


RODZINA I PRAWO

Nr 19 2011



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 22 810 26 04

Nakład: 1700 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 hab. Tomasz Justyński, prof. Uniwersytetu M. Kopernika w Toruniu
W sprawie tzw. opieki naprzemiennej 5
- Dr Joanna Kosińska-Wiercińska, adwokat, członek Izby Adwokackiej
w Warszawie
**Władza rodzicielska nad małoletnim dzieckiem w razie rozwodu
rodziców na tle prawa amerykańskiego** 12
- Marta Barbara Dunajska, sędzia Sądu Rejonowego w Mławie,
doktorantka Instytutu Nauk Prawnych PAN
**Rozważania o wykonywaniu postanowienia o ustaleniu kontaktów
z dzieckiem w świetle uchwały Sądu Najwyższego z dnia 28 sierpnia
2008 r. (III CZP 75/08)** 33
- Robert Marek Bęlczański, asystent sędziego Sądu Najwyższego
**Wykładnia art. 33 pkt 2 k.r.o. w odniesieniu do przedmiotów
majątkowych nabytych w wyniku działu spadku** 47
- Robert Zegadło, sędzia Sądu Okręgowego w Warszawie,
del. do Ministerstwa Sprawiedliwości
Dziecko w postępowaniach sądowych i administracyjnych 57
- Karolina Borkowska
Prawo dziecka do wypowiedzi w prawie międzynarodowym i krajowym
(Autorka jest laureatką III nagrody za pracę pt. „Prawo dziecka
w sprawach rozpoznawanych przez sądy rodzinne” w konkursie
organizowanym przez Helsińską Fundację Praw Człowieka na
najlepszą pracę magisterską) 67

PRAWO RODZINNE W EUROPIE WSPÓŁPRACA MIĘDZYNARODOWA SĄDÓW

- Wyciąg z niemieckiej ustawy o postępowaniu w sprawach rodzinnych
i sprawach niespornych (nieprocesowych)** 77

PROJEKTY

- Zmiany w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, Kodeksie postępowania
cywilnego oraz ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich
wprowadzane ustawą o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej** . . 81

ORZECZNICTWO

Wybrane orzeczenia Sądu Najwyższego z I kwartału 2011 r. oraz z 2010 r. . . .	91
Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2010 r. (III CZP 99/10) . . .	94
Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 grudnia 2010 r. (III CZP 107/10) . . .	98

WARTO PRZECZYTAĆ

Grażyna Nauka, Instytut Badań DNA

Tomasz Justyński, *Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011

104

SPRAWOZDANIA I INFORMACJE

Program Konferencji Instytutu Badań DNA oraz Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka Sejmu RP „Rodzina a prawo i sąd rodzinny” pod honorowym patronatem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej Bronisława Komorowskiego w dniach 30 maja–1 czerwca 2011 r. w Warszawie	108
Ramowy program XIII Kongresu Stowarzyszenia Sędziów Sądów Rodziny w Polsce pt. „Rodzina w dobie otwartych granic” pod honorowym patronatem Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego Stanisława Dąbrowskiego w dniach 11–15 września 2011 r. w Zakopanem	112

Tomasz Justyński

W sprawie tzw. opieki naprzemiennej

1. Uwagi wprowadzające

W zagranicznych porządkach prawnych już dawno regułą stało się pozostawianie władzy rodzicielskiej obojgu rozwodzącym się rodzicom. Natomiast wyjątkiem od niej, wymagającym stwierdzenia *in concreto*, niewłaściwości takiego rozstrzygnięcia, przyznanie władzy jednemu z rodziców przy ograniczeniu drugiego¹. Odpowiada to coraz silniejszemu na forum zagranicznym, w tym zarówno europejskim, jak i amerykańskim, przekonaniu, że taka właśnie sytuacja jest najbardziej odpowiednia dla dobra dziecka. Najlepiej też gwarantuje interesy obojga rozchodzących się rodziców polegające na utrzymaniu więzi z dzieckiem².

W związku z tym sądy coraz śmieiej orzekają również tzw. „opiekę naprzemianną”. Polega ona na przyznaniu każdemu z rodziców prawa do pieczy nad dzieckiem w określonym czasie w roku (np. stosownie do okoliczności pierwsza połowa roku – matka; druga – ojciec)³.

Właśnie jej, czyli opiece naprzemiennej, warto przyjrzeć się bliżej. Dalsze rozważania poświęcone zostaną zatem ustaleniu sytuacji wyłaniającej się w świetle polskiego prawa rodzinnego (po zasadniczej nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, która dokonała się m.in. w 2008 r.⁴). O ile bowiem powierzenie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom dziecka także w sytuacji porozwodowej od dawna nie budzi wątpliwości, o tyle sprawa dopuszczalności ukształtowania przez sąd „opieki naprzemiennej” dopiero ostatnio zaczęła być szerzej dyskutowana i wzbudziła już kontrowersje.

Istotne dla dalszych rozważań wydaje się zwrócenie uwagi na to, że instytucje: 1) pozostawienia obojgu rodzicom pełnej władzy rodzicielskiej nad ich wspólnymi

¹ Zob. szeroko na ten temat: D. Schwab, *Gemeinsame elterliche Verantwortung – ein Schuldverhältnis?*, FamRZ 2002, s. 1297. W piśmiennictwie polskim por. T. Sokołowski, *Skutki prawne rozwodu*, Wydawnictwo UAM, Poznań 1996, s. 73 i n. oraz 82 i n.

² Niemiecki Trybunał Konstytucyjny (*Bundesverfassungsgericht*) wręcz za niezgodny z Konstytucją uznał § 1671 k.c.n. (w jego dawnym brzmieniu), według którego władzę rodzicielską należało powierzyć jednemu z rodziców. Por. BVerfG 61, s. 358, 374.

³ Por. np. N. Schulze, *Das Umgangsrecht. Die deutsche Reform im Kontext europäischer Rechtsentwicklung*, Duncker & Humblot, Berlin 2001, s. 240.

⁴ Dz. U. z 2008 r. Nr 220, poz. 1431.

nym dzieckiem oraz 2) powierzenia im „opieki naprzemiennej” nie są tożsame. Pozostawienie rozwodzącym się rodzicom nieuszczuplonej władzy rodzicielskiej nie oznacza powstania automatycznie opieki naprzemiennej. Obie figury prawne pozostają w stosunku do siebie w określonej relacji uzależnionej od szczegółowych, obowiązujących w konkretnym porządku prawnym, uregulowań prawnych. W świetle prawa polskiego należałoby postrzegać relację zawierania się. Orzeczenie o pieczy naprzemiennej jest zawsze rozstrzygnięciem o władzy rodzicielskiej. Jednak nie odwrotnie.

Podobnie, niewłaściwe byłoby utożsamianie „władzy naprzemiennej” z „naprzemienną opieką” czy „pieczą naprzemienną”, co, jak się wydaje, ciąży nad rozpoczynającą się w doktrynie polskiej dyskusją⁵. Ta pierwsza, a więc „przemienna władza rodzicielska” jest w świetle prawa polskiego uważana za niedopuszczalną⁶. Przy drugiej natomiast, to nie władza jest „naprzemienna”, a jedynie przebywanie dziecka u posiadających – w każdym czasie – pełnię władzy rodzicielskiej rodziców.

2. Aktualny stan prawny w Polsce

Jak już wspomniano, w świetle regulacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego dopuszczalne jest orzeczenie o pozostawieniu obu rozwodzącym się rodzicom pełnej władzy rodzicielskiej. Od niedawna stanowi o tym wyraźnie przepis art. 58 § 1a k.r.o. (oraz art. 107 § 1 k.r.o. gdy chodzi o orzekanie w późniejszym czasie). Nie nastąpiła tu merytoryczna zmiana. Także w dawnym stanie prawnym za dopuszczalne uznawano zadecydowanie przez sąd o utrzymaniu pełnej władzy rodzicielskiej obojga rodziców. Pogląd taki wyraził Sąd Najwyższy już w wytycznych z 1968 r., podkreślając, że pozostawienie pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rozwiedzionych rodziców wchodzi w grę wówczas, gdy istnieją szanse zgodnego wykonywania przez oboje rodziców władzy rodzicielskiej wspólnie, w sposób odpowiadający dobru dziecka⁷.

W przepisach Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego brak natomiast wyraźnej regulacji prawnej dotyczącej „pieczy naprzemiennej”. Uprzedzając dalszy wywód należy przesądzić, że nie oznacza to niedopuszczalności jej orzeczenia. Podstawę prawną dla ustanowienia przez sąd rodzinny opieki naprzemiennej dawałby art. 58 § 1a (w przypadku rozchodzących się małżonków) oraz art. 107 k.r.o. (jeżeli do orzekania dochodzi w późniejszym czasie).

⁵ Zob. w szczególności: W. Stojanowska [w:] *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza–Wykładnia–Komentarz pod redakcją Wandy Stojanowskiej*, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 46.

⁶ Na ogół przywoływane jest w tym kontekście orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 1952 r., C 414/52, OSN 1952, Nr 2, poz. 47.

⁷ Por. uchwała pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 1968 r., III CZP 70/66 – wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w zakresie stosowania przepisów art. 56 oraz 58 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, OSNCP 1968, Nr 5, poz. 77.

Warto już w tym miejscu wyraźnie zasygnalizować, że oparcia dla ustanowienia opieki naprzemiennej nie należy upatrywać w przepisach oddziału 3 w rozdziale drugim Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego: *Kontakty z dzieckiem*. O przyczynach będzie jeszcze mowa.

3. Pozostawienie wspólnej władzy rodzicielskiej jako przesłanka opieki naprzemiennej

Przesłanką orzeczenia opieki naprzemiennej jest posiadanie przez oboje rodziców pełnej władzy rodzicielskiej. Nie wynika ona wprawdzie wprost z przepisów prawa (ale też nic w tym dziwnego, gdyż opieka naprzemienna nie została *expressis verbis* uregulowana w prawie polskim) jednak można i należy zrekonstruować ją w drodze wykładni. Otóż, jeśli zważyć na to, że powierzenie naprzemiennej pieczy jest przesądzeniem o fragmencie władzy rodzicielskiej (a mianowicie o jej elemencie jaki stanowi piecza nad osobą dziecka, a ta służy jedynie w przypadku pełnej władzy rodzicielskiej i jest jej jądrem), wniosek taki musi być oczywisty. Nie jest zresztą kwestionowany w literaturze. Dlatego nie wymaga rozwinięcia.

W prawie polskim pozostawienie oboju rozchodzącym się rodzicom pełnej władzy rodzicielskiej nie jest, inaczej niż w wielu współczesnych zagranicznych porządkach prawnych, traktowane jako reguła, od której czyni się wyjątkowo odstępstwa. Jej orzeczenie wymaga, w świetle art. 58 § 1a k.r.o., spełnienia dodatkowych przesłanek (chodzi o: zgodny wniosek stron, przedstawienie porozumienia, o którym mowa w § 1 oraz pozytywną prognozę co do współdziałania rodziców w sprawach dziecka). Za regułę uważane jest zatem powierzenie pełni władzy rodzicielskiej tylko jednemu rodzicowi przy, takim czy innym, ograniczeniu władzy drugiego. Należy uznać to za pewien anachronizm, wymagający w przyszłości zmian, w tym również ustawowej natury. Jednak okoliczność ta nie ma zasadniczego znaczenia dla przedmiotowej kwestii. Jej rozwinięcie może zatem zostać pominięte. Dla dalszych ustaleń istotne jest jedynie to, że możliwość taka – czyli pozostawienie oboju rodzicom pełni władzy rodzicielskiej – od dawna (a więc jeszcze przed nowelizacją Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 2008 r.) akceptowana jest w polskim prawie rodzinnym.

4. Stanowisko doktryny polskiej

W polskiej doktrynie prawa rodzinnego problem opieki naprzemiennej nie został jeszcze wszechstronnie przedyskutowany. Część autorów, zwykle przy okazji rozważań na temat władzy rodzicielskiej, a czasem w związku z prawem do kontaktów z dzieckiem, *expressis verbis* wyraża przekonanie o dopuszczalności orzeczenia przez sąd – w aktualnym stanie prawnym – opieki naprzemiennej⁸.

⁸ Por. np. J. Gajda [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz pod redakcją prof. dr hab. Krzysztofa Pie-*

Stanowisko zdecydowanie przeciwne zajęła przede wszystkim W. Stojanowska⁹. Autorka ta przeprowadziła obszerną krytykę „opieki naprzemienną”, przytaczając szereg argumentów różnej zresztą wagi. W rezultacie wykluczyła jej dopuszczalność nie tylko ze względu na przekonanie, iż nie służy ona dziecku, ale także, a może nawet: przede wszystkim, z powodów dogmatycznych.

Poglądu W. Stojanowskiej nie sposób podzielić. W moim przekonaniu przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nie wykluczają *de lege lata* instytucji opieki naprzemienną. Warto zatem odnieść się krytycznie do zgromadzonych przez Autorkę argumentów właśnie jurydycznej natury.

Zasadniczego, dogmatycznego powodu przekreślającego dopuszczalność „opieki naprzemienną” W. Stojanowska upatruje w treści art. 113¹ k.r.o. Przepis ten przewiduje mianowicie jedynie dwie sytuacje, w których ustalany jest sposób utrzymywania kontaktów z dzieckiem. Chodzi o: 1) przypadek przebywania dziecka stale u jednego z rodziców (art. 113¹ § 1 k.r.o.) oraz 2) sytuację, w której dziecko nie przebywa u żadnego z nich. Rzeczywiście trudno zaprzeczyć, że nie ma tu mowy o tym, jak ustalane mają być kontakty z dzieckiem wówczas, gdy naprzemiennie przebywa u obojga rodziców (a zatem raz u jednego, a raz u drugiego). Może to, *prima facie*, skłaniać do wniosku, przyjętego przez Autorkę, że tego rodzaju piecza została przez ustawodawcę wykluczona (albo przynajmniej, że nie została przez prawodawcę przewidziana; wtedy jednak przyczyny oraz w szczególności konsekwencje pominięcia można różnie interpretować o czym będzie jeszcze mowa).

Wniosek, do którego dochodzi na tle sformułowań art. 113¹ k.r.o. W. Stojanowska nie jest jednak słuszny, o czym można łatwo przekonać się. Przeciwno niemu przemawia w szczególności spostrzeżenie, że rozstrzygnięcie sądowe wprowadzające pieczę naprzemienną (opiekę naprzemienną) nie jest uregulowaniem kwestii kontaktów z dzieckiem ale układa się w płaszczyźnie władzy rodzicielskiej. Piecza nad dzieckiem jest przecież jednym z integralnych elementów władzy rodzicielskiej (obok pieczy nad majątkiem oraz reprezentacji dziecka¹⁰). Orzeczenie o powierzeniu opieki naprzemienną nie może być zatem traktowane jako uregulowanie prawa do kontaktów z dzieckiem i właśnie **dlatego zostało pominięte w treści art. 113¹ k.r.o.** (ulożonego w oddziale 3 rozdziału II „*Kontakty z dzieckiem*”, a za-

trykowski, C. H. Beck, Warszawa 2010, s. 963; R. Zegadło [w:] *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem pod redakcją Jacka Ignaczewskiego*, C. H. Beck, Warszawa 2010, s. 51 i 52; tenże, *Miejsce zamieszkania, miejsce pobytu, miejsce zwykłego (stałego) pobytu dziecka oraz piecza naprzemienna*, „Rodzina i Prawo” 2011, Nr 17–18, s. 13; T. Justyński, *Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011, s. 241.

⁹ W. Stojanowska [w:] *Nowelizacja prawa...*, s. 46.

¹⁰ W piśmiennictwie zagranicznym nie ma wątpliwości, że właśnie w ramach elementu „piecza nad dzieckiem” mieści się prawo do decydowania o miejscu pobytu dziecka, któremu (również w prawie polskim) odpowiada prawo do domagania się wydania dziecka od osoby nieuprawnionej. Por. w literaturze niemieckiej np. W. Schlüter, *BGB – Familienrecht*, C. F. Müller, Heidelberg 2009, s. 257.

tem dotyczącego wyłącznie kontaktów nie zaś pieczy). Właściwe dla ustanowienia opieki naprzemiennej są przepisy dotyczące władzy rodzicielskiej. Wśród tych natomiast brak normy wykluczającej ukształtowanie przez sąd pieczy naprzemiennej.

Zdaniem W. Stojanowskiej, orzeczeniu przez sąd opieki naprzemiennej stoi na przeszkodzie także **dobro dziecka** (można dodać: „zawsze”). Autorka uważa, że ten sposób uregulowania pieczy jest *ex definitione*: „*wyjątkowo niebezpieczny dla dziecka, gdyż w praktyce rodzice tracą nad nim kontrolę. Nieobecność dziecka u jednego z rodziców może być przez niego tłumaczona w ten sposób, że dziecko przebywa u drugiego, a w rzeczywistości może znajdować się ono w miejscu, w którym nie powinno przebywać, a w dodatku w godzinach nocnych*”¹¹. Oczywiście, w każdym przypadku orzekania o władzy rodzicielskiej sąd zobowiązany jest kierować się dobrem dziecka. Jeśli nie pozwoli ono na opiekę naprzemienną, nie można będzie o niej orzec. Jednak nie sposób podzielić zapatrywania, że opieka naprzemienna za wsze godzi w dobro dziecka. Dobro dziecka należy bowiem oceniać *in concreto*. A więc w świetle okoliczności indywidualnego przypadku. Na tle tych właśnie realiów może okazać się, że będzie to rozwiązanie najlepsze dla konkretnego dziecka w konkretnych okolicznościach (a więc zważywszy przede wszystkim na jego wiek, ale także na silne przywiązanie do obojga rodziców, bliskie zamieszkiwanie, pracę rodziców w delegacjach itd.). Czynienie abstrakcyjnych uogólnień nie może być tutaj uznane za właściwe. Dodatkowo wniosek ten wspiera spostrzeżenie prawnoporównawcze. Otóż opieka naprzemienna orzekana jest, jak już wspomniano, w zagranicznych porządkach prawnych. Nie sposób byłoby zatem racjonalnie utrzymywać, że nie rozpoznano tam niebezpieczeństw związanych z tym sposobem orzeczenia o władzy rodzicielskiej.

Kolejnego argumentu przeciwko „pieczy naprzemiennej” W. Stojanowska upatruje w konieczności określenia **miejsca zamieszkania dziecka**. Również ten kontrargument nie może przekreślać dopuszczalności pieczy naprzemiennej. Obowiązek ten nie został, co przyznaje również Autorka, wyraźnie nałożony na sąd rodzinny. Ustawodawca w trakcie prac legislacyjnych odrzucił sugestię jego wprowadzenia (zdanie obligujące sąd do ustalenia miejsca pobytu dziecka przy orzekaniu o pozostawieniu władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom zostało skreślone¹²). Chociaż, oczywiście, należy zgodzić się ze spostrzeżeniem, że dziecko powinno mieć określone miejsce zamieszkania. Na gruncie prawa cywilnego sprawę *expressis verbis* regulują więc jedynie przepisy części ogólnej Kodeksu cywilnego (w szczególności art. 26 § 2 k.c.). Trzeba jednak zwrócić uwagę na szerokie, cywilnoprawne (przy tym w zasadzie głównie zobowiązaniowe) znaczenie miejsca zamieszkania dziecka, nie zaś na jego rodzinnoprawną doniosłość. Konieczność określenia „jednego” stałego miejsca zamieszkania dziecka nie może być zatem traktowa-

¹¹ W. Stojanowska [w:] *Nowelizacja prawa...*, *loc. cit.*, s. 46.

¹² Zob. szerzej: W. Stojanowska, *op. cit.*, s. 47.

na jako rodzinnoprawna przeszkoda na drodze orzeczenia opieki naprzemiennej. W obecnym stanie prawnym można dyskutować czy określenie miejsca zamieszkania dziecka w przypadku wspólnej władzy rodzicielskiej jest obowiązkiem sądu orzekającego rozwód (czy też powinno raczej następować przy innych okazjach, w miarę rzeczywistej potrzeby). Jestem zdania, że nie¹³. Nawet jednak przyjmując, że tak jest, czyli, że na sędzie ciąży taka powinność, sprawa wydaje się stosunkowo prosta. Otóż rodzice, gdyż na nich musiałby spoczywać ciężar wskazania miejsca zamieszkania dziecka, musieliby – decydując się na zaproponowanie sądowi opieki naprzemiennej – wskazać miejsce „bardziej stałego” zamieszkania dziecka. Warto również pamiętać o różnicach w cywilnoprawnym i administracyjnoprawnym pojmowaniu „miejsca zamieszkania” (w prawie cywilnym nie chodzi o adres ale jedynie o miejscowość) czyniących, że w wielu przypadkach sprawa pozbawiona będzie doniosłości praktycznej (szczególnie w przypadku zamieszkiwania obojga rodziców w tej samej miejscowości).

W. Stojanowska pisze również, że w przypadku dopuszczenia opieki naprzemiennej „*trudno byłoby sobie wyobrazić realizację któregośkolwiek punktu wymienionego w art. 113 zn. 2 § 2 k.r.o. katalogu sposobów ograniczenia kontaktów z dzieckiem. W szczególności przewidziany w pkt. 2 tego katalogu «zakaz zabierania dziecka poza miejsce stałego pobytu» trudno pogodzić z przebywaniem dziecka u obojga rodziców, skoro dziecko u żadnego z nich stale nie przebywa*”¹⁴. Otóż przynajmniej z dwóch powodów również to spostrzeżenie nie jest trafne. Po pierwsze, skoro już istnieje potrzeba ograniczenia styczności z dzieckiem, np. tego rodzaju jak sposoby wskazane w art. 113² § 2 k.r.o., to można mieć uzasadnione wątpliwości co do tego, czy opieka naprzemienna powinna mieć miejsce. Po drugie, również tutaj należy pamiętać o tym, że opieka naprzemienna jest rodzajem rozstrzygnięcia dotyczącego władzy rodzicielskiej, nie zaś prawa do kontaktów. Ewentualną podstawę do ingerencji dawałby zatem w szczególności przepis art. 109 k.r.o., nie zaś art. 113² § k.r.o.

5. Konkluzje

Wprawdzie w prawie polskim brak jest wyraźnych regulacji prawnych dotyczących opieki naprzemiennej, jednak dopuszczalność jej orzeczenia przez sąd rodzinny nie powinna budzić wątpliwości. W każdym razie z pewnością brak jest w tym zakresie przeszkód natury jurystycznej. Podstawę prawną dla jej ustalenia dają obecnie przepisy art. 58 k.r.o. (w przypadku rozwodzających się rodziców) oraz art. 107 § 1 k.r.o. (w razie późniejszego niezależnego od rozwodu orzekania). Nie stanowią jej natomiast unormowania oddziału 3 w rozdziale drugim Kodeksu ro-

¹³ Zob. przekonująco na ten temat R. Zegadło, *Miejsce zamieszkania...*, s. 5 i n.

¹⁴ W. Stojanowska [w:], *Nowelizacja prawa...*, loc. cit., s. 281.

dzinnego i opiekuńczego. Decydowanie o opiece naprzemiennej nie jest bowiem orzekaniem o kontaktach z dzieckiem, ale rozstrzygnięciem układającym się w płaszczyźnie władzy rodzicielskiej.

Oczywiście, przekonanie o dopuszczalności takiego uregulowania, czyli ukształtowania opieki naprzemiennej, nie oznacza jego afirmacji. Z modelem tym z całą pewnością mogą wiązać się dodatkowe komplikacje i poważne niebezpieczeństwa. Zatem orzekany powinien być jedynie wyjątkowo (!) i szczególnie rozważnie. Trzeba zawsze pamiętać o dobru dziecka. To ono i jego interesy muszą stać w centrum uwagi sądu orzekającego. Zasadą powinno nadal pozostać powierzenie stałej pieczy nad dzieckiem tylko jednemu z rodziców.

Nie sposób jednak podzielić zapatrywania, jakoby opieka naprzemienna miała zawsze (*ex definitione*) godzić w dobro dziecka i z tego powodu wykluczać jej dopuszczalność. Tego rodzaju założenie obarczone jest błędem polegającym na lekceważeniu indywidualnych okoliczności sprawy. A przecież o dobru konkretnego dziecka nie można wyrokować abstrakcyjnie. W konkretnym przypadku taka forma sprawowania pieczy nad dzieckiem może okazać się najlepszym (z praktycznie możliwych), również dla dziecka, rozwiązaniem.

Władza rodzicielska nad małoletnim dzieckiem w razie rozwodu rodziców na tle prawa amerykańskiego

I. Wstęp

Regulacja prawna władzy rodzicielskiej nad małoletnimi dziećmi rozwodzących się rodziców została w Polsce znowelizowana w 2008 r.¹. Dokonane zmiany świadczą m.in. o tym, że dotychczasowe ujęcie normatywne było postrzegane jako nie w pełni satysfakcjonujące. Dostępne sądy rozwodowemu prawne rozwiązania w zakresie powierzenia władzy rodzicielskiej nie w każdym przypadku gwarantowały, że rozstrzygnięcie konkretnej sprawy będzie zgodne z poczuciem słuszności².

Dylemat polskiego ustawodawcy polegający na tym, jak uregulować kwestię powierzenia władzy rodzicielskiej w razie rozwodu rodziców, ażeby odpowiadała ona poczuciu słuszności i pozwalała na poszanowanie interesów stron postępowania oraz dziecka, którego pieczy ono dotyczy ma charakter uniwersalny. Był i nadal jest on obecny w innych systemach prawnych, również w tych, które – jak prawo amerykańskie³ – *prima facie*, mogą wydawać się dość odległe w stosunku do rozwiązań polskiego Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Owa rozbieżność systemowa nie okazała się jednak zbyt poważna, skoro polskiemu ustawodawcy udało się uwzględnić doktrynalny postulat przeniesienia na polski grunt amerykańskiej koncepcji „planu wychowawczego”⁴. Dokonanie przez polskiego ustawodawcę owego „przeszczepu” skłania do bliższej analizy rozwiązań, dotyczących opieki nad dziećmi po rozwodzie rodziców, przewidzianych w prawie amerykańskim. Będzie ona tematem tego artykułu.

¹ Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, art. 1 (Dz. U. Nr 220, poz. 1431).

² Por. m.in. uwagi W. Stojanowskiej, *Ochrona dobra dziecka rozwodzących się rodziców – „plan wychowawczy” według koncepcji stosowanej w USA i postulat przeniesienia jej na grunt polskiego prawa rodzinnego*, „Rodzina i Prawo” 2009, Nr 12, s. 36 i n.

³ Każdy amerykański stan ma własne ustawodawstwo w zakresie prawa rodzinnego. Często pozostaje ono pod znacznym wpływem regulacji modelowej, jaką jest *Uniform Marriage and Divorce Act* (zwanej dalej: „UMDA”) i przyjmowane w poszczególnych stanach rozwiązania są dość podobne. Dlatego określenie „prawo amerykańskie”, choć stanowi uproszczenie, nie powinno zostać uznane za błędne. Por. L. D. Elrod, M. D. Dale, *Paradigm shifts and pendulum swings in child custody: the interests of children in the balance*, „Family Law Quarterly” 2008–2009, Nr 42, s. 2.

⁴ W. Stojanowska, *op. cit.*, s. 36 i n. oraz W. Stojanowska [w:] *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza–Wykładnia–Komentarz pod red. W. Stojanowskiej*, wyd. 1, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 72–73 (przytoczone tam uzasadnienie projektu nowelizacji prawa rodzinnego z 2006 r.).

W drugiej połowie XX wieku w USA zaczęła gwałtownie rosnąć liczba rozwodów, w tym osób mających wspólne małoletnie dzieci. W rezultacie, zwłaszcza od początku lat 80-tych XX wieku, znacznie zwiększyła się liczba sporów, w ramach których sądy stawały przed koniecznością rozstrzygnięcia kwestii władzy rodzicielskiej nad małoletnimi dziećmi stron⁵. Tymczasem tego rodzaju orzeczenia sędziowie wydawali niechętnie, a w każdym razie z towarzyszącym temu działaniu poczuciem istotnego dyskomfortu psychicznego⁶. Uczestniczący w badaniach sędziowie wskazywali na kilka przyczyn tego zjawiska, z czego jako podstawową wymieniali zbyt dużą dyskrejonalną władzę sędziego w tym zakresie. Drugim powodem okazał się jednoczesny brak jasnych i szczegółowych kryteriów ustawowych mogących stanowić podstawę do wydania orzeczenia. Sędziowie często przyznawali, że czują poważne obawy przed wydaniem rozstrzygnięcia m.in. dlatego, że brak im wykształcenia i dostatecznej wiedzy w dziedzinie psychologii, rozwoju dziecka, czy szerzej nauk społecznych, co może powodować, że decyzje odnoszące się do przyszłości dziecka mogą być traktowane jedynie jako mocno niepewne przypuszczenia, obarczone dużym ryzykiem błędu. Sędziowie wskazywali, że nie są w stanie przewidzieć skutków swoich decyzji. Dodatkowo podnosili, że w braku innych kryteriów o ich decyzjach przesądzały ich własne poglądy na temat tego co jest dobre dla dziecka, zasady życiowe, wyznawany systemem wartości. Jeden z ankietowanych posunął się nawet do stwierdzenia, że wolałby wydać wyrok dożywotniego więzienia niż rozstrzygnąć o przyszłości dziecka⁷.

Tego typu wyniki badań stały się argumentem za tezą lansowaną przez znaczną część doktryny amerykańskiej, że rozwiązania dotyczące przyznawania władzy rodzicielskiej⁸ w przypadku rozwodu są niezadowolające i wymagają reformy⁹. Skoro zatem w pewnym momencie okazało się, że istniejący system wymaga naprawy, trzeba choćby w zarysie przedstawić etapy jego rozwoju, zasadnicze koncepcje i ich przemiany. W tym artykule przedstawię rozwój rozwiązań, które przyjmowano w prawie amerykańskim w kwestii władzy rodzicielskiej nad małoletnim dzieckiem na wypadek rozwodu rodziców od XIX wieku do chwili obecnej. W kolejnych punktach przedstawię bardziej szczegółowo pojęcia mające współcześnie największe

⁵ A. Charlow, *Awarding custody: the best interests of the child and other fictions*, „Yale Law & Policy Review” 1986–87, Nr 5, s. 289.

⁶ A. Charlow, *op. cit.*, s. 269–272, przypis 5; J. Elster, *Solomonic judgments: against the best interest of the child*, „The University of Chicago Law Review” 1987, Nr 54, s. 2.

⁷ A. Charlow, *op. cit.*, s. 272, przypis 5 i 31.

⁸ W prawie amerykańskim odpowiednikiem pojęcia władzy rodzicielskiej jest termin „*custody of the child*”. Pod pojęciem „*custody*” rozumie się pieczę, kontrolę i utrzymywanie dziecka, która może być przyznana w przypadku rozwodu jednemu z rodziców. Zob. E. B. Hutchison, *Improving custody law in Virginia without creating a rebuttable presumption of joint custody*, „William & Mary Journal of Women and the Law” 1996, Nr 4, s. 523.

