamieszkują odrębne gospodarstwa domowe, *Child Benefit* wypłacany jest rodzicowi u którego dziecko spędza więcej czasu. W przypadku, gdy dziecko zamieszkuje u obojga rodziców po 50% czasu, zasiłek wypłacany jest matce dziecka.

Podanie o zasiłek rodzinny należy złożyć w przeciągu 12 miesięcy od:

- urodzenia dziecka,
- od momentu kiedy dziecko stało się członkiem rodziny aplikującego,
- od chwili przyjazdu na stałe do Irlandii.

Wniosek dostępny jest wyłącznie w języku angielskim, a niezbędnym dokumentem, który należy dołączyć jest poświadczona urzędową pieczęcią lokalnego oddziału *Social Welfare* kopia aktu urodzenia dziecka, która nie wymaga tłumaczenia na język angielski oraz *Personal Public Service Number* (PPS). W sytuacji, gdy rodzice ubiegają się o zasiłek na dziecko powyżej 16-tego roku życia na formularzu wymagane jest potwierdzenie ze szkoły, do której ono uczęszcza. Dołącza się również zaświadczenie od pracodawcy, na którym widnieje potwierdzenie daty rozpoczęcia zatrudnienia oraz klasę ubezpieczenia społecznego, a także zaświadczenie z polskiego urzędu pomocy społecznej, które zawiera informacje mówiące o pobieraniu lub niepobieraniu zasiłku w Polsce (formularz E 411). Najłatwiejsza sytuacja ubiegania się o zasiłek rodzinny występuje w chwili, gdy dziecko urodziło się w Irlandii. Wówczas po zarejestrowaniu go w *Register of Births, Marriages and*

Deaths (rejestracji może dokonać szpital bądź jeden z rodziców) nie trzeba ubiegać się o zasiłek, gdyż jest on przyznany automatycznie. Po rejestracji w ciągu 10 dni z rodzicami kontaktuje się pracownik z *Social Welfare* w celu przeprowadzenia wywiadu środowiskowego i ustalenia szczegółów niezbędnych do przyznania zasiłku rodzinnego. Jednak w sytuacji, gdy jedno z rodziców rozpoczęło pracę w Irlandii, a drugi przebywa w innym kraju Unii Europejskiej, Szwajcarii, Islandii lub Norwegi, na rozpatrzenie wniosku czekać można nawet do dziewięciu miesięcy. Spowodowane jest to koniecznością potwierdzania danych małżonków mieszkających na terenie dwóch różnych krajów. Istotne jest, aby dotrzymać terminu składania wniosku (12 miesięcy), gdyż niedostarczenie go na czas może spowodować opóźnienie, a w niektórych przypadkach również nieprzyznanie świadczenia, np. w sytuacji, gdy osoba ubiegająca się o świadczenie nie potrafi udokumentować powodu opóźnienia. Zasiłki wypłacane są z wyrównaniem od daty stwierdzenia przez urząd irlandzki (*Department of Social and Family Affairs, Social Welfare Services Office*) uprawnienia do zasiłku. Standardowo *Child Benefit* przyznawany jest od pierwszego dnia miesiąca po dacie urodzenia dziecka lub przyjazdu do Irlandii. Gdy dziecko nie mieszka w domu, ale przebywa w placówce na zasadzie dobrowolności, zasiłek płacony jest rodzicom, pod warunkiem, że rodzice ci płacą składki na pokrycie kosztów utrzymania dziecka w danej instytucji. W przypadku, gdy dziecko jest umieszczone w instytucji w związku z nakazem sądowym, *Child Benefit* jest wypłacane tylko wtedy, gdy dziecko wraca do domu w regularnych odstępach czasu.

Innym rodzajem zasiłku był *Early Childcare Supplement*, który przyznawany był automatycznie rodzinom, które pobierały zasiłek rodzinny. Był to dodatek dla dzieci w wieku przedszkolnym, czyli do 6-tego roku życia, w wysokości 1 tys. euro (ok. 4 tys. zł) w skali roku, wypłacany co 3 miesiące, jednak od maja 2009 r. do 31 grudnia 2009 r., został zmniejszony o połowę i wypłacany miesięcznie, aż w styczniu 2010 r. został zlikwidowany całkowicie. Zastąpiono go zasiłkiem *Early Childhood and Education Scheme* (ECCE), przyznawanym dla wszystkich dzieci w wieku od 3 lat 3 miesięcy do 4 lat 6 miesięcy. Dofinansowanie ECCE otrzymuje się, w przypadku gdy pośle się dziecko do przedszkola. Jeżeli dziecko wcześniej nie uczęszczało do przedszkola dopłata w wysokości 64,50 euro obejmuje bezpłatny pobyt dziecka w tej instytucji przez 3 godziny dziennie, 5 dni w tygodniu przez 38 tygodni w roku. Za taki pobyt dziecka w przedszkolu rodzice nie płacą. Dla dzieci, które już wcześniej uczestniczyły w zajęciach przedszkolnych w pełnym lub niepełnym wymiarze czasu rodzice i opiekunowie prawni otrzymują dopłatę w wysokości 48,50 euro, co przelicza się na wolne od opłat rodziców 2 godziny i 15 minut dziennie, pięć dni w tygodniu przez 50 tygodni w ciągu roku.

Wśród irlandzkich zasiłków, można znaleźć także zasiłek dla samotnego rodzica – *One-Parent Family Payment* (OFP), który zamieszkuje razem z dzieckiem i nie dzieli opieki nad dzieckiem z drugim rodzicem. Jest on przyznawany dla rodzica, który wychowuje dzieci bez wsparcia partnera, np. w przypadku niezamężnej oso-

by, wdowy, wdowca, gdy partner przebywa w więzieniu, w przypadku separacji lub rozwodu oraz gdy małżeństwo zostało unieważnione. Aby zakwalifikować się do wypłaty tego świadczenia należy być rodzicem, opiekunem prawnym dziecka lub opiekunem faktycznym dziecka, a dziecko nie może przekraczać 18-tego roku życia lub być w wieku 18–22 lata i pobierać naukę w szkole w trybie dziennym. Do kwalifikacji tego zasiłku wyznaczono kryterium dochodowe, co oznacza, że rodzic nie może zarabiać więcej niż 425 euro brutto na tydzień. Nie można żyć w konkubinacie i powinno się założyć sprawę w sądzie w celu uzyskania alimentów, inaczej zasiłek nie będzie przyznany. W przypadku separacji lub rozwodu, aby otrzymywać OFP, należy być przynajmniej przez trzy miesiące w separacji i założyć sprawę w sądzie w celu uzyskania od współmałżonka alimentów na dzieci. Jeżeli małżonek jest w więzieniu o w/w świadczenie można ubiegać się w przypadku, gdy został on skazany na co najmniej 6 miesięcy więzienia lub spędził tyle samo czasu w areszcie i ciągle nie został skazany. O zasiłek ten występuje się składając odpowiednie dokumenty do Departamentu Spraw Społecznych i Rodziny w terminie 3 miesięcy od śmierci małżonka czy narodzin dziecka, gdy nie będzie się go wychowywać wspólnie z drugim rodzicem lub w terminie 6 miesięcy od rozwodu czy separacji (wymagane jest 3 miesiące separacji, zanim wystąpi się o zasiłek). W przypadku, gdy rodzic pobierał bez przerwy ten zasiłek przez 52 tygodnie, a jego pensja wzrosła i przekroczyła kwotę 425 euro, wówczas taki rodzic ma prawo do przejściowych płatności, w wysokości połowy wcześniej pobieranej kwoty zasiłku przez kolejne sześć miesięcy.

Jak widać tylko niewielka część ze świadczeń wypłacanych w Polsce i Irlandii pokrywa się. W Polsce posiadamy więcej dodatków do zasiłku rodzinnego. Jednak podstawową różnicą jest fakt, iż w Irlandii zasiłki rodzinne wypłacane są bez względu na kryterium dochodowe. Jest tam też wypłacanych wiele innych zasiłków, które nie są jednak powiązane ze świadczeniami rodzinnymi, na czym skupiłam się w tym artykule. Liczne zmiany wprowadzane każdego roku w świadczeniach, weryfikacje kwot wypłat, kwalifikacji do ich otrzymywania są i będą ewaluować każdego roku, ponieważ każdego roku zmianom ulega prawo Unii Europejskiej, które ma pierwszeństwo nad ustawodawstwem w poszczególnych krajach europejskich.

Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 grudnia 2009 r., C-403/09

(dot. współpracy sądowej w sprawach cywilnych – sprawy małżeńskie i dot. odpowiedzialności rodzicielskiej, środki tymczasowe dot. prawa do pieczy – orzeczenie podlegające wykonaniu w państwie członkowskim, bezprawne uprowadzenie dziecka, przyznanie pieczy nad dzieckiem drugiemu rodzicowi, jurysdykcja w kontekście praw podstawowych dziecka)

Dnia 23 grudnia 2009 r. Europejski Trybunał Sprawiedliwości w Luksemburgu wydał wyrok w trybie prejudycjalnym w sprawie wykładni art. 20 rozporządzenia Rady (WE) Nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczącego jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylającego rozporządzenie (WE) Nr 1347/2000, zwanego dalej „Brukselą II bis”¹ wnioskowanej do rozpoznania w trybie pilnym na podstawie art. 104b regulaminu².

Wniosek został złożony przez Sąd Okręgowy w Mariborze (Słowenia) w ramach sporu wszczętego przez Jasną Detiček przeciwko Mauriziowi Sgueglii, dotyczącego pieczy nad ich córką Antonellą w trakcie postępowania rozwodowego i zawierał następujące pytania prejudycjalne:

1) Czy Sąd Republiki Słowenii (państwa członkowskiego Unii Europejskiej) jest zgodnie z art. 20 rozporządzenia Nr 2201/2003 właściwy, by ustanowić środki zabezpieczające w przypadku, gdy sąd innego państwa członkowskiego, który na mocy rzeczonoego rozporządzenia jest sądem właściwym do rozstrzygnięcia sprawy co do istoty, ustanowił środek zabezpieczający uznany za wykonalny w Republice Słowenii?

W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na powyższe pytanie:

2) Czy stosując prawo krajowe (na co zezwala art. 20 rozporządzenia Nr 2201/2003), sąd słoweński może, ustanawiając środek zabezpieczający na podstawie art. 20 rozporządzenia Nr 2201/2003, zmienić lub uchylić prawomocny i wykonalny środek zabezpieczający ustanowiony przez właściwy na mocy rozporządzenia Nr 2201/2003 do rozstrzygnięcia sprawy co do istoty sąd innego państwa członkowskiego?

¹ Dz. U. WE L 338 z dnia 23 grudnia 2003 r.

² Regulamin postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z 19 czerwca 1991 r. (Dz. U. L. 176 z 4.7.1991, s. 7, z późn. zm.); tekst skonsolidowany regulaminu (Dz. U. UE C 177 z 2.7.2010) dostępny w j. polskim na www.curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-04/rp.pl.pdf.

W powyższej sprawie istniały: 1) wydane przez sąd włoski wykonalne orzeczenie sądowe zarządzające środek zabezpieczający, w którym powierzono pieczę nad dzieckiem ojcu oraz 2) sprzeczne z nim wydane przez sąd słoweński orzeczenie zarządzające środki zabezpieczające, w którym powierzono pieczę nad dzieckiem matce. Sąd wniósł o orzeczenie w trybie przyspieszonym, argumentując jego zasadność potrzebą szybkiego działania, ponieważ opóźnienie rozstrzygnięcia sprawy jest sprzeczne z interesem dziecka i mogłoby doprowadzić do nieodwracalnego pogorszenia stosunków między dzieckiem a jego ojcem. Ponadto podniósł, że sam charakter tymczasowy zastosowania środka zabezpieczającego dotyczącego pieczy nad dzieckiem wymaga pilnej interwencji Trybunału, aby nie przedłużać stanu niepewności prawnej.

Małżonkowie J. Detiček oraz M. Sgueglia mieszkali w Rzymie przez 25 lat. Ich córka Antonella urodziła się w dniu 6 września 1997 r.

Dnia 25 lipca 2007 r. sąd w Tivoli (Włochy), do którego małżonkowie Detiček i Agueglia wystąpili z powództwem rozwodowym obejmującym także sprawę pieczy nad Antonellą, powierzył tymczasowo wyłączną pieczę nad dzieckiem M. Sgueglia oraz zarządził umieszczenie Antonelli w placówce sióstr kalasancjuszek w Rzymie. Jednak tego samego dnia J. Detiček z córką opuścili Włochy i pojechali do Słowenii, gdzie mieszkały w chwili orzekania przez ETS.

Na podstawie orzeczenia Sądu Okręgowego w Mariborze w Słowenii z dnia 22 listopada 2007 r., utrzymanego w mocy orzeczeniem Sądu Najwyższego Słowenii z dnia 2 października 2008 r., postanowienie sądu w Tivoli z dnia 25 lipca 2007 r. zostało uznane za wykonalne na terytorium Republiki Słowenii.

W wyniku ostatniego orzeczenia przed Sądem Rejonowym w Slovenski Bistrici toczyło się postępowanie wykonawcze w sprawie wydania dziecka M. Sgueglia i umieszczenia go w wyżej wymienionej placówce sióstr. Jednakże postanowieniem z dnia 2 lutego 2009 r. Sąd Rejonowy zawiesił wykonanie wydania do chwili ostatecznego zakończenia postępowania w sprawie głównej.

W dniu 28 listopada 2008 r. J. Detiček wystąpiła do Sądu Okręgowego w Mariborze z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego środka zabezpieczającego w celu przyznania jej pieczy nad dzieckiem. Postanowieniem z dnia 9 grudnia 2008 r. sąd ten uwzględnił wniosek matki i powierzył jej tymczasowo pieczę nad Antonellą. Sąd wydał orzeczenie na podstawie przepisów art. 20 rozporządzenia Nr 2001/2003 w związku z art. 13 Konwencji haskiej z 1980 r.³ i uzasadnił je zmianą okoliczności faktycznych sprawy oraz interesem dziecka.

Sąd słoweński uznał, że Antonella zintegrowała się w swoim środowisku społecznym w Słowenii i powrót do Włoch wraz z przymusowym umieszczeniem w placówce opiekuńczej byłby sprzeczny z jej dobrem, gdyż spowodowa-

³ Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę sporządzona w Hadze dnia 25 października 1980 r. (Dz. U. z 1995 r. Nr 108, poz. 528).

łoby to nieodwracalny uraz fizyczny i psychiczny. Ponadto podczas postępowania sądowego prowadzonego w Słowenii Antonella wyraziła życzenie pozostania u swojej matki.

M. Sgueglia wniósł sprzeciw od tego postanowienia do sądu słoweńskiego. Sprzeciw został oddalony postanowieniem z dnia 29 czerwca 2009 r. Następnie M. Sgueglia wniósł zażalenie na to postanowienie do Sądu Odwoławczego w Mariborze.

W tych okolicznościach Sąd Odwoławczy w Mariborze zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału z wyżej powołanymi pytaniami prejudycjalnymi.

ETS analizując i rozwiązując problem prawny stosował prawo wspólnotowe, Konwencję haska z 1980 r. oraz ustawodawstwo krajowe Słowenii oraz w uzasadnieniu odwołał się do Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, zwanej dalej KPP⁴. Trybunał wyszedł jednak z założenia, że na oba pytania należy odpowiedzieć łącznie a nie warunkowo.

Na samym wstępie rozważań ETS podniósł, że z ugruntowanego orzecznictwa wynika, iż „na państwach członkowskich spoczywa nie tylko obowiązek wykładni swego prawa krajowego zgodnie z prawem wspólnotowym, lecz również dbanie o to, by nie opierać się na wykładni tekstu prawa wtórnego, która pozostawałaby w konflikcie z prawami podstawowymi chronionymi przez wspólnotowy porządek prawny lub z innymi ogólnymi zasadami prawa wspólnotowego”⁵.

Przywołując motyw 12 rozporządzenia Bruksela II bis ETS podkreślił, że podstawy jurysdykcji w sprawach odpowiedzialności rodzicielskiej ukształtowane są zgodnie z zasadą dobra dziecka, w szczególności według kryterium bliskości. Jurysdykcja w sprawach odpowiedzialności rodzicielskiej przyznana została w pierwszej kolejności sądom państwa członkowskiego miejsca zwykłego pobytu dziecka w chwili wniesienia sprawy do sądu, bliskiego w sensie geograficznym i dlatego najlepiej umiejscowionego w celu dokonania oceny środków, które należy zarządzić w interesie dziecka. W rozpoznawanej sprawie sądem właściwym do rozpoznania co do istoty wszystkich kwestii związanych z odpowiedzialnością rodzicielską powstałych w sporze, będącym przedmiotem postępowania głównego (rozwodowego), jest sąd włoski w Tivoli. ETS zauważył również, że rozporządzenie Bruk-

⁴ Zbioru fundamentalnych praw człowieka, uchwalonego i podpisanego pierwotnie w dniu 7 grudnia 2000 r. podczas szczytu Rady Europejskiej w Nicei, w imieniu organów UE, tj. Parlamentu, Rady i Komisji. Po upadku koncepcji przyjęcia Konstytucji Europejskiej, powtórnie, z pewnymi poprawkami, Karta została podpisana przez przewodniczących w. wym. organów UE podczas szczytu w Lizbonie dnia 12 grudnia 2007 r. Prawna moc wiążąca dokumentu została jej nadana przez Traktat lizboński z dnia 13 grudnia 2007 r., który wszedł w życie 1 grudnia 2009 r. Rządy Wielkiej Brytanii i Polski ograniczyły dla swoich obywateli ochronę prawną KPP poprzez przyjęcie dodatkowego protokołu, stanowiącego część Traktatu lizbońskiego. Zob. także: A. Wyrozumska, *Znaczenie prawne zmiany statusu Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej w Traktacie Lizbońskim oraz Protokołu Polsko-Brytyjskiego*, „Przegląd Sejmowy” 2008, Nr 2 (85), s. 25–39 oraz tamże artykuły: B. Banaszak, *Zalety i wady Kraty Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, s. 9–24 i R. Wieruszewski, *Rola i znaczenie Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej dla ochrony praw człowieka*, s. 41–60.