⁹ A. Charlow, *op. cit.*, s. 272–273, przypis 5. Por. także M. Fineman, *Dominant discourse, professional language and legal change in child custody decisionmaking*, „Harvard Law Review” 1988, T. 101, Nr 4, s. 748, przypis 92.

znaczenie przy rozstrzyganiu sporów o pieczę nad dzieckiem, tj. pojęcie *best interest (welfare)* – najlepszego interesu (dobra) dziecka oraz tzw. *joint custody*, którą zwykło nazywać się w polskiej literaturze przedmiotu pieczą naprzemienną.

Z powołaniem się na rozwiązania amerykańskie ustawodawca wprowadził do polskiego systemu prawnego koncepcję porozumienia o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem (planu wychowawczego). Jednocześnie wprowadzono zasadę przyznawania przez sąd władzy rodzicielskiej nad dzieckiem po rozwodzie w całości jednemu z rodziców. Powierzenie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom jest możliwe tylko wtedy, gdy sąd zaakceptuje zawarte przez rodziców porozumienie w sprawie pieczy nad dzieckiem. Możliwość powierzenia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom, w tym w szczególności w formie *joint custody* (pieczy naprzemiennnej) w braku ich porozumienia jest wyłączona. Tymczasem *sole custody* (powierzenie pełnej władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców) w prawie amerykańskim zostało dawno zarzucone jako preferowany model ponieważ uznano, że jest zwykle niekorzystne dla dziecka. Od wielu lat to *joint custody* jest rozwiązaniem preferowanym. Polski ustawodawca wprowadzając do naszego systemu prawnego instytucję planu wychowawczego (czyli porozumienia rodziców w sprawie wykonywania władzy rodzicielskiej nad wspólnym małoletnim dzieckiem stron) tego nurtu nie dostrzegł lub go zlekceważył. Podobne stanowisko prezentuje się w polskiej literaturze. W moim przekonaniu niesłusznie. Ten artykuł ma stanowić próbę uzasadnienia mojego poglądu.

II. Zasady przyznawania władzy rodzicielskiej nad małoletnim dzieckiem po rozwodzie w prawie amerykańskim w ujęciu dynamicznym

W początkowym okresie, pod wyraźnym wpływem prawa angielskiego, w orzecznictwie amerykańskim przyjmowano, że w przypadku rozwodu rodziców pełnię władzy rodzicielskiej nad małoletnim dzieckiem należy przyznać ojcu dziecka¹⁰. Był to rezultat stosowania doktryny *paternal familis*¹¹. Postrzegala ona ojca jako głowę rodziny, jedynego dysponenta całej władzy w rodzinie, w tym władzy nad dziećmi¹². Władza ojca dotyczyła nawet prawa do decydowania o życiu dziecka¹³. Pełni władzy ojca nad dzieckiem odpowiadał obowiązek łożenia na jego utrzymanie¹⁴. Skoro ojciec utrzymywał dzieci i przyczynił się do ich przyjścia na świat, to miał do nich prawo porównywane niekiedy, ze względu na swe znaczenie, do prawa

¹⁰ Por. E. B. Hutchison, *op. cit.*, s. 532, przypis 8.

¹¹ Por. M. Fineman, *op. cit.*, s. 737; J. Redwine, *In Re A.R.B.: toward a redefinition of the best interests standard in Georgia child custody cases*, „Georgia State University Law Review” 1994–95, Nr 11, s. 713.

¹² J. Elster, *op. cit.*, s. 8–9, przypis 6.

¹³ A. Charlow, *op. cit.*, s. 267, przypis 5.

¹⁴ M. Fineman, *op. cit.*, s. 737, przypis 11.

własności¹⁵. Domniemania na rzecz przyznania ojcu pełni władzy nad dzieckiem po rozwodzie w praktyce prawie nie można było obalić¹⁶. Ojciec mógł być uznany za niezdátnego do sprawowania opieki nad dzieckiem w wyjątkowych przypadkach. Należały do nich dobrowolne zrzeczenie się praw do dziecka, zgoda na adopcję dziecka, wyrzeczenie się dziecka przez jego porzucenie, okrutne traktowanie, zły charakter, niemoralne náłogi lub niezaspokojenie podstawowych potrzeb dziecka. W razie ustalenia takich okoliczności sąd mógł, w przypadku rozwodu rodziców, przyznać prawo do dziecka osobie innej niż ojciec¹⁷.

Z czasem ta linia orzecznictwa zaczęła się zmieniać. Dostrzeżono, że dziecko nie stanowi „własności” ojca ani innej osoby ale jest odrębną jednostką zasługującą na uwzględnienie jej własnych potrzeb. Celem postępowania w sprawie powierzenia władzy rodzicielskiej nad małoletnim dzieckiem zaczęło stawać się ustalenie tego, co leży w najlepszym interesie dziecka (*best interest of the child*), jakie jest jego dobro (*welfare*)¹⁸. Inne względy zaczęły schodzić na dalszy plan¹⁹.

Poglądy na temat podstaw dokonywania ustaleń, co leży w najlepszym interesie dziecka również ewoluowały. Można wskazać tytułem przykładu, że początkowo, jednym z istotnych czynników, które sądy brały pod uwagę rozstrzygając o powierzeniu władzy nad dzieckiem było ustalenie osoby winnej rozpadu małżeństwa. W prawie amerykańskim do II połowy XX wieku nie znano bowiem rozwodu bez orzekania o winie²⁰. Uznawano, że rodzic odpowiedzialny za rozpad małżeństwa nie będzie właściwym opiekunem dla małoletniego dziecka²¹, a więc że interes dziecka wymaga powierzenia władzy rodzicielskiej rodzicowi, któremu nie można przypisać winy (tzw. *fault based principle*)²². Pozbawionym władzy rodzicielskiej mógł być na tej podstawie albo ojciec albo matka dziecka²³.

¹⁵ *Ibidem.*; L. D. Elrod, M. D. Dale, *op. cit.*, s. 4, przypis 3; E. B. Hutchison, *op. cit.*, s. 527 i 532, przypis 8.

¹⁶ D. L. Chambers, *Rethinking the substantive rules for custody disputes in divorce*, „Michigan Law Review” 1984–85, Nr 83, s. 515, przypis 126 i podana tam literatura.

¹⁷ J. Redwine, *op. cit.*, s. 721, przypis 11.

¹⁸ Przyjmuje się, że pierwszym orzeczeniem, w którym podjęto decyzję na podstawie kryterium najlepszego interesu (dobra) dziecka był wyrok Sądu Najwyższego Pensylwanii z 1813 r., w którym sąd przyznał władzę rodzicielską matce, mimo że popełniła ona cudzołóstwo. Sąd uznał, że będzie ona najlepszym opiekunem małych dzieci. Zob. J. Redwine, *op. cit.*, s. 714, 721–722.

¹⁹ Por. E. B. Hutchison, *op. cit.*, s. 527, 533.

²⁰ Rozwód bez orzekania o winie (*no fault divorce*) wprowadzono po raz pierwszy w stanie Kalifornia w latach 70-tych XX wieku. Stopniowo rozwiązanie to wprowadziły także inne amerykańskie stany. Zob. M. Fineman, *op. cit.*, s. 741.

²¹ Na temat wpływu rozwodu z orzekaniem o winie na kwestię władzy rodzicielskiej i inne rozstrzygnięcia sądu rozwodowego por. także H. H. Kay, *No-fault divorce and child custody: chilling out the gender wars*, „Family Law Quarterly” 2002, Nr 30, s. 30.

²² J. Elster, *op. cit.*, s. 8; M. Fineman, *op. cit.*, s. 741; zob. też D. L. Chambers, *op. cit.*, s. 480 o domniemaniu przeciwko rodzicowi, który dopuścił się cudzołóstwa.

²³ Słynny sędzia angielski Lord Denning jeszcze w 1962 r. twierdził, że przyznanie ojcu praw do dziecka (a odebranie matce, która dopuściła się cudzołóstwa) jest kwestią „prostej sprawiedliwości” i że „choć dobro dziecka jest podstawowym przedmiotem rozważań, to wymogi sprawiedliwości nie mogą nie być pominięte”. Przytaczam za J. Elster, *op. cit.*, s. 8.

Nowe podejście opierające się na podstawie, którą zaczęto stanowić pojęcie dobra dziecka spowodowało, że prawo do opieki nad dzieckiem coraz częściej przyznawano matce, jako osobie, która, zdaniem sądów (co było odzwierciedleniem powszechnych wówczas poglądów) najlepiej spełniała funkcje opiekuńcze i realizowała potrzeby dziecka. Wykształciło się wówczas domniemanie tzw. „wrażliwych lat” (*tender years presumption*). Oznaczało ono, że dobro małego dziecka (zwykle pod tym pojęciem rozumiano dzieci w wieku do lat 7)²⁴, niezależnie od jego płci wymaga oddania go pod opiekę matki²⁵. Było to domniemanie wrzuszalne. Można je było obalić wykazując, że matka jest osobą, która nie nadaje się do zajmowania się dzieckiem (np. porzuciła dziecko, zaniedbywała je, cudzołożyła etc.)²⁶.

Równolegle w orzecznictwie amerykańskim wykształciło się inne domniemanie, które, choć z pozoru neutralne z punktu widzenia płci, to jednak w praktyce ze względu na realia życia społecznego i rodzinnego XIX i pierwszej połowy XX wieku (w uproszczeniu: pracujący ojciec, niepracująca matka zajmująca się domem i dziećmi) powodowało, że opieka w przeważającej liczbie spraw była przyznawana matce. Było to **domniemanie na rzecz podstawowego opiekuna** (*primary caretaker*), czyli osoby sprawującej całkowitą lub częściową, ale przeważającą część bezpośredniej opieki nad dzieckiem. W zakres opieki wchodziły zazwyczaj karmienie, dbanie o higienę osobistą dziecka, o jego ubrania, organizowanie czasu wolnego, sprawowanie kontroli nad opieką medyczną itd., a więc codzienna piecza nad dzieckiem (*day-to-day care*).

Do drugiej połowy XX wieku sądy znacznie częściej przyznawały prawo do opieki nad dziećmi matce, zwłaszcza nad dziećmi młodszymi, które nie rozpoczęły nauki w szkole. Zdaniem niektórych autorów doszło nawet do powstania domniemania lub przynajmniej silnej preferencji na rzecz matki²⁷. Przyznając władzę

²⁴ W XX wieku niektóre sądy rozszerzały pojęcie *tender years* na wiek 13–14 lat. Zob. E. B. Hutchison, *op. cit.*, s. 527; M. Fineman, *op. cit.*, s. 738.

²⁵ J. Redwine, *op. cit.*, s. 716–717. Por. też E. B. Hutchison, *op. cit.*, s. 533–535. Podobnie stanowisko było prezentowane w polskim orzecznictwie – zob. orz. Sądu Najwyższego Izba Cywilna z dnia 21 listopada 1952 r., C. 1814/52: „Nie bez znaczenia dla tego rozstrzygnięcia jest wiek dziecka. Zwłaszcza w okresie niemowlęctwa i wczesnego dzieciństwa wskazane jest, by dziecko pozostawało pod pieczą matki. Do sprawowania bowiem pieczy szczególnie w tym okresie predestynuje matkę konstytucja psychiczna, większa jej uczuciowość i skłonność do tak potrzebnych dziecku zewnętrznych wyrazów uczuciowego stosunku łączącego je z rodzicami, właściwa jej troska o zaspokojenie codziennych potrzeb życiowych dziecka”.

²⁶ J. Elster, *op. cit.*, s. 9; M. Fineman, *op. cit.*, s. 738. Por. E. B. Hutchison, *op. cit.*, s. 527.

²⁷ Por. L. D. Elrod, M. D. Dale, *op. cit.*, s. 4–5; K. T. Bartlett, *Preference, presumption, predisposition, and common sense: from traditional custody doctrines to the American Law Institute's Family Dissolution Project*, „Family Law Quarterly” 2002–2003, Nr 36, s. 12.; J. Elster, *op. cit.*, s. 8–9; H. H. Kay, *op. cit.*, s. 29; J. Redwine, *op. cit.*, s. 714; D. L. Chambers, *op. cit.*, s. 480. Zob. w Polsce pochodzące z podobnego okresu orz. Sądu Najwyższego C. 1814/52: „Obserwowane niemal wyłącznie zjawisko takiego podziału funkcji w małżeństwie, że na żonie spoczywa głównie ciężar wychowywania dzieci, zwłaszcza młodszych, ma niewątpliwie źródło między innymi w szczególnej wartości osobistych starań matki o dziecko. Nic nie przemawia

rodzicielską nad dzieckiem matce sądy przyznawały z reguły ojcom prawo do odwiedzin dziecka (*visitation rights*)²⁸, przy czym zwykle ograniczały się one do dwóch weekendów w miesiącu i kilku tygodni w czasie letnich wakacji²⁹.

Druga połowa XX wieku to okres znaczących zmian społecznych: to czas coraz większej aktywności zawodowej kobiet, rozwoju ruchów feministycznych³⁰ i organizacji broniących praw ojców³¹. Jest to okres, w którym zaczęto poddawać krytyce dotychczasowe rozwiązania w kwestii władzy rodzicielskiej i kontaktów w przypadku rozvodu rodziców małoletniego dziecka. Zaczęły pojawiać się żądania, żaby sądy przestały posługiwać się kryteriami, które miałyby zabarwienie dyskryminujące ze względu na płeć.

Te i inne postulaty stworzyły podstawę prac nad reformą prawa rodzinnego. Uwieńczeniem wieloletnich prac stało się sformułowanie UMDA³². Ta modelowa, mająca służyć za wzór dla ustawodawstw stanowych regulacja została przyjęta w 1970 r. przez Narodową Konferencję Komisarzy do Spraw Ujednoczenia Prawa Stanowego (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*). Jej treścią były skodyfikowane reguły dotyczące zagadnień prawa małżeńskiego, w tym służące rozstrzygnięciu powierzania władzy rodzicielskiej nad małoletnimi dziećmi rozwiedzionych rodziców³³. To zagadnienie reguluje § 402 tego aktu. Przepis ten wylicza okoliczności, które sąd musi brać pod uwagę przy ocenie, czego wymaga dobro dziecka (co leży w jego najlepszym interesie), a więc komu i w jakim zakresie, opierając się na tym kryterium, powierzyć władzę rodzicielską i bezpośrednio pieczę nad dzieckiem. Należą do nich: wola rodziców, zdanie dziecka, więzi i relacje dziecka z rodzicami, rodzeństwem i ewentualnie innymi osobami, które odgrywają istotną rolę w życiu dziecka, przywiązanie dziecka do miejsca zamieszkania, szkoły, lokalnej społeczności oraz zdrowie fizyczne i psychiczne

za przyjęciem odmiennych rozwiązań w przypadku orzeczenia rozvodu. Jeśli więc kwalifikacje podmiotowe pozwanej i jej stosunek uczuciowy do dziecka nie nasuwają zastrzeżeń, należy jej powierzyć wykonywanie władzy rodzicielskiej nad synem stron”.

²⁸ L. D. Elrod, M. D. Dale, *op. cit.*, s. 4.

²⁹ J. Redwine, *op. cit.*, s. 711.

³⁰ Niektóre organizacje kobiece postulowały częstsze, względnie częściowe przyznawanie opieki nad dziećmi ojcom jako wyraz równego traktowania kobiet i mężczyzn we wszystkich dziedzinach życia oraz jako szansę na umożliwienie kobietom po rozwodzie rozpoczęcia własnej kariery zawodowej. Por. także M. Fineman, *op. cit.*, s. 738.

³¹ Organizacje broniące praw ojców domagały się częstszego przyznawania prawa do opieki nad dzieckiem po rozwodzie ojcom, jako zdolnym do jej sprawowania na równi z matkami. Wskazywano, że dotychczasowe domniemania są dyskryminujące ze względu na płeć. Posługiwano się również argumentem dotyczącym wywiązywania się przez ojców z obowiązków alimentacyjnych. Wskazywano, że gdy ojcowie mieli prawo do częściowej opieki nad dzieckiem częściej płacili alimenty. Por. M. Fineman, *op. cit.*, s. 738–739.

³² K. T. Bartlett, *op. cit.*, s. 12.

³³ UMDA jest regulacją modelową. Nie jest to ustawa prawa federalnego, a jedynie wzorzec dla ustawodawstwa poszczególnych amerykańskich stanów. UMDA został w całości wprowadzony w ośmiu stanach. Do dnia dzisiejszego większość stanów inkorporowała do swojego ustawodawstwa istotne fragmenty UMDA, często jednak dokonując pewnych modyfikacji. Zob. L. D. Elrod, M. D. Dale, *op. cit.*, s. 5.

stron. Jednocześnie UMDA wprost zakazuje sądom brania pod uwagę zachowań rodziców dziecka nie mających wpływu na relację z dzieckiem (czyli np. zachowań seksualnych, preferencji seksualnych, rasy, religii)³⁴. Niektóre stany rozwinęły tę listę dodając nowe okoliczności w drodze ustawy, bądź przy udziale orzecznictwa. Przykładowo dwadzieścia cztery stany wprowadziły domniemanie przeciwko przyznaniu opieki nad dzieckiem rodzicowi, który dopuścił się w przeszłości aktów przemocy³⁵.

Dokonane w latach 70-tych, w dużej mierze pod wpływem UMDA, zmiany sprowadzające się do rezygnacji przez sądy z domniemania na korzyść matki i oparcia orzeczeń sądowych przyznających władzę rodzicielską wyłącznie na kryterium dobra dziecka i wprowadzenie w tym samym czasie rozwodu bez orzeczenia o winie spowodowały, że kryterium najlepszego interesu (dobra) dziecka zostało nagle bez jakiegokolwiek punktu odniesienia – jak ujęto to w jednej z publikacji: bez kotwicy³⁶.

W zasadzie do lat 70-tych XX wieku regułą było powierzanie przez sądy władzy rodzicielskiej nad dzieckiem po rozwodzie wyłącznie jednemu z rodziców (*sole custody*)³⁷. Stopniowo coraz powszechniejsze stawało się jednak przekonanie, że po rozwodzie rodziców dla prawidłowego, optymalnego rozwoju dziecka korzystne jest utrzymywanie stałych kontaktów z obojgiem rodziców. Wykształcona praktyka orzecznicza przyznawania w większości spraw władzy rodzicielskiej tylko jednemu z rodziców, a drugiemu ewentualnie „prawa odwiedzin” (*visitation rights*), czyli jedynie prawa do utrzymywania kontaktów z dzieckiem nie odpowiadała nowym postulatam³⁸. W konsekwencji, w dużej mierze pod wpływem ruchów broniących praw ojców³⁹, w 1979 r. w Kalifornii, jako pierwszej, wprowadzono ustawowe rozwiązania umożliwiające przyznanie tzw. wspólnej opieki nad dzieckiem – pieczy naprzemiennej (*joint custody*) po rozwodzie⁴⁰. W drugiej połowie lat dziewięćdziesiątych już wszystkie ustawodawstwa stanowe, za wyjątkiem Południowej Karoliny, dopuszczały możliwość wydania takiego orzeczenia⁴¹. Obecnie już wszystkie amerykańskie stany dopuszczają przyznanie *joint custody* – na podstawie ustawy, bądź też orzecznictwa sądowego⁴². Współcześnie jest to dominujący sposób regulacji władzy rodzicielskiej nad dzieckiem po rozwodzie.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*, s. 4–5. Podobnie także M. Fineman, *op. cit.*, s. 740.

³⁷ L. D. Elrod, M. D. Dale, *op. cit.*, s. 7. Por. także M. Fineman, *op. cit.*, s. 731–732.

³⁸ J. Redwine, *op. cit.*, s. 711.

³⁹ L. D. Elrod, M. D. Dale, *op. cit.*, s. 7; H. H. Kay, *op. cit.*, s. 36–38; E. B. Hutchison, *op. cit.*, s. 528.

⁴⁰ S. Maldonado, *Beyond economic fatherhood: encouraging divorced fathers to parent*, „University of Pennsylvania Law Review”, 2004–2005, Nr 153, s. 985.

⁴¹ Zob. E. B. Hutchison, *op. cit.*, s. 525.

⁴² Zob. S. Maldonado, *op. cit.*, s. 966, (w artykule z 2005 r.).

III. Dobro dziecka

Pojęcie najlepszego interesu (*best interest*), czyli dobra (*welfare*) dziecka jest osią wszelkich rozważań dotyczących sytuacji małoletniego dziecka po rozwodzie jego rodziców od czasu zarzucenia domniemania na rzecz przyznania ojcu pełni władzy nad dzieckiem. Nie ma jego uniwersalnej definicji, jego rzeczywista treść jest przedmiotem nieustających kontrowersji. Większość autorów, uznając, że jego definiowanie jest bezcelowe, skupia się na wskazywaniu środków, jakie sąd powinien wykorzystać, metodach, jakie powinien zastosować, żeby ustalić co jest dla dziecka najlepsze w każdym konkretnym przypadku⁴³. Wedle dominującego poglądu bowiem, to kryterium jest zbyt szerokie i przez to właśnie prowadzi do nieprzewidywalnych rozstrzygnięć⁴⁴.

Prima facie dobro dziecka, jako jedyne kryterium, które sąd musi brać pod uwagę rozstrzygając o władzy rodzicielskiej wydaje się wręcz idealne. Jest proste, elastyczne i nie dyskryminuje ani ojca, ani matki. Jeżeli nauka dowiedzie, że określone czynniki są dla dziecka korzystne albo przeciwnie, że mają negatywne konsekwencje dla jego rozwoju, sądy będą mogły brać to pod uwagę bez potrzeby zmiany prawa. Standard oceny pozostanie cały czas ten sam. Choć ustawodawstwo wielu amerykańskich stanów wymienia okoliczności, które sądy muszą brać pod uwagę podejmując decyzje o losie dziecka po rozwodzie jego rodziców, to każdy sąd może poszczególnym okolicznościom przypisać inną wagę w zależności od ich znaczenia w danej sprawie⁴⁵.

Jednocześnie jednak kryterium dobra dziecka, jako jedyna podstawa orzekania jest powszechnie krytykowane w literaturze amerykańskiej⁴⁶. Decyzje sądowe są bowiem postrzegane jako zbyt arbitralne, w czym widzi się konsekwencję pozostawienia sądom zbyt dużego pola do swobodnego uznania sędziowskiego⁴⁷. Zdaniem wielu autorów amerykańskich sądy mają zdecydowanie za dużą swobodę w podejmowaniu decyzji o tym, komu powierzyć dziecko po rozwodzie. W praktyce sędziowie wydają swoje rozstrzygnięcia, nie tyle w oparciu o powszechnie uznawany standard dobra dziecka, a w oparciu o własne, prywatne poglądy, wyznawane wartości i uprzedzenia⁴⁸. To wszystko staje się przyczyną nieprzewidywalności orzeczeń, która,

⁴³ O próbach konstruowania definicji dobra dziecka w polskiej literaturze zob.: Z. Radwański, *Pojęcie i funkcja „dobra dziecka” w polskim prawie rodzinnym i opiekuńczym*, „Studia Cywilistyczne” 1981, tom XXXI, s. 17 i n.; Z. Radwański, *Dobro dziecka* [w:] *Konwencja o prawach dziecka a prawo polskie pod redakcją A. Łopatkki*, Warszawa 1991, s. 64.

⁴⁴ L. D. Elrod, M. D. Dale, *op. cit.*, s. 5.

⁴⁵ Por. D. L. Chambers, *op. cit.*, s. 481; także T. O. Haas, *Child custody determinations in Michigan: not in the best interests of children or parents*, „University of Detroit Mercy Law Review” 2003–2004, Nr 81, s. 387, gdzie wymienionych jest 12 czynników jakie sąd musi brać pod uwagę w stanie Michigan rozstrzygając o władzy rodzicielskiej w oparciu o standard dobra dziecka.

⁴⁶ Zob. K. T. Bartlett, *op. cit.*, s. 13–14.

⁴⁷ Por. D. L. Chambers, *op. cit.*, s. 481.

⁴⁸ L. D. Elrod, M. D. Dale, *op. cit.*, s. 5.

wedle powszechnej opinii, zachęca rodziców do występowania na drogę sporu sądowego, z której rezygnowaliby raczej, gdyby orzecznictwo było przewidywalne i stabilne. Skoro decyzja sądu jest niepewna, to rozwodzący się małżonkowie uznają, że „nie mają nic do stracenia” rozpoczynając spór sądowy w kwestii władzy nad dzieckiem. Należy przy tym podkreślić, że amerykańska literatura zgodnie wyraża przekonanie o wyjątkowej szkodliwości samego sporu sądowego odnośnie przyznania władzy rodzicielskiej i fizycznej pieczy nad dzieckiem. Wielu autorów przekonująco wywodzi, że taki proces wywołuje lub znacząco zaostrza istniejący już konflikt między rozwodzącymi się rodzicami, co praktycznie zawsze ma negatywny wpływ na dziecko. Dlatego też analizując różne możliwe rozwiązania prawne, amerykańscy autorzy bardzo często oceniają je właśnie z tego punktu widzenia, tj. czy dany „pomysł” ograniczy liczbę sporów sądowych między rodzicami o opiekę nad dzieckiem⁴⁹.

Równocześnie w literaturze podkreśla się, że kryterium dobra dziecka wymaga od sądu nie tylko ustalania faktów, ale też w znacznej mierze dokonywania założeń co do przyszłości, stawiania hipotez na temat ewentualnego przyszłego rozwoju dziecka, jego życia z jednym lub drugim rodzicem etc. Sąd musi też zbadać relacje łączące dziecko z każdym z rodziców, aby ustalić więź łączącą te osoby. Sędzia dokonuje więc ustaleń dotyczących sfery emocjonalnej, wymagającej wiedzy z zakresu psychologii, czy nauk społecznych. Tego typu badania wykraczają poza typowe obowiązki sędziego przyzwyczajonego jedynie do ustalania w toku procesu okoliczności, które miały już miejsce w przeszłości. Z tych przyczyn, poczynwszy od lat 80-tych ubiegłego stulecia, pojawiła się tendencja do włączania w proces sądowy, w którym rozstrzygana jest władza rodzicielska nad małoletnim dzieckiem, specjalistów z dziedziny psychologii, nauk społecznych, pracowników socjalnych, terapeutów i innych osób specjalizujących się w udzielaniu pomocy rodzinie i jej poszczególnym członkom w sytuacjach konfliktowych (tzw. *helping professions*). Ich opinie sporządzane w trakcie procesu nie są wiążące dla sądu i to na nim spoczywa ciężar podjęcia decyzji o przyszłości dziecka. W niektórych amerykańskich stanach wprowadzono dodatkowo wymóg mediacji przed wystąpieniem na drogę sądową w sprawie o opiekę nad dzieckiem. W wielu stanach istnieje możliwość skierowania stron na mediację przez sąd⁵⁰.

Omówienie okoliczności, które należy rozważyć przy decydowaniu, czy powierzenie władzy rodzicielskiej nad dzieckiem w określony sposób leży w jego najlepszym interesie przekracza ramy tego artykułu. W tym miejscu muszę ograniczyć się do stwierdzenia, że po analizie poszczególnych elementów sąd może uznać za celowe podjęcie różnych decyzji, m. in. o powierzeniu pieczy nad dzieckiem jednemu z rodziców lub obojgu rodzicom wspólnie. Ta druga możliwość, w obecnym stanie prawnym w Polsce – bez pełnego porozumienia rodziców – wyłączona, stanowi przedmiot moich dalszych rozważań.

⁴⁹ L. D. Elrod, M. D. Dale, *op. cit.*, s. 5; K. T. Bartlett, *op. cit.*, s. 13–14.

⁵⁰ M. Fineman, *op. cit.*, s. 765, por. także T. O. Haas, *op. cit.*, s. 347 i podane tam przykłady.

IV. Wspólne wykonywanie władzy rodzicielskiej (*joint custody*)

Idea wspólnego sprawowania władzy rodzicielskiej lub tylko wspólnej fizycznej pieczy nad dzieckiem przez oboje rodziców po rozwodzie została wprowadzona do ustawodawstwa amerykańskiego po raz pierwszy w latach 70-tych ubiegłego wieku⁵¹. Obecnie większość stanów ma w swoim ustawodawstwie zapisy nakazujące sądom przynajmniej rozważenie celowości przyznania wspólnej władzy rodzicielskiej lub pieczy nad dzieckiem⁵².

Pojęcie *joint custody*, czasem zwane także *shared parenting* (tj. dosłownie: dzielonym rodzicielstwem)⁵³ nie jest instytucją jednolitą. Można wyróżnić co najmniej jej dwa główne typy, a mianowicie tzw. *joint legal custody*⁵⁴ (wspólna władza rodzicielska) oraz *joint physical/residential custody* (wspólna piecza fizyczna nad dzieckiem).

Pod pojęciem *joint legal custody* rozumie się stan, w którym oboje rodzice mają prawo do podejmowania najważniejszych decyzji w życiu dziecka, np. o wyborze szkoły, dokonywaniu poważnych zabiegów medycznych, wyznawanej religii⁵⁵. Natomiast faktyczną fizyczną pieczę nad dzieckiem sprawuje z reguły tylko jedno z rodziców, któremu sąd powierzył samodzielną opiekę nad dzieckiem (tzw. *sole physical custody*). Ten rodzic mieszka z dzieckiem i podejmuje wszelkie bieżące, codzienne decyzje związane z dzieckiem, np. dotyczące sposobu spędzania wolnego czasu, pomocy lekarskiej w nagłych wypadkach, sposobów utrzymania dyscypliny, etc⁵⁶. Rodzic, któremu nie przyznano fizycznej pieczy nad dzieckiem może ewentualnie uzyskać prawo do odwiedzin dziecka, czyli prawo do utrzymywania z nim kontaktów w sposób ustalony przez sąd⁵⁷. Przykładowo, w Virginii *joint legal custody* określa się jako sytuację, w której oboje rodzice ponoszą wspólną odpo-

⁵¹ Jej gorącymi propagatorami, jako rozwiązania modelowego, byli przedstawiciele tzw. *helping professions*. Zob. M. Fineman, *op. cit.*, s. 734.

⁵² J. Redwine, *op. cit.*, s. 718; N. R. Cahn, *Civil images of battered women: the impact of domestic violence on child custody decisions*, „Vanderbilt Law Review” 1991, Nr 44, s. 1061–1062. Zob. np. Florida Stat. Ann. Paragraf 61.13 (2)(b)(2), który stanowi: „Sąd przyzna władzę rodzicielską obojgu rodzicom małoletniego dziecka, chyba że sąd uzna, że jej przyznanie byłoby szkodliwe dla dziecka.”. Zob. również przepisy obowiązujące w Montanie, gdzie wprowadzono domniemanie, że *joint custody* jest w najlepszym interesie dziecka, gdy jedno z rodziców wnosi o takie rozwiązanie. Decydując inaczej sąd musi wyjaśnić przyczyny, które spowodowały, że żądania przyznania *joint custody* nie uwzględnili (*Mont. Code Ann. Par. 40 4 224 (1)*). Zob. E. B. Hutchison, *op. cit.*, s. 525.

⁵³ Zob. E. B. Hutchison, *op. cit.*, s. 525.

⁵⁴ W przypadkach, gdy rodzice uzyskali *joint legal custody* władza (*legal authority*) i odpowiedzialność (*responsibility*) za podejmowanie ważniejszych decyzji dotyczących dobra dziecka zawsze spoczywa w rękach obojga rodziców. Tak: S. Maldonado, *op. cit.*, s. 985.

⁵⁵ Zob. S. Maldonado, *op. cit.*, s. 985; J. Redwine, *op. cit.*, s. 722. Por. też E. B. Hutchison, *op. cit.*, s. 526; A. Charlow, *op. cit.*, s. 277.

⁵⁶ Por. Zob. E. B. Hutchison, *op. cit.*, s. 526, przypis 25 i towarzyszący mu tekst.

⁵⁷ S. Maldonado, *op. cit.*, s. 985 uważa, że *joint legal custody* nie musi determinować kwestii pieczy fizycznej nad dzieckiem sąd może wskazać jedno z rodziców jako głównego opiekuna i jeden dom jako główne miejsce zamieszkania dziecka.

wiedzialność za pieczę i kontrolę nad dzieckiem i mają wspólną władzę uprawniającą do podejmowania decyzji dotyczących dziecka, nawet jeśli główne miejsce zamieszkania dziecka jest tylko u jednego z rodziców⁵⁸. Sądy amerykańskie często podejmują decyzję o przyznaniu *joint legal custody*⁵⁹.

Z kolei *joint physical custody*⁶⁰ oznacza przyznanie obojgu rodzicom prawa do sprawowania fizycznej pieczy nad dzieckiem, natomiast tylko jedno z rodziców uzyskuje prawo do decydowania o najistotniejszych kwestiach w życiu dziecka⁶¹. W zależności od okoliczności konkretnej sprawy, sprawowanie fizycznej pieczy może być uregulowane w sposób bardzo zróżnicowany. *Joint physical custody* nie oznacza, że każde z rodziców ma automatycznie prawo do spędzania dokładnie połowy czasu z dzieckiem⁶². Sąd może ustalić wprawdzie, że dziecko będzie mieszkało na zmianę jeden tydzień (czy miesiąc, pół roku, rok) z matką, a kolejny tydzień (miesiąc, pół roku, rok) z ojcem, jednak może także uznać, że dobro dziecka w danym przypadku wymaga, aby spędzało ono z jednym z rodziców więcej czasu niż z drugim⁶³. Rozwiązanie przyjęte w konkretnym przypadku może w rzeczywistości niewiele (albo w ogóle) różnić się od przyznania jednemu z rodziców wyłącznej pieczy fizycznej (i władzy rodzicielskiej nad dzieckiem), a drugiemu jedynie prawa do ściśle określonych kontaktów z dzieckiem. Jedyna różnica będzie wówczas polegać na użytych w orzeczeniu sądowym sformułowaniach (wspólna opieka, fizyczna piecza nad dzieckiem, zamiast prawa do odwiedzin–kontaktów dla jednego z rodziców) oraz świadomości i nastawieniu samych zainteresowanych stron⁶⁴.

W prawie połowie amerykańskich stanów wprowadzono domniemanie lub przynajmniej preferencję na rzecz *joint custody*⁶⁵, chociaż w niektórych z nich to domniemanie lub preferencja dotyczy tylko sytuacji, gdy oboje rodzice wyrażają zgodę na wspólne sprawowanie władzy rodzicielskiej, czy też wspólną pieczę fizyczną nad dzieckiem⁶⁶.

Decydując o przyznaniu wspólnej władzy rodzicielskiej lub wspólnej pieczy fizycznej nad dzieckiem sądy w większości stanów muszą brać pod uwagę określone okoliczności, wymienione w ustawodawstwie poszczególnych stanów. Zazwy-

⁵⁸ E. B. Hutchison, *op. cit.*, s. 526 i przypis 28.

⁵⁹ Np. w Kalifornii w prawie 80% przypadków, po rozwodzie władza rodzicielska jest przyznawana w formie *joint legal custody*. Zob. S. Maldonado, *op. cit.*, s. 985.

⁶⁰ S. Maldonado, *op. cit.*, s. 985. E. B. Hutchison, *op. cit.*, s. 526. W polskiej literaturze zob. R. Zegadło, *Miejsce zamieszkania, miejsce pobytu, miejsce zwykłego (stałego) pobytu dziecka oraz piecza naprzemienna*, „Rodzina i Prawo” 2011, Nr 17–18, s. 13–15.

⁶¹ A. Charlow, *op. cit.*, s. 277.

⁶² E. B. Hutchison, *op. cit.*, s. 526.

⁶³ Por. A. Charlow, *op. cit.*, s. 277; Zob. też E. B. Hutchison, *op. cit.*, s. 526, przypis 27, która wskazuje, że mianem *joint physical custody* określa się takie rozstrzygnięcie, w którym „dziecko spędza, co najmniej 30% czasu z jednym rodzicem, a pozostałą część z drugim”.

⁶⁴ E. B. Hutchison, *op. cit.*, s. 526.

⁶⁵ S. Maldonado, *op. cit.*, s. 986.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 986–987. Por. także E. B. Hutchison, *op. cit.*, s. 530.

czaj mają one ułatwić ustalenie, jakie rozwiązanie jest najlepsze ze względu na dobro dziecka⁶⁷. W konkretnym przypadku może bowiem okazać się, że dobro dziecka wymaga przyznania obojgu rodzicom wspólnej pieczy nad dzieckiem, a w innym przypadku przyznania wyłącznej władzy rodzicielskiej i pieczy nad dzieckiem tylko jednemu z rodziców. Przykładowo w Minnesocie, rozważając przyznanie *joint custody*, sąd musi wziąć pod uwagę: (a) zdolność rodziców do współpracy w wychowywaniu dziecka, (b) metody rozstrzygania sporów odnoszących się do najważniejszych decyzji dotyczących dziecka i skłonność rodziców do ich wykorzystywania, (c) czy byłoby szkodliwe dla dziecka, gdyby jeden z rodziców uzyskał wyłączne prawa do opieki, (d) czy dochodziło do aktów przemocy domowej jednego rodzica wobec drugiego. Jednocześnie wprowadzono wrzuszalne domniemanie, że przyznanie *joint legal custody* leży w najlepszym interesie dziecka, jeśli żąda tego choćby jedno z rodziców⁶⁸.

Możliwość przyznania rodzicom wspólnej władzy rodzicielskiej lub wspólnej pieczy fizycznej nad dzieckiem jest postrzegana przez sądy jako dogodne wyjście z wyjątkowo trudnej sytuacji orzeczniczej. Sędzia unika w ten sposób konieczności dokonania – często niepotrzebnego – wyboru jednego rodzica, który lepiej, zdaniem sądu, nadaje się do opieki nad dzieckiem. *Joint custody* eliminuje więc konieczność postawienia jednego z rodziców w gorszym świetle, urażenia jego uczuć rodzicielskich (skoro sąd nie przyznał mu dziecka), swoistej stygmatyzacji⁶⁹. Nie ma więc wyraźnych „przeigranych i wygranych” w batalii o władzę rodzicielską i opiekę nad dzieckiem⁷⁰. Ponadto żadne z rodziców nie staje się wyłącznie gościem, jedynie „odwiedzającym” swoje dziecko, które to pojęcie ma w tym kontekście współcześnie, zdaniem wielu (zwłaszcza ruchów praw ojców i specjalistów, tj. psychologów, pracowników pomocy społecznej, terapeutów) negatywną konotację⁷¹.

Przyznanie wspólnej władzy rodzicielskiej lub wspólnej pieczy nad dzieckiem wymaga współdziałania ze strony rodziców. Muszą oni zazwyczaj porozumiewać się ze sobą znacznie częściej niż w przypadku przyznania władzy rodzicielskiej i pieczy nad dzieckiem wyłącznie jednemu z nich, a przyznaniu drugiemu prawa do odwiedzin⁷². Dotyczy to zwłaszcza przyznania przez sąd wspólnej pieczy fizycznej nad dzieckiem. W związku z tym istotnym czynnikiem decydującym o powodzeniu w praktyce *joint custody* jest wzajemna relacja między rodzicami, a zwłaszcza ich zdolność do współpracy, podejmowania wspólnych decyzji, często pomimo nadal istniejącego między nimi konfliktu i negatywnych emocji (gniewu, żalu, poczucia pokrzywdzenia). Tam, gdzie rodzice pozostają w silnym konflikcie szan-

⁶⁷ *Ibidem*, s. 530.

⁶⁸ J. Redwine, *op. cit.*, s. 733.

⁶⁹ A Charlow, *op. cit.*, s. 277.

⁷⁰ L. D. Elrod, M. D. Dale, *op. cit.*, s. 7; J. Redwine, *op. cit.*, s. 718–719.

⁷¹ Por. np. S. Maldonado, *op. cit.*, s. 977, wskazuje na negatywne opinie na temat tego rozwiązania tych ojców, którym przyznano jedynie prawo do odwiedzin.

⁷² L. D. Elrod, M. D. Dale, *op. cit.*, s. 7.

se na powodzenie wspólnej opieki wydają się nikłe⁷³. Dlatego też wielu autorów uważa, że wspólna władza lub piecza nad dzieckiem nie powinna być przyznawana w sytuacjach występowania poważnego konfliktu między rodzicami⁷⁴ lub w przypadku wystąpienia wcześniej aktów przemocy domowej⁷⁵. Tam gdzie wspólna opieka nad dzieckiem jest powierzana obojgu rodzicom, wbrew ich sprzeciwowi⁷⁶, liczba ponownych sporów sądowych w kwestii władzy rodzicielskiej i pieczy nad dzieckiem jest porównywalna z liczbą ponownych procesów w przypadku przyznania wyłącznej władzy rodzicielskiej i pieczy nad dzieckiem jednemu z rodziców⁷⁷. Przyznawanie przez sądy władzy rodzicielskiej i zwłaszcza wspólnej pieczy fizycznej nad dzieckiem obojgu rodzicom wbrew ich woli spotkało się z krytyką nie tylko prawników, ale także specjalistów zajmujących się zdrowiem psychicznym (psychiatrów i psychologów) oraz różnych organizacji społecznych (feministek)⁷⁸. Samo przyznanie rodzicom prawa do takiego samego kontaktu z dzieckiem nie rozwiązuje problemu w sytuacjach, gdy rodzice pozostają w konflikcie⁷⁹. Dlatego większość zwolenników *joint custody* uważa, że przyznawanie wspólnej władzy rodzicielskiej lub fizycznej pieczy nad dzieckiem na mocy orzeczenia sądu nie jest celowe w sprawach, w których występuje istotny spór między rodzicami⁸⁰.

Tymczasem w niektórych stanach sądy mogą nie tylko orzec o przyznaniu obojgu rodzicom *joint custody* wbrew ich wyraźnej woli, ale także mogą narzucić takie rozstrzygnięcie pomimo istnienia wyraźnego konfliktu między stronami. Wystarczy, że sąd nabierze przekonania, że między rodzicami istnieje choćby minimalna zdolność do współpracy lub porozumienia⁸¹.

W USA przeprowadzono szereg badań nad sytuacją małoletnich dzieci po rozwodzie rodziców. Niektóre badania uwzględniały przyznanie rodzicom *joint custody*. W jednym z nich ustalono, że po upływie roku od przeprowadzenia pierwszego badania jedna trzecia rodzin, w których piecza nad dzieckiem była dzielona między rodzicami, zmieniła sposób sprawowania opieki. Niektóre badania wskazują także, że wspólna piecza nad dzieckiem ustalona za zgodą obojga rodziców korzystnie wpływa na sytuację i rozwój dzieci po rozwodzie rodziców. Dzieje się tak, gdy nie

⁷³ L. D. Elrod, M. D. Dale, *op. cit.*, s. 7. wskazujący, że domniemanie na rzecz *joint custody* nie jest właściwe w sprawach gdzie występuje duży konflikt między rodzicami. Zob. też: A. Charlow, *op. cit.*, s. 277–278.

⁷⁴ L. D. Elrod, M. D. Dale, *op. cit.*, s. 7.

⁷⁵ L. D. Elrod, M. D. Dale, *op. cit.*, s. 7, którzy zaznaczają, że kwestia istnienia przemocy w rodzinie nie jest w dostatecznym stopniu uwzględniana przez sądy rozstrzygające kwestię władzy rodzicielskiej. W niektórych stanach sądy biorą tylko pod uwagę akty przemocy skierowane do dziecka, a pomijają, jako nie mające znaczenia, czyny wobec drugiego rodzica. Umożliwia to niekiedy przyznawanie wspólnej władzy rodzicielskiej i pieczy fizycznej nad dzieckiem obojgu rodzicom mimo aktów agresji jednego z byłych małżonków wobec drugiego. Zob. szerzej np.: N. Cahn, *op. cit.*, s. 1042 i n.

⁷⁶ Takie rozwiązanie jest m.in. możliwe na Florydzie.

⁷⁷ L. D. Elrod, M. D. Dale, *op. cit.*, s. 7.

⁷⁸ H. H. Kay, *op. cit.*, s. 38.

⁷⁹ L. D. Elrod, M. D. Dale, *op. cit.*, s. 7.

⁸⁰ A. Charlow, *op. cit.*, s. 279.

⁸¹ J. Redwine, *op. cit.*, s. 729–730.

występują konflikty między rodzicami⁸². Natomiast, jeśli pomiędzy rodzicami występuje poważny konflikt *joint custody* może negatywnie wpłynąć na dzieci i dorosłych⁸³. W takiej sytuacji wydaje się, że lepszym rozwiązaniem będzie przyznanie jednemu z rodziców wyłącznej pieczy nad dzieckiem i wyłącznej władzy rodzicielskiej⁸⁴. Część badań wskazuje na specyficzne problemy, które pojawiają się u dzieci z rodzin, w których rodzice dzielą się opieką nad nimi po rozwodzie. Dzieci te doświadczają konfliktu lojalności wobec obojga rodziców. Chcą być w takim samym stopniu lojalne w stosunku do obojga rodziców, co stanowi dla nich pewne obciążenie psychiczne. Mają także niekiedy problem z tzw. poczuciem przynależności, ustaleniem swojego miejsca, co jest konsekwencją posiadania równoległe dwóch domów⁸⁵.

Przeprowadzono także badania dotyczące jakości życia osób po rozwodzie w związku z różnym uregulowaniem kwestii władzy rodzicielskiej i fizycznej pieczy nad dzieckiem. Wynika z nich, że co do zasady rodzice, którzy dobrowolnie przyjęli *joint custody* byli bardziej zadowoleni ze swojego życia niż osoby żyjące w sytuacji, gdy tylko jednemu z rodziców przyznano pełnię opieki nad dzieckiem. Brak zadowolenia, poczucie straty i wyobcowania dotyczyły zwłaszcza rodzica, który nie uzyskał opieki nad dzieckiem. Natomiast w przypadku narzuconego przez sąd *joint custody* rodzice nie odczuwali satysfakcji z tego rozwiązania, analogicznej do odczuwanej przez osoby, które przyjęły je dobrowolnie. Ponadto generalnie osoby, które dobrowolnie podjęły się dzielonej opieki nad dzieckiem, rzadziej niż rodzice, w wypadku których przyznano wyłączną opiekę jednemu rodzicowi, ponownie wkraczały na drogę sądową w kwestii władzy rodzicielskiej i pieczy nad dzieckiem⁸⁶.

Badania przeprowadzone przez J. Wallerstein i J. Kelly, uznawane za jedne z bardziej wiarygodnych w tym zakresie, wskazują jednoznacznie, że skala konfliktu między rodzicami po rozwodzie jest najistotniejszym czynnikiem wpływającym na rozwój dziecka⁸⁷. Dzieci w rodzinach, w których po rozwodzie konflikt zmniejszył się, rozwijały się lepiej niż dzieci w rodzinach, gdzie wrogość rosła lub pozostawała na tym samym poziomie⁸⁸. Badania te mogą więc przemawiać za niecelowością przyznawania wspólnej fizycznej pieczy nad dzieckiem w tych sytuacjach, gdy między rodzicami, mimo rozwodu, nadal trwa konflikt⁸⁹. Podobne wnioski można wysnuć z innych ba-

⁸² A. Charlow, *op. cit.*, s. 278.

⁸³ M. Fineman, *op. cit.*, s. 761.

⁸⁴ Por. E. B. Hutchison, *op. cit.*, s. 539.

⁸⁵ Por. E. B. Hutchison, *op. cit.*, s. 543, która przytacza badania nad dziećmi po rozwodzie rodziców wskazujące, że znaczna część dzieci, w stosunku do których orzeczono *joint custody* była zestresowana i zagubiona.

⁸⁶ Szerzej E. B. Hutchison, *op. cit.*, s. 539.

⁸⁷ Judith S. Wallerstein & Joan Berlin Kelly „Surviving the Breakup” (1980) – podają za A. Charlow, *op. cit.*, s. 275.

⁸⁸ A. Charlow, *op. cit.*, s. 280.

⁸⁹ Sądzę, że wskazane wyniki badań i uwagi amerykańskich autorów powinny być brane pod uwagę również przez polskich sędziów, którzy rozstrzygając o przyznaniu władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem po rozwodzie mogą także orzekać o sprawowaniu wspólnej pieczy fizycznej nad dzieckiem przez oboje rodziców, np. w ten sposób, że dziecko będzie mieszkać na przemian jeden tydzień z matką i ojcem.

dań nad rozwojem dziecka⁹⁰. Nie ma badań dostatecznie reprezentatywnych, żeby stanowczo twierdzić, że *joint custody*, zwłaszcza *joint physical custody* jest rozwiązaniem najlepszym z możliwych dla wszystkich rodzin po rozwodzie.

Przyznanie rodzicom wspólnej fizycznej pieczy nad dzieckiem jest co do zasady możliwe tylko wtedy, gdy rodzice nie mieszkają zbyt daleko od siebie, a dziecko mieszkając raz z jednym z nich, a raz z drugim będzie uczęszczało do tej samej szkoły, miało kontakt z tymi samymi kolegami i lokalną społecznością. Zmiana miejsca zamieszkania (zwłaszcza przeprowadzka do innego stanu) przez jednego z rodziców powoduje często konieczność ponownego sądowego rozstrzygnięcia kwestii władzy rodzicielskiej i pieczy fizycznej nad dzieckiem.

Część autorów zwraca uwagę, że przyznanie wspólnej władzy rodzicielskiej, a zwłaszcza wspólnej fizycznej pieczy nad dzieckiem może niekiedy rodzic negatywne konsekwencje dla obojga lub przynajmniej jednego z rodziców. Konieczność częstych kontaktów związana z wspólnym podejmowaniem decyzji, czy też częstym przenoszeniem się dziecka z jednego domu do drugiego, potrzeba w związku z tym przekazywania sobie wielu informacji na temat dziecka, może *de facto* tworzyć szanse dla jednego z rodziców do ciągłego, nadmiernego uczestniczenia w życiu drugiego, do ustawicznego kontrolowania jego poczynań, manipulacji⁹¹. Taka sytuacja powoduje, że małżonkowie po rozwodzie nigdy tak naprawdę do końca się nie rozstają, co może im znacząco utrudniać ułożenie życia osobistego po rozwodzie⁹².

Przyznawanie przez sądy wyłącznie wspólnej władzy rodzicielskiej nad dzieckiem (*joint legal custody*) z czasem spotkało się z krytyką części doktryny wskazującej, że *de facto* jednemu z rodziców – temu, któremu sąd nie powierzył pieczy fizycznej nad dzieckiem – przyznaje się jedynie same uprawnienia, a nie nakłada się żadnych odpowiadających im obowiązków w stosunku do dziecka. Obowiązki spadają w całości na drugiego rodzica, który mieszka z dzieckiem⁹³.

Wciąż jednak omawiane rozwiązanie cieszy się w USA znaczną popularnością. Jego zwolennicy akcentują korzyści dla dziecka, jakie mogą płynąć z przyznania *joint legal custody*⁹⁴. Uzyskanie przez ojców *joint legal custody*, czy też szerzej *joint custody* ma skłaniać ich do płacenia alimentów i utrzymywania kontaktów z dzieckiem. Rodzic nie czuje się wtedy wyłączony z życia dziecka, skoro ma uprawnienia do podejmowania najważniejszych decyzji o jego życiu i szerszego w nim uczestniczenia⁹⁵.

Krytycy przyznawania *joint custody* podkreślają, że takie rozwiązanie może prowadzić do konfliktów między rodzicami. Przyznanie wspólnej władzy rodzicielskiej

⁹⁰ A. Charlow, *op. cit.*, s. 280.

⁹¹ E. B. Hutchison, *op. cit.*, s. 540, która wskazuje, że przyznanie *joint custody* rodzicom, z których jeden dopuszczał się przemocy wobec drugiego może umożliwić dalsze akty przemocy. Tak też M. Fineman, *op. cit.*, s. 761.

⁹² Por. M. Fineman, *op. cit.*, s. 762.

⁹³ H. H. Kay, *op. cit.*, s. 37.

⁹⁴ S. Maldonado, *op. cit.*, s. 990.

⁹⁵ Zob. M. Fineman, *op. cit.*, s. 759.

(bez wspólnej pieczy fizycznej) ogranicza swobodę decyzyjną rodzica, z którym dziecko mieszka i może tym samym, poprzez konieczność wspólnego podejmowania decyzji prowokować konflikty i wrogość. Natomiast przyznanie wspólnej pieczy fizycznej nad dzieckiem i będące konsekwencją takiego rozwiązania życie w dwóch domach może powodować trudności wychowawcze i rozwojowe u dziecka, zwłaszcza jeśli rodzice prowadzą odmienny tryb życia, wyznają inne zasady życiowe, stosują odmienne metody wychowawcze. Dziecko może niejako stać się zakładnikiem w zmaganiach rodziców o dominację w ich wzajemnej relacji. Ponadto część krytyków *joint custody* wskazuje na wykorzystywanie żądania przyznania wspólnej władzy rodzicielskiej, czy też pieczy fizycznej nad dzieckiem, przez ojców jako środka do wywarcia presji na żonę, swoistego szantażu. Zamiarem rozwodzącego się małżonka jest uzyskanie, w zamian za odstąpienie od żądania przyznania władzy rodzicielskiej lub pieczy nad dzieckiem, korzystniejszego dla siebie rozwiązania w kwestiach majątkowych (niższych alimentów dla dziecka i żony)⁹⁶.

Zwolennicy *joint custody* dostrzegają natomiast w tym rozwiązaniu korzyści dla rodzica, u którego dziecko spędza większość czasu. Może on bowiem liczyć na pomoc ze strony drugiego rodzica. Ponadto rodzic niemieszkający z dzieckiem, ale zachowujący uprawnienia decyzyjne w najważniejszych kwestiach dotyczących dziecka ma mniejsze poczucie straty, czy też wyobcowania po rozwodzie. *Joint custody* (zwłaszcza *physical*) umożliwia dziecku stały kontakt z obojgiem rodziców pomimo orzeczenia rozwodu⁹⁷.

Podsumowując wyniki dostępnych badań dotyczących sytuacji rodzin po rozwodzie, w zależności od przyjętego rozwiązania kwestii władzy rodzicielskiej i fizycznej pieczy nad małoletnim dzieckiem, należy stwierdzić, że ich wyniki nie są jednoznaczne. Nie ma jednego uniwersalnego rozwiązania, które z całą pewnością byłoby odpowiednie dla każdej rodziny. Dlatego też amerykańscy badacze wskazują często, że uregulowanie zagadnienia władzy rodzicielskiej i fizycznej pieczy winno być „szyte na miarę”, tj. dostosowane do specyficznej sytuacji każdej konkretnej rodziny – rodziców i ich małoletnich dzieci. Czasami należy więc powierzyć pełnię praw jednemu rodzicowi, a czasami podzielić uprawnienia pomiędzy rodziców (ale niekoniecznie po równo). Wydaje się, że po początkowym okresie entuzjazmu dla *joint custody* jako rozwiązania „salomonowego”, dzięki któremu żadne z rodziców nie musi czuć się poszkodowane, a dziecko utrzymuje stały kontakt z obojgiem rodziców i nie ma poczucia straty, jakie zazwyczaj niesie ze sobą rozwód, obecnie coraz częstsze jest przekonanie, że nie jest to rozwiązanie, które można stosować w każdym przypadku⁹⁸. Niemniej jednak nadal pozostaje opcją, którą należy zawsze rozważyć wydając orzeczenie w sprawie opieki nad dziećmi.

⁹⁶ J. Redwine, *op. cit.*, s. 718.

⁹⁷ Por. J. Redwine, *op. cit.*, s. 719.

⁹⁸ Por. E. B. Hutchison, *op. cit.*, s. 543.

Należy także zwrócić uwagę, że w wielu przypadkach *joint custody* w praktyce niewiele albo wręcz wcale nie różni się od sytuacji, w której jednemu z rodziców przyznaje się wyłączne prawo do opieki nad dzieckiem a drugiemu rozbudowane prawo do odwiedzin dziecka, czyli osobistych kontaktów z nim⁹⁹.

V. Zasady dotyczące kwestii związanych z rozwiązaniem małżeństwa sformułowane przez Amerykański Instytut Prawa

W 1989 r. Amerykański Instytut Prawa (*American Law Institute* – dalej zwany: „ALI”) rozpoczął prace mające na celu stworzenie zasad, które stanowiłyby kompleksowe uregulowanie problemów prawnych pojawiających się w momencie rozpadu rodziny (*ALI Family Dissolution Project*). Uczestnicy projektu zajęli się uregulowaniem kwestii dotyczących problematyki majątkowej (m.in. podziału majątku wspólnego, alimentów, sytuacji związków nieformalnych w tym zakresie) oraz opieki nad małoletnimi dziećmi (*custody*). Ich zamierzeniem było stworzenie nowych, bardziej precyzyjnych rozwiązań, których stosowanie prowadziłoby do większej przewidywalności rozstrzygnięcia w danej sprawie oraz do przyspieszenia rozstrzygnięcia. Mogłyby one posłużyć za wzór ustawodawcom w poszczególnych stanach przy tworzeniu prawa regulującego konsekwencje prawne rozpadu rodziny oraz sądom przy rozstrzyganiu konkretnych spraw¹⁰⁰. Twórcy zasad dotyczących kwestii związanych z rozwiązaniem małżeństwa (zwane dalej: „Zasady ALI”) uznali, że ogólny standard „dobra dziecka” to za mało, żeby zapewnić prawidłowość rozstrzygnięć sądowych w kwestii władzy rodzicielskiej i pieczy nad małoletnimi dziećmi. Celem projektu stało się więc doprecyzowanie standardu dobra dziecka. Uznano, że będzie to możliwe przez uzupełnienie go systemem domniemań i preferencji, które umożliwią uzyskiwanie pewniejszych rezultatów w poszczególnych sprawach¹⁰¹.

Podstawowym założeniem Zasad ALI stało się przyjęcie, że władza rodzicielska i piecza nad dziećmi (*custodial responsibility*) powinna być przyznana w sposób możliwie w pełni odpowiadający proporcji czasu jakie dziecku poświęcało każde z rodziców w okresie przed rozpadem ich związku, tj. w czasie, gdy rodzina funkcjonowała „prawidłowo”¹⁰². Wprowadzono więc domniemanie, że taki sposób rozstrzygnięcia władzy rodzicielskiej jest zgodny z dobrem dziecka (tzw. *past caretaking standard*). Umożliwia ono sądowi skoncentrowanie się w toku postępowania na ustalaniu przeszłych zdarzeń, okoliczności sprzed rozpadu rodziny bez konieczności podejmowania prób ustalenia możliwych rezultatów poszczególnych rozwiązań dotyczą-

⁹⁹ Por. M. Fineman, *op. cit.*, s. 733.

¹⁰⁰ Niektóre stany już recypowały część Zasad ALI do swojego ustawodawstwa. Zob. J. L. Richards, *Resolving relocation issues pursuant to the ALI Family Dissolution Principles: are children better protected?*, „BYU Law Review” 2001, s. 1133.

¹⁰¹ K. T. Bartlett, *op. cit.*, s. 12, 17.

¹⁰² Tamże, s. 17–18.

cych władzy rodzicielskiej w przyszłości¹⁰³. Ten standard wymusza badanie przede wszystkim faktów, konkretnych zachowań stron i wzorców postępowania z przeszłości, a nie odwołuje się do subiektywnego i ocennego kwalifikowania postaw rodzicielskich i siły wzajemnych uczuć między rodzicami a dziećmi, co jest wyjątkowo trudne i może przynosić niepewne rezultaty. Odwołanie się do życia stron sprzed rozpadu związku umożliwia także pominięcie w postępowaniu sądowym zasięgnięcia opinii ekspertów, którzy często – zdaniem autorów projektu – mają tendencję do nadmiernego podkreślania wad, a nie zalet każdego z rodziców. Ze względu zaś na większą przewidywalność ewentualnego rozstrzygnięcia sądu w konkretnej sprawie rodzice mogą częściej niż dotychczas dochodzić do porozumienia bez potrzeby korzystania z drogi sądowej¹⁰⁴. Kolejną istotną zaletą *past caretaking standard* jest to, że zachowania rodziców w stosunku do dziecka w trakcie trwania małżeństwa będą miały swoje odzwierciedlenie w możliwie najpełniejszy sposób po rozwodzie stron¹⁰⁵.

Zasady ALI zakazują sądowi brać pod uwagę przy rozstrzyganiu kwestii władzy rodzicielskiej i pieczy nad dzieckiem określonych, wymienionych czynników takich jak m. in.: płeć, rasa, religia, sytuacja ekonomiczna stron etc. Domniemywa się bowiem, że te czynniki nie mają wpływu na dobro dziecka lub, że ze względu na inne istotne społecznie wartości, nie powinny być w ogóle brane pod uwagę¹⁰⁶.

Kolejne domniemania dotyczą zagadnień związanych z przemocą domową (*domestic abuse*). Domniemywa się więc, że rodzic, który dopuszczał się przemocy wobec dziecka, doprowadzał do wystąpienia przemocy w domu, nadużywał narkotyków lub uporczywie utrudniał albo zakłócał kontakt drugiego rodzica z dzieckiem powinien mieć ograniczony dostęp do dziecka. Ma to chronić dziecko i drugiego rodzica przed wyrządzeniem im krzywdy. Celowość wprowadzenia takiej regulacji uzasadniono wynikami analizy orzecznictwa. Okazało się bowiem, że sądy w zbyt dużej liczbie spraw lekcewały przypadki przemocy domowej. Bezpodstawnie zakładały, że takie incydenty nie powtórzą się w przyszłości i na tej podstawie podejmowały decyzje o przyznaniu władzy rodzicielskiej i pieczy nad dzieckiem¹⁰⁷.