⁵ ETS przywołał wyroki podobne: z dnia 6 listopada 2003 r. – C-101/01 oraz z dnia 26 czerwca 2007 r. – C-305/05.

sela II bis w art. 20 ust. 1 przewiduje, że sądy państwa członkowskiego, w którym znajduje się dziecko, są uprawnione pod pewnymi warunkami (spełnienia trzech przesłanek łącznie) do ustanawiania środków tymczasowych przewidzianych prawem tego państwa, nawet jeśli właściwym do rozpoznania sprawy co do istoty jest inny sąd, jednak przepis ten, jako wyjątkowy, należy interpretować zawężająco. Stwierdzenie sytuacji niecierpiącej zwłoki w takim przypadku byłoby sprzeczne z celem rozporządzenia Nr 2201/2003, którego założeniem jest również zniechęcanie do bezprawnego zatrzymywania lub uprowadzenia dzieci z jednego państwa członkowskiego do drugiego⁶, bowiem zarządzenie środka tymczasowego mającego na celu zmianę środka w przedmiocie odpowiedzialności rodzicielskiej zastosowanego przez sąd właściwy do rozpoznania sprawy co do istoty oraz ewentualna przewlekłość postępowania wykonawczego w wezwanym państwie członkowskim – mogłyby przyczynić się do powstania warunków uniemożliwiających wykonanie orzeczenia sądu właściwego, którego wykonalność została stwierdzona. ETS podkreślił, że uznanie możliwości zastosowania środka powodującego zmianę odpowiedzialności rodzicielskiej sprowadzałoby się do wzmocnienia pozycji rodzica, który dopuścił się bezprawnego uprowadzenia, bowiem to skutkowałoby utrwaleniem sytuacji faktycznej wynikającej z bezprawnego postępowania.

Ponadto środki tymczasowe na podstawie art. 20 ust. 1 rozporządzenia Bruksela II bis powinny być stosowane wobec osób znajdujących się w państwie członkowskim właściwego sądu do wydania tego zarządzenia. ETS zwrócił uwagę, że środek tymczasowy w sprawach dot. odpowiedzialności rodzicielskiej, mający na celu zmianę pieczy nad dzieckiem, jest stosowany nie tylko wobec dziecka, ale także wobec rodzica, któremu piecza jest powierzana i drugiego rodzica, którego pozbawia się prawa do pieczy pomimo istnienia odmiennego wcześniejszego orzeczenia, w dodatku w trakcie sprawy rozpoznawanej pod nieobecność zainteresowanego.

ETS w niniejszej sprawie odwołał się również do art. 24 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, który gwarantuje respektowanie podstawowych praw dziecka, zgodnie z miarą ochrony i opieki wyznaczonej „dobrem” dziecka. Takim prawem dziecka jest utrzymywanie stałego, osobistego związku i bezpośredniego kontaktu z obojgiem rodziców (art. 24 ust. 3 KPP). ETS podniósł, że art. 20 Brukseli II bis nie może być interpretowany w sposób naruszający wyżej wymienione prawo podstawowe. Dlatego też stwierdził, że „bezprawne uprowadzenie dziecka w następstwie decyzji podjętej jednostronnie przez jedno z rodziców najczęściej pozbawia dziecko możliwości utrzymywania stałego, osobistego związku i bezpośredniego kontaktu z drugim z rodziców.”. Nie można zatem interpretować art. 20 rozporządzenia Bruksela II bis w sposób umożliwiający zalegalizowanie skutków działania bezprawnego.

⁶ Por. również przywołany przez ETS wyrok z dnia 11 lipca 2008 r. (C-195/08 PPU).

ETS zważył także i to, że zgodnie z art. 24 ust. 3 Karty można odstąpić od prawa podstawowego dziecka do utrzymywania stałego, osobistego związku i bezpośredniego kontaktu z obojgiem rodziców, jeżeli ten interes nadrzędny okaże się sprzeczny z innym interesem dziecka. Zatem „(...) środek stanowiący przeszkodę w utrzymywaniu stałego, osobistego związku i bezpośredniego kontaktu z obojgiem rodziców może być uzasadniony tylko innym interesem dziecka takiej wagi, że przeważa on nad interesem, który stanowi fundament wspomnianego prawa podstawowego.”. ETS nie przybliżył definicji pojęcia „sprzeczności z interesem dziecka” użytego w art. 24 ust. 3 KPP⁷, niemniej odwołanie się do KPP ma znaczenie fundamentalne dla praktyki stosowania prawa. ETS stwierdził bowiem, że „wyważoną i rozsądną ocenę wszystkich istniejących interesów, która powinna opierać się na obiektywnych względach dotyczących samej osoby dziecka i jego środowiska społecznego, należy co do zasady przeprowadzić w ramach postępowania przed sądem właściwym do rozpoznania sprawy co do istoty, na podstawie przepisów rozporządzenia nr 2201/2003.”.

Ostatecznie ETS na zadane przez sąd słoweński pytania udzielił jednej odpowiedzi, orzekając, że „**Artykuł 20 rozporządzenia Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczącego jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1347/2000, należy interpretować w ten sposób, że w okolicznościach takich jak występujące w sprawie przed sądem krajowym nie zezwala on sądowi państwa członkowskiego na zastosowanie środka tymczasowego w sprawie dotyczącej odpowiedzialności rodzicielskiej polegającego na przyznaniu jednemu z rodziców pieczy nad dzieckiem przebywającym na terytorium tego państwa, gdy sąd innego państwa członkowskiego, który jest właściwy na podstawie wymienionego rozporządzenia do rozpoznania co do istoty sporu dotyczącego pieczy nad dzieckiem, wydał już orzeczenie powierzające tymczasowo pieczę nad tym dzieckiem drugiemu z rodziców, przy czym została stwierdzona wykonalność tego orzeczenia na terytorium pierwszego państwa członkowskiego.**”⁸.

Opracowała: Grażyna Nauka

⁷ Art. 24 KPP: „1. Dzieci mają prawo do takiej ochrony i opieki, jaka jest konieczna dla ich dobra. Mogą one swobodnie wyrażać swoje poglądy. Poglądy te są brane pod uwagę w sprawach, które ich dotyczą, stosownie do ich wieku i stopnia dojrzałości. 2. We wszystkich działaniach dotyczących dzieci, zarówno podejmowanych przez władze publiczne, jak i instytucje prywatne, należy przede wszystkim uwzględnić najlepszy interes dziecka. 3. Każde dziecko ma prawo do utrzymywania stałego, osobistego związku i bezpośredniego kontaktu z obojgiem rodziców, chyba że jest to sprzeczne z jego interesami.”.

⁸ W tezie 46 uzasadnienia ETS przywołał także przepis art. 28 ust. 1 Brukseli II bis, zgodnie z którym orzeczenia w sprawie wykonywania odpowiedzialności rodzicielskiej wydane w państwie członkowskim pochodzenia, na terytorium którego są wykonalne, co do zasady powinny być wykonane w wezwanym państwie członkowskim, a także art. 31 ust. 3 tego rozporządzenia UE, który zakazuje wszelkiej kontroli merytorycznej orzeczeń, o których wykonanie wystąpiono.

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 2 marca 2010 r., sprawa Adamkiewicz przeciwko Polsce (skarga 54729/00)

(dot. naruszenia gwarancji rzetelnego procesu: nieuzyskanie przez małoletniego odpowiedniej pomocy prawnej i dopuszczenie dowodu z jego wyjaśnień złożonych w toku postępowania wyjaśniającego oraz brak bezstronnego sądu ze względu na udział w składzie orzekającym sądu rodzinnego sędziego, który prowadził postępowanie wyjaśniające)

Skarżący zarzucił Rzeczypospolitej Polskiej, że postępowanie prowadzone przeciwko niemu w trybie ustawy z 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich naruszyło gwarancje rzetelnego procesu określone w art. 6 ust. 1 i 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 9 listopada 1999 r., w wyniku czego został uznany sprawcą zabójstwa innego małoletniego i umieszczony na okres sześciu lat w zakładzie poprawczym.

Ustalenia co do faktów. Okoliczności sprawy

W dniu 4 grudnia 1997 r. skarżący (ur. 1982 r.) został zatrzymany przez policję w celu przesłuchania go w sprawie zabójstwa jego rówieśnika.

Skarżący był przesłuchiwany przez policjantów, w obecności psychologa, przez około pięć godzin. Początkowo zaprzeczał swojemu uczestnictwu w zabójstwie, jednak potem przyznał się do zabójstwa. Początkowe wyjaśnienia dotyczące jego uczestnictwa w tych zdarzeniach nie zostały udokumentowane. Pod koniec późniejszej fazy przesłuchania, w toku której skarżący po raz kolejny opisywał przebieg zdarzeń, policjantka sporządziła sprawozdanie, które zostało podpisane przez nią samą oraz psychologa i dołączone do akt sprawy. Przebieg przesłuchania był rejestrowany na video.

Tego samego dnia skarżący został doprowadzony do sędziego rodzinnego. W składanych przed sędzią wyjaśnieniach potwierdził zeznania złożone na policji, co zostało udokumentowane przez sekretarza sądowego w protokole. W wyniku powyższego sędzia postanowił umieścić skarżącego w schronisku dla nieletnich na czas trwania postępowania i wyznaczył adwokata do jego obrony.

W dniu 8 grudnia 1997 r. rodzice skarżącego ustanowili swojego własnego adwokata i powierzyli mu obronę ich syna. Adwokat jeszcze w tym samym dniu wystąpił do sędziego rodzinnego o zezwolenie na widzenie ze skarżącym w schronisku dla nieletnich oraz domagał się zezwolenia na wgląd w akta sprawy. Sędzia oddalił ten wniosek, jak również oddalił wniosek rodziców o zezwolenie na odwiedzić syna w schronisku.

Dnia 12 grudnia 1997 r. adwokat ponowił swoje żądanie, powołując w uzasadnieniu art. 64 Kodeksu postępowania karnego, który gwarantuje każdej osobie oskarżonej i tymczasowo aresztowanej prawo do porozumienia się ze swym obrońcą podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie. W dniu 20 grudnia 1997 r. kolejny raz wystąpił o zezwolenie na widzenie ze swoim klientem, jednocześnie składając zażalenie na uniemożliwienie skarżącemu przez sędziego rodzinnego porozumienia się ze swoim obrońcą, ze względu na brak odpowiedzi sędziego. Zażalenie pozostało bez odpowiedzi.

23 grudnia 1997 r. skarżący został wysłuchany przez sędziego rodzinnego pod nieobecność adwokata i podtrzymał swoje początkowe wyjaśnienia. Ponownie został wysłuchany przez sędziego rodzinnego w schronisku w dniu 30 grudnia 1997 r.

W dniu 31 grudnia 1997 r. sędzia zezwolił adwokatowi na widzenie ze skarżącym w schronisku i porozumienie się z nim w obecności jednego z psychologów schroniska. Termin spotkania został wyznaczony po 8 stycznia 1998 r., w dniu uzgodnionym z dyrektorem schroniska. Ponadto obrońca został poinformowany o możliwości zapoznania się z aktami sprawy po ich zwróceniu przez biegłych psychiatrów, oraz że będzie mógł się porozumieć ze swoim klientem w sposób poufny po zakończeniu trwającego wówczas badania psychiatrycznego.

Dnia 7 stycznia 1998 r. matka skarżącego mogła go – po raz pierwszy od wszczęcia postępowania – odwiedzić w schronisku.

9 stycznia 1998 r. adwokat po raz kolejny wystąpiła do sędziego o zezwolenie na porozumienie się z klientem. Pierwsze spotkanie skarżącego z adwokatem odbyło się w dniu 18 stycznia 1998 r., tj. około 6 tygodni po jego zatrzymaniu.

Dnia 18 lutego 1998 r. adwokat po raz kolejny wystąpił o zezwolenie na wgląd w akta sprawy, jednakże sędzia odmówił pozytywnego rozpatrzenia tego wniosku uzasadniając, że jego postanowienie z dnia 31 grudnia 1997 r. pozostawało wciąż w mocy.

W dniu 24 lutego 1998 r. skarżący został poddany badaniu przez biegłych psychiatrów. Tego samego dnia obrońca mógł się zapoznać po raz pierwszy z aktami sprawy.

25 lutego 1998 r. sędzia rodzinny postanowił przedłużyć pobyt skarżącego w schronisku o dalsze 3 miesiące. Natomiast w dniu 26 lutego 1998 r. po raz kolejny wysłuchał skarżącego pod nieobecność jego obrońcy. W trakcie tego wysłuchania skarżący podtrzymał swoje wcześniejsze wyjaśnienia. Ostatnie wysłuchanie skarżącego w ramach postępowania wyjaśniającego odbyło się dnia 12 marca 1998 r. i wówczas skarżący odmówił udzielenia odpowiedzi na pytania sędziego.

19 marca 1998 r. akta zostały zwrócone przez biegłych psychiatrów, którzy zakończyli swoje czynności.

31 marca 1998 r. obrońca wniosła zażalenie, podnosząc, że sędzia rodzinny w dalszym ciągu uniemożliwia jej kontakt z klientem. Ponadto wniosła o wyłączenie sędziego, uznając, że naruszył ciężący na nim obowiązek bezstronności.

W dniu 6 kwietnia 1998 r. adwokat złożył zażalenie do Prezesa Sądu Rejonowego na szereg nieprawidłowości popełnionych przez sędziego rodzinnego w toku postępowania wyjaśniającego i wniosła o objęcie sprawy jego osobistym nadzorem.

17 kwietnia 1998 r. adwokat po raz kolejny zwrócił się do sędziego rodzinnego o zezwolenie na porozumienie się ze swoim klientem. W odpowiedzi z dnia 8 maja 1998 r. została poinformowana, że zezwolenie będzie mogło zostać wydane dopiero po rekonstrukcji zdarzeń na miejscu zbrodni, przewidzianej do przeprowadzenia w maju.

Dnia 21 kwietnia 1998 r. Sąd Rejonowy odrzucił wniosek z dnia 31 marca o wyłączenie sędziego. W dniu 14 maja 1998 r. adwokat wystąpił do sędziego o zezwolenie na widzenie ze swoim klientem podnosząc, że od zatrzymania skarżącego, tj. od ponad 6 miesięcy, mógł się z nim porozumieć tylko jeden raz. 19 maja sędzia rodziny zezwolił na widzenie w siedzibie sądu, ale w jego obecności, czemu sprzeciwił się adwokat dnia 21 maja 1998 r., podnosząc, że od ustanowienia obrońcą nie mógł jeszcze porozumieć się ze swoim klientem w sposób poufny. To zażalenie zostało odrzucone w dniu 3 czerwca, ale adwokat wystąpił po raz kolejny o zezwolenie na widzenie ze swoim klientem w dniu 26 maja 1998 r. Wniosek ten został zwrócony wnioskodawcy z powodu braków formalnych (brak podpisu adwokata).

4 czerwca 1998 r. postanowieniem, na podstawie art. 42 § 2 i art. 50 ustawy z 1982 r., sędzia rodzinny zamknął postępowanie wyjaśniające i przekazał sprawę do postępowania poprawczego.

ETPCz podkreślił, że sąd rozpoznał sprawę w postępowaniu poprawczym w składzie sędziego rodzinnego oraz dwóch ławników, przy czym – przez tego samego sędziego, który prowadził postępowanie wyjaśniające.

Wyrokiem z 29 października 1999 r. sąd uznał skarżącego sprawcą zarzucanych mu czynów i orzekł środek poprawczy (umieszczenie w zakładzie poprawczym).

W uzasadnieniu do wyroku sąd podniósł, że pierwsze przesłuchanie przez policję było zgodne z art. 39 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, ponieważ odbyło się w obecności psychologa i zostały udokumentowane przez policję. Skarżący mógł wypowiadać się w sprzyjających warunkach i bez przymusu najpierw w charakterze świadka, a następnie podejrzanego. Skarżący potwierdził swoje początkowe wyjaśnienia w toku późniejszych wysłuchań przez sędziego rodzinnego. Według sądu polskiego żaden przepis prawa nie zobowiązywał go do przesłuchania małoletniego w obecności rodziców, tym bardziej, że odmawiał składania zeznań w ich obecności do 30 grudnia 1997 r., tj. do dnia, w którym przekazano mu list od rodziców zapewniający go o ich wsparciu. Ponadto zeznania te zostały potwierdzone przez pozostały materiał dowodowy.

Adwokat skarżącego wniósł apelację, wnosząc o uchylenie wyroku wydanego w pierwszej instancji i zarzucając postępowaniu nierzetelność oraz naruszenie różnych gwarancji przewidzianych ustawą z dnia 26 września 1982 r. Adwokat podkreślił, że organy prowadzące postępowanie nie brały pod uwagę wrażliwości skarżącego i jego braku zdolności do zrozumienia subtelności i znaczenia postępowania.