VI. Wnioski dla polskiej praktyki orzeczniczej wynikające z analizy prawa amerykańskiego

Na koniec chciałabym przedstawić – z perspektywy adwokata praktykującego w sprawach rodzinnych – kilka ogólnych uwag wynikających z zestawienia przed-

¹⁰³ Jak bowiem celnie zauważono w jednym z orzeczeń: „dzieciństwo to krótki okres, w którym zdarzenia i zmiany mogą zmienić życie, aż po jego kres. Nie możemy zmienić przeszłości. Dlatego musimy większą wagę przykładac do terażniejszości, która i tak zbyt szybko w życiu dziecka staje się przeszłością”. Zob. *Karis v Karis* 544 A. 2d 1328, 1332 (1988). Cyt. za L. D. Elrod, M. D. Dale, *op. cit.*, s. 15.

¹⁰⁴ *Ibidem*, s. 19.

¹⁰⁵ *Ibidem*, s. 21.

¹⁰⁶ *Ibidem*, s. 22.

¹⁰⁷ *Ibidem*, s. 23.

stawionych doświadczeń amerykańskich z polską praktyką stosowania prawa po jego nowelizacji z 2008 r.

(1) W polskim prawie, podobnie jak w amerykańskim, dobro dziecka stanowi podstawowe kryterium rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej. Jego zastosowanie w amerykańskiej praktyce stosowania prawa nie prowadzi do dyskryminacji jednej ze stron ze względu na płeć. Tymczasem w Polsce sytuacje zdaje się wyglądać odmiennie – w większości bowiem spraw pełna władza rodzicielska jest przyznawana matce, o ile tylko ona o to wystąpi. Po nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 2008 r. pozostawienie obojgu rodzicom pełnej władzy rodzicielskiej może mieć miejsce wyjątkowo, tylko wtedy, gdy rodzice przedstawiają sądowi stosowne porozumienie o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem. Ponieważ Sąd nie może obecnie przyznać władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom w braku porozumienia oraz dlatego, że polscy sędziowie *de facto* preferują przyznawanie władzy rodzicielskiej matce, to w większości spraw matka prawie na pewno uzyska wyłączną władzę rodzicielską i opiekę nad dzieckiem, jeśli odmówi zawarcia takiego porozumienia. Obecna regulacja skłania zatem matkę do odmowy negocjowania i zawierania porozumienia, skoro w efekcie odmowy może ona uzyskać więcej władzy rodzicielskiej kosztem ojca, niżby to mogło wynikać z ewentualnego porozumienia. Można sądzić, że takie konsekwencje nowelizacji prawa rodzinnego z 2008 r. nie były przez ustawodawcę zamierzone. A z całą pewnością nie są one pożądane.

Ustawodawca zaniechał budowy systemu bodźców zachęcających oboje rodziców do zawierania porozumienia w sprawie władzy rodzicielskiej. Sądzę, że obecny kształt regulacji, którego podstawą jest obligatoryjność przedstawienia całkowicie uzgodnionego planu, wręcz zniechęca matki do zawierania porozumień i będzie prowadzić w większości przypadków do nieuzasadnionego i szkodliwego przyznawania władzy rodzicielskiej tylko jednemu z rodziców. Takie mało elastyczne rozwiązanie, choć ułatwia codzienne wykonywanie władzy rodzicielskiej, może w konsekwencji osłabiać więzi między dzieckiem a drugim z rodziców, zwłaszcza wtedy, gdy relacje rodziców po rozwodzie pozostają konfliktowe.

Sądzę, że opisanej tu, niekorzystnej tendencji można przeciwdziałać, bez konieczności zmiany prawa, przez stosowanie w bieżącej praktyce orzeczniczej przedstawionych wyżej w pkt V Zasad ALI.

(2) Sędziowie wykazują niekiedy skłonność do akceptowania porozumień rodziców o znacznym poziomie ogólności, które nie regulują wielu istotnych kwestii (np. opieki medycznej, ponadprzeciętnych wydatków na dziecko np. w związku z jego chorobą, sposobów komunikacji między rodzicami, przechowywania paszportów, dokumentacji medycznej dziecka, sposobów spędzania świąt oraz dni wolnych od zajęć w trakcie roku szkolnego itp.). Zdarza się, że porozumienia sprowadzają się do kilkunastu ogólnych zdań o wspólnym decydowaniu w przyszłości

o najważniejszych sprawach dotyczących dzieci oraz mało precyzyjnego ustalenia kontaktów jednego z rodziców z dzieckiem. Wynika to zapewne z wątpliwego założenia, że w przyszłości rodzice dojdą w poszczególnych kwestiach do konkretnych ustaleń. Tymczasem rolą porozumienia powinno być właśnie precyzyjne uregulowanie maksymalnie wielu kwestii dotyczących wychowania i organizacji codziennego życia dzieci stron. Brak takich regulacji nie tylko nie doprowadzi do dobrowolnego uzgodnienia nieuregulowanych kwestii w przyszłości ale może być wręcz zarzewiem przyszłych konfliktów między rodzicami, kolejnych postępowań sądowych i może negatywnie odbić się na sytuacji wychowawczej dzieci.

Tymczasem celem amerykańskiego „planu wychowawczego” jest właśnie zachęcanie rodziców do realnego, samodzielnego porozumiewania się w kwestiach dotyczących dzieci i ustalania jak najbardziej szczegółowych rozwiązań. Tylko bowiem precyzyjne uregulowanie całego szeregu zagadnień dotyczących dziecka, z jednej strony wskazuje na istnienie między rodzicami realnego porozumienia w kwestii dziecka, a jednocześnie wskazuje, że oboje rzeczywiście zdają sobie sprawę na czym polega wspólne sprawowanie przez nich władzy rodzicielskiej. W konsekwencji uważam, że Sąd powinien zachęcać strony do większej precyzji w formułowaniu porozumień i zwracać im uwagę na kwestie, które nie zostały w nim uregulowane.

De lege ferenda sądzę także, że sąd powinien mieć możliwość przyznania wspólnej władzy rodzicielskiej również wtedy, gdy z okoliczności wynika, że rodzice są w stanie dojść do porozumienia w większości istotnych spraw związanych z wykonywaniem władzy rodzicielskiej nad małoletnim dzieckiem i kontaktami z nim, a nie wyłącznie wtedy, gdy ich porozumienie obejmie wszystkie rozważane przez nich kwestie i zostaje formalnie zawarte. *De lege lata*, w braku porozumienia rodziców, taki sam wynik sąd może faktycznie osiągnąć tylko przez powierzenie władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców i przyznanie bardzo szerokich, określonych uprawnień i obowiązków – zbliżonych jakościowo do pełni władzy rodzicielskiej – drugiemu z rodziców. Nie unika się jednak przy tym swoistego napiętnowania tego z rodziców, któremu władzy rodzicielskiej nie powierzono (rodzic, któremu władzy rodzicielskiej nie przyznano może być bowiem postrzegany jako rodzic gorszy), stąd jest to rozwiązanie ułomne.

(3) W polskiej literaturze stosunek do tzw. „naprzemiennej władzy rodzicielskiej” jest w przeważającej części negatywny¹⁰⁸. Nie zawsze jest całkowicie jasne to, co stanowi przedmiot krytyki w tym zakresie. Jeśli ową krytykę rozumieć jako sprzeciw wobec naprzemiennego sprawowania władzy rodzicielskiej, to wydaje się ona

¹⁰⁸ Tak m. in. J. Ignaczewski, *Pochodzenie dziecka i władza rodzicielska po nowelizacji. Art. 61^a–113^a KRO. Komentarz*, C. H. Beck, Warszawa 2009, s. 206. Zob. też B. Czech [w:] K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2006, s. 402; W. Stojanowska [w:] *Nowelizacja...*, s. 74. Zob. również orz. Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 1952 r., C 414/52, OSN 1952, z. II, poz. 47. Odmienne R. Zegadło, *op. cit.*, s. 13–14.

co do zasady słuszna. Gdyby jednak postrzegać ją jako sprzeciw wobec naprzemiennego, faktycznego przebywania przez dziecko u każdego z rodziców i związanego z nim naprzemiennego, faktycznego sprawowania fizycznej pieczy nad dzieckiem, to z takim stanowiskiem trudno byłoby się zgodzić.

Sądzę, że w świetle aktualnie obowiązującego prawa polskiego w pełni dopuszczalne jest pozostawienie obojgu rodzicom pełnej władzy rodzicielskiej z jednoczesnym ustaleniem sprawowania przez nich faktycznej, naprzemiennej pieczy fizycznej nad dzieckiem, tj. np. zamieszkiwania dziecka przez jeden tydzień z matką, a przez kolejny z ojcem (lub np. przez dwa tygodnie z matką, a następnie jeden tydzień z ojcem i tak na przemian)¹⁰⁹. Takie rozstrzygnięcie, jeśli rodzice mieszkają blisko siebie, a dotychczas oboje w porównywalnym stopniu uczestniczyli w życiu dzieci może być optymalnym rozwiązaniem. Sąd ustalałby wówczas jedynie miejsce zamieszkania dziecka wskazując miejsce zamieszkania jednego z rodziców (art. 26 § 2 zd. 2 k.c.), natomiast miejsce pobytu dziecka ulegałoby periodycznym zmianom zgodnie z porozumieniem. W świetle współczesnych badań amerykańskich, które przeczą lansowanej niekiedy tezie o szkodliwości takiego rozwiązania dla dobra dziecka¹¹⁰, nie sposób zrozumieć, dlaczego należałoby je *a priori* odrzucać jako niedopuszczalne.

Takie rozwiązanie oczywiście nie zawsze jest najlepsze i z pewnością może nie nadawać się do zastosowania w każdym przypadku. Uważam jednak, że na sądzie powinien spoczywać obowiązek jego rozważenia przy orzekaniu o władzy rodzicielskiej nad małoletnim dzieckiem. Tylko bowiem takie rozwiązanie jest w stanie zapewnić dziecku równie lub prawie równie intensywny kontakt z obojgiem rodziców po ich rozstaniu. Takie rozstrzygnięcie będzie prowadzić również do tego, że żadne z rodziców nie będzie doznawać poczucia krzywdy i porażki życiowej związanej z ograniczeniem władzy rodzicielskiej lub tylko znaczącym ograniczeniem uczestniczenia w życiu własnych małoletnich dzieci. W konsekwencji ryzyko, że owo poczucie porażki zostanie przeniesione przez rodzica na jego relację z dzieckiem, i że unieszczęśliwi w jakimś stopniu dziecko, zostanie zminimalizowane.

¹⁰⁹ Por. R. Zegadło, *op. cit.*, s. 13–14.

¹¹⁰ Tak, jak się wydaje, W. Stojanowska [w:] *op. cit.*, s. 74.

Rozważania o wykonywaniu postanowienia o ustaleniu kontaktów z dzieckiem w świetle uchwały Sądu Najwyższego z dnia 28 sierpnia 2008 r. (III CZP 75/08)

Od ukazania się uchwały Sądu Najwyższego z dnia 28 sierpnia 2008 r., dotyczącej wykonywania kontaktów z dzieckiem¹ minęły ponad dwa lata. W tym czasie ukazały się dwie publikacje dotyczące analizy rozwiązania przedstawionego w orzeczeniu². Pomimo tego zagadnienie przymusowego realizowania kontaktów nadal wywołuje kontrowersje i budzi emocje. Dlatego też pozwalam sobie na zabranie głosu w tej sprawie.

I. Prawo dziecka do kontaktu z rodzicami ma charakter naturalny i podstawowy. Przez kontakty z dzieckiem rodzice zapewniają mu poczucie bezpieczeństwa, a także poznają jego potrzeby, co pozwala im należycie wykonywać władzę rodzicielską.

Prawo dziecka i rodziców do wzajemnych kontaktów, zostało wyrażone w wiążących Polskę umowach międzynarodowych, m.in. w art. 9 Konwencji o prawach dziecka³, w art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁴ oraz w Konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi⁵, o której niżej. Akty międzynarodowe nakładają na Polskę obowiązek zapewnienia poszanowania życia rodzin-

¹ Dotyczy to także kontaktów ustalonych w drodze ugody zawartej przed sądem lub mediatorem.

² R. Zegadło, *Głosa do uchwały SN z dnia 28 sierpnia 2008 r. (III CZP 75/08)*, „Rodzina i Prawo” 2009, Nr 11, s. 85–90, A. Kallaus, *Głosa do uchwały SN z dnia 28 sierpnia 2008 r.*, „Rodzina i Prawo” 2009, Nr 12, s. 103–115.

³ Uchwalonej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w dniu 20 grudnia 1989 r. Polska podpisała ją w dniu 26 stycznia 1990 r., a ratyfikowała w dniu 7 lipca 1991 r. (Dz. U. Nr 120, poz. 526, ze zm.). Art. 9 ust. 3 Konwencji stanowi, iż dziecko ma prawo do utrzymywania regularnych stosunków osobistych i bezpośrednich kontaktów z obojgiem rodziców, z wyjątkiem przypadków, gdy jest to sprzeczne z najlepiej pojętym interesem dziecka, zaś art. 10, że dziecko, którego rodzice przebywają w różnych państwach, ma prawo do utrzymywania regularnych, z wyjątkiem okoliczności nadzwyczajnych, osobistych stosunków i bezpośrednich kontaktów z obojgiem rodziców.

⁴ Sporządzonej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. Polska podpisała ją w dniu 26 listopada 1991 r. a ratyfikowała w dniu 19 stycznia 1993 r. (Dz. U. Nr 61, poz. 284, z późn. uzup.), natomiast w dniu 30 kwietnia 1993 r. uznała jurysdykcję Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz prawo do skargi indywidualnej.

⁵ Przyjętej przez państwa członkowskie Rady Europy w Strasburgu w dniu 15 maja 2001 r. Ratyfikowana przez Polskę ustawą z dnia 23 kwietnia 2009 r. o ratyfikacji Konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi, sporządzonej w Strasburgu w dniu 15 maja 2003 r. (Dz. U. Nr 68, poz. 576).

nego⁶, na które składają się także kontakty między członkami rodziny⁷. Także Konstytucja RP w art. 18 stanowi, że rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej.

Z powyższych aktów wynika, że Państwo winno pomagać przy rozwijaniu więzi rodzinnych między osobami bliskimi a dzieckiem i tworzyć zabezpieczenia prawne umożliwiające od momentu narodzin integrację dziecka z rodziną ojca i matki, jeżeli pozostają oni w rozłączeniu⁸. Obowiązek ten nałożony został na organy Państwa *explicite*, m.in. w art. 100 § 1 k.r.o., ale także pośrednio poprzez wskazanie jakie działania winny być podejmowane przez Państwo aby chronić więzi rodzinne (art. 8 w zw. z art. 13 EKPCz)⁹.

Mimo powyższych unormowań osobom uprawionym do kontaktów nie jest zapewniona – w wymiarze praktycznym – należyta ochrona przy realizacji tego ich prawa podmiotowego. Uniemożliwianie rodzicom pozostającym w rozłączeniu właściwego wykonywania przysługującej im władzy rodzicielskiej poprzez utrudnianie im przez drugiego rodzica kontaktów z małoletnimi dziećmi stało się problemem społecznym, zaś przeciwdziałanie temu – problemem prawnym, nie tylko w Polsce. Kontakty z dzieckiem stanowią obszar często dramatycznych i długoletnich, a czasem nigdy nie rozwiązanych konfliktów. Wobec powyższego już kilkanaście lat temu pojawiły się głosy o konieczności wypracowania instrumentu prawnego w celu

⁶ Art. 8 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności stanowi, iż każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego. Przepis ten nakłada na władze państwowe pozytywne obowiązki w zakresie udzielenia ochrony prawnej. „Współcześnie obowiązki pozytywne są trwałym elementem dorobku orzeczniczego. Stanowią one ważne dopełnienie zestawu obowiązków negatywnych państw w sferze ochrony praw i wolności. Ich uznanie wzmacnia ochronę jednostki przez rozwinięcie treści norm chroniących prawa człowieka. Wiążą się one z podjęciem działań bardziej strukturalnych (zwykle legislacyjnych lub innych działań systemowych) niż incydentalnych. Mimo że obowiązki te są bardziej obowiązkami starannego działania niż rezultatu są one wyraźnie nakierunkowane na zapewnienie efektywnej, skutecznej ochrony konkretnemu prawu lub wolności.” [C. Mik, *Teoria obowiązków pozytywnych państw – stron traktatów w dziedzinie praw człowieka na przykładzie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* (w:) *Księga Jubileuszowa prof. Tadeusza Jasudowicza*, Toruń 2004, s. 257–276].

⁷ Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu prawo do poszanowania życia rodzinnego zawiera w sobie prawo rodzica, który nie sprawuje pieczy nad dzieckiem, do dostępu do dziecka i kontaktu z nim (por. wyrok ETPCz z dnia 25 stycznia 2000 r., *Ignaccolo-Zenide v. Rumunia*, skarga Nr 31679/96; angielska wersja językowa orzeczenia została opublikowana na stronie internetowej Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, <http://www.echr.coe.int>, a w przekładzie na język polski w elektronicznym Systemie Informacji Prawniczej LEX, Nr 76910).

⁸ Zob. A. N. Schulz, *Ustalenie ojcostwa i utrzymywanie kontaktów z dzieckiem – niektóre prawa ojca w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka* (w:) *Księga Jubileuszowa prof. dr hab. Tadeusza Smyczyńskiego*, Toruń 2008.

⁹ Obowiązek ciążyący na państwach musi być interpretowany w świetle art. 7 Konwencji haskiej z dnia 25 października 1980 r. dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę (Dz. U. z 1995 r. Nr 108, poz. 528 i 529) i art. 55 rozporządzenia WE Nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczącego jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej uchylającego rozporządzenie WE Nr 1347/2000, które weszło w życie z dniem 1 marca 2005 r., zwanego potocznie „Bruksela IIa”, w których określono listę środków koniecznych do powzięcia przez państwo w celu zapewnienia szybkiego powrotu dzieci bezprawnie uprowadzonych albo zatrzymanych, poszanowania prawa do opieki i prawa do kontaktów.

poprawy skuteczności wykonywania kontaktów z dziećmi¹⁰. W efekcie pod auspicjami Rady Europy zawarto Konwencję w sprawie kontaktów z dziećmi¹¹. Wyznacza ona kierunek międzypaństwowej współpracy w obszarze ułatwiania i zabezpieczenia kontaktów transgranicznych i służy podniesieniu standardów prawa wewnętrznego. Nakłada na jej sygnatariuszy obowiązek wprowadzania i stosowania środków gwarantujących zabezpieczenie prawidłowego wykonania kontaktów i powrotu dziecka do rodzica pełniącego nad nim stałą pieczę po zakończeniu kontaktów.

II. Także w Polsce zaczęto szukać narzędzia zapewniającego realną ochronę prawa do osobistej styczności, albowiem przepisy o egzekucji świadczeń niepieniężnych – art. 1050 i art. 1051 k.p.c., które stanowiły podstawę prawną egzekwowania kontaktów, nie były efektywne. Środowisko prawnicze podzieliło się – część prawników optowała za podwyższeniem limitu grzywny, która była wymierzana w oparciu o wskazane przepisy, inni twierdzili, że kary pieniężne nie są rozwiązaniem problemu i sprzeciwiali się ostrzejszym sankcjom.

Na przecięcie tego sporu zdecydował się Sąd Najwyższy, który kwestionując dotychczasową praktykę wykonywania prawa do kontaktów, wskazał inną drogę, stwierdzając w uchwale z dnia 28 sierpnia 2008 r.¹², iż 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 n. k.p.c., tj. według przepisów o odebraniu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką. Zatem Sąd Najwyższy uznał, że do skutecznego wykonania postanowienia o ustaleniu kontaktów z dzieckiem poza miejscem jego stałego pobytu, co wiąże się z koniecznością wydania dziecka przez rodzica pełniącego stałą pieczę nad dzieckiem, konieczne jest wszczęcie postępowania o odebranie dziecka na czas kontaktów.

Uchwała wywołała poruszenie, w szczególności w środowisku praktyków. Przeważało stanowisko, że – przy zachowaniu pewnych reguł dotyczących specyfiki wykonywania kontaktów – możliwe jest zastosowanie rozwiązania przedstawionego w orzeczeniu Sądu Najwyższego. Stwierdzono, że może to zmienić niezadowolającą obecnie stan w zakresie realizacji kontaktów. Jednocześnie zauważono,

¹⁰ Formalnym impulsem do podjęcia prac nad Konwencją było zalecenie sformułowane pod adresem Rady Europy w trakcie III Konferencji Prawa Rodzinnego w Kadyksie, odbywającej się w dniach 20–22 kwietnia 1995 r., dotyczące poprawy międzynarodowego instrumentarium prawnego stosowanego w sprawach kontaktów z dzieckiem o charakterze transgranicznym (z uzasadnienia rządowego projektu ustawy o ratyfikacji Konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi, VI Kadencja Sejmu RP, Nr druku 895).

¹¹ Konwencja ta została uzgodniona w Wilnie, a otwarta do podpisu w dniu 15 maja 2003 r. w Strasburgu. Polska podpisała ją w dniu 24 września 2003 r., a ratyfikowała ustawą z dnia 23 kwietnia 2009 r. (Dz. U. Nr 68, poz. 576), która weszła w życie dnia 21 maja 2009 r. Ma ona zastosowanie do wszelkich kontaktów z dzieckiem, w szczególności o charakterze transgranicznym.

¹² Orzeczenie wydane w sprawie o sygn. akt III CZP 75/08, OSNC 2009, Nr 1, poz. 12, Biul. SN 2008, Nr 8, poz. 7, „Monitor Prawniczy” 2009, Nr 4, poz. 225.

że kierując się dobrem dziecka, należy baczyć czy środek w postaci przymusowego odebrania małoletniego da się pogodzić ze skutkami, jakie dla jego psychiki może mieć jego stosowanie¹³.

Oczywiście każda przymusowa forma wykonania prawa do kontaktów jest niedoskonała i może negatywnie wpływać na dziecko. Niezależnie od przyjętego sposobu realizacji tego prawa, nie ulega wątpliwości, że względ na dobro dziecka nie pozwala na akceptowanie rozbieżności między stanem prawnym, w którym rodzic ma ustalone kontakty z dzieckiem, a stanem faktycznym, w którym uprawnienie to nie jest realizowane na skutek obstrukcyjnych działań rodzica sprawującego stałą pieczę nad dzieckiem. Zachowanie takiego rodzica nie powinno być pozostawione bez żadnej ujemnej oceny prawnej. Jednoznacznie negatywnie trzeba ocenić sytuację, w której przepisy regulujące prawo do kontaktów byłyby jedynie teorią, zaś realizacja tego prawa byłaby uzależniona od woli rodzica pełniącego stałą pieczę nad dzieckiem i to wbrew orzeczeniu sądu. W żadnym wypadku nie można też przyjąć, że jedynym skutecznym i dopuszczalnym w obecnym stanie prawnym środkiem do osiągnięcia zmiany zachowania blokującego kontakty rodzica, przy którym ustalono miejsce stałego pobytu dziecka, miałyby być instrumentalnie traktowane ograniczenie lub pozabawienie go władzy rodzicielskiej. Mogłoby to bowiem naruszać konstytucyjnie gwarantowaną ochronę prawa dziecka do rodziny oraz praw rodzicielskich¹⁴.

Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu, przed którym Polska przegrała kilka spraw o wykonywanie kontaktów¹⁵, wielokrotnie stwierdzał, że: „W prawie krajowym musi istnieć dostępny i spójny mechanizm pozwalający rodzicowi wyegzekwować prawa związane z kontaktami z dziećmi, w sytuacji gdy drugi z nich odmawia podporządkowania się postanowieniu sądu, które je reguluje”¹⁶. Podkreślał także konieczność przestrzegania obowiązku szybkiego działania w celu uniknięcia nieuzasadnionej zwłoki, gdyż ważnym czynnikiem w postępowaniu dotyczącym dzieci jest czas. Ma on szczególne znaczenie ze względu na zagrożenie, jakie wiąże się z tym, że proceduralna zwłoka doprowadzi do faktycznego rozstrzygnięcia bez udziału sądu¹⁷.

Wobec powyższego w sprawach przymusowego wykonywania kontaktów z dziećmi zachodzi konieczność odejścia od rutynowego orzekania, ugruntowanej interpretacji na rzecz wykazania się niezbędną wrażliwością aksjologiczną. Interpretacja przepisów powinna być ukierunkowana na zapewnienie dziecku i rodzicom skuteczności wykonywania ich praw, a nowa droga wskazana przez Sąd Naj-

¹³ R. Zegadło, *Głosa...*, s. 90.

¹⁴ Art. 18, 47 i 48 § 2 Konstytucji RP.

¹⁵ Zob. wyrok ETPCz z dnia 23 czerwca 2005 r., *Zawadka v. Polska* – skarga Nr 48542/99, wyrok ETPCz z dnia 6 września 2005 r., *Siemianowski v. Polska* – skarga Nr 45972/99, wyrok ETPCz z dnia 19 czerwca 2007 r. *Pawlik v. Polska* – skarga Nr 11638/02, wyrok ETPCz z dnia 20 kwietnia 2010 r., *Z. v. Polska* – skarga Nr 34694/06 (http://bip.ms.gov.pl/prawa_czlowieka/etpc_orzecznictwo_polska.php).

¹⁶ Wyrok z dnia 19 września 2000 r., *Glaser v. Wielka Brytania*, skarga Nr 32346/96, LEX Nr 76740.

¹⁷ *Ibidem*.

wyższy stanowi szansę na osiągnięcie tego zamierzenia. Mimo aprobaty dla stanowiska Sądu Najwyższego uważam jednak, że – z uwagi na surowość omawianego sposobu realizowania prawa do kontaktów – powinien on być stosowany z rozważą. Zbyt szybkie i zbyt częste wdrażanie trybu przymusowego odebrania dziecka może w sposób oczywisty zagrażać dobru dziecka. Zatem środek ten powinien być rozpatrywany w kategoriach rozwiązania przejściowego do czasu wprowadzenia niezbędnych zmian legislacyjnych przewidujących większą gamę środków oddziaływania na opornego rodzica. Są one konieczne, bo prawo winno odpowiadać na potrzeby społeczeństwa i być na tyle elastyczne, aby zapewnić ochronę praw obywateli¹⁸. Trzeba jednak jasno powiedzieć, że każda przymusowa forma realizacji praw rodzinnych jest niedoskonała i żadne narzędzie prawne nie daje gwarancji stuprocentowej skuteczności.

III. Do czasu wejścia w życie odpowiedniej regulacji prawnej w tym zakresie sądy rodzinne mają trudne zadanie zapewnienia skutecznej ochrony prawa do kontaktów na gruncie obowiązujących przepisów. Sąd opiekuńczy nie jest władzą powołaną tylko do rozstrzygania spraw, ale w równej mierze do wpływania na sferę wykonawczą. Nie wypełnia należycie przepisu art. 100 § 1 k.r.o. postępowanie formalne polegające na wydaniu trafnego postanowienia o ustaleniu kontaktów, przy jednoczesnym tolerowaniu stanu permanentnego ignorowania tego orzeczenia przez rodzica sprawującego bezpośrednią pieczę nad dzieckiem i uniemożliwiania drugiemu rodzicowi kontaktów z dzieckiem. Sąd winien reagować na trudności wynikające przy realizowaniu rodzinnych praw podmiotowych i udzielać uprawnionemu pomocy. Obejmuje to również wydawanie i nadzorowanie wykonywania orzeczeń dotyczących kontaktów rodzica z dzieckiem, nawiązania i podtrzymywania więzi psychicznej koniecznej do należytego wykonywania władzy rodzicielskiej i chronienia dziecka przed skutkami konfliktu między rodzicami¹⁹.

IV. Alternatywne metody rozwiązywania sporów mogą być szansą na wypracowanie przez rodziców trwałych porozumień i ochrony dziecka przed skutkami eskalacji konfliktu. Zatem sąd opiekuńczy powinien sięgać po nie jak najczęściej. W przypadku ustalenia, iż wadliwe działania rodzica wynikają z niewiedzy w zakresie psychologii i pedagogiki, konieczne jest upoważnienie osób kompetentnych w tych dziedzinach do udzielania bezstronnej i fachowej pomocy. Podstawę prawną takiego działania stanowi art. 113⁴ k.r.o. stanowiący, że sąd opiekuńczy, orzeka-

¹⁸ M. Matczak, *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Scholar, Warszawa 2007 i powołana tam literatura.

¹⁹ Por. postanowienie SN z dnia 11 stycznia 2000 r., I CKN 327/98, LEX Nr 39852, Biul. SN 2000, Nr 4, poz. 14, „Prokuratura i Prawo” 2001, Nr 7–8; T. Sokołowski, *Komentarz do art. 113 (2) kodeksu rodzinnego i opiekuńczego* (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Komentarz pod red. H. Doleckiego i T. Sokołowskiego*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010.

jąc w sprawie kontaktów z dzieckiem, może zobowiązać rodziców²⁰ do określonego postępowania, w szczególności skierować ich do placówek lub specjalistów zajmujących się terapią rodzinną, poradnictwem lub świadczących rodzinie inną stosowną pomoc, a więc również zobowiązać rodziców do uczestnictwa w treningu rozwiązywania konfliktów i umiejętności wychowawczych, itp.

Przy dążeniu do poprawy skuteczności wykonywania kontaktów z dzieckiem preferowanymi środkami winny być porozumienia rodziców, tzw. plany wychowawcze²¹, mediacja²² i wszelkiego rodzaju działania specjalistyczne, także z zakresu poradnictwa rodzinnego, które mają funkcję prewencyjną – przeciwdziałają narastaniu konfliktu i wciąganiu do niego małoletniego oraz edukacyjną – uświadamiają rodzicom ich obowiązki i potrzeby dziecka.

Dodatkowo sąd opiekuńczy w celu zapewnienia wykonywania kontaktów może w postanowieniu o ustaleniu kontaktów ustanowić inne środki zabezpieczające, których podstawę stanowić będzie art. 582¹ § 2 k.p.c. W szczególności można zobowiązać osobę uprawnioną do kontaktów lub osobę, pod której pieczę dziecko pozostaje, do pokrycia kosztów podróży do miejsca kontaktów i z powrotem, odebrać od tych osób przyrzeczenie określonego zachowania, czy też zobowiązać rodzica, z którym dziecko mieszka, do złożenia na rachunek depozytowy sądu określonej kwoty pieniężnej na zabezpieczenie wydatków uprawnionego związanych z wykonywaniem kontaktów na wypadek nieprzestrzegania przez zobowiązanego ustalonych warunków²³. Jeżeli powyższe środki okażą się niesku-

²⁰ Podstawę prawną nałożenia na małoletniego podobnych obowiązków może stanowić przepis art. 109 § 2 pkt 1 k.r.o. Przepis ten stanowi też odrębną podstawę kierowania rodziców do placówek poradnictwa rodzinnego w ramach ograniczenia władzy rodzicielskiej.

²¹ Koncepcja porozumienia rodziców przewidziana w art. 58 § 1 i 107 § 2 k.r.o., gdzie jest mowa o porozumieniu małżonków o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem po rozwodzie, jeżeli jest ono zgodne z dobrem dziecka, nawiązuje do amerykańskiego wzorca tzw. planu wychowawczego. Jest on wynikiem negocjacji między rodzicami i dobrowolnego zobowiązania się przez nich przed sądem do określonego sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej i utrzymywania z dzieckiem kontaktów.