Ponadto adwokat uznała, że prawo do obrony zostało naruszone w sposób rażąco, stając się iluzoryczne, ze względu na zastosowane przez sąd ograniczenia wykonywania prawa do swobodnego porozumiewania się skarżącego ze swoim adwokatem oraz prawo obrońcy do zapoznania się z aktami sprawy. Według adwokata dowody zostały zebrane z naruszeniem przepisów prawa, dlatego nie można uznać, że postępowanie było prowadzone rzetelnie. W szczególności prawo policji do przesłuchania nieletniego podejrzanego o popełnienie przestępstwa może być realizowane tylko w wyjątkowych sytuacjach i musi być dokonywane obligatoryjnie w obecności jednej z osób wskazanych tym przepisem, których zadaniem jest dbałość o poszanowanie interesów dziecka. Poza tym policja miała obowiązek sporządzić protokół, który jest jedynym dokumentem stanowiącym dopuszczalny środek dowodowy. Natomiast sprawozdanie nie ma takiej mocy dowodowej, jaką przepisy prawa nadają protokołowi, ponieważ informacje ze sprawozdania nie pochodzą bezpośrednio od osoby, której wyjaśnienia są relacjonowane.

Wyrokiem z dnia 26 marca 1999 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu oddalił apelację, wskazując, że wobec naruszenia przez organy różnych przepisów proceduralnych, sąd zbadał, jaki wpływ mogłyby mieć popełnione nieprawidłowości na treść wyroku sądu rodzinnego. Co się tyczy prawa do obrony Sąd Okręgowy uznał, że prawo to nie było respektowane w toku postępowania wyjaśniającego. Naruszenie art. 64 k.p.k. nie miało jednak wpływu na treść zaskarżonego wyroku, który nie opierał się wyłącznie na wyjaśnieniach skarżącego. Sąd uznał jako nieprawidłowe postępowanie przy pierwszym przesłuchaniu ze względu na nieobecność osób wskazanych przepisami prawa i niesporządzenie protokołu oraz brak kompetencji policji do wezwania biegłego psychologa. Policja powinna była, po ustaleniu, że podejrzanym jest małoletni, bezwzględnie doprowadzić go do sądu rodzinnego wraz z aktami sprawy. Również sąd rodzinny nie miał prawa powoływać się na dowód ze sprawozdania przy dokonywaniu ustaleń faktycznych ze względu na art. 158 k.p.k. Pomimo stwierdzonych uchybień, zdaniem Sądu Okręgowego, uchylenie zaskarżonego wyroku nie było konieczne w tej konkretnej sprawie ze względu na inny materiał dowodowy, zwłaszcza wyjaśnienia złożone przed sędzią rodzinnym, które zostały przyjęte zgodnie z regułami postępowania.

Następnie adwokat skarżącego wniósł kasację, w której podniósł, że „fundamentalne gwarancje rzetelnego procesu określone zarówno w artykule 42 Konstytucji, jak i w artykule 6 ust. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności zostały naruszone. Ponadto adwokat podkreśliła, że zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego okoliczność, że w sprawie, w której pomoc adwokata jest obligatoryjna, a skarżący został jej pozbawiony, powinna być doprowadzić do uchylenia wyroku, niezależnie od wpływu stwierdzonych uchybień na rozstrzygnięcie sądów.

Postanowieniem z dnia 9 września 1999 r. SN oddalił kasację ze względu na oczywistą bezzasadność, które nie było uzasadnione w formie pisemnej zgodnie z art. 535 § 2 k.p.k.

Ustalenia co do prawa

1. Co do naruszenia prawa do obrony, ETPCz przywołał art. 64 k.p.k., statuujący prawo do obrony oskarżonego, oraz art. 49 u.p.n. nakazujący bezwarunkowe wsparcie nieletniego przez obrońcę od czasu wydania postanowienia o umieszczeniu go w schronisku dla nieletnich oraz art. 143 § 3 k.p.k. dot. przeglądania akt sprawy w toku postępowania przygotowawczego, a także art. 438 § 2 k.p.k., art. 69 § 1 u.p.n. ETPCz wskazał, że przedstawienie istotnych postanowień prawa międzynarodowego w zakresie gwarancji proceduralnych przyznanych nieletnim i prawa do obrońcy w czasie zatrzymania albo pozbawienia wolności, znajduje się m.in. w orzeczeniu z dnia 27 listopada 2008 r. *Salduz przeciwko Turcji* (skarga Nr 36391/02).

Trybunał przypomniał co do istoty sprawy, że celem art. 6 Konwencji jest zapewnienie, żeby każda osoba, a w szczególności taka, której zarzuca się popełnienie przestępstwa, mogła korzystać z gwarancji rzetelnego procesu, które obowiązują nie tylko w fazie orzekania ale także postępowania przygotowawczego¹. Jednak sposób zastosowania art. 6 ust. 1 i 3c w toku postępowania przygotowawczego zależy od cech charakterystycznych postępowania oraz okoliczności sprawy. Wgląd na to konieczny jest ze względu na ocenę czy został osiągnięty pożądaný rezultat art. 6, którym jest rzetelny proces².

ETPCz podkreślił również, że jeżeli sprawa dot. nieletnich, organy wymiaru sprawiedliwości są przede wszystkim zobowiązane działać z należywym uwzględnieniem ich dobra. Dlatego dziecko oskarżone o popełnienie przestępstwa musi być traktowane w sposób w pełni uwzględniający jego wiek, stopień dojrzałości oraz jego zdolności w płaszczyźnie emocjonalnej i intelektualnej. „Ponadto organy są zobowiązane podejmować środki mogące sprzyjać zrozumieniu przez nie postępowania oraz jego udziału w nim”³.

Trybunał przypomniał, że prawo każdego do efektywnej obrony przez adwokata, w razie potrzeby ustanowionego z urzędu, figuruje pomiędzy fundamentalnymi elementami składowymi rzetelnego procesu⁴.

ETPCz podkreślił znaczenie postępowania przygotowawczego w przygotowaniu procesu w tym sensie, że dowody zebrane w toku tego etapu determinują zakres, w jakim zarzucane przestępstwo będzie rozważane w fazie sądowej⁵.

¹ Trybunał powołał w tym miejscu sprawę *Imbrosia przeciwko Szwajcarii*, skarga z dnia 24 listopada 1993 r., Nr 13972/88.

² Por. przywołany w wyroku spór *Granger przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga z dnia 28 marca 1990 r., Nr 11932/86.

³ Por. przywołany wyrok *V. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga z dnia 16 grudnia 1999 r., Nr 24888/94 oraz *T. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga z 16 grudnia 1999 r., Nr 24724/94.

⁴ Por. powołane wyroki w sprawach: *Salduz przeciwko Turcji*, skarga z dnia 27 listopada 2008 r., Nr 36391/02, *Poitrimol przeciwko Francji*, skarga z dnia 23 listopada 1993 r., Nr 14032/88, *Demebukov przeciwko Bułgarii*, skarga z dnia 28 lutego 2008 r., Nr 68020/01.

⁵ Por. powołany wyrok w sprawie *Jalloh przeciwko Niemcom*, skarga z dnia 11 lipca 2006 r., Nr 54810/00 i *Kolu przeciwko Turcji*, skarga z dnia 2 sierpnia 2005 r., Nr 35811/97.

Konkludując ETPCz stwierdził, że „ogólnie rzecz ujmując, dla celów stosowania artykułu Konwencji, rzetelność procesu karnego wymaga, ażeby podejrzany miał możliwość pomocy ze strony adwokata od chwili jego zatrzymania albo tymczasowego aresztowania.”. Jako fundamentalne elementy składowe obrony, które adwokat musi swobodnie realizować, Trybunał wymienił: możliwość korzystania z szerokiego wachlarza interwencji, jakie może zaoferować obrońca, a to: rozmowa o sprawie, przygotowanie obrony, zbieranie dowodów korzystnych dla oskarżonego, przygotowywanie przesłuchań, wsparcie oskarżonego w rozpaczy i kontrola warunków zatrzymania⁶.

Natomiast odnośnie wykorzystania dowodu zebranego z naruszeniem prawa do zachowania milczenia i nieprzyczyniania się do własnego obwinienia, Trybunał powtórzył, że prawa te są powszechnie uznanymi normami międzynarodowymi, które stanowią opokę pojęcia rzetelnego procesu⁷.

W niniejszej sprawie ETPCz zauważył, że w toku postępowania wyjaśniającego, trwającego około 6 miesięcy, adwokat złożył 8 wniosków o zezwolenie na widzenie ze swoim klientem, z których tylko 2 zostały przychylnie rozpatrzone. W konsekwencji adwokat mógł porozumieć się ze skarżącym tylko jeden raz w ciągu całego postępowania wyjaśniającego, i w dodatku dopiero po około 6 miesiącach skarżący mógł zostać poinformowany przez swojego adwokata o przysługującym mu prawie do zachowania milczenia i nieprzyczyniania się do własnego obwinienia, ale i to spotkanie nie mogło się odbyć w warunkach zapewniających poszanowanie zasady poufności. Ponadto tylko jeden raz w toku postępowania wyjaśniającego, tj. ok. 3 miesięcy od jego wszczęcia, adwokat mógł zapoznać się z aktami sprawy. Dlatego wobec powyższego należało uznać, że prawo do obrony skarżącego zostało w znacznym stopniu ograniczone.

Ponadto Trybunał zauważył, że skarżący został przesłuchany przez policję i następnie czterokrotnie wysłuchany przez sędziego rodzinnego, ale adwokat nie mógł uczestniczyć w żadnym z tych przesłuchań, a trzy z przesłuchań odbyły się bez uprzedniego porozumienia się z obrońcą. Tym sposobem organy weszły w posiadanie obwiniających wyznań i szczegółowego opisu zdarzeń z dnia krytycznego, zanim jeszcze skarżący, który powinien być objęty domniemaniem niewinności, mógł zostać poinformowany o przysługującym mu prawie do zachowania milczenia i nieprzyczyniania się do własnego obwiniania. Trybunał zauważył także, że nie wydaje się by organy wymiaru sprawiedliwości same z siebie i przed rozpoczęciem przesłuchania poinformowały skarżącego w jakikolwiek sposób o jego prawie do zachowania milczenia i do porozumienia się z adwokatem przed złożeniem jakichkolwiek wyjaśnień. Z tego też powodu, jak również z uwagi na wiek skarżącego oraz fakt niekarania, trudno stwierdzić, że skarżący mógł wiedzieć o przysługującym mu prawie do żąda-

⁶ Por. powołany wyrok w sprawie *Dayanan przeciwko Turcji*, skarga z dnia 13 października 2009 r., Nr 7377/03.

⁷ Por. wyrok w sprawie *Panovits przeciwko Cyprowi*, skarga z dnia 11 grudnia 2008 r., Nr 4268.

nia pomocy obrońcy, albo że byłby w stanie ocenić konsekwencje braku takiej pomocy podczas przesłuchania, w którym był wysłuchiwany w charakterze podejrzanego o zabójstwo innego małoletniego. Trybunał zwrócił też uwagę na izolację skarżącego w schronisku dla nieletnich oraz brak kontaktu z rodziną. Dlatego w takich okolicznościach, dla zapewnienia rzetelności postępowania, skarżący powinien mieć ułatwiony dostęp do adwokata już od początkowego etapu postępowania⁸.

Zwrócić uwagę należy na to, że Trybunał zauważył, iż z treści wydanych postanowień wydanych względem skarżącego wynika, że materiał zebrany w toku postępowania wyjaśniającego był „szeroko wykorzystywany”, zarówno by uzasadnić postanowienie o przekazaniu do postępowania poprawczego, jak i wyrok wydany przez sąd rodzinny.

Trybunał uznał zatem, że nie budzi kontrowersji, iż skarżący odczuł ograniczenie nałożone na przysługujące mu prawo dostępu do adwokata, skoro dowody służące uzasadnieniu jego skazania zebrane zostały pod nieobecność jego obrońcy. Dlatego też, mając na względzie wyrok w sprawie *Salduz*, ta okoliczność wystarczyła Trybunałowi by stwierdzić, że proces skarżącego nie był rzetelny i naruszył art. 6 ust. 3 lit. c w powiązaniu z art. 6 ust. 1 Konwencji.

2. Co do zarzutu bezstronności sądu rodzinnego Rząd RP podniósł, że postępowanie w sprawach nieletnich jest procedurą *sui generis* różniącą się od regularnego postępowania w sprawach z udziałem osób dorosłych, z uwagi na rolę sędziego, który nie jest przeciwnikiem nieletniego oraz finał postępowania wyjaśniającego, który nie kończy się wydaniem aktu oskarżenia. Ponadto nawet w przypadku orzekania w sprawie z zastosowaniem środków poprawczych, postępowanie sprowadza się do wyboru najbardziej odpowiedniego środka poprawczego, w sposób służący dobru dziecka. Rząd przyznał, że sędzia prowadzący postępowanie dowodowe na wstępnym etapie postępowania wyrabia sobie niejako ewentualną opinię co do rozstrzygnięcia sprawy, ale okoliczność ta nie pozwala, by uznać, że sąd rodzinny rzeczywiście uchybił wymogom bezstronności.

Skarżący odrzucił argumenty Rządu. Podniósł ponadto, że stosowane względem osób dorosłych zasady postępowania karnego, w tym m.in. wyraźne oddzielenie fazy postępowania przygotowawczego od fazy postępowania sądowego, powinny stosować się z taką samą mocą do postępowania w sprawach nieletnich.

Trybunał przypomniał, iż zasada bezstronności jest ważnym elementem zaufania, jakim sądy powinny się cieszyć w demokratycznym społeczeństwie, którą określa się na ogół jako brak uprzedzenia albo stronniczości.

Bezstronność w rozumieniu art. 6 ust. 1 ocenia się jako próbę określenia osobistego przekonania tego czy tego sędziego w danej sytuacji. Drugie podejście prowadzi do upewnienia się, że sędzia daje gwarancje wystarczające do wyłączenia

⁸ Por. sprawa *Magee przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga z dnia 6 czerwca 2000 r., Nr 28135/95 oraz *Płonka przeciwko Polsce*, skarga z dnia 31 marca 2009 r., Nr 20310/02.

wszelkich uzasadnionych wątpliwości w zakresie osobistego przekonania sędziego⁹. Istotne jest by ta ocena była dokonana w momencie orzekania i opierała się na okolicznościach przedstawionych i roztrząsanych na rozprawie.

Trybunał zauważył, że postanowienie wydane po zakończeniu postępowania wyjaśniającego opierało się na stwierdzeniu, że „okoliczności ujawnione w toku postępowania wyjaśniającego wskazują na skarżącego jako na sprawcę”. Trudno zatem uznać, by ten sędzia nie miał wyrobionego zdania w przedmiocie zagadnienia, które sam rozstrzygał jako przewodniczący składu orzekającego sądu rodzinnego¹⁰. Trybunał zaznaczył także, że w niniejszej sprawie, ażeby uzasadnić praktykę polegającą na przydzieleniu sędziemu prowadzącemu postępowanie wyjaśniające tę samą sprawę do ostatecznego rozstrzygnięcia w toku postępowania poprawczego ze względu na szczególny charakter postępowania w sprawach nieletnich, musi ono w sposób konieczny przedstawiać pewne różnice w stosunku do postępowania karnego mającego zastosowanie do osób dorosłych. Ponadto stwierdził, że nie wypowiada się w jakim stopniu okoliczność, że ten sam sędzia, który na wcześniejszym etapie postępowania uznał już skarżącego za sprawcę, a następnie przewodniczył składowi orzekającemu sądu, miałby wpłynąć na pełniejszą ochronę dobra dziecka. Biorąc jednak wszelkie okoliczności pod uwagę Trybunał uznał, że w tej konkretnej sprawie doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji w aspekcie odnoszącym się do wymogu niezawisłości sądu.

Na podstawie art. 41 Konwencji Trybunał przyznał skarżącemu 10 000 euro z tytułu poniesionej szkody moralnej.

Opracowała: Grażyna Nauka

⁹ Por. wyrok w sprawie *Gautrin i inni przeciwko Francji*, skarga z dnia 20 maja 1998 r., Nr 21257/93 i n.

¹⁰ Zob. wyrok *Werner przeciwko Polsce*, skarga z dnia 15 listopada 2001 r., Nr 26760/95.

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie Z. przeciwko Polsce

W dniu 10 sierpnia 2006 r. polski obywatel, Pan Z. („skarżący”) na podstawie artykułu 34 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (zwaną dalej „Konwencją”) wniósł do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka skargę (nr 34694/06) przeciwko Polsce. Skarżący, powołując się na art. 8 Konwencji podniósł, że nie mógł wyegzekwować prawa do kontaktu ze swoją córką, ponieważ władze krajowe nie zapewniły mu odpowiedniej pomocy. Skarżący podniósł także zarzut naruszenia art. 13 Konwencji, twierdząc, że rozwiązania stosowane w tej kwestii w polskim prawie nie są efektywne w praktyce.