²² W. Stojanowska proponuje wprowadzenie obligatoryjnej mediacji, co w jej ocenie stanowiłoby gwarancję zabezpieczenia dobra dziecka rozwodzących się rodziców. W. Stojanowska, *Fakultatywna mediacja w procesie o rozwód według znowelizowanego kodeksu postępowania cywilnego*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2006, Nr 6.2, s. 33. Takie samo stanowisko zajmuje też znaczna część środowiska mediatorów, por.: Ch. W. Moore, *Mediacje. Praktyczne strategie rozwiązywania konfliktów*, Wolters Kluwer Polska Oficyna, Warszawa 2009. W USA wymóg obligatoryjnych mediacji jest ograniczony do spraw dotyczących władzy rodzicielskiej i kontaktów z dziećmi. Wprowadzenie obligatoryjnej mediacji poprzedzone było spostrzeżeniem, że rodzice w trakcie sprawy sądowej skupiają się na sobie, przyjmują pozycję oczekiwania na postanowienie sądu i przestają szukać rozwiązania polubownego. Zatem postępowanie sądowe, w którym rodzice występują jako przeciwnicy procesowi, powoduje narastanie wrogości między nimi i nie sprzyja generowaniu przez nich propozycji ugodowego załatwienia sporu, zaś u dzieci wywołuje wielki stres (H. Przybyła-Basista, *Mediacje rodzinne w konflikcie rozwodowym. Gotowość i opór małżonków a efektywność procesu mediacji*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2006, s. 24–25).

²³ Środki zabezpieczające nie rozwiązują jednak powszechnego problemu z utrudnianiem realizacji prawa do kontaktów. Teoretycznie w przypadku niewykonywania przez rodziców nałożonych na nich obowiązków w orzeczeniu o kontaktach nie można wykluczyć możliwości ich egzekwowania na podstawie przepisów o egzekucji, w szczególności przepisów art. 1050, 1051 i n. k.p.c. Jest to jednak możliwość bardziej teoretyczna niż praktyczna.

teczne i wykonanie kontaktów napotka na przeszkody, dalsze działania sądu uzależnione będą od ustalonej formy kontaktów²⁴.

Zastosowanie art. 598¹–art. 598¹³ k.p.c. nie rozwiązuje wszystkich problemów powstających w przypadku niewykonania orzeczenia o kontaktach z dzieckiem. Przepisy te dotyczą jedynie odebrania dziecka. W obecnym stanie prawnym występują dwa tryby wykonywania prawa do kontaktów w zależności od ich formy. W przypadku kontaktów ustalonych poza miejscem stałego pobytu dziecka, gdy rodzic pełniący stałą pieczę nad dzieckiem ma obowiązek wydać małoletniego na czas kontaktów, należy prowadzić postępowanie opiekuńcze o odebranie dziecka, zaś przy innych formach kontaktów – postępowanie egzekucyjne²⁵. W pierwszej sytuacji wprost będą miały zastosowanie przepisy art. 598¹ i n. k.p.c. regulujące odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką. Natomiast do wykonywania kontaktów w miejscu pobytu dziecka, do których Sąd Najwyższy nie odnosi się w omawianej uchwale, należałoby stosować przepisy o egzekucji świadczeń niepieniężnych, tj. w zależności od ustalonych obowiązków – art. 1050 § 1 lub 1051 § 1 k.p.c., w większości spraw – przepis art. 1051 § 1 k.p.c.²⁶.

Za przyjęciem trybu określonego w art. 598¹ i n. k.p.c. do wykonywania orzeczenia o kontaktach rodziców z dzieckiem, nakazującego wydawanie dziecka przez rodzica, któremu powierzono wykonywanie władzy rodzicielskiej oraz zobowiązującego drugiego rodzica do odprowadzania dziecka przemawia nie tylko wykładnia językowa²⁷, ale i odwołanie się do intencji ustawodawcy²⁸. Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 19 lipca 2001 r.²⁹ wprowadzającej regulację orzekania i wykonywa-

²⁴ Art. 113 § 2 k.r.o. zawiera katalog kontaktów z dzieckiem, w którym wyróżnić można kontakty bezpośrednie, czyli przebywanie z dzieckiem – odwiedziny, spotkania, zabieranie dziecka poza miejsce jego stałego pobytu oraz kontakty pośrednie, czyli utrzymywanie korespondencji z dzieckiem, także osobiste porozumiewanie się z nim przy pomocy środków komunikacji elektronicznej.

²⁵ Moim zdaniem, nie sposób usunąć tej rozbieżności w drodze wykładni. Zakres interpretacji tekstu prawnego ma bowiem swoje granice. Nie zawsze nowelizację, która jest w tym przypadku konieczna, można zastąpić wykładnią. Z drugiej strony trzeba mieć na względzie, że przepisy procedury nie mogą ograniczać stron w dochodzeniu ochrony praw podmiotowych. Procedura pełni bowiem rolę służebną wobec prawa materialnego. Zatem występująca w omawianym przypadku ułomność proceduralna, „wstyd prawniczy”, nie powinna stanowić podstawy do podważenia interpretacji dokonanej zgodnie z zasadami wykładni.

²⁶ Już na etapie ustalania kontaktów można na podstawie art. 113² § 2 k.p.c. ustanowić środki zabezpieczające prawidłowe wykonywanie prawa do kontaktów, np. nadzór kuratora sądowego lub innej osoby wskazanej przez sąd.

²⁷ Przy interpretacji zastosowano dyrektywę domniemanja języka potocznego.

²⁸ SN wskazał w szczególności, że normując „odebranie” osoby, ustawodawca nie wprowadza żadnych ograniczeń lub dystynkcji pomiędzy odebraniem na stałe a odebraniem na czas określony; chodzi więc o każde odebranie osoby (odniósł się do uzasadnienia uchwały SN z dnia 26 maja 1975 r., III CZP 30/75, OSNCP 1976, Nr 3, poz. 41). W obu wypadkach zbliżona – a nawet identyczna – jest istota obowiązków rodziców polegających na wydaniu (wydawaniu) i odebraniu (odbieraniu) dziecka w określonym czasie i w określonych warunkach. Nie ulega przy tym wątpliwości, że korelatem nakazu wydania oraz odprowadzenia dziecka jest jego odebranie, także przymusowe, jeżeli nie następuje w sposób dobrowolny.

²⁹ Ustawa z dnia 19 lipca 2001 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz ustawy o komornikach sądowych i egzekucji (Dz. U. Nr 98, poz. 1069), która weszła w życie dnia 26 września 2001 r.

nia orzeczeń w sprawie o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką nie przedstawia żadnego argumentu, który w sposób przekonujący przesądzałby o niemożności stosowania art. 598⁵–598^{12a} k.p.c. do omawianych przypadków. Nowela, przenosząc przepisy o odebraniu osoby z części egzekucyjnej do postępowania rozpoznawczego nieprocesowego, obejmowała wszystkie sprawy dotyczące odebrania osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką, nie przewidywała odrębnego traktowania spraw związanych z wykonywaniem kontaktów z dziećmi.

Dodatkowego argumentu dostarcza brzmienie przepisu art. 598^{12a} k.p.c., który przewidując możliwość wielokrotnego wykorzystania postanowienia o odebraniu dziecka, wymienia postanowienie ustalające kontakty z dzieckiem na równi z orzeczeniami dotyczącymi władzy rodzicielskiej, miejsca zamieszkania dziecka i opieki³⁰. Co prawda w zamyśle projektodawców nie chodziło o odebranie dziecka przez osobę uprawnioną do kontaktów lecz o odebranie dziecka od tej osoby, gdy po zakończeniu kontaktu bezprawnie zatrzymała dziecko, jednakże literalne brzmienie tego przepisu nie daje podstaw do wykluczania jego stosowania do pierwszej sytuacji³¹.

Wobec powyższego trudno z zakresu spraw o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką wyłączyć sprawy dotyczące wydania dziecka na czas kontaktów z rodzicem. Kontrargumentu nie dostarcza także analiza art. 100 § 1 k.r.o., stanowiącego materialnoprawną podstawę odebrania dziecka³². Zgodnie z ustanowioną w nim zasadą sąd opiekuńczy i inne organy władzy publicznej są obowiązani udzielać pomocy rodzicom w każdym przypadku, gdy jest ona potrzebna do należytego wykonywania władzy rodzicielskiej³³. Zatem w art. 100 § 1 k.r.o. ustanowiona jest ogólna formuła umożliwiająca dostosowanie formy pomocy do sytuacji konkretnej rodziny. Winna być ona pojmowana szeroko, nie tylko przez pryzmat podanej tam egzemplifikacji, tj. że każde z rodziców może zwrócić się do sądu opiekuńczego o odebranie dziecka od osoby nieuprawnionej. Odebranie dziecka na czas ustalonych kontaktów może nastąpić niezależnie od tego czy zatrzymane jest ono przez osobę pełniącą nad nim stałą pieczę, czy też nie. Konieczność udzielenia pomocy może być także spowodowana niewłaściwym za-

³⁰ Przepis ten stanowi, iż postępowanie określone w art. 598⁵–598¹² może być podjęte na nowo na podstawie tego samego postanowienia, o którym mowa w art. 598⁵, jeżeli zobowiązany w okresie trzech miesięcy od wydania tego postanowienia postąpił sprzecznie z treścią postanowienia dotyczącego władzy rodzicielskiej, miejsca zamieszkania, opieki lub kontaktów z dzieckiem, a okoliczności uzasadniające jego wydanie nie uległy zmianie.

³¹ Zauważył to R. Zegadło, *Glosa...*, s. 90.

³² W przypadku kontaktów transgranicznych podstawę materialnoprawną stanowią także Konwencja haska dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę i przepisy rozporządzenia „Bruksela IIa”.

³³ Władza rodzicielska może być właściwie wykonywana tylko w przypadku regularnych kontaktów rodzica z dzieckiem [J. Strzebińczyk, *Władza rodzicielska (w:) System prawa prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze. Tom 12*, Warszawa 2003, s. 276 i powołana tam literatura]. Zatem w przypadku konfliktu między rodzicami zazwyczaj zachodzi potrzeba udzielenia rodzicom pomocy w celu przezwyciężenia trudności przy wykonywaniu władzy rodzicielskiej.

chowaniem rodzica pełniącego stałą pieczę nad dzieckiem. Jednak nawet jeżeliby przyjąć, że przesłanką orzeczenia o odebraniu dziecka jest ustalenie, iż dziecko zatrzymane jest przez osobę nieuprawnioną, to należy uznać, że na czas kontaktów prawo rodzica mieszkającego z dzieckiem przechodzi w stan uśpienia (*dormiens*). Rodzic uprawniony do kontaktów na ich czas przejmuje bieżącą pieczę nad małoletnim. To ostatnie jest zgodne z rzeczywistością, gdyż to on w czasie spotkania troszczy się o dziecko, opiekuje się nim i dba o jego bezpieczeństwo³⁴. U podstaw takiego stanowiska leży założenie, że prawo rodzica, któremu powierzono stałą pieczę nad dzieckiem, nie powinno być przeszkodą w realizacji uprawnień drugiego rodzica w zakresie wykonywania władzy rodzicielskiej i prawa do kontaktów³⁵.

V. Skoro przepisy o odebraniu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką stosuje się wprost do odebrania dziecka na czas kontaktów, to konieczne jest prowadzenie całego postępowania o odebranie (art. 598¹–598² k.p.c.), a nie jedynie ograniczenie się do jego fazy realizacyjnej (wykonawczej – art. 598⁶–598¹² k.p.c.). Postanowienie o ustaleniu kontaktów nie stanowi podstawy przymusowego odebrania dziecka, a jedynie określa strony (osoby uprawnione i zobowiązane do tych kontaktów) oraz terminy i warunki kontaktów. Do skutecznego odebrania dziecka na czas kontaktów – w przypadku oporu rodzica pełniącego stałą pieczę nad dzieckiem – konieczne jest uzyskanie postanowienia o odebraniu dziecka.

Nasuwa się wniosek, że wszczynanie postępowania o odebranie dziecka po uzyskaniu orzeczenia merytorycznego w postępowaniu o ustalenie kontaktów, przedłuża i komplikuje wykonanie tego prawa. Jednakże ustępstwo formalne w postaci rezygnacji z konieczności prowadzenia fazy rozpoznawczej (art. 598¹–598⁵ k.p.c.) i zlecenie odbierania dziecka na podstawie postanowienia o ustaleniu kontaktów na rzecz szybkości postępowania jest – w obecnym stanie prawnym – niedopuszczalne. Wynika to bezpośrednio z art. 598⁶ k.p.c. stanowiącego podstawę sądowego zlecenia kuratorowi przymusowego odebrania dziecka, co następuje tylko wtedy, gdy zobowiązany do wydania osoby nie zastosuje się do postanowienia nakazującego takie zachowanie. Tymczasem wobec brzmienia art. 598⁵ k.p.c. w zasadzie orze-

³⁴ R. Zegadło uważa, że warunkiem stosowania procedury odebrania dziecka na czas kontaktów jest przyjęcie, że orzeczenie ustalające kontakty, które wiąże się z zabranieniem dziecka przez uprawnionego poza miejsce pobytu dziecka, jest uznanie, że orzeczenie to zawiera elementy repartycji pieczy nad dzieckiem. W czasie kontaktu prawo do bieżącej pieczy ma rodzic uprawniony do kontaktu, zaś rodzic zazwyczaj sprawujący pieczę, traci to uprawnienie/obowiązek na ten czas (R. Zegadło, *Glosa...*, s. 89). Należy jeszcze nadmienić, że podobna sytuacja może mieć miejsce w przypadku sądowej modyfikacji na podstawie art. 112¹ § 2 k.r.o. ustawowego zakresu kompetencji rodziny zastępczej wobec dziecka umieszczonego w niej w ramach ograniczenia rodzicom naturalnym władzy rodzicielskiej. Z mocy § 1 powołanego przepisu rodzina zastępcza pełni bieżącą pieczę nad dzieckiem. Jednakże sąd może zadecydować o wspólnym sprawowaniu tejże pieczy przez rodziców biologicznych i zastępczych.

³⁵ Z powyższego wynika, że o odebranie dziecka na czas kontaktów skutecznie może wystąpić jedynie rodzic, któremu przysługuje władza rodzicielska, choćby była ona ograniczona.

czenie takie może być wydane jedynie w postępowaniu o odebranie dziecka³⁶. Ograniczenie postępowania o odebraniu dziecka do fazy wykonawczej może mieć miejsce tylko wówczas, jeżeli zobowiązany w okresie trzech miesięcy od wydania postanowienia o odebraniu ponownie zatrzymał dziecko, a okoliczności uzasadniające wydanie tego orzeczenia nie uległy zmianie (art. 598^{12a} k.p.c.).

Ponadto ograniczenie postępowania do fazy realizacyjnej nie zapewniłoby strom dostatecznej możliwości ochrony swych praw i pozbawiłoby je możliwości wysłuchania przez sąd. Trzeba brać także pod uwagę sytuacje, w których między ustaleniem kontaktów a zainicjowaniem przez uprawionego przymusowego ich wykonania, może upłynąć dłuższy okres, co wymaga jeszcze rozważniejszych działań. W przypadku pominięcia etapu rozpoznawczego nie byłoby to możliwe. W pełni słuszne jest jednak wysuwanie postulatów *de lege ferenda*, aby uczynić procedurę jak najbardziej sprawną i zapewniającą realną ochronę prawną prawa do kontaktów.

Do orzeczenia nakazu wydania dziecka konieczne jest ustalenie, że na chwilę orzekania kontakty nie są realizowane i dziecko nie jest dobrowolnie wydawane³⁷. W postanowieniu o odebraniu dziecka na czas kontaktów sąd określa termin, w jakim rodzic pełniący stałą pieczę nad dzieckiem powinien wydać dziecko uprawnionemu (art. 598⁵ k.p.c.). Terminem tym będzie data i godzina ustalonego kontaktu.

Przesłanką przejścia do fazy postępowania wykonawczego jest stwierdzenie, że zobowiązany do oddania dziecka nie zastosował się do postanowienia, a w szczególności upływ terminu określonego w tym postanowieniu. Wówczas sąd opiekuńczy, na wniosek uprawnionego, zleca kuratorowi przymusowe odebranie dziecka³⁸. Kurator może przybrać sobie do pomocy inne osoby, m. in. funkcjonariuszy Policji. Jeżeli wskutek wykonania orzeczenia dobro dziecka miałoby doznać poważnego uszczerbku kurator może wstrzymać się z wykonaniem orzeczenia (art. 598¹² § 2 k.p.c.).

Niewątpliwie wskazany przez Sąd Najwyższy nowy sposób przymusowego wykonywania kontaktów wychodzi naprzeciw oczekiwaniom rodziców, których prawo do kontaktów z dziećmi jest ubezskutezczniane lub w znaczny sposób ograniczane. Jednakże z uwagi na cechującą go stanowczość winien być wykorzystywany jako *ultima ratio* przy zapewnianiu skutecznej realizacji praw dziecka i rodzica w zakresie kontaktów. Wydaje się, że nie tyle bowiem jego praktyczne wykorzystanie, co raczej jego teoretyczna dopuszczalność może mieć w konkretnym przypadku de-

³⁶ Wyjątek stanowią zarządzenia tymczasowe wydane w nagłych wypadkach przez sąd niewłaściwy miejscowo na podstawie art. 569 § 2 k.p.c. oraz orzeczenia o umieszczeniu małoletniego w placówce opiekuńczo-wychowawczej lub w rodzinie zastępczej (na innej podstawie niż art. 569 § 2). Wykonanie tych orzeczeń odbywa się wyłącznie na podstawie art. 598⁶–598¹² k.p.c., o czym stanowi art. 598¹³ k.p.c.

³⁷ Por. R. Zegadło, *Glosa...*, s. 88–89.

³⁸ Projekt Komisji Rodziny III kadencji Sejmu RP z dnia 28 marca 2001 r. ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego w zakresie regulacji postępowania o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką (druk Nr 2844) dodatkowo przewidywał uprawnienie sądu do nakazania aresztowania zobowiązanego na czas nieprzekraczający 30 dni. Uchylenie aresztu miałoby nastąpić, jeżeli zobowiązany wydałby osobę podlegającą władzy rodzicielskiej lub pozostającą pod opieką.

cydujące znaczenie. Jednakże z uwagi na ryzyko krzywdy, jakiej może doznać dziecko w związku z przymusowym odebraniem na czas kontaktów, rozwiązanie to powinno być traktowane: po pierwsze jako ostateczny środek realizacji kontaktów przy nieugiętej, obstrukcyjnej postawie rodzica pełniącego stałą pieczę nad dzieckiem, po drugie powinno mieć charakter przejściowy do czasu stworzenia efektywnego i elastycznego systemu środków prawnych zapewniających respektowanie orzeczeń o kontaktach z dziećmi.

VI. Opisany tryb nie może być stosowany w przypadku kontaktów, które nie wiążą się obowiązkiem wydania dziecka. Do nich winny być stosowane przepisy o egzekucji świadczeń niepieniężnych, tj. art. od 1050 § 1 do 1056 k.p.c. Podstawą egzekucji z art. 1050 § 1 k.p.c. jest tytuł wykonawczy, z którego wynika obowiązek dokonania przez dłużnika określonej czynności, ale wyłącznie takiej, której wykonanie zależy od jego woli, gdy dłużnik ma pełną fizyczną i prawną możliwość ich wykonania (czynności niezastępowalne). Natomiast przedmiotem egzekucji prowadzonej na podstawie art. 1051 § 1 k.p.c. jest obowiązek dłużnika zaniechania pewnych czynności i nieprzeszkadzania działaniom wierzyciela (tzw. obowiązek nieczynienia). Jej wszczęcie uzasadnia jedynie powtarzające się (uporczywe, nieugięte) sprzeczne z nałożonym obowiązkiem zachowanie dłużnika, jego przedstawiciela lub członka rodziny występującego za jego wiedzą³⁹.

Problem, który pojawia się przy stosowaniu tych przepisów w sprawie o wykonywanie kontaktów, związany jest z kwestią ustalenia czy mamy do czynienia z obowiązkiem dokonania czynności niezastępowalnej, czy powinnością zaniechania przez dłużnika działań mogących stanowić przeszkodę w realizacji prawa przez uprawnionego. Przyczyną jest podobieństwo obowiązków uprawionego i zobowiązanego rodzica oraz wynikająca z tego trudność przy ustaleniu czy konieczna jest współpraca dłużnika przy wykonaniu zobowiązania, czy istnieje potrzeba uwzględnienia woli zobowiązanego rodzica co do realizacji kontaktów⁴⁰. Jeżeli dłużnik jednocześnie jest obowiązany do powstrzymywania się od konkretnych zachowań i – w innym zakresie – do określonych działań możliwe jest równoczesne korzystanie z obu trybów⁴¹.

Sankcją za niezastosowanie się do obowiązków związanych z realizacją kontaktów jest obciążenie dłużnika grzywną w wymiarze do tysiąca złotych, przy czym limit ten dotyczy jedynie trzech pierwszych grzywien nakładanych w danym postępo-

³⁹ W przeciwieństwie do art. 1050 § 1 k.p.c. działanie na podstawie art. 1051 § 1 k.p.c. wbrew obowiązkowi zaniechania pewnej czynności wierzyciela nie musi być osobiste B. Dobrzański (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz pod red. Z. Resicha i W. Siedleckiego*, t. 2, Warszawa 1976, s. 1363–1364.

⁴⁰ Por. postanowienie SN z dnia 20 grudnia 1988 r., III CRN 429/88, OSNC 1991, Nr 1, poz. 11.

⁴¹ Por. B. Dobrzański (w:) *Kodeks...*, s. 1363. Jeżeli sąd, który pełni funkcje organu egzekucyjnego w sprawie o egzekucję świadczeń niepieniężnych, po rozpoznaniu sprawy na skutek wniosku wierzyciela o przeprowadzenie egzekucji w celu wykonania czynności objętej tytułem wykonawczym, dojdzie do przekonania, że zasadna jest egzekucja z innej podstawy prawnej, niż tego żądał wierzyciel, to tenże sąd stosuje środki przymuszające przewidziane we właściwym przepisie, bez względu na treść wniosku wierzyciela.

waniu. Grzywna płatna jest na rzecz Skarbu Państwa. Jeżeli dłużnik nie wykona egzekwowanej czynności, sąd – na wniosek wierzyciela – ponownie wymierza grzywnę z zamianą jej na areszt na wypadek jej nieuiszczenia. Etap ten może zostać ponawiany aż do wyczerpania sumy grzywien, czyli kwoty stu tysięcy złotych i maksymalnego wymiaru aresztu, tj. sześciu miesięcy. Orzeczona grzywna nigdy nie podlega egzekucji. Jeżeli dłużnik nie uści jej dobrowolnie w ciągu tygodnia od dnia uprawomocnienia postanowienia o jej wymierzeniu, ulega ona zamianie na areszt. Warunkiem wykonania przez komornika nakazu osadzenia dłużnika w zakładzie karnym, który zleca sąd, jest złożenie przez wierzyciela zaliczki na koszty sprowadzenia dłużnika do miejsca osadzenia oraz wyżywienia go przez czas trwania przymusu, a także opłaty za udział w usunięciu oporu dłużnika oraz za wykonanie nakazu w sprawie osadzenia dłużnika w zakładzie karnym w wysokości 25% prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia⁴². Niezłożenie tychże sum w odpowiednim terminie powoduje, że komornik nie podejmuje żadnych dalszych czynności i dokonuje zwrotu wniosku w zakresie wykonania aresztu⁴³. Chyba ten właśnie wzgląd finansowy przesądził o faktycznym niewykonaniu aresztu w celu przymuszenia⁴⁴.

Przepisy art. 1050 i 1051 k.p.c. zawierają jedynie środki przymusu mające na celu skłonienie dłużnika do wykonania orzeczenia. Nie dają możliwości wykonania orzeczenia, gdy narzędzia te zawiodą. Przełamanie oporu zobowiązanego rodzica w celu umożliwienia kontaktów w oparciu o tę podstawę prawną, jak pokazuje praktyka, jest trudne i w niektórych przypadkach może nigdy nie nastąpić. W przypadku notorycznego utrudniania, przez rodzica pełniącego stałą pieczę nad dzieckiem, kontaktów z dzieckiem drugiemu rodzicowi należy rozważyć ingerencję we władzę rodzicielską rodzica hamującego tę styczność⁴⁵.

Podsumowując, najbardziej optymalnym sposobem na zwiększenie skuteczności wykonywania kontaktów z dzieckiem wydaje się być sięganie w pierwszej kolejności po pozaprawne, „miękkie” metody rozwiązywania problemów, m.in. me-

⁴² Art. 1056 § 3 i art. 1057 § 1 k.p.c. oraz art. 58 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji (Dz. U. z 2006 r., Nr 167, poz. 1191). Nie pobiera się zaliczki od wierzyciela korzystającego ze zwolnienia od kosztów sądowych (art. 1056 § 3 k.p.c. zd. drugie). Zaliczkę, która nie zostanie zużyta na koszty wykonania aresztu – w całości lub w części – wobec pokrycia ich z zarobków dłużnika, zwraca się wierzycielowi. Jeżeli taki zwrot nie następuje w ogóle lub pokrywa zaliczkę tylko w części, dłużnik powinien zwrócić wierzycielowi koszty egzekucji przy zastosowaniu art. 770 k.p.c.

⁴³ Z. Merchel, *Wykonanie aresztu orzeczonego w postępowaniu egzekucyjnym na wypadek nieściągnięcia grzywny*, „Problemy Egzekucji Sądowej” 1994, Nr 9, s. 60.

⁴⁴ W latach 1945–1997 w Polsce nie wykonano ani jednego aresztu w celu przymuszenia. Za R. Zegadło, *Głosa...*, s. 85, powołującym się na prof. F. Zedlera.

⁴⁵ Wpajanie dziecku uczucia niechęci lub nienawiści w stosunku do drugiego rodzica stanowi ujemną okoliczność, która ma istotne znaczenie przy ocenie kwalifikacji podmiotowych rodzica pod kątem powierzenia wykonywania władzy rodzicielskiej (por. z uzasadnienia orzeczenia SN z dnia 2 grudnia 1957 r., I CR 1045/56, OSN 1959, Nr 3, poz. 76). Zaś celowe izolowanie dziecka i jego psychiczne sobie podporządkowywanie może być uznane za nadużycie władzy rodzicielskiej i rażące zaniedbywanie wynikających z niej obowiązków w rozumieniu art. 111 § 1 k.r.o. (por. uzasadnienie postanowienia SN z dnia 1 października 1998 r., I CKN 834/98, OSNC 1999, Nr 4, poz. 72).

diacje, plany wychowawcze i działania specjalistyczne, w tym poradnictwo rodzinne oraz stopniowanie środków prawnych w zależności od ich dotkliwości, przede wszystkim dla dziecka.

VII. Z uwagi na potencjalne niebezpieczeństwa dla dobra dziecka, w szczególności jego prawidłowego rozwoju, jakie niesie ze sobą przymusowe odbieranie dziecka na czas kontaktów, słuszną jest koncepcja wprowadzenia kilkietapowego postępowania wykonawczego przewidującego gradację środków w zależności od nasilenia i utrwalenia negatywnych zachowań stron naruszających warunki kontaktów. Legła ona u podstaw rządowego projektu noweli do Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie kompleksowego uregulowania problematyki wykonywania orzeczeń dotyczących wszystkich form kontaktów z dziećmi⁴⁶. Projekt przewiduje, że postępowanie w sprawach wykonywania orzeczeń dotyczących kontaktów z dziećmi stanowiłoby jedno z postępowania w sprawach opiekuńczych. W przypadku naruszenia ustalonych warunków kontaktów z dzieckiem sąd sukcesywnie stosowałby środki o narastającej dolegliwości. Podstawowym środkiem byłaby zapłata przez zobowiązanego na rzecz uprawnionego sumy pieniężnej za każde naruszenie postanowienia sądu. Procedura byłaby kilkietapowa. Najpierw sąd opiekuńczy na wypadek naruszenia warunków kontaktu zagroziłby osobie, pod której pieczęć dziecko pozostaje, nakazaniem zapłaty na rzecz osoby uprawnionej do kontaktu z dzieckiem (a nie jak dotychczas grzywny na rzecz Skarbu Państwa) oznaczonej sumy pieniężnej⁴⁷ w przypadku dalszych działań uniemożliwiających kontakty. Jeżeli zobowiązany nadal utrudniałby realizację kontaktów, sąd – na wniosek uprawnionego – nakazałby zobowiązanemu zapłatę na rzecz uprawnionego określonej sumy pieniężnej stosownie do wagi i liczby naruszeń. Nakładanie sum pieniężnych mogłoby być ponawiane w związku z powtarzającymi się naruszeniami. Postanowienie o nałożeniu sumy pieniężnej stanowiłoby tytuł wykonawczy bez nadawania mu klauzuli wykonalności i podlegałoby egzekucji na ogólnych zasadach. Ostatni fakultatywny etap odnosiłby się tylko do realizacji kontaktów ustalonych poza miejscem stałego pobytu dziecka, a więc wiążących się z obowiązkiem wydania małoletniego. W tej końcowej fazie wykonania orzeczenia o kontaktach z dzieckiem sąd mógłby zlecić kuratorowi sądowemu przymusowe odebranie dziecka na czas kontaktów. Jednocześnie sąd mógłby na tym etapie zmienić warunki kontaktu określone w orzeczeniu albo ugodzie zawartej przed sądem lub

⁴⁶ W dniu 10 maja 2010 r. rządowy projekt został skierowany do Sejmu (druk Nr 3063). Łącznie z nim rozpatrywany jest projekt komisyjny (druk Nr 1856). Obecnie są one na etapie prac legislacyjnych w Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach.

⁴⁷ Mógłby to uczynić zarówno w orzeczeniu o ustaleniu kontaktów (merytorycznym), jak później w trakcie postępowania wykonawczego. Różnica polega na tym, że podczas gdy w pierwszym przypadku byłaby to fakultatywna decyzja sądu, to w drugiej sytuacji byłby to już jego obowiązek. Suma pieniężna na rzecz drugiej strony kontaktu inspirowana jest środkiem *dwangsom* funkcjonującym w Holandii i *astreinte* stosowanym we Francji i Belgii, co dosłownie oznacza sumę przymusową.

przed mediatorem, w szczególności poprzez ustalenie innych terminów i czasu trwania kontaktu, połączenie czasu kilku kontaktów, ustalenie kontaktu w obecności kuratora sądowego, bądź określenie dodatkowych kontaktów w miejsce tych, które się nie odbyły. Niezależnie od omawianego postępowania, jeżeli uprawniony do kontaktu z dzieckiem bezprawnie i trwale zatrzymałby dziecko po upływie czasu kontaktu, do odebrania dziecka miałby zastosowanie tradycyjny tryb określony w art. 598¹–598^{12a} k.p.c.

Podstawowe założenie projektu, które przewiduje stworzenie skutecznych i elastycznych środków prawnych przymuszenia do przestrzegania ustalonych warunków kontaktów, zasługuje na aprobatę zarówno z perspektywy aksjologicznej, jak i społecznej.

Niewątpliwą zaletą przedstawionego w projekcie sposobu wykonywania kontaktów jest wielość środków o stopniowalnej dolegliwości, jakie mogą być stosowane przez sąd opiekuńczy w sytuacji nieprzestrzegania postanowienia o ustaleniu kontaktów. Istotne jest to, by przymusowe odebranie dziecka przy pomocy kuratora na czas kontaktów było ostatecznością i ograniczało się do sytuacji, gdy wcześniej stosowane, mniej dolegliwe środki przymusu nie przyniosły rezultatu, albo jeżeli – z uwagi na wyjątkowe okoliczności sprawy – ich stosowanie byłoby oczywiście niecelowe. Projekt jest odpowiedzią na ważną potrzebę społeczną i stanowi krok w dobrym kierunku. System prawny powinien bowiem gwarantować skuteczną ochronę praw podmiotowych, ale w sposób, który pozwala na osiągnięcie słusznej równowagi między interesami i dobrami osób bezpośrednio zainteresowanych. Trzeba mieć jednak na względzie, że pełna efektywność instytucji prawnych jest zapewniona głównie wtedy, gdy istnieje symbioza pomiędzy regulacjami prawnymi a dobrymi obyczajami i zwykłą moralnością.

Wykładnia art. 33 pkt 2 k.r.o. w odniesieniu do przedmiotów majątkowych nabytych w wyniku działu spadku

I. Wydaje się, że ani w orzecznictwie Sądu Najwyższego, ani w doktrynie nie został ostatecznie rozstrzygnięty problem wykładni art. 33 pkt 2 k.r.o. w odniesieniu do przedmiotów nabytych w wyniku działu spadku. Według powołanej normy przedmioty majątkowe nabyte przez dziedziczenie należą do majątku osobistego każdego z małżonków, a przed dniem 20 stycznia 2005 r., tj. dniem wejścia w życie ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw¹, stanowiły one majątek odrębny każdego z małżonków. Sporną kwestię stanowi to, czy pojęcie przedmiotów majątkowych nabytych przez dziedziczenie spełniają jedynie te przedmioty majątkowe, które zostały nabyte „w granicach” udziału w spadku przypadającego małżonkowi będącego współspadkobiercą, czy także te, które nabyte zostały „ponad” przypadający mu udział.

II. W uchwałach Sądu Najwyższego z dnia 18 września 1989 r., III CZP 80/89², oraz z dnia 28 września 2001 r., III CZP 52/01³, wyrażone zostały rozbieżne oceny prawne odnoszące się do powyższej kwestii.

1. W pierwszej z wymienionych uchwał Sąd Najwyższy m. in. uznał, że udziały nabyte od współspadkobierców w postępowaniu o dział spadku przez jednego z małżonków ze wspólnie osiąganymi dochodami w czasie trwania wspólności ustawowej wchodzi do dorobku małżonków. W uzasadnieniu wskazano, że z art. 33 pkt 2 k.r.o. w poprzednim brzmieniu jednoznacznie wynika, iż przesunięcie składników majątkowych na podstawie spadkobrania na rzecz jednego ze spadkobierców „w granicach” jego udziału w dziedziczeniu w czasie pozostawania we wspólności ustawowej małżeńskiej stanowi z mocy ustawy majątek odrębny nabywcy bez względu na tryb takiego przesunięcia. Natomiast majątek nabyty „ponad udział” wynikający ze spadkobrania ze spłątą na rzecz pozostałych współspadkobierców ze wspólnych środków małżonków wchodzi do ich dorobku, bowiem nabycie takie jest nabyciem odpłatnym, obciążającym faktycznie oboje małżonków poprzez

¹ Dz. U. Nr 162, poz. 1691.

² OSP 1990, Nr 10, poz. 357.

³ OSNC 2002, Nr 6, poz. 72.

uszczerplenie ich substancji dorobkowej. Podobny pogląd wyraził Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 6 grudnia 1974 r., III CRN 311/74⁴, odnosząc się do nabycia udziału w majątku powstałym wskutek ustania wspólności ustawowej.

2. Z kolei w drugiej z wymienionych uchwał Sąd Najwyższy uznał, że przedmioty uzyskane przez małżonka w wyniku działu spadku w czasie trwania wspólności ustawowej należą do majątku odrębnego, bez względu na obciążenie małżonka dopłatą lub spłatą, chyba że spadkodawca inaczej postanowił. W uzasadnieniu przyjęto, że to, co małżonek nabywa ze spadku, nawet spłacając współspadkobierców, należy uważać za nabyte bezpośrednio od spadkodawcy, pod tytułem ogólnym, a nie od pozostałych współspadkobierców. Ponadto wskazano, że jeśli środki przeznaczone na dopłatę lub spłatę pochodziły z majątku wspólnego, to w warunkach względnie stabilnego pieniądza nie dozna uszczerbku interes drugiego małżonka, skoro przysługiwać mu będzie roszczenie o zwrot nakładów poczynionych z majątku wspólnego na majątek odrębny małżonka będącego współspadkobiercą. Wskazał również, że przyjęcie stanowiska przeciwnego skutkowałoby komplikacjami w obrocie gospodarczym w sytuacji gdyby dziedziczący małżonek w części uprawniony był wyłącznie, a w części łącznie z drugim małżonkiem.

III. W doktrynie, na poparcie stanowiska wyrażonego w pierwszej z wymienionych uchwał Sądu Najwyższego, wskazywano, że jedynie przy działu spadku dokonany bez spłat lub dopłat zachodzi identyczność w sensie ekonomicznym udziału w spadku oraz otrzymanych w wyniku działu spadku przedmiotów majątkowych⁵. Podnoszono również, że pojęcie nabycia przez dziedziczenie w rozumieniu art. 33 pkt 2 k.r.o. spełnia jedynie nabycie nieodpłatne, na co wskazuje postużenie się przez ustawodawcę w tym przepisie również pojęciem nabycia przez darowiznę, zaś nabycie w zamian za spłatę jest nabyciem odpłatnym. Ponadto wskazywano, że skoro spłata, którą współspadkobierca pozostający we wspólności ustawowej małżeńskiej uiszcza innemu współspadkobiercy także pozostającemu we wspólności ustawowej małżeńskiej, wejdzie w skład majątku odrębnego tego ostatniego, to przyjęcie, że do majątku odrębnego małżonka wchodzi również przedmioty majątkowe nabyte ponad przysługujący mu udział w spadku powoduje, iż do majątków odrębnych współspadkobierców wchodziłby majątek większy niż ten, który pozostawił spadkodawca⁶. Nie akceptowano też sytuacji, w której spłaty pochodzące z majątku wspólnego uszczuplałyby go nadmiernie, a nabyty za nie przedmiot, mimo istotnego znaczenia dla zaspokajania potrzeb bytowych rodziny, stawałby się w całości składnikiem majątku odrębnego⁷.

⁴ OSPiKA 1976, Nr 2, poz. 35.

⁵ S. Breyer, S. Gross [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. M. Grudziński, J. Ignatowicz, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1966, s. 127–128.

⁶ A. Dyoniak, *Glosa do uchwały SN z dnia 18 września 1989 r.*, OSP 1990, Nr 10, poz. 357.

⁷ M. Nazar [w:] *System Prawa Prywatnego. Tom XI. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, C. H. Beck, Warszawa 2009, s. 403.

Na poparcie stanowiska przeciwnego podnoszono, że ustawodawca, posługując się pojęciem przedmiotów nabytych przez dziedziczenie, nie czyni różnicy między spadkiem czy udziałem w spadku, a przedmiotami uzyskanymi w wyniku działu spadku, a ponadto, że rozwiązanie to uwzględnia najpełniej wolę spadkodawcy⁸.

IV. W ocenie autora wynikiem prawidłowej wykładni art. 33 pkt 2 k.r.o. powinien być wniosek, iż za przedmioty majątkowe nabyte przez dziedziczenie w rozumieniu tego przepisu, należące do majątku osobistego małżonka powołanego do dziedziczenia, w razie dokonania działu spadku, uważać należy jedynie przedmioty nabyte w wyniku takiego działu spadku, w ramach którego nabywający małżonek nie został zobowiązany do spłat, ani dopłat. Natomiast przedmioty nabyte w wyniku działu dokonanego z obciążeniem małżonka obowiązkiem spłat lub dopłat podlegają zaliczeniu do jego majątku osobistego jedynie wówczas, gdy zastosowanie znajduje art. 33 pkt 10 k.r.o., albo art. 33 pkt 3 k.r.o. w poprzednim brzmieniu. Natomiast operowanie kategoriami przedmiotów majątkowych nabytych „w granicach” udziału w spadku albo „ponad” taki udział jest przejawem niewłaściwego postawienia problemu. Zdaniem autora za takim wynikiem wykładni przemawiają następujące argumenty.

V. 1. Jeszcze pod rządami dekretu z dnia 8 października 1946 r. – Prawo spadkowe⁹, w którego art. 59 przewidziano, że do stosunków prawnych między spadkobiercami przed działem spadku stosuje się odpowiednio przepisy o współwłasności, zaś w art. 60 § 2 – że do działu spadku stosuje się odpowiednio przepisy o zniesieniu współwłasności, przyjmowano, iż między spadkobiercami, którzy spadku nie odrzucili, powstaje z chwilą otwarcia spadku współuprawnienie odnoszące się do całego kompleksu majątkowego jaki stanowi spadek¹⁰. Odnośnie do rzeczy należących do spadku uznawano, że do chwili działu spadku stanowią one przedmiot współwłasności spadkobierców w częściach ułamkowych, a z chwilą działu spadku spadkobierca stawał się właścicielem rzeczy przyznanych mu w działle spadku, zaś odnośnie do wierzytelności wchodzących do spadku, za wierzycieli przed działem spadku uważano wspólnie wszystkich spadkobierców, a po dokonaniu działu – tego ze spadkobierców, któremu wierzytelność w wyniku działu została przydzielona. Działowi spadku przypisywano charakter prawny w części deklaratoryjny, a w części konstytutywny. Skutki deklaratoryjne widziano w ustaleniu kręgu spadkobierców i przedmiotów wchodzących w skład spadku, natomiast konstytutywne – w przekształceniach współwłasności rzeczy wchodzących w skład spadku w ich własność i w rozdzieleniu wierzytelności spadkowych,

⁸ M. Nazar [w:] *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., s. 400.

⁹ Dz. U. Nr 60, poz. 328, ze zm.

¹⁰ J. Majorowicz, *Prawo spadkowe w praktyce. Wykład XIX–XX. Dział spadku*, Zrzeszenie Prawników Polskich, Warszawa 1961, s. 4–5.

co określano mianem wydzielenia schedy każdego spadkobiercy (art. 152 § 1 dekretu z dnia 8 listopada 1946 r. o postępowaniu spadkowym¹¹). Przejściu praw wydzielonych na schedę przypisywano skutki *erga omnes*, przy czym zastrzegano, że spadkobiercy nie będzie przysługiwało więcej praw, niż przysługiwało spadkodawcy, oraz że dokonany dział spadku nie może naruszać praw osoby niebędącej uczestnikiem postępowania o dział spadku¹².

2. Powyższe zachowało aktualność po ustanowieniu art. 1035 k.c. przewidującego, że jeżeli spadek przypada kilku spadkobiercom, do wspólności majątku spadkowego oraz do działu spadku stosuje się odpowiednio przepisy o współwłasności w częściach ułamkowych. Zarówno w orzecznictwie Sądu Najwyższego¹³, jak i w doktrynie¹⁴ utrwalony został przedstawiony wyżej pogląd o konstytutywnym charakterze działu spadku skutecznym w zasadzie *erga omnes*, w sytuacji gdy dział ten dokonuje się przez podział przedmiotów wchodzących w skład spadku między współspadkobierców lub przez przyznanie takich przedmiotów jednemu z nich, który to pogląd znalazł również normatywną podstawę w art. 624 zd. 1 w zw. z art. 688 k.p.c. Podzielano również zapatrywanie, że nie może to naruszać praw osób nie będących uczestnikami postępowania o dział spadku.

3. Jeśli zatem przyjąć konstytutywny charakter działu spadku, wraz ze wspomnianymi wyżej ograniczeniami uwzględniającymi prawa osób trzecich, zakładający przenoszenie praw między spadkobiercami poprzez wydzielenie sched spadkowych, to uzasadnione wątpliwości budzi pogląd przyjęty za podstawę wspomnianej uchwały Sądu Najwyższego z dnia 28 września 2001 r., zgodnie z którym to, co małżonek powołany do dziedziczenia nabywa ze spadku, nawet spłacając współspadkobierców, należy uważać za nabyte bezpośrednio od spadkodawcy, a nie od pozostałych współspadkobierców.

4. W doktrynie przyjmuje się, że zasada, iż współspadkobierca nabywa bezpośrednio od spadkodawcy wszystkie przedmioty wydzielone ze spadku na przypadającą mu schedę, zrealizowana została najpełniej na gruncie art. 883 francuskiego kodeksu cywilnego i związana jest z uznaniem deklaratoryjnego charakteru działu spadku¹⁵. Z kolei konsekwencją przyjęcia deklaratoryjnych skutków działu spadku jest uznawanie za nieskuteczne tych rozporządzeń przedmiotami wchodzącymi w skład spadku dokonanych przez współspadkobiercę na rzecz osób trzecich przed działem spadku, które dotyczą przedmiotów nieobjętych następnie

¹¹ Dz. U. Nr 63, poz. 346.

¹² R. Moszyński [w:] R. Moszyński, J. Policzkiewicz, *Działy spadkowe*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1957, s. 27–28, 87–89.

¹³ Por. uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 1973 r., III CZP 87/72, OSN 1973, Nr 11, poz. 192.

¹⁴ M. Sychowicz, *Postępowanie o zniesienie współwłasności*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1976, s. 117–118; M. Kłos, *Wspólność majątku spadkowego*, LexisNexis, Warszawa 2004, s. 119.

¹⁵ M. Planioł, *O spadkach*, autoryzowany przekład pod redakcją J. Namitkiewicza, Wydawnictwo F. Hoesicka, Warszawa 1927, s. 259; M. Sychowicz, *Postępowanie...*, *op. cit.*, s. 118.

jego schedą¹⁶. Podobny skutek ustawodawca polski przewidział w art. 1036 zd. 2 k.c., zgodnie z którym w razie braku zgody któregośkolwiek z pozostałych spadkobierców, rozporządzenie udziałem w przedmiocie należącym do spadku jest bezskuteczne o tyle, o ile naruszałoby uprawnienia przysługujące temu spadkobiercy na podstawie przepisów o dziale spadku. Nie wystarcza to jednak do przyjmowania tezy o deklaratoryjnym charakterze działu spadku na gruncie prawa polskiego. W doktrynie przyjmuje się bowiem, że art. 1036 zd. 2 k.c. przewiduje jedynie kompetencję sądu dokonującego działu spadku do wydzielenia sched spadkowych bez uwzględnienia takiego rozporządzenia¹⁷.

5. W doktrynie podkreśla się również, że idea działu spadku, polegająca na przekształceniu ułamkowo określonego udziału spadkowego w odpowiednie prawo majątkowe na części przedmiotów wchodzących w skład spadku odpowiadającej temu udziałowi, została zrealizowana na gruncie obowiązującego ustawodawstwa jedynie w ograniczonym zakresie, a mianowicie wtedy, gdy dział spadku polega na podziale przedmiotów wchodzących w skład spadku w naturze między współspadkobierców stosownie do wielkości przysługujących im udziałów (art. 623 zd. 1 w zw. z art. 688 k.p.c.). Idea taka nie została natomiast zrealizowana w sytuacji, w której dział spadku następuje przez podział tych przedmiotów w naturze między współspadkobierców w sposób nieodpowiadający przysługującym im udziałom wraz z wyrównaniem w postaci dopłat (art. 212 § 1 zd. 1 w zw. z art. 1035 k.c. oraz art. 623 zd. 2 w zw. z art. 688 k.p.c.), ani gdy następuje przez przyznanie jednemu współspadkobiercy przedmiotu spadkowego niepodlegającego podziałowi w naturze, o wartości przewyższającej przysługujący mu udział, wraz z przyznaniem pozostałym współspadkobiercom spłat (art. 212 § 2 w zw. z art. 1035 k.c.), ani tym bardziej, gdy dany współspadkobierca nie otrzymuje ani części spadku w naturze, ani spłaty, co mogło być następstwem zastosowania art. 216 § 1 w zw. z art. 1075 k.c. w brzmieniu obowiązującym przed dniem 1 października 1990 r.¹⁸.

6. Zważywszy na wskazany wyżej konstytutywny skutek działu spadku oraz ograniczoną realizację koncepcji działu spadku jako przekształcenia udziału spadkowego w schedę spadkową, przyjmowanie, że małżonek powołany do dziedziczenia nabył bezpośrednio od spadkodawcy to, co przypadło na jego schedę, jest uprawnione jedynie wtedy, gdy dział spadku polega na wydzieleniu temu małżonkowi schedy spadkowej bez obciążania go obowiązkiem dopłat lub spłat. Natomiast w sytuacji, gdy wydzielenie jego schedy spadkowej wiąże się z obciążeniem go dopłatą lub spłatą, wniosek taki jest nieuprawniony. Za słuszny należy bowiem uznać podniesiony w doktrynie zarzut, że uiszczone przez niego spłaty lub dopłaty nie pochodzą od spadkodawcy.

¹⁶ M. Planiol, *O spadkach...*, *op. cit.*, s. 260.

¹⁷ M. Kłos, *Wspólność...*, *op. cit.*, s. 119–121.

¹⁸ S. Wójcik [w:] *System prawa cywilnego. Tom IV. Prawo spadkowe*, red. J. S. Piątkowski, Ossolineum, Wrocław 1986, s. 447–448.

7. Jednocześnie nie przekreśla to powszechnie przyjętego w doktrynie poglądu, że otrzymana przez innego współspadkobiercę dopłata lub spłata może być nadal uważana za to, co otrzymał on bezpośrednio od spadkodawcy¹⁹, skoro w przypadku dopłaty stanowi ona ekwiwalent różnicy wartości między przysługującym mu udziałem, a przedmiotami spadkowymi wydzielonymi na jego schedę, a w przypadku spłaty – ekwiwalent tego udziału.

8. Z tych właśnie względów pogląd, że to, co małżonek powołany do dziedziczenia nabywa w wyniku działu spadku dokonanego z obciążeniem go spłatą lub dopłatą, należy uważać za nabyte bezpośrednio od spadkodawcy, a nie od pozostałych współspadkobierców, stanowiące podstawę wspomnianej uchwały Sądu Najwyższego z dnia 28 września 2001 r., wydaje się być nieuprawniony.

VI. 1. Na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego, ustawodawca w art. 16 pkt 2 dekretu z dnia 29 maja 1946 r. – Prawo małżeńskie majątkowe²⁰ przewidział, że majątek osobisty małżonka stanowił majątek nabyty przez spadek, zapis, darowiznę lub los. Tak nabyty majątek określano w doktrynie mianem majątku otrzymanego nieodpłatnie²¹. Następnie na podstawie art. 21 § 2 ustawy z dnia 27 czerwca 1950 r. – Kodeks rodzinny²², wspólnością ustawową nie były objęte przedmioty nabyte przez spadek, zapis lub darowiznę. W doktrynie przyjmowano wówczas, że wyłączenie to znajduje uzasadnienie w osobistym charakterze dziedziczenia oraz w dążeniu do uszanowania domniemanej woli testatora lub darczyńcy²³. Podobnie w obecnie obowiązującym k.r.o., w jego art. 33 pkt 2, przewidziano, że do majątku osobistego, a w poprzednim brzmieniu – odrębnego, należą przedmioty majątkowe nabyte przez dziedziczenie, zapis lub darowiznę, chyba, że spadkodawca lub darczyńca inaczej postanowił. W doktrynie wskazywano, że celem takiej regulacji jest, aby w przypadku dziedziczenia ustawowego nie modyfikować jego reguł, a na wypadek dziedziczenia testamentowego lub nabycia w drodze zapisu uwzględnić domniemaną wolę spadkodawcy, który czyniąc rozporządzenie testamentowe ma najczęściej na względzie oznaczoną osobę, podobnie jak to ma miejsce w przypadku darowizny²⁴. Podnoszono również, że nie należy sumarycznie określać tego rodzaju nabycia jako nieodpłatnego, skoro nieodpłatnym jest również nabycie przez zasiedzenie, a przyjęto, że nabycie takie powiększa w zasadzie majątek wspólny, jeśli przesłanki nabycia przez zasiedzenie zostały spełnione w czasie trwania wspólności ustawowej małżeńskiej.

¹⁹ M. Sychowicz [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, LexisNexis, Warszawa 2010, s. 200.

²⁰ Dz. U. Nr 31, poz. 196.

²¹ J. Witecki, *Prawo małżeńskie majątkowe. Tekst z komentarzem*, Łódź 1947, s. 18.

²² Dz. U. Nr 34, poz. 31, ze zm..

²³ S. Breyer, S. Gross [w:] *Kodeks rodzinny. Komentarz*, red. M. Grudziński, J. Ignatowicz, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1955, s. 83.

²⁴ S. Szer, *Prawo rodzinne*, PWN, Warszawa 1966, s. 109–110.

2. Należy podzielić argument, że skoro ustawodawca, ustanawiając art. 32 pkt 2 k.r.o., posłużył się zarówno pojęciem nabycia przez dziedziczenie, jak i pojęciem nabycia przez darowiznę, to zapewne uczynił tak z uwagi na pewną cechę wspólną obu tych sposobów nabycia. Przywoływane w doktrynie nabycie przez zasiedzenie następujące – pomimo swej nieodpłatności – do majątku wspólnego wskazuje jednak, że istotną według ustawodawcy cechą wspólną obu tych sposobów nabycia jest nie tyle ich nieodpłatność, co podkreślana w doktrynie chęć respektowania domniemanej woli osoby dokonującej przysporzenia majątkowego. Z kolei postulat respektowania tej woli przestaje być aktualny w przypadku spłat lub dopłat, które współspadkobierca obowiązany jest uiścić w zamian za otrzymaną schedę. Jeśli środki przeznaczone na spłatę lub dopłatę nie pochodzą z majątku spadkodawcy, to nie jest usprawiedliwione, aby wola spadkodawcy rozstrzygać miała o prawnym losie tej części schedy spadkowej, która nabyta została w zamian za obciążenie spłatą lub dopłatą. Jak już wspomniano, sytuacja przedstawia się inaczej w przypadku współspadkobiercy, który spłatę lub dopłatę otrzymuje w wyniku działu. Skoro dopiero wówczas przyznana spłata lub dopłata wraz z otrzymaną schedą spełniają funkcję ekwiwalentu udziału w spadku, to postulat respektowania woli spadkodawcy nie traci swej aktualności.

3. Rzecz przedstawia się podobnie w przypadku nabycia w drodze tzw. darowizny mieszanej, tj. częściowo odpłatnej. W takim wypadku w orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmowano, że objęta darowizną rzecz lub prawo stawało się przedmiotem współwłasności lub wspólności, a do majątku wspólnego wchodził udział odpowiadający części nabytej odpłatnie²⁵. Stanowisko to podzielano w doktrynie²⁶, rzecz jasna podkreślając, że przedmiot darowizny wejdzie w całości w skład majątku odrębnego wtedy, gdy pokrycie części odpłatnej nastąpi ze środków pochodzących z majątku odrębnego, na podstawie art. 33 pkt 3 k.r.o. w poprzednim brzmieniu²⁷. Jeśli bowiem z przysporzeniem darczyńcy wiąże się obciążenie, to nie sposób przyjmować, że wyłącznie wola darczyńcy rozstrzygać ma o prawnym losie tej części przysporzenia, któremu odpowiada poniesione obciążenie. Pojawił się również pogląd odmienny, wskazujący, że nie jest prawidłowe rozbijanie wbrew woli stron jednej czynności prawnej na dwie – odpłatną i nieodpłatną²⁸. Wydaje się jednak, że kwalifikacja prawna dokonanej czynności nie może być w pełni zależna od woli stron.

4. Podobny pogląd podzielano w doktrynie odnośnie do wykładni art. 33 pkt 3 k.r.o. w poprzednim brzmieniu, jeśli dany przedmiot nabyty został w czasie trwania wspólności ustawowej w zamian za środki pochodzące w części z majątku odrębne-

²⁵ Por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 1954 r., I CR 1175/54, OSN 1955, Nr III, poz. 57.

²⁶ A. Dyoniak, *Ustawowy ustroj majątkowy małżeński*, Ossolineum, Wrocław 1985, s. 150.

²⁷ S. Breyer, S. Gross [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, op. cit., s. 125.

²⁸ J. S. Piątkowski [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. J. S. Piątkowski, Ossolineum, Wrocław 1985, s. 371–372.

go objętego surogacją i w części z majątku wspólnego. Uznawano wówczas, że w skład majątku odrębnego i majątku wspólnego wchodziły udziały w tym przedmiocie, których wielkość odpowiada wartości środków pochodzących z obu źródeł²⁹.

5. W doktrynie podnoszono jednak, że pochodzenie środków przeznaczonych na spłatę lub dopłatę jest istotne tylko z punktu widzenia zastosowania art. 33 pkt 3 k.r.o. w poprzednim brzmieniu, przewidującego surogację przedmiotów składających się na majątek odrębny, nie zaś art. 32 § 1 k.r.o. w brzmieniu poprzednim, przewidującego nabycie do majątku wspólnego niezależnie od pochodzenia środków, w zamian za które nabycie nastąpiło³⁰. Z tego względu przyjmowano, że pochodzenie środków z majątku wspólnego nie może stanowić argumentu przemawiającego za przynależnością do dorobku małżonków przedmiotów majątkowych nabytych przez jednego z nich w wyniku działu spadku. Pogląd ten należy jednak ocenić jako zbyt daleko idący. Jasne jest bowiem, że nabycie przedmiotu majątkowego w czasie trwania wspólności ustawowej przez oboje małżonków lub przez jednego z nich w zamian za przedmioty wchodzące w skład ich dorobku w rozumieniu art. 32 § 1 k.r.o. w poprzednim brzmieniu stanowi okoliczność przeciwną względem tej, która stanowi przesłankę zastosowania art. 33 pkt 3 k.r.o. w poprzednim brzmieniu. Jasne jest również, że oba przepisy wyrażają regułę rozkładu ciężaru dowodu na wypadek sporu co do przynależności przedmiotu majątkowego nabytego przez oboje małżonków lub przez jednego z nich w czasie trwania wspólności ustawowej oraz pochodzenia środków przeznaczonych na jego nabycie. Nie budzi również żadnych wątpliwości, że dopiero negatywne ustalenie co do istnienia przesłanki zastosowania art. 33 pkt 3 k.r.o. w poprzednim brzmieniu pozwala na prawidłowe zastosowanie art. 32 § 1 k.r.o. w poprzednim brzmieniu.

6. Rzecz jasna wszystkie dotychczasowe uwagi odnoszą się do art. 33 pkt 10 i art. 31 § 1 zd. 1 k.r.o. w brzmieniu obecnym.

VII. 1. Do przyjęcia zaproponowanego w pkt IV. wyniku wykładni art. 33 pkt 2 k.r.o. nie stoi na przeszkodzie przyjmowany w doktrynie pogląd, zgodnie z którym jeżeli w czasie trwania wspólności ustawowej małżonkowi przypadł spadek obciążony długami, zaspokojonymi z wykorzystaniem przedmiotów należących do majątku wspólnego, to nie skutkowało to nabyciem spadku lub jego części do majątku wspólnego, a jedynie uzasadniało odpowiednie rozliczenia przy podziale majątku wspólnego po ustaniu wspólności zgodnie z art. 45 § 1 k.r.o. w poprzednim brzmieniu³¹. Można byłoby wszak przyjmować, że skoro z nabyciem schedy spadkowej przez jednego z małżonków w wyniku działu spadku łączy się odpowiedzialność za długi spadkowe przewidziana w art. 1034 § 2 k.c., to spłata długów spad-

²⁹ J. S. Piątowski [w:] *System prawa rodzinnego...*, op. cit., s. 380.

³⁰ B. Dobrzański, *Glosa do postanowienia SN z dnia 6 grudnia 1974 r.*, III CRN 311/74, OSPIKA 1976, Nr 2, poz. 35.

³¹ S. Breyer, S. Gross [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, op. cit., s. 125–126.

kowych ze środków pochodzących z majątku wspólnego również powinna skutkować nabyciem do majątku wspólnego odpowiedniej wielkości udziałów w przedmiotach majątkowych objętych schedą jednego z małżonków. W takim wypadku postulat respektowania woli spadkodawcy, realizowany w art. 33 pkt 2 k.r.o., również traci na aktualności, skoro odpowiedzialność małżonka jako spadkobiercy za długi spadkowe jest niezależna od woli spadkodawcy, a środki przeznaczone na spłatę długów spadkowych również nie pochodzą od spadkodawcy. Przeciwno takiej interpretacji należy jednak podnieść, że odpowiedzialność za długi spadkowe przewidziana w art. 1034 § 1 i § 2 k.c. istnieje niezależnie od działu spadku, którego dokonanie powoduje jedynie jej przekształcenie, a związana jest tak ściśle ze statusem spadkobiercy, że może wcale nie być związana z przyznaniem schedy małżonkowi powołanemu do dziedziczenia, w przeciwieństwie do odpowiedzialności za zobowiązanie małżonka do spłaty lub dopłaty powstałe wskutek działu spadku. Ewentualne przeznaczenie środków pochodzących z majątku wspólnego małżonków na zaspokojenie długów spadkowych obciążających małżonka powołanego do dziedziczenia wcale nie musi być związane z nabyciem przez małżonka w wyniku działu spadku jakichkolwiek przedmiotów majątkowych. Natomiast zarówno art. 31 § 1, art. 33 pkt 2 i 10 k.r.o. w obecnym brzmieniu, jak i art. 32 § 1, art. 33 pkt 2 i 3 k.r.o. w brzmieniu poprzednim, regulują nabywanie przedmiotów majątkowych przez oboje małżonków lub jednego z nich w czasie trwania wspólności ustawowej. Różnica jest więc istotna.

2. Ponadto w doktrynie przyjmowano, że nawet jeśli powołany do dziedziczenia jest tylko jeden z małżonków, lecz z woli spadkodawcy przedmioty nabyte w drodze dziedziczenia miały zostać włączone do majątku wspólnego na podstawie art. 33 pkt 2 *in fine* k.r.o., to drugi małżonek nie stawał się spadkobiercą, a zatem nie mógł spadku przyjąć, ani odrzucić, nie odpowiadał osobiście za długi spadkowe i nie brał udziału w zarządzie spadkiem, a ponadto udział w spadku nie był objęty wspólnością ustawową, co z kolei prowadziło do wniosku, iż do przyjęcia spadku wprost, odrzucenia go lub zbycia, jako do czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu, nie była wymagana zgoda drugiego małżonka lub zezwolenie sądu przewidziane w art. 36 § 2 zd. 2 i art. 39 zd. 1 k.r.o. w poprzednim brzmieniu, oraz że drugi małżonek nie powinien uczestniczyć w dziele spadku³². Pogląd ten podziela się również na gruncie obecnego stanu prawnego³³. Niekiedy jednak podnosi się, że w takim wypadku udział w spadku należy do majątku wspólnego małżonków od chwili otwarcia spadku³⁴. Nabywcą praw w znaczeniu techniczno-prawnym jest bowiem małżonek powołany do dziedziczenia, natomiast drugi małżonek, niepowołany do dziedziczenia, staje się podmiotem odziedziczonych

³² J. S. Piątkowski [w:] *System prawa rodzinnego...*, *op. cit.*, s. 374.

³³ M. Sychowicz [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, *op. cit.*, s. 201; J. Pietrzykowski [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, C. H. Beck, Warszawa 2010, s. 382.

³⁴ M. Nazar [w:] *System Prawa Prywatnego...*, *op. cit.*, s. 400, 397.

praw jako strona wspólności majątkowej małżeńskiej i podmiot majątku wspólnego. Nawet jednak wówczas przyjmuje się, że status spadkobiercy przysługuje jedynie małżonkowi powołanemu do dziedziczenia³⁵. Jednakże nie można nie zauważyć, że pogląd o objęciu wspólnością ustawową małżeńską udziału w spadku od chwili jego otwarcia w sytuacji przewidzianej w art. 33 pkt 2 *in fine* k.r.o. skutkuje problemem zastosowania w takim wypadku art. 36¹–41 k.r.o. w odniesieniu do czynności związanych z udziałem w spadku. To z kolei rodzi problem uczestnictwa w postępowaniu o dział spadku małżonka współspadkobiercy, odnośnie do którego to małżonka zastosowanie znajduje art. 33 pkt 2 *in fine* k.r.o.

4. Jeżeli jednak art. 33 pkt 2 *in fine* k.r.o. nie znajduje zastosowania, to z reguły nie zachodzi potrzeba uczestnictwa małżonka współspadkobiercy w postępowaniu o dział spadku. Wejście schedy spadkowej w skład majątku współspadkobiercy objętego wspólnością ustawową małżeńską albo w skład jego majątku osobistego nie jest bowiem wynikiem tylko tego postępowania. Samo dokonanie działu spadku z określeniem spłaty lub dopłaty nie pozwala jeszcze na przyjęcie, iż skład majątku wspólnego małżonków uległ zmianie z mocy art. 31 § 1 zd. 1 k.r.o. w obecnym brzmieniu albo z mocy art. 32 § 1 k.r.o. w brzmieniu poprzednim. Ocena taka jest uprawniona dopiero po dokonaniu ustalenia, że uiszczenie części lub całości spłaty lub dopłaty z tytułu działu spadku nastąpiło z wykorzystaniem środków pochodzących z majątku objętego wspólnością małżeńską. Sam wynik działu nie jest zatem rozstrzygający.

³⁵ *Ibidem.*

Dziecko w postępowaniach sądowych i administracyjnych

Generalne zasady dotyczące ochrony prawnej dziecka i udziału dziecka w postępowaniu sądowym wyznacza art. 72 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹, zgodnie z którym:

„1. Rzeczpospolita Polska zapewnia ochronę praw dziecka. Każdy ma prawo żądać od organów władzy publicznej ochrony dziecka przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem i demoralizacją.

2. Dziecko pozbawione opieki rodzicielskiej ma prawo do opieki i pomocy władz publicznych.

3. W toku ustalania praw dziecka organy władzy publicznej oraz osoby odpowiedzialne za dziecko są obowiązane do wysłuchania i w miarę możliwości uwzględnienia zdania dziecka.

4. Ustawa określa kompetencje i sposób powoływania Rzecznika Praw Dziecka.”.

W kontekście postępowań sądowych i administracyjnych zasadnicze znaczenie ma prawo dziecka do wysłuchania w dotyczącym go postępowaniu sądowym, które jest wywodzone z Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawach dziecka².

W sprawach cywilnych i rodzinnych praktyczny wymiar obowiązków sądu w tym zakresie w państwach członkowskich Rady Europy wyznaczają postanowienia Konwencji Rady Europy o wykonywaniu praw dzieci, której stroną jest Polska³.

Zacytowany art. 72 ust. 3 Konstytucji mówi o obowiązku wysłuchania dziecka w toku ustalania jego praw. Wysłuchanie to ma szeroki zakres zastosowania, niezależnie od tego czy dziecko jest stroną postępowania. Dalej idące od prawa i obowiązku wysłuchania jest prawo bezpośredniego – osobistego udziału dziecka w postępowaniu. Z kolei od obu tych form udziału dziecka w postępowaniu należy odróżnić przesłuchanie dziecka w charakterze świadka.

1. Wysłuchanie dziecka – dotyczy tylko spraw cywilnych

Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego⁴, która weszła w życie 13 czerwca 2009 r. wprowadziła obowiązek wysłuchania dziecka w szerokim zakresie w spra-

¹ Z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483, ze zm.).

² Przyjętej dnia 20 listopada 1989 r., ratyfikowanej przez Polskę 30 kwietnia 1991 r. (Dz. U. Nr 120, poz. 526).

³ Sporządzona w Strasburgu dnia 25 stycznia 1996 r., ratyfikowana przez Polskę dnia 29 lipca 1997 r. (Dz. U. z 2000 r. Nr 107, poz. 1128).

⁴ Dokonana ustawą z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 220, poz. 1431).

wach cywilnych. Zgodnie z wprowadzonym art. 216¹ § 1 k.p.c., sąd w sprawach dotyczących osoby małoletniego dziecka wysłucha je, jeżeli jego rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości na to pozwala. Wystuchanie odbywa się poza salą posiedzeń sądowych.

Zgodnie zaś z art. 216¹ § 2 k.p.c., sąd stosownie do okoliczności, rozwoju umysłowego, stanu zdrowia i stopnia dojrzałości dziecka uwzględni jego zdanie i rozsądne życzenia.

Unormowanie to stanowi wykonanie powołanego na wstępie art. 72 ust. 3 Konstytucji nakazującego wysłuchanie i w miarę możliwości uwzględnienie zdania dziecka przez organy władzy publicznej oraz osoby odpowiedzialne za dziecko i analogicznego postanowienia art. 12 Konwencji o prawach dziecka.

Przepis art. 216¹ k.p.c. dotyczy ustalania w procesie praw tylko niemajątkowych, w szczególności w związku z kształtowaniem władzy rodzicielskiej w sprawach o rozwód, unieważnienie małżeństwa, separację (art. 425 k.p.c.), ustaleniem lub zaprzeczeniem pochodzenia dziecka, unieważnieniem uznania dziecka i rozwiązaniem przysposobienia (art. 453 k.p.c.). Jeszcze szerszy zakres ma wysłuchanie dziecka w postępowaniu opiekuńczym, gdyż zgodnie z nowym § 2 w art. 576 k.p.c., wysłuchanie małoletniego ma miejsce zarówno w sprawach dotyczących osoby, jak i majątku małoletniego.

2. Dziecko jako strona

2.1. Postępowania przed sądami w sprawach cywilnych

Stosownie do art. 66 k.p.c.⁵, osoba fizyczna nie mająca zdolności procesowej może podejmować czynności procesowe tylko przez swego przedstawiciela ustawowego.

A zatem z reprezentacją dziecka przez rodziców w postępowaniu przed sądami w sprawach cywilnych mamy do czynienia wtedy, gdy dziecko nie ma zdolności procesowej.

Według art. 65 § 2 k.p.c., dzieci, które ukończyły trzynaście lat – mające ograniczoną zdolność do czynności prawnych, mają także ograniczoną zdolność procesową. Ta ograniczona zdolność procesowa polega na tym, że osoba fizyczna ograniczona w zdolności do czynności prawnych ma zdolność procesową w sprawach wynikających z czynności prawnych, których może dokonywać samodzielnie.

A zatem dziecko, które ukończyło trzynaście lat, ma z pewnością zdolność procesową w sprawach wynikających z czynności wymienionych w art. 20–22 k.c.⁶, tzn. umów powszechnie zawieranych w drobnych bieżących sprawach życia codziennego, rozporządzania zarobkiem (chyba że sąd opiekuńczy z ważnych powodów postanowi inaczej) oraz z czynności prawnych dotyczących przedmiotów oddanych dziecku do swobodnego użytku.

⁵ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, ze zm.).

⁶ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, ze zm.).

Małoletni, który może zawrzeć umowę o pracę (a więc małoletni, który ukończył 16 lat) może też występować przed sądem w sprawach wynikających z tego stosunku prawnego.

Poza powyższymi sprawami małoletni, którzy ukończyli 13 rok życia, mogą samodzielnie (bez zgody przedstawiciela ustawowego) dokonywać innych czynności niż zobowiązujących i rozporządzających, a zatem czynności przysparzających (art. 17 k.c.). W tych zaś sprawach, które wynikają z czynności prawnych wymagających zgody przedstawiciela ustawowego (zobowiązujących i rozporządzających) małoletni nie mają zdolności procesowej.

W sprawach, w których małoletni może występować osobiście, może on również ustanowić pełnomocnika.

W większości spraw rozpoznawanych w procesie małoletni nie mają więc zdolności procesowej i są reprezentowani przez rodziców. Ponieważ sprawy na tle umów zawieranych przez dziecko są raczej rzadkością, to większe praktyczne znaczenie ma reprezentacja dziecka przez rodziców w sprawach z zakresu odpowiedzialności deliktowej, zarówno tych, w których dziecko jest stroną powodową, jak i tych gdzie jest stroną pozwaną.

W tym zakresie może wystąpić konflikt interesów wyłączający reprezentację dziecka przez rodziców. Stosownie do art. 98 § 3 k.r.o., stosuje się tu odpowiednio art. 98 § 2 k.r.o. Zatem rodzice nie mogą reprezentować dziecka w sprawach, w których drugą stroną jest inne ich dziecko lub oni sami. Wyjątkiem są sprawy o alimenty dochodzone od drugiego z rodziców (art. 98 § 2 *in fine* w zw. z art. 98 § 3 k.r.o.).

Rodzice nie mogą reprezentować dziecka w sprawach o prawa stanu, jeżeli przeciwną stroną jest drugi z rodziców. Dotyczy to niewątpliwie spraw o zaprzeczenie ojcostwa, zaprzeczenie macierzyństwa i spraw o unieważnienie uznania dziecka. W sprawach o ustalenie ojcostwa z istoty rzeczy jeszcze nie ma drugiego rodzica w sensie prawnym (tutaj matka może zarówno wytoczyć powództwo reprezentując małoletnie dziecko, jak i wytoczyć je we własnym imieniu), a w sprawach o ustalenie macierzyństwa tego problemu tym bardziej nie ma.

Ze sprawami o prawa stanu związany jest też problem zgody na pobranie krwi u małoletniego dla przeprowadzenia stosownych badań jako środka dowodowego. Kwestię tę reguluje art. 306 k.p.c., zgodnie z którym, pobranie krwi w celu jej badania może nastąpić tylko za zgodą osoby, której krew ma być pobrana, a jeżeli osoba ta nie ukończyła trzynastu lat lub jest ubezwłasnowolniona całkowicie – za zgodą jej przedstawiciela ustawowego. Z przepisu tego wynika, że reprezentacja rodziców w tym zakresie dotyczy tylko dziecka do trzynastego roku życia, zaś powyżej tego wieku zgodę na pobranie krwi może udzielić tylko sam małoletni.

Obecnie mamy do czynienia z nowymi możliwościami medycznymi w zakresie badań DNA. Chodzi m. in. o to, że do przeprowadzenia takich badań nie jest już potrzebne pobieranie krwi. Do tej nowej sytuacji odniósł się Sąd Najwyższy w wy-

roku z dnia 22 lutego 2008 r. (V CSK 432/07). Sąd Najwyższy dopuścił w tym orzeczeniu zastosowanie art. 306 k.p.c. także przy ustalaniu warunków pobrania do badań genetycznych innego materiału organicznego niż krew.

Jeżeli rodzice nie mogą reprezentować dziecka, a nie może ono działać samo, zainteresowany rodzic powinien wystąpić do sądu opiekuńczego o ustanowienie kuratora dla dziecka. Jeżeli tego nie uczyniono, obowiązek zwrócenia się do sądu opiekuńczego spoczywa na sędzi *meriti*. Na obowiązek ten zwrócił uwagę Sąd Najwyższy już w postanowieniu z dnia 4 października 1966 r. (II CZ 117/66) stwierdzając, że przepis art. 70 § 1 k.p.c. wkłada na sąd obowiązek zwrócenia się do sądu opiekuńczego o ustanowienie kuratora w sprawie, w której ustanowienie przedstawiciela ustawowego powinno nastąpić z urzędu. Jak zauważył Sąd Najwyższy, „taki obowiązek istnieje w sprawach o zaprzeczenie ojcostwa, jeżeli pozwanym jest dziecko małoletnie. Stosownie bowiem do art. 98 § 2 i 99 k.r.o., dziecko w takim procesie powinien reprezentować kurator ustanowiony przez władzę opiekuńczą”.

Te same zasady dotyczące zdolności procesowej małoletnich oraz wyłączenia ich reprezentacji przez rodziców odnoszą się do postępowania nieprocesowego, gdyż stosuje się tu art. 65 i 66 k.p.c. z mocy odesłania zawartego w art. 13 § 2 k.p.c.

Szczególnego potraktowania wymaga postępowanie w sprawach opiekuńczych, a to z powodu szczególnego unormowania zdolności procesowej dzieci mających ograniczoną zdolność do czynności prawnych. Mianowicie stosownie do art. 573 § 1 k.p.c., małoletni pozostający pod władzą rodzicielską, opieką albo kuratelą ma zdolność do podejmowania czynności w postępowaniu opiekuńczym dotyczącym jego osoby, chyba że nie ma zdolności do czynności prawnych.

Stosowanie przepisu art. 573 § 1 k.p.c. nie powinno budzić wątpliwości. Jeżeli zaś charakter sprawy (ale chodzi tu o konkretne okoliczności sprawy) daje podstawy do obawy, że udział dziecka w charakterze uczestnika postępowania nie jest korzystny dla jego dobra, należy wydać postanowienie o ograniczeniu lub wyłączeniu osobistego udziału małoletniego w postępowaniu (art. 573 § 2 k.p.c.). Przesłanka do wydania takiego postanowienia jest ujęta dość elastycznie i pozostawia dużo swobody sądowi („jeżeli przemawiają za tym względy wychowawcze”). Wydaje się, że postanowienie takie może zostać wydane nie tylko po stwierdzeniu, że przebieg postępowania ma niekorzystny wpływ na dziecko, ale nawet już bezpośrednio po jego wszczęciu (np. gdy obawa zagrożenia dobra dziecka związanego z jego osobistym udziałem w postępowaniu wynika już z samej treści wniosku lub sygnatu stanowiącego podstawę do wszczęcia postępowania z urzędu). Po wydaniu takiego postanowienia należy rozważyć, czy wobec wyłączenia lub ograniczenia osobistego udziału dziecka, nie zachodzi potrzeba ustanowienia dla dziecka kuratora (art. 99 w zw. z art. 98 § 2 i § 3 k.r.o.). Ocena w tym zakresie powinna być dokonana *ad casum*, podobnie jak w wielu innych postępowaniach nieprocesowych, gdzie z samej natury sprawy nie wynika wyłączenie reprezentacji dziecka przez rodzica lub opiekuna, natomiast może ono wynikać z konkretnych jej okoliczności.

Orzecznictwo Sądu Najwyższego pozbawiło jednak art. 573 k.p.c. praktycznego waloru w sprawach o pozbawienie władzy rodzicielskiej, ograniczenie władzy rodzicielskiej i odebranie dziecka odmawiając dziecku statusu uczestnika postępowania w tych sprawach⁷. Od tej linii orzeczniczej Sąd Najwyższy dotychczas nie odstąpił. W postanowieniu z dnia 30 stycznia 1996 r. wydanym w składzie 7 sędziów Sądu Najwyższego⁸, Sąd Najwyższy odmówił odpowiedzi na postawione przez Rzecznika Praw Obywatelskich pytanie prawne „Czy wobec wejścia w życie Konwencji o prawach dziecka (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526), a w szczególności jej art. 12, należy zmienić dotychczasową, zawężającą wykładnię art. 510 oraz art. 573 kpc, zgodnie z którą uczestnictwo małoletniego w sprawach opiekuńczych jest możliwe jedynie wtedy, gdy wynika to ze szczególnego przepisu ustawy (art. 89 § 2 oraz art. 118 § 1 KRO), zaś w innych sprawach jest zupełnie wyłączone?”. Sąd Najwyższy stwierdził, że w praktyce i orzecznictwie nie powstały w tym zakresie żadne wątpliwości. Kolejne rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego dotyczące omawianych zagadnień zapadły 16 grudnia 1997 r.⁹ i 15 grudnia 1998 r.¹⁰ Sąd Najwyższy stwierdził, że „kierując się celowością, przy uwzględnieniu stopnia dojrzałości małoletniego oraz charakteru sprawy opiekuńczej, właściwy sąd powinien zapoznać się ze stanowiskiem tego małoletniego, mając na względzie jego dobro (art. 12 Konwencji o prawach dziecka oraz art. 573, 574 i 576 § 2 KPC).”.

Powyższa linia orzecznicza jest kontrowersyjna. Podnosi się, że dziecko powinno być uczestnikiem postępowania w tych sprawach i w konsekwencji – gdy ukończyło trzynaście lat – móc osobiście podejmować czynności zgodnie z art. 573 § 1 k.p.c.

Jeżeli ustawodawca zechciałby przesądzić o tym, że dziecko jest uczestnikiem postępowania w tych sprawach, to należałoby jednocześnie rozważyć, czy mogą je reprezentować rodzice. Jak już była o tym mowa powyżej, jeżeli rodzice byliby wyłączeni od reprezentacji należałoby ustanowić kuratora (por. art. 99 k.r.o.).

Podstawą do wyłączenia reprezentacji rodziców w omawianych sprawach byłoby stwierdzenie, że zachodzi konflikt interesów między rodzicami a dzieckiem. Wydaje się, że w sprawach o pozbawienie, ograniczenie i zawieszenie władzy rodzicielskiej, można byłoby co do zasady przyjąć istnienie takiego konfliktu.

Jeżeli ustawodawca zdecydowałby się na przesądzenie udziału dziecka w charakterze uczestnika postępowania w sprawach o ograniczenie, zawieszenie i pozbawienie władzy rodzicielskiej, to w konsekwencji powinien przewidzieć, że w sprawach tych z mocy prawa ustanawia się dla dziecka niemającego zdolności procesowej (a więc poniżej trzynastego roku życia) kuratora z urzędu – na koszt Skarbu

⁷ Por. uchwałę całej Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 1973 r. (OSNC 1973 r., Nr 7–8, poz. 118) i uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 3 maja 1979 r. (OSNCP 1979 r., Nr 12, poz. 230); ocena tego orzecznictwa nie była w doktrynie jednolita.

⁸ III CZP 172/95.

⁹ III CZP 63/97.

¹⁰ I CKN 1122/98.

Państwa. Problem jest jednak szerszy, gdyż do podobnego konfliktu dochodzi także w wielu innych sprawach opiekuńczych, jak np. w sprawie o kontakty. Tak samo więc ustawodawca powinien potraktować sprawy o kontakty oraz inne sprawy opiekuńcze, w których spierają się sami rodzice mający pełną władzę rodzicielską i jak się wydaje, żadne z nich nie powinno wypowiadać się w imieniu dziecka. Wtedy jednak ustawodawca musi się liczyć z poważnym obciążeniem budżetu Państwa.

2.2. Postępowanie administracyjne

Regulacja w procedurze administracyjnej zdaje się wskazywać, że przedstawicielstwo ustawowe rodziców dotyczy tylko małoletnich do trzynastego roku życia. Art. 30 § 2 ustawy Kodeks postępowania administracyjnego¹¹ stanowi bowiem, że osoby fizyczne nie posiadające zdolności do czynności prawnych działają przez swych ustawowych przedstawicieli.

Powyższa regulacja przesądza o przedstawicielstwie ustawowym rodziców w postępowaniu administracyjnym, ale tylko w stosunku do dziecka, które nie ukończyło trzynastu lat, albowiem tylko takie dziecko nie ma zdolności do czynności prawnych. Nie wydaje się jednak, aby intencją ustawodawcy było, żeby małoletni mający ograniczoną zdolność do czynności prawnych sami występowali w postępowaniu administracyjnym. Niewiele wyjaśnia ogólny art. 30 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, zgodnie z którym, zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych stron ocenia się według przepisów prawa cywilnego, o ile przepisy szczególne nie stanowią inaczej. Odesłanie w tym zakresie do przepisów prawa cywilnego jest wysoce nieprecyzyjne. Ponieważ odesłanie dotyczy pojęć cywilnego prawa materialnego, to aktualne byłyby powyższe rozważania dotyczące czynności prawnych. Jednakże w żaden sposób nie rozstrzyga to kwestii zdolności do występowania dziecka w postępowaniu lub jego reprezentowania przez przedstawicieli ustawowych. W tym zakresie uzasadnione byłoby raczej odpowiednie zastosowanie art. 65 § 2 k.p.c., zgodnie z którym, osoba fizyczna ograniczona w zdolności do czynności prawnych ma zdolność procesową w sprawach wynikających z czynności prawnych, których może dokonywać samodzielnie (takie też unormowanie znajduje się w ustawie Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi). Ponieważ chodzi o postępowanie w sprawach administracyjnych, należy ustalić, czy materialne prawo administracyjne przewiduje czynności, które mogą podejmować osoby małoletnie.

Kompetencje osobiste małoletniego możemy odnaleźć np. w ustawie z dnia 15 lutego 1962 r. o obywatelstwie¹², w której przewidziano uprawnienia dla osoby, która ukończyła szesnasty rok życia, do wyrażania zgody na nabycie lub zrzeczenie się przez rodziców obywatelstwa polskiego, które rozciąga się na nią (art. 8

¹¹ Dz. U. z 1960 r. Nr 30, poz. 168, ze zm.

¹² Dz. U. z 2000 r. Nr 28, poz. 353, ze zm.

ust. 7, art. 13 ust. 3), jak również składania oświadczenia przez taką osobę o powrocie do obywatelstwa polskiego, jeśli jedno z jej rodziców jest obywatelem polskim, a obywatelstwo obce zostało dla niej wybrane przez rodziców po urodzeniu (art. 6 ust. 3). Podobne rozwiązanie znajduje się w art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 17 października 2008 r. o zmianie imion i nazwisk¹³, zgodnie z którym rozciągnięcie zmiany nazwiska jednego z rodziców na małoletnie dziecko wymaga zgody tego dziecka, jeśli ukończyło trzynaście lat.

2.3. Postępowanie przed sądami administracyjnymi

Jeśli chodzi o postępowanie przed sądami administracyjnymi, to ustawa wyraźnie stwierdza, że zdolność do czynności w tym postępowaniu mają osoby fizyczne mające pełną zdolność do czynności prawnych, niemniej jednak osoby ograniczone w zdolności do czynności prawnych mają zdolność do czynności w postępowaniu administracyjnym w sprawach wynikających z czynności prawnych, których mogą dokonywać samodzielnie.

Art. 26 § 2 ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych¹⁴ stanowi bowiem, że osoba fizyczna ograniczona w zdolności do czynności prawnych ma zdolność do czynności w postępowaniu w sprawach wynikających z czynności prawnych, których może dokonywać samodzielnie.

Zgodnie z tą normą, w wypadkach wskazanych wyżej w omówieniu postępowania przed organami administracyjnymi, osoby małoletnie będą posiadały też zdolność do czynności w postępowaniu sądowo-administracyjnym.

Natomiast stosownie do art. 27 powołanej ustawy, we wszystkich innych wypadkach dziecko nie ma zdolności do czynności w postępowaniu i może je podejmować tylko przez swojego przedstawiciela ustawowego.

2.4. Postępowanie przed sądami w sprawach karnych

Jak wiadomo, wiek, od którego rozpoczyna się odpowiedzialność karna, to siedemnaście lat. Mimo że w przedziale wiekowym między siedemnastym a osiemnastym rokiem życia mamy nadal do czynienia z małoletnim w rozumieniu prawa cywilnego, to w zakresie odpowiedzialności karnej taki małoletni ma w zasadzie status osoby dorosłej z pewnymi wyjątkami przewidzianymi zarówno w prawie karnym materialnym, jak i procesowym. Ustawy: z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny¹⁵ oraz z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy¹⁶ wyróżniają kategorię młodocianych, którą objaśnia art. 115 § 10 k.k.: „Młodocianym jest sprawca, który w chwili popełnienia czynu zabronionego nie ukończył 21 lat i w czasie orzekania w pierwszej instancji 24 lat.”.

¹³ Dz. U. z 2008 r. Nr 220, poz. 1414.

¹⁴ Dz. U. z 2002 r. Nr 153, poz. 1269.

¹⁵ Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zm.

¹⁶ Dz. U. Nr 90, poz. 557, ze zm.

Na podstawie art. 76 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego¹⁷, jeżeli oskarżonym jest nieletni, jego przedstawiciel ustawowy lub osoba, pod której pieczęcią oskarżony pozostaje, może podejmować na jego korzyść wszelkie czynności procesowe, a przede wszystkim wnosić środki zaskarżenia, składać wnioski oraz ustanowić obrońcę.

Jeżeli nie zostanie ustanowiony obrońca z wyboru na podstawie powyższego przepisu, to musi zostać ustanowiony obrońca z urzędu, bowiem zgodnie z art. 79 § 1 pkt 1 k.p.k. w postępowaniu karnym oskarżony musi mieć obrońcę, jeżeli jest nieletni.

Osoba małoletnia może też w postępowaniu karnym znaleźć się w pozycji pokrzywdzonego. W tej sytuacji procesowej dziecko nie ma zdolności procesowej i może działać tylko poprzez przedstawiciela ustawowego. Przesądza to wyraźnie art. 51 § 2 k.p.k., zgodnie z którym jeżeli pokrzywdzonym jest małoletni albo ubezwłasnowolniony całkowicie lub częściowo, prawa jego wykonuje przedstawiciel ustawowy albo osoba, pod której stałą pieczęcią pokrzywdzony pozostaje.

Jeżeli jednak w tej samej sprawie oskarżonym jest rodzic dziecka lub jego małżonek, to jak się wydaje, zastosowanie powinien znaleźć art. 98 § 2 k.r.o. wyłączający reprezentację rodzica.

2.5. Postępowanie w sprawach nieletnich

Zgodnie z art. 30 § 1 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich¹⁸ w postępowaniu tym stronami są zarówno nieletni, jak i rodzice lub opiekun nieletniego.

Dotyczy to jednak tylko spraw, w których nieletni ukończył trzynaście lat. Wymieniona wyżej ustawa nie reguluje bezpośrednio kwestii zdolności procesowej nieletniego i z mocy odesłania do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego w sprawach nieprocesowych stosuje się w tym zakresie art. 573 k.p.c. (art. 20 ustawy stanowi, że w sprawach nieletnich stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego – trybu nieprocesowego, a w zakresie zbierania, utrwalania i przeprowadzania dowodów przez Policję, powoływania i działania obrońcy oraz w postępowaniu poprawczym – przepisy Kodeksu postępowania karnego, ze zmianami przewidzianymi w ustawie.).

Z powyższych względów nieletni dopiero po ukończeniu trzynastu lat może samodzielnie dokonywać czynności procesowych, zaś jego rodzice działają w postępowaniu we własnym imieniu. Nie można jednak wykluczyć, że zajdzie między nimi kolizja interesów. W razie zaistnienia takiej kolizji ustawa nakazuje ustanowienie dla nieletniego obrońcy z urzędu już w postępowaniu wyjaśniającym. Zgodnie z art. 36 § 1 ustawy w postępowaniu wyjaśniającym nieletni może

¹⁷ Dz. U. Nr 89, poz. 555, ze zm.

¹⁸ Dz. U. z 2002 r. Nr 11, poz. 109, ze zm.

mieć obrońcę, jeżeli jednak interesy nieletniego i jego rodziców lub opiekuna pozostają w sprzeczności, a nieletni nie ma obrońcy, prezes sądu wyznacza obrońcę z urzędu.

W samej kwestii ustanowienia obrońcy stosuje się przepisy Kodeksu postępowania karnego. A zatem, stosując odpowiednio powołany wyżej art. 76 k.p.k., przedstawiciel ustawowy nieletniego lub osoba, pod której pieczęcią on pozostaje, może ustanowić dla nieletniego obrońcę.

Jeżeli zaś nieletni nie ma ukończonych trzynastu lat, to mimo że ustawa przyznaje rodzicom i opiekunowi nieletniego status odrębnej strony, spełniają oni w postępowaniu w sprawach nieletnich także rolę przedstawicieli ustawowych nieletniego. Ich uprawnienie do reprezentacji nieletniego należy badać w świetle przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, w szczególności decydujące jest, czy przysługuje im władza rodzicielska. W konsekwencji rodzice lub opiekun występują tu w podwójnej roli – działają we własnym imieniu oraz w imieniu dziecka. Nie wydaje się, aby ta konsekwencja została przewidziana przez ustawodawcę. Poprawne rozwiązanie powinno tu polegać na tym, że rodzice nie są w tym wypadku odrębną stroną postępowania, natomiast stroną jest nieletni i rodzice lub opiekun go reprezentujący.

Jeśli mowa o regulacjach dotyczących nieletnich, to należy zwrócić uwagę na przygotowany przez zespół pod przewodnictwem prof. Violetty Konarskiej-Wrzošek – powołany przez Ministra Sprawiedliwości – projekt obszernej nowelizacji ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich. Projekt dostosowuje prawo nieletnich do standardów międzynarodowych określonych między innymi w Konwencji Praw Dziecka, Europejskiej Konwencji o wykonywaniu praw dzieci oraz Regulacjach Minimalnych ONZ, zapewniając obowiązek realizacji minimalnego poziomu gwarancji praw dziecka. Dla zagadnienia sytuacji dziecka w postępowaniu zasadnicze znaczenie ma zapewnienie prawa do informacji o przysługujących uprawnieniach, realizacja prawa nieletniego do obrony poprzez przyznanie „prawa do milczenia” oraz prawa do korzystania z fachowej pomocy osoby dorosłej – w osobie pełnomocnika, ustanawianego przez sąd rodzinny z urzędu w przypadku obligatoryjności jego udziału w postępowaniu w sytuacjach procesowych szczególnie utrudniających samodzielną obronę nieletniego oraz podniesienie standardu wysłuchania nieletniego przy jednoczesnym dążeniu do poprzestania na jednorazowym jego przesłuchaniu i dopuszczeniu jako wyjątku od tej zasady jedynie uzupełniającego wysłuchania nieletniego.

Uwzględniając orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 2 marca 2010 r. w sprawie Adamkiewicz przeciwko Polsce (skarga Nr 54729/00, dot. m.in. zarzutu naruszenia prawa do bezstronnego sądu w postępowaniu poprawczym) oraz krytykę doktryny i judykatury w zakresie niejedności postępowania w sprawach nieletnich oraz konieczność stosowania przepisów z różnych systemów prawnych, projekt wprowadza jednolite postępowanie w sprawach nielet-

nich prowadzone według przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, właściwych dla spraw opiekuńczych. To zdecydowane nadanie postępowaniu charakteru postępowania nieprocesowego przemawia za odstąpieniem od używanego dotychczas pojęcia „strona” na rzecz pojęcia „uczestnik postępowania”.

3. Dziecko jako świadek

3.1. Postępowanie karne

Przesłuchania dzieci w sprawach karnych dokonywane są przez prokuratora w obecności rodziców i z udziałem psychologa, z wyjątkiem sytuacji, gdy obecność rodziców jest niewskazana z powodu tego, iż jedno z nich popełniło przestępstwo, którego ofiarą lub świadkiem było dziecko. Dzieci młodsze przesłuchiwane są w specjalnych pomieszczeniach z uwzględnieniem ich indywidualnych potrzeb. Regułą jest, zgodnie z art. 185a Kodeksu postępowania karnego, iż w sprawach o przestępstwo przeciwko rodzinie i opiece oraz przeciwko wolności seksualnej, pokrzywdzonego, który w chwili przesłuchania nie ukończył piętnastu lat, przesłuchuje się w charakterze świadka tylko raz, przez sąd z udziałem psychologa. W wyjątkowych sytuacjach można taką osobę przesłuchać ponownie, gdy wyjdą na jaw nowe, nieznane wcześniej okoliczności wymagające wyjaśnienia.

Wspomniany art. 185a § 1 i 3 k.p.k. otrzymał obecne brzmienie ustawą z dnia 3 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego¹⁹.

Tą nowelizacją poszerzono krąg przestępstw, w przypadku których stosuje się zasadę jednokrotnego przesłuchania – o przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece. Dodano również art. 185b, który stanowi o możliwości przesłuchania małoletnich świadków w warunkach określonych w art. 185a w sprawach o przestępstwa popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej lub o przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajowości – jeżeli ich zeznania mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

3.2. Postępowanie w sprawach nieletnich

Obecna regulacja nie zapewnia małoletnim świadkom takiego standardu jak w postępowaniu karnym. Wskazany powyżej projekt nowelizacji ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich przewiduje transponowanie standardu przesłuchania małoletnich świadków z Kodeksu postępowania karnego, przy jednoczesnym dążeniu do poprzestania na jednorazowym ich przesłuchaniu.

3.3. Postępowanie cywilne

Tu brak szczególnych standardów dotyczących przesłuchania małoletniego w charakterze świadka.

¹⁹ Dz. U. Nr 141, poz. 1181.

Prawo dziecka do wypowiedzi w prawie międzynarodowym i krajowym

Prawo do wypowiedzi jako prawo przynależne każdemu człowiekowi, przynależy również dziecku. Jest to prawo do wyrażania własnych poglądów, do zabierania głosu, do podejmowania decyzji, prawo do poszukiwania, otrzymywania i przekazywania informacji.

Niniejszy artykuł to syntetyczna analiza przepisów prawa międzynarodowego oraz prawa krajowego, tworzących ramy prawne dla realizacji prawa dziecka do wypowiedzi, do bycia wysłuchanym oraz prawa dziecka do samodzielnego podejmowania decyzji w dotyczących go sprawach sądowych i administracyjnych. Artykuł powstał w odpowiedzi na fakt, iż dotychczasowa nauka i praktyka badawcza, dotycząca pozycji dziecka w postępowaniu sądowym, koncentruje się w szczególności na postępowaniu karnym i sytuacji dziecka jako ofiary bądź świadka przestępstwa¹.

1. Źródła prawa do wypowiedzi w prawie międzynarodowym i wspólnotowym

Akty prawa międzynarodowego

Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne ONZ dnia 10 grudnia 1948 r. w Paryżu², w art. 19 przyznaje każdemu człowiekowi prawo do wolności poglądów i wypowiedzania się. Prawo to obejmuje swobodę posiadania poglądów wolnych od ingerencji, swobodę poszukiwania, otrzymywania i rozpowszechniania informacji oraz idei wszelkimi środkami bez względu na granice.

Podobnie Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r.³, w art. 19 stanowi, że każdy człowiek ma prawo do posiadania własnych poglądów oraz prawo do swobodnego wyrażania opinii. W powyższych aktach zastrzeżono jednocześnie, iż prawo do wypowiedzi pociąga za sobą odpowiedzialność, pewne obowiązki i wprowadza pew-

¹ Zob. V. Kwiatkowska-Darul, *Przesłuchanie małoletniego świadka w polskim procesie karnym*, Toruń 2007; K. MacFarlane, *Przesłuchanie i diagnoza małego dziecka*, Warszawa 2002; M. Sajkowska, *Przyjazne przesłuchanie dziecka*, Warszawa 2007.

² ONZ 217 A (III).

³ Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

ne ograniczenia, dotyczące poszanowania praw i wolności innych osób oraz bezpieczeństwa publicznego. Powyższe akty nie odnoszą się jednak bezpośrednio do dzieci jako podmiotów prawa.

Konwencja o prawach dziecka

Prawo dziecka do wypowiedzi zostało przyznane dzieciom wraz z uchwaleniem Konwencji o prawach dziecka przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r.⁴ Artykuł 12 Konwencji o prawach dziecka nakłada na Państwa – Strony obowiązek zapewnienia dziecku zdolnemu do kształtowania swych własnych poglądów, prawo do swobodnego ich wyrażania we wszystkich sprawach jego dotyczących. Prawo to pozwala dziecku na udział w procesie decyzyjnym w sprawach takich jak: życie rodzinne, pełnienie różnych form opieki nad dzieckiem, korzystanie z usług służby zdrowia, udział w życiu lokalnej społeczności czy zatrudnienie. Poglądy dziecka powinny być przyjmowane z należytą powagą, biorąc pod uwagę wiek i stopień dojrzałości dziecka. Konwencja gwarantuje dziecku możliwość wypowiadania się w każdym postępowaniu sądowym i administracyjnym, dotyczącym dziecka, bezpośrednio lub za pośrednictwem przedstawiciela czy właściwego organu. W związku z wysuwanymi w tej kwestii zastrzeżeniami Polska złożyła deklarację, w której zastrzegła sobie, „że wykonywanie przez dziecko jego praw określonych w Konwencji, w szczególności w artykułach od 12 do 16, dokonuje się z poszanowaniem władzy rodzicielskiej, zgodnie z polskimi zwyczajami i tradycjami dotyczącymi miejsca dziecka w rodzinie i poza nią”⁵.

Artykuł 13 Konwencji o prawach dziecka przyznaje prawo do wypowiedzi oraz otrzymywania i przekazywania informacji. Ustęp drugi powyższego artykułu wprowadza istotne ograniczenia w zakresie obowiązywania tego prawa, w postaci poszanowania praw lub reputacji innych osób oraz ochrony bezpieczeństwa narodowego lub porządku publicznego, bądź zdrowia albo moralności społecznej.

Dziecko na podstawie uprawnień konwencyjnych, ma wybór w jakiej formie i przy pomocy jakiego środka będzie korzystało z prawa do wypowiedzi. Natomiast korzystanie z prawa do wypowiedzi powinno być możliwe we wszystkich środowiskach, w których przebywa dziecko, tj. w rodzinie, szkole, instytucjach służby zdrowia, opieki społecznej, na Policji, w sądzie, w zgromadzeniach w których dziecko może brać udział itp.

Prawo europejskie

Konwencja Europejska o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r.⁶ w artykule 10 gwarantuje każdemu człowiekowi prawo do wolności wyrażania opinii.

⁴ Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526, ze zm.

⁵ H. Bzdak, *Prawo dziecka do życia i godnego wychowania – uwarunkowania prawne, religijne, społeczne*, Szczecin 2000, s. 162.

⁶ Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

Wśród dokumentów, zaleceń, rekomendacji dla państw członkowskich wydanych przez Radę Europy w dziedzinie ochrony praw dziecka są także te, które dotyczą kwestii prawa dziecka do wypowiedzi w postępowaniu sądowym i administracyjnym. Dla przedmiotu niniejszych rozważań szczególne znaczenie ma rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy Nr R (84)4⁷ z dnia 28 lutego 1984 r. w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej. W załączniku⁸ do tejże rekomendacji, jako jedną z zasad (Nr 3) sformułowano konieczność konsultowania z dzieckiem, według jego dojrzałości, decyzji w kwestii podziału odpowiedzialności rodzicielskiej. Zasada 3 rekomendacji nie wymaga jednak uzyskania stanowiska dziecka we wszystkich wypadkach. Uzyskanie takiej opinii jest konieczne, gdy właściwy organ ma wydać decyzję dotyczącą podstawowych interesów dziecka, jeżeli stopień dojrzałości dziecka pozwala na zrozumienie charakteru problemu oraz jeżeli nie będzie to ze szkodą dla jego dobra. Kwestia zdolności dziecka do występowania przed sądem i do podejmowania czynności procesowych powinna być rozstrzygnięta przez prawo wewnętrzne⁹.

Rezultatem rekomendacji Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy Nr 1121 (1990) w sprawie praw dziecka¹⁰ jest Europejska Konwencja o Wykonywaniu Praw Dzieci sporządzona w Strasburgu dnia 25 stycznia 1996 r.¹¹. Konwencja ta zapewnia dzieciom:

- prawo do informacji o toczącym się, a dotyczącym ich postępowaniu,
- możliwość wyrażenia własnej opinii,
- prawo do żądania wyznaczenia niezależnego reprezentanta ich interesów,
- prawo do żądania obecności wybranych osób w postępowaniach przed sądem,
- prawo do bycia informowanym o ewentualnych skutkach jego stanowiska oraz o ewentualnych skutkach każdej decyzji.

W sytuacji powołania dla dziecka przedstawiciela, powinien on:

- dostarczać dziecku wyjaśnień dotyczących ewentualnych skutków jego stanowiska i czynności dokonywanych przez przedstawiciela, jeżeli jest ono uznane według prawa wewnętrznego za mające wystarczające rozeznanie,
- określić stanowisko dziecka i przedstawić je organowi sądowemu,
- dostarczać dziecku wszystkich istotnych informacji, jeżeli jest ono uznane według prawa wewnętrznego za mające wystarczające rozeznanie.

Polska jest stroną zarówno Konwencji o prawach dziecka, jak i Europejskiej Konwencji o wykonywaniu praw dzieci.

⁷ Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy Nr R (84) 4 z dnia 28 lutego 1984 r. w sprawie odpowiedzialności obywatelskiej [w:] M. Safjan (red.), *Standardy prawne Rady Europy. Teksty i Komentarze*, t. I, Warszawa 1994, s. 201–204.

⁸ Załącznik do rekomendacji Nr R (84)4 [w:] M. Safjan (red.), *Standardy...*, s. 202.

⁹ Por. W. Stojanowska, *Komentarz do rekomendacji nr R (84)4 w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej* [w:] M. Safjan, *Standardy...*, s. 205–233.

¹⁰ Rekomendacja Nr 1121 (1990) Zgromadzenia Parlamentarnego w sprawie praw dziecka [w:] M. Safjan, *Standardy...*, s. 269–271.

¹¹ Dz. U. z 2000 r. Nr 107, poz. 1128.

2. Prawo dziecka do wypowiedzi w polskim prawie cywilnym

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

Czy prawo dziecka do wypowiedzi i bycia wysłuchanym skutkuje przyznaniem dziecku statusu uczestnika postępowania? By odpowiedzieć na tak postawione pytanie należy rozważyć kwestię udziału dziecka w postępowaniu procesowym i nieprocesowym.

Uczestnik postępowania procesowego musi wykazywać zdolność sądową i procesową. W postępowaniu cywilnym o zdolności sądowej mówi się w kontekście możliwości występowania osoby w postępowaniu cywilnym w charakterze strony lub uczestnika. Zdolność sądowa, podobnie jak zdolność prawna, przynależy wszystkim osobom fizycznym. Natomiast zdolność procesowa, to zdolność do podejmowania czynności procesowych. W procesie zdolność ta została przyznana osobom posiadającym pełną zdolność do czynności prawnych¹³.

O udziale dziecka w postępowaniu nieprocesowym stanowią w szczególności art. 573, 576 oraz 510 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego¹⁴. Najwięcej spraw dotyczących dziecka rozpoznawanych jest w ramach postępowania nieprocesowego.

Zgodnie z art. 573 k.p.c. osoba, która pozostaje pod władzą rodzicielską, opieką albo kuratelą ma zdolność do podejmowania czynności w postępowaniu dotyczącym jej osoby, chyba że nie ma zdolności do czynności prawnych. Ocena zdolności uczestników do czynności w postępowaniu nieprocesowym dokonuje się poprzez zastosowanie kryteriów ustalonych w procesie¹⁵. Z zastosowania powyższych kryteriów wynika, iż zdolność procesową mają osoby fizyczne mające pełną zdolność do czynności prawnych (art. 65 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.) oraz osoby fizyczne o ograniczonej zdolności do czynności prawnych. Małoletni, jako ci którzy posiadają ograniczoną zdolność do czynności prawnych, posiadają zdolność procesową tylko w sprawach wynikających z czynności prawnych, których mogą dokonywać samodzielnie. Tym samym małoletni może dokonywać samodzielnie m.in. następujących czynności: zawierać umowy powszechnie zawierane w drobnych bieżących sprawach życia codziennego czy rozporządzać zarobkiem. W stosunku do niektórych czynności prawnych dokonywanych przez osoby ograniczone w zdolności do czynności prawnych konieczne jest uzyskanie zgody przedstawicieli ustawowych, a niekiedy wymagane jest zezwolenie sądu. „W pozostałych

¹² Dz. U. Nr 78 poz. 483, ze zm.

¹³ Zob. J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2009, s. 195–215.

¹⁴ Dz. U. Nr 43, poz. 296, ze zm.

¹⁵ J. Gudowski [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2009, s. 189.

sprawach, zarówno w procesie, jak i w innym postępowaniu, małoletni choćby ukończyli lat 13 i osoby ubezwłasnowolnione mogą podejmować czynności procesowe tylko przez swego przedstawiciela ustawowego¹⁶. A zatem w stosunku do procesu w postępowaniu przed sądem opiekuńczym w postępowaniu nieprocesowym, zdolność procesowa została poszerzona, na rzecz małoletnich, którzy ukończyli 13 lat. Ta rozszerzona zdolność dotyczy głównie osoby małoletniego, a nie jego majątku.

Regulacja art. 573 § 1 k.p.c. nie wyklucza możliwości reprezentacji danej osoby przez jej przedstawiciela ustawowego. Przedstawiciel ustawowy nie traci także tegoż przymiotu na skutek przyznania osobie małoletniego zdolności do czynności procesowych. Ponadto przepis niniejszy znajduje zastosowanie do osób, dla których przedstawiciel ustawowy ma być dopiero ustanowiony¹⁷.

Uprawnienie do samodzielnego podejmowania przez małoletniego czynności procesowych może zostać ograniczone mocą decyzji sądu uwarunkowaną względami wychowawczymi. Zakres owych ograniczeń może być bardzo różny. Może polegać na całkowitym wyłączeniu małoletniego od udziału w określonym postępowaniu, bądź może to być ograniczenie częściowe. Jeżeli zatem osobisty udział małoletniego zostanie wyłączony, może on podejmować czynności procesowe tylko przez swego przedstawiciela ustawowego (art. 66 k.p.c.). Sąd opiekuńczy wydaje w tej kwestii postanowienie, na które nie przysługuje zażalenie. W doktrynie postuluje się by względy wychowawcze utożsamiać z szeroko rozumianym dobrem małoletniego¹⁸. „W każdym wypadku ograniczenia osobistego udziału małoletniego w postępowaniu, sąd powinien ocenić, czy zachodzi potrzeba ustanowienia dla tego małoletniego kuratora w celu reprezentowania go w danym postępowaniu”¹⁹. Natomiast w wypadku wyłączenia małoletniego z udziału w postępowaniu następuje automatyczne wstąpienie do sprawy jego przedstawiciela ustawowego.

Powyższe rozważania dotyczą udziału małoletniego w postępowaniu nieprocesowym. W orzecznictwie postępowanie opiekuńcze kwalifikuje się jako jeden z rodzajów postępowania nieprocesowego. Albowiem „Bez wątplenia uczestnikami postępowania opiekuńczego są uczestnicy postępowania nieprocesowego. Nie każdy jednak uczestnik postępowania nieprocesowego jest uczestnikiem postępowania opiekuńczego”²⁰.

Przepis art. 573 k.p.c. umieszczony został w ustawie w dziale spraw rodzinnych, opiekuńczych i kurateli. Natomiast wśród przepisów ogólnych dla postępowania nieprocesowego w art. 510 k.p.c. zawarto ogólną regulację dotyczącą uczestników postępowania nieprocesowego. W przepisie tym posłużono się pojęciem „zainte-

¹⁶ J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapiere, *tamże*, s. 209-210.

¹⁷ Orz. SN z dnia 11 stycznia 1957 r., 2 CR 1014/56, OSPIKA 1958, Nr 6, poz. 147.

¹⁸ J. Gudowski [w:] T. Ereciński, *tamże*, s. 190; zob. W. Stojanowska, *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979.

¹⁹ H. Haak, *Ochrona prawna udzielana przez sąd opiekuńczy*, Toruń 2002, s. 216.

²⁰ *Tamże*, s. 207.

resowanego w sprawie”. Zainteresowanym w sprawie opiekuńczej jest każdy, czyich praw dotyczy wynik postępowania opiekuńczego. Zainteresowany może przystąpić do udziału w sprawie, aż do zakończenia postępowania w drugiej instancji. Wzięcie udziału jest jednoznaczne z uzyskaniem statusu uczestnika postępowania. Według Henryka Haaka, w sprawach z zakresu władzy rodzicielskiej, rozumianej jako stosunek rodzinno-prawny, łączący rodziców i dziecko, dziecko jest tym „zainteresowanym”. Jeżeli okazałoby się, że „zainteresowany” nie stał się uczestnikiem postępowania, sąd może wezwać go do udziału w sprawie. W innym wypadku małoletni może być reprezentowany przez rodziców, kuratora, opiekuna.

3. Orzecznictwo Sądu Najwyższego

Sąd Najwyższy uchwałą z dnia 12 maja 1969 r.²¹ orzekł, iż w sprawie o zmianę rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej zawartego w wyroku orzekającym rozwód, dziecko powinno być uczestnikiem postępowania reprezentowanym przez kuratora ustanowionego przez sąd opiekuńczy. Taka pozycja dziecka miałaby wynikać z istoty władzy rodzicielskiej, która obejmuje nie tylko prawa rodziców do pieczy nad osobą dziecka oraz do jego wychowania, lecz także obowiązek wykonywania tych uprawnień dla dobra dziecka. W związku z powyższym przepis art. 510 k.p.c. uzasadnia potrzebę udziału dziecka w tej sprawie w charakterze uczestnika postępowania.

Natomiast zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 1973 r.²², w sprawach o pozbawienie władzy rodzicielskiej oraz w sprawach o odebranie dziecka – dziecko nie jest uczestnikiem postępowania w rozumieniu art. 510 k.p.c. Jednym z argumentów Sądu Najwyższego na poparcie niniejszej uchwały był fakt, iż podczas postępowania o rozpoznanie sprawy o odebranie dziecka zająć może potrzeba pozbawienia rodziców władzy rodzicielskiej, a wtedy mogą wystąpić te same drastyczne momenty, przed którymi należałoby uchronić dziecko w sprawach o pozbawienie władzy rodzicielskiej. Niemniej Sąd Najwyższy zauważył, iż mimo że nie bierze ono osobistego udziału w postępowaniu lub nie jest w nim reprezentowane, nie zmienia to oczywistego faktu, że dziecko jest zawsze centralną postacią tego postępowania, gdyż właśnie jego dobro stanowi rozstrzygające kryterium ostatecznej decyzji sądu opiekuńczego. Zadaniem Sądu Najwyższego powyższe nie zmienia faktu, iż stosunek rodziców do dzieci cechuje swego rodzaju nadrzędność, która wyłącza przyznanie dziecku pozycji uczestnika postępowania, mogącego decydować o tym, czy rodzicom ma być odjęta władza rodzicielska nad nim. Zgodnie bowiem z treścią art. 95 § 2 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy²³, dziecko pozostające pod władzą rodzicielską winno

²¹ III CZP 24/69, OSNCP 1969, Nr 12, poz. 213.

²² III CZP 101/71, OSNCP 1973, Nr 7–8, poz. 118.

²³ Dz. U. Nr 9, poz. 59, ze zm.

rodzicom posłuszeństwo. Uchybienia w wykonywaniu przez rodziców tej władzy, kolidujące z dobrem dzieci, zostały poddane kontroli sądu, przy czym dzieci nie powinny mieć prawa osobistego oddziaływania na wynik tej kontroli. Zdaniem sądu odmienny pogląd prowadziłby do podważenia autorytetu władzy rodzicielskiej, niezbędnego do należytego wychowania dziecka. Sąd Najwyższy nie podzielił obaw, że odmowa przyznania dziecku praw uczestnika postępowania wpłynie niekorzystnie na ochronę jego interesów, gdyż ustawodawca udzielił szerokiej ochrony dobru dziecka przez nałożenie na sąd i inne powołane do tego organy państwowe obowiązku szczególnej pieczy w tym zakresie i wyposażył te organy w niezbędne środki do realizacji tego celu. Pogląd powyższy pozostaje aktualny do dziś²⁴.

W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 1997 r. Orzeczenie zostało wydane w związku ze skierowanymi dwukrotnie zapytaniami: w 1995 r. przez Rzecznika Praw Obywatelskich, a następnie w 1996 r. przez Sąd Wojewódzki w Toruniu. Sąd Najwyższy stwierdził, iż „obowiązek zapewnienia dziecku możliwości wypowiedzenia się w każdym postępowaniu, które jego dotyczy, nie oznacza przyznania dziecku w sprawie o pozbawienie nad nim władzy rodzicielskiej statusu uczestnika postępowania”²⁵. Sąd Najwyższy wskazał także, że obowiązkiem procesowym sądu jest wysłuchanie dziecka w każdej sprawie jego dotyczącej, o ile pozwala na to jego rozwój psychofizyczny.

W postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 15 grudnia 1998 r.²⁶ orzeczono, iż sąd powinien zapoznać się ze stanowiskiem małoletniego, mając na względzie jego dobro, kierując się celowością, przy uwzględnieniu stopnia dojrzałości małoletniego oraz charakteru sprawy opiekuńczej. W każdym takim przypadku sąd rozważa możliwość uwzględnienia rozsądnego życzenia małoletniego, jeżeli jest to zgodne z jego dobrem. Zgodnie z orzeczeniem małoletni wyraża swoje stanowisko bądź przed sądem, bądź przed biegłymi, którzy wydają opinię w sprawie. Ponadto, sąd orzekający ma możliwość zapoznania się ze stanowiskiem dziecka za pomocą swoich organów pomocniczych, takich jak kurator lub opinia ośrodka diagnostyczno-konsultacyjnego, czy opinia biegłego psychologa.

W wyniku nowelizacji przepisów, ustawą z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw²⁷, dokonano istotnych zmian w zakresie przyznania dziecku prawa do bycia wysłuchanym. W art. 576 § 2 k.p.c. została wprowadzona norma umożliwiająca wysłuchanie małoletniego w sprawach dotyczących jego osoby lub majątku. Wysłuchanie to może nastąpić, jeżeli w ocenie sądu będzie pozwalał na to rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości małoletniego. Wówczas sąd „w miarę możliwości” powinien uwzględnić życzenia małoletniego, a ewentualne wysłuchanie powinno nastąpić poza salą posiedzeń.

²⁴ J. Gudowski [w:] T. Ereciński, *tamże*, s. 36.

²⁵ Por. uzasadnienie do orzeczenia SN z dnia 16 grudnia 1997 r., III CZP 63/97, OSNIC 1998, Nr 6, poz. 108.

²⁶ I CKN 1122/98, OSN 1999, Nr 6, poz. 119, s. 68.

²⁷ Dz. U. Nr 220, poz. 1431.

Wysłuchanie odbywa się poza salą posiedzeń sądowych²⁸. Ustawodawca zwrócił tym samym uwagę na konieczność stworzenia atmosfery intymności i dyskrecji, warunkującej jednocześnie bliski kontakt z małoletnim i zapewnienie mu swobody wypowiedzi. W związku z powyższym czynności powinny być nagrywane, a nie bezpośrednio protokołowane. W zależności od okoliczności dodatkowych oraz wieku dziecka, do udziału w wysłuchaniu sąd może wezwać biegłego psychologa. Nie zaleca się obecności rodziców, ze względu na możliwość krępowania wypowiedzi dziecka. „Wysłuchanie ma więc obecnie charakter względnie obligatoryjny, a o jego dokonaniu decyduje nie charakter sprawy lub jej waga czy znaczenie, lecz wyłącznie walory podmiotowe dziecka (rozwój umysłowy, zdrowie, dojrzałość)”²⁹. Sąd by dokonać wstępnej oceny rozwoju umysłowego dziecka, stanu jego zdrowia oraz stopnia dojrzałości powinien zapoznać się z dokumentami w postaci opinii szkolnej, sprawozdania z wywiadu kuratorskiego czy z opinią biegłego psychologa. Jednak wysłuchanie dziecka nie oznacza przyznania mu statusu uczestnika postępowania. Wysłuchanie w postępowaniu opiekuńczym, może dotyczyć zarówno spraw majątkowych, jak i niemajątkowych. Natomiast w postępowaniu procesowym, zgodnie z art. 216¹ k.p.c. wysłuchanie może być przeprowadzone tylko w sprawach dotyczących osoby dziecka.

Dodany w drodze nowelizacji z 2008 r. art. 216¹ k.p.c. stanowi, że: „§ 1. Sąd w sprawach dotyczących osoby małoletniego dziecka wysłucha je, jeżeli jego rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości na to pozawala. Wysłuchanie odbywa się poza salą posiedzeń sądowych. § 2. Sąd stosownie do okoliczności, rozwoju umysłowego, stanu zdrowia i stopnia dojrzałości dziecka uwzględni jego zdanie i rozsądne życzenia.”

W postępowaniu nieprocesowym w sprawach małżeńskich zgodnie z art. 561 k.p.c. sąd ma także obowiązek wysłuchania m. in. wnioskodawcy-małoletniej, w sprawie o zezwolenie na zawarcie małżeństwa.

Natomiast w postępowaniu odrębnym w sprawach małżeńskich zagadnienie wysłuchania małoletniego pojawia się w art. 430 k.p.c. Zgodnie z jego treścią małoletni, którzy nie ukończyli lat 13 oraz zstępni stron – małżonków, tj. ich dzieci, które nie ukończyły 17 roku życia, nie mogą być przesłuchiwać w charakterze świadków. Oznacza to, iż w sprawach własnych rodziców dzieci mogą zeznawać dopiero po ukończeniu 17 lat, natomiast w sprawach obcych im stron, po ukończeniu 13 roku życia. „Nieuzasadniony brak wysłuchania, zwłaszcza w sytuacji, gdy wysłuchanie to było obligatoryjne, z reguły stanowi uchybienie procesowe mogące być skuteczną podstawą apelacji”³⁰.

²⁸ Regulamin wewnętrznego urzędowania sądów powszechnych określa szczególne warunki wysłuchania w § 222, stanowiąc, że: „1. Wysłuchanie przysposobianego powinno odbyć się poza salą posiedzeń sądowych, z zapewnieniem małoletniemu pełnej swobody wypowiedzi. W przypadku zastosowania przepisu art. 118 § 3 K.r.o., sąd czyni o tym stosowną wzmiankę w protokole posiedzenia. 2. Przed rozstrzygnięciem zgodnie z art. 121¹ § 2 K.r.o. sąd z urzędu powinien ustalić krąg osób zainteresowanych” (rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2007 r., Dz. U. Nr 38, poz. 249).

²⁹ J. Gudowski [w:] T. Ereciński, *tamże*, s. 194.

³⁰ H. Haak, *tamże*, s. 238.

4. Normy prawa materialnego umożliwiające realizację prawa dziecka do wypowiedzi

Przepisy prawa materialnego przewidują w określonych przypadkach konieczność wysłuchania dziecka przez sąd. Wysłuchanie to ma na celu uzyskanie przewidzianej prawem zgody dziecka na dokonanie określonych czynności.

Ustawą z dnia 26 maja 1995 r. o zmianie ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw³¹ uregulowano kwestię wysłuchania dziecka w sprawie przysposobienia dziecka. Nałożono na sąd opiekuńczy powinność wysłuchania dziecka, które nie ukończyło 13 roku życia, jeżeli może ono pojąć istotę przysposobienia. Dziecko 13-letnie już jest wysłuchiwanie obligatoryjnie. Wprowadzono również prawo dziecka do wypowiedzi w sprawie zmiany jego nazwiska i imienia, co powiązane jest nierozłącznie z prawem dziecka do ochrony jego tożsamości. Ustawa z dnia 29 września 1986 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (zwaną dalej „a.s.c.”)³², w art. 62 ust. 2 w związku z art. 25 i 88 k.r.o., stanowi, iż nazwisko dziecka ustala się w oparciu o pisemne oświadczenia przyszłych małżonków. Do zmiany nazwiska dziecka, w przypadku, gdy rodzice zawierają małżeństwo, wymagana jest zgoda dziecka, które ukończyło 13 lat. Podobnie w przypadku ustalenia ojcostwa, zgodnie z art. 89 § 1 i § 2 k.r.o., przy nadaniu nazwiska ojca potrzebna jest zgoda dziecka, które ukończyło 13 rok życia. Natomiast jeżeli nie ustalono ojcostwa nadaje się nazwisko matki, a gdy rodzice są nieznanymi o nazwisku decyduje sąd opiekuńczy (art. 89 § 3 k.r.o., art. 52 ust. 1–3 a.s.c.). Artykuł 122 § 1–3 k.r.o. przewiduje możliwość nadania podwójnego nazwiska dziecku przysposobianemu na jego żądanie i za zgodą przysposobianego. Z kolei imię dziecka można zmienić po 13 roku życia tylko za jego zgodą. Zmiana aktu urodzenia dziecka zgodnie z art. 49 a.s.c. jest możliwa za zgodą dziecka po ukończeniu przez niego 13 roku życia. Ustawę – Prawo o aktach stanu cywilnego, zapewne pod wpływem ustanowionych standardów konwencyjnych, znowelizowano w zakresie prawa przysposobionego dziecka do informacji, a dokładnie prawa do wiedzy o swoim pochodzeniu, co oznacza, że przysposobiony po osiągnięciu pełnoletniości może żądać udostępnienia księgi stanu cywilnego w części dotyczącej dotychczasowego aktu urodzenia. Dodatkowo wprowadzono przepis, który zakłada pytanie przysposobianego o zgodę na sporządzenie nowego aktu urodzenia, gdy w ocenie sądu rozumie on swoją sytuację.

Nowelizowany art. 58 k.r.o. wprowadza możliwość i nakłania sędziów do wysłuchania dziecka w sytuacji rozvodu