Stan faktyczny sprawy

Skarżący w dniu 15 maja 2000 r. złożył wniosek do Sądu Rejonowego w Bytomiu o uregulowanie jego kontaktów z dzieckiem. W dniu 6 lipca 2000 r., Sąd Rejonowy w Bytomiu przychylił się do wniosku skarżącego i uregulował jego kontakty z córką. Sąd przyznał w/wym. prawo do odwiedzania córki w określonych dniach tygodnia oraz prawo do spędzania z nią wakacji w sierpniu bez obecności matki dziecka. W związku z faktem, iż skarżącemu nie udało się wyegzekwować swoich praw, w dniu 8 stycznia 2001 r. zwrócił się on do sądu o nałożenie grzywny na matkę dziecka. W październiku 2000 r. matka wraz z dzieckiem przeprowadziła się z Bytomia do Zakopanego. W dniu 30 marca 2001 r. Sąd Okręgowy w Katowicach przyznał skarżącemu prawo do widywania swojej córki w każdy piątek w godzinach od 13:00 do 17:00 poza miejscem zamieszkania matki i dziecka. Skarżący otrzymał także zgodę na odbieranie córki z przedszkola. Kontakty ojca z dzieckiem miały odbywać się w obecności kuratora sądowego. Matka dziecka ponownie uniemożliwiła skarżącemu wyegzekwowanie jego praw. W okresie od 20 kwietnia 2001 r. do 8 marca 2002 r. Z. widział się z córką 27 razy. Następnich szesnaście spotkań zostało odwołanych. W dniu 5 marca 2002 r. na podstawie art. 1050 k.p.c. skarżący wniósł do sądu o nałożenie grzywny na matkę dziecka. Wniosek ten nie został rozpatrzony przez sąd. Latem 2002 r. matka dziecka przeprowadziła się z Zakopanego do Bytomia. W dniu 20 maja 2003 r. Sąd Rejonowy w Bytomiu wyznaczył matce dziecka jeden miesiąc na wykonanie nakazu sądowego oraz warunkowo nałożył na nią karę grzywny w wysokości 1000 zł., na wypadek gdyby nie zastosowała się do tego nakazu. Matka dziecka nadal nie respektowała praw skarżącego do odwiedzin córki. W dniu 5 lipca 2003 r. Z. ponownie wniósł do sądu o nałożenie kary grzywny. W dniu 23 września 2003 r. Sąd Okręgowy w Katowicach

ponownie przyznał skarżącemu prawo do kontaktowania się z córką oraz dodatkowo nałożył na matkę dziecka obowiązek przygotowania córki, by Z. mógł ją odbierać w wyznaczonym terminie. W dniu 28 listopada 2003 r. Sąd Okręgowy w Katowicach orzekł o rozwiązaniu małżeństwa skarżącego i matki dziecka. Sąd wskazał także sposób w jaki miała być sprawowana władza rodzicielska. Matka dziecka w dalszym ciągu nie respektowała praw skarżącego (uniemożliwiała mu odbieranie dziewczynki z przedszkola, a dwumiesięczne wakacje letnie dziecka zorganizowała w taki sposób, że skarżący nie mógł w tym czasie spotkać się z córką). W dniu 13 stycznia 2004 r. Sąd Rejonowy w Bytomiu nałożył na matkę dziecka karę grzywny w wysokości 600 zł. za niezastosowanie się do nakazu sądu odnośnie prawa skarżącego do kontaktów z córką oraz wyznaczył jej okres jednego miesiąca na umożliwienie skarżącemu wykonania prawa do odwiedzania dziecka. Sąd postanowił, iż w przypadku gdyby matka dziecka nie zastosowała się do nakazu, zostanie na nią nałożona kolejna kara grzywny w wysokości 800 zł. Prawa skarżącego znów nie zostały wyegzekwowane. W dniu 15 marca 2004 r. Z. ponownie wniósł do sądu o ukaranie grzywną swojej byłej żony.

W dniu 26 sierpnia 2004 r. Sąd Rejonowy w Bytomiu kolejny raz nakazał matce dziecka zapłacenie kary grzywny w wysokości 800 zł. oraz wyznaczył jej jeden miesiąc na umożliwienie Z. odwiedzania córki. Sąd postanowił także, iż w przypadku niezastosowania się do tego nakazu, zostanie nałożona grzywna w wysokości 1000 zł. Nakazy sądu nie zostały jednak wyegzekwowane. Skarżący ponownie zwrócił się do sądu o nałożenie kary grzywny w dniu 16 listopada 2004 r. Kara grzywny w wysokości 1000 zł. została nałożona przez sąd w dniu 30 marca 2006 r. W dniu 26 września 2006 r. Sąd Rejonowy w Bytomiu kolejny raz uregulował prawa skarżącego do kontaktów z córką i zdecydował, że odwiedziny będą się odbywały w Rodzinnym Ośrodku Diagnostyczno-Konsultacyjnym w Bytomiu w obecności psychologa w pierwszy i trzeci poniedziałek każdego miesiąca. W dniu 30 kwietnia 2008 r. Sąd Rejonowy w Bytomiu uregulował prawa skarżącego do kontaktów z córką, nakazując, by odwiedziny miały miejsce w każdą drugą i czwartą sobotę każdego miesiąca, poza miejscem zamieszkania jego córki, (w marcu 2008 r. skarżący złożył w sądzie wniosek o zmianę zasad kontaktowania się z córką), a matka dziecka miała nie utrudniać tych kontaktów. Obydwie strony odwołały się od powyższego nakazu. W dniu 19 września 2008 r. Sąd Okręgowy w Katowicach rozszerzył zakres kontaktów skarżącego z dzieckiem. Z. wielokrotnie podejmował próby skontaktowania się z córką, ale jak twierdzi, drzwi mieszkania gdzie mieszka córka były zamknięte. Do Sądu Rejonowego w Bytomiu w dniu 20 lipca 2009 r. skarżący ponownie złożył wniosek, tym razem w przedmiocie udzielenia pomocy w ustaleniu obecnego adresu i miejsca zamieszkania jego córki. Matka dziecka dostarczyła zaś sądowi zaświadczenie lekarskie, iż nie będzie w stanie stawić się w sądzie aż do 2 stycznia 2010 r. Skarżący twierdził, że został pozbawiony jakiegokolwiek kontaktu ze swoją córką.

Rozważania prawne

Skarżący zarzucił polskim władzom, że te nie podjęły skutecznych kroków by mógł on realizować swoje prawa, tj. by mógł kontaktować się z córką, oraz że proces egzekwowania nakazów sądowych trwał zbyt długo. Stwierdził, iż naruszono artykuł 6 ust. 1 Konwencji. Jednakże Trybunał uznał, iż skargę należy rozpatrzyć z perspektywy praw wynikających z artykułu 8 Konwencji, który stanowi:

„1. Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji.

2. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób.”

Trybunał stwierdził, że w przedmiotowej sprawie bez wątpienia zastosowanie znajduje zacytowany powyżej art. 8 Konwencji. Ponadto Trybunał uznał, że przedmiotowa skarga powinna zostać dopuszczona, oraz że nie jest bezzasadna w rozumieniu artykułu 35 ust. 3 Konwencji. Trybunał zaznaczył, że artykuł 8 Konwencji ma na celu przede wszystkim ochronę jednostki przed arbitralną ingerencją władz publicznych. Stwierdził również, że w przypadku konfliktu rodziców w sporze o ich dzieci, w gestii Trybunału pozostaje zweryfikowanie postanowień wydanych przez sądy krajowe pod względem zgodności z Konwencją, nie zaś zastępowanie sądów krajowych w regulowaniu kwestii kontaktów rodziców z dziećmi. Trybunał niejednokrotnie uznawał, że zgodnie z art. 8 Konwencji, rodzic ma prawo podjąć takie środki, które umożliwią mu kontakt z dzieckiem. Artykuł 8 Konwencji nakłada więc na władze państwowe wymóg podejmowania tychże środków. Powyższe twierdzenie nie tylko odnosi się do spraw dotyczących obowiązkowego otoczenia dzieci opieką państwa i podjęciem działań opiekuńczych (por. wyrok w sprawie *Olsson przeciwko Szwecji* z dnia 27 listopada 1992 r.), lecz również do spraw, gdzie dochodzi do konfliktów dotyczących kontaktu z dziećmi i miejsca zamieszkania pomiędzy rodzicami i innymi członkami rodziny tych dzieci (por. wyrok w sprawie *Hokkanen przeciwko Finlandii* z dnia 23 września 1994 r.).

Trybunał podniósł jednak, iż obowiązek podjęcia przez władze państwowe działań, które zmierzają do ułatwienia kontaktu temu z rodziców, który po rozwodzie nie sprawuje opieki nad dzieckiem, nie jest absolutny. Zasadniczą kwestią jest to, czy władze państwowe podjęły wszelkie niezbędne kroki w celu ułatwienia kontaktu z dzieckiem, jakich można było oczekiwać w specjalnych okolicznościach każdej tego rodzaju sprawy (por. wyrok w sprawie *Hokkanen*). Innym istotnym czynnikiem

w postępowaniu dotyczącym dzieci jest czas. Ma on szczególne znaczenie z tego względu, iż zawsze istnieje niebezpieczeństwo, że wszelkie opóźnienia proceduralne będą skutkowały *de facto* rozstrzygnięciem sprawy przed sądem (por. wyrok w sprawie *H. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z dnia 8 lipca 1987 r.).

W przedmiotowej sprawie Trybunał zauważył, że w dniu 6 lipca 2000 r. Sąd Rejonowy w Bytomiu uregulował kontakty skarżącego z córką. Następnie postanowienie w sprawie kontaktów ojca z dzieckiem było kilkakrotnie zmieniane, jednak wszystkie postanowienia jakie zostały podjęte w tej sprawie przyznawały skarżącemu prawo do regularnych kontaktów z córką. Była żona skarżącego nie zastosowała się do nakazów sądowych i w dniu 8 stycznia 2001 r. skarżący złożył do sądu pierwszy wniosek o ukaranie jej grzywną.

W późniejszym okresie skarżący złożył jeszcze cztery takie wnioski.

W związku z powyższym, wbrew twierdzeniom strony rządu, władze państwowe mogły wykorzystać dalsze przepisy Kodeksu postępowania cywilnego i miały możliwość zastosowania wobec byłej żony skarżącego dalszych środków przymusu poprzez nałożenie na nią większej grzywny. Tak więc Trybunał stwierdził, że władze publiczne mogły wykorzystać dalsze środki przymusu, natomiast korzystały z tych środków, które nie były skuteczne i które nie wywierały na byłą żonę skarżącego wystarczającego wpływu by ta stosowała się do nakazów sądu. Trybunał zważył również na fakt, że wnioski składane przez skarżącego o ukaranie byłej żony grzywną nie były rozpatrywane bezzwłocznie, a mianowicie: wniosek z dnia 5 marca 2002 r. został rozpatrzony w dniu 20 maja 2003 r., tj. ponad rok później. Wniosek z dnia 5 lipca 2003 r. nie został rozpatrzony do dnia 13 stycznia 2004 r., wniosek z dnia 15 marca 2004 r. został rozpatrzony w dniu 26 sierpnia 2004 r., a ostatni wniosek z dnia 16 listopada 2004 r. został rozpatrzony półtora roku później, czyli w dniu 30 marca 2006 r. Trybunał zaznaczył, że wysokość grzywien nakładanych na matkę dziecka najwidoczniej nie miała dla niej znaczenia. Wysokość nakładanych grzywien oraz opóźnienia postępowania stały się istotnymi czynnikami, które przesądziły o nieefektywności rozwiązań, z których mógł korzystać skarżący. Opóźnienia postępowania mogły odnieść nieodwracalny skutek w relacjach emocjonalnych skarżącego z jego małoletnią córką. W związku z powyższym Trybunał stwierdził, że aby wniosek o egzekucję kontaktów mógł odnieść efektywny skutek (w okolicznościach, gdy skarżący przez długi czas jest pozbawiony kontaktów z córką, a matka dziecka w tym czasie próbuje nastawiać je przeciwko ojcu), wniosek taki powinien być traktowany priorytetowo. Trybunał stwierdził, iż zgodnie z art. 8 Konwencji władze państwowe mają obowiązek podjąć takie działania, które ułatwią współpracę skonfliktowanych stron. Zaznaczył jednak, iż podejmując takie działania zawsze należy mieć na uwadze nadrzędne dobro dziecka (por. sprawy *Hokkanen* i *Olsson*). W przedmiotowej sprawie, władze państwowe nie podejmowały działań, które zachęcałyby strony do współpracy w egzekwowaniu ustaleń dotyczących kontak-

tów z dzieckiem. Trybunał zauważył także, iż przeszkody, które były przedmiotem skarg miały miejsce w latach 2000–2008, tj. przed datą przyjęcia uchwały Sądu Najwyższego z dnia 28 sierpnia 2008 r., III CZP 75/08, która stanowi:

„Postanowienie regulujące kontakty rodziców z dzieckiem, nakazujące wydawanie dziecka przez rodzica, któremu powierzono wykonywanie władzy rodzicielskiej, oraz zobowiązujące drugiego rodzica do odprowadzania dziecka, podlega wykonaniu w postępowaniu unormowanym w art. 598¹ i nast. Kodeksu postępowania cywilnego”.

Mając na uwagi powyższe, Trybunał uznał, że w przedmiotowej sprawie skarżący w prowadzeniu swoich spraw wykazał należyłą staranność i podjął wszystkie możliwe kroki, jakie mógł podjąć w tej sytuacji, celem wyegzekwowania nakazów sądowych regulujących jego kontakty z dzieckiem.

Reasumując, Trybunał stwierdził, iż w przedmiotowej sprawie władze państwowe nie wypełniły obowiązku udzielenia skarżącemu natychmiastowej i skutecznej pomocy, która umożliwiłaby mu egzekwowanie jego praw rodzicielskich, w związku z czym naruszony został artykuł 8 Konwencji.

W sprawie Trybunał zastosował art. 41 Konwencji, który stanowi:

„Jeśli Trybunał stwierdzi, że nastąpiło naruszenie Konwencji lub jej protokołów, oraz jeśli prawo wewnętrzne zainteresowanej Wysokiej Układającej się Strony pozwala tylko na częściowe usunięcie konsekwencji tego naruszenia, Trybunał orzeka, gdy zachodzi taka potrzeba, słuszne zadośćuczynienie pokrzywdzonej stronie”.

W konsekwencji Trybunał uznał, że skarżący poniósł szkodę niemajątkową i tytułem zadośćuczynienia przyznał mu kwotę 5000 euro (skarżący domagał się kwoty 10 000 euro).

Opracowała: Marta Pisarska

Rozmowa Martyny Bundy z dr Magdaleną Arczewską pt. „Rodzina do cywila” (tygodnik „Polityka” z 4 września 2010 r.)

Wywiad poświęcony jest aktualnej sytuacji sądownictwa rodzinnego, związanej z planami zmian w ustawie o sądach powszechnych*.

M. Arczewska informuje, że sędziowie orzekający w sprawach rodzinnych nadal mają orzekać w tych sprawach, będąc jednak zatrudnionymi w wydziałach cywilnych, co ocenia jako katastrofę. Co prawda struktura sądownictwa jest sprawą drugorzędną, ale zostaje przerwana praktyka zapoczątkowana w latach 70-tych, której celem było lepsze służenie rodzinie przez sędziów wyspecjalizowanych w newralgicznych życiowo sprawach rodziny i dziecka. Zauważa także, że sędziowie rodzinni często posiadają dodatkową wiedzę z zakresu psychologii, resocjalizacji, w szczególności wiedzę o mechanizmach uzależnień, przemocy w rodzinie, psychologii dziecka krzywdzonego itp., która jest pożądana w tej pracy, a której nie mogli posiadać na aplikacji sędziowskiej. M. Arczewska zwróciła uwagę, że posiadanie tej wiedzy w sprawach rodzinnych jest koniecznością i kwestią innej filozofii prawa.

W dalszej kolejności M. Arczewska wskazała różnice między sądami rodzinnymi a cywilnymi oraz skutki zastępowania orzekania w sprawach rodzinnych przez cywilistów. Podkreśliła charakter spraw rodzinnych, które nie kończą się wraz z uprawomocnieniem się wyroku, lecz podlegają wykonaniu i dalszej kontroli przez tego sędziego, albo wracają po jakimś czasie do sądu rodzinnego. W każdej takiej sprawie trzeba zapoznać się z opinią biegłego, spotkać z kuratorem by wydać decyzję, która na przykład zaważy na całym życiu dziecka.

M. Arczewska wspomniała tylko, że Niemcy, którzy w tym samym czasie co Polska powołali wyodrębnione sądownictwo rodzinne, poszli w kierunku przeciwnym niż my, przekazując więcej spraw z sądów cywilnych do sądów rodzinnych, m.in. w zakresie adopcji, spraw majątkowych, przemocy w rodzinie. Niemcy ocenili zatem, że w tych sprawach konieczna jest inna wrażliwość i szersza wiedza z dyscyplin pozaprawnych, ale służących właściwemu stosowaniu prawa.

Opracowanie: redakcja

* M. Bunda, *Rodzina do cywila*, „Polityka” 2010, Nr 36. Polecić też należy wcześniejszy wywiad z dr M. Arczewską z dnia 9 maja 2009 r.: E. Winnicka, *Sędziowie od życia*, „Polityka” 2009, Nr 19. Drugi artykuł pisany był w okolicznościach obchodów jubileuszu XXX-lecia istnienia w Polsce sądownictwa rodzinnego (tekst dostępny na stronach internetowych „Polityki”). Obydwa artykuły przybliżają problem orzekania w sprawach rodzinnych oraz sytuację sędziego rodzinnego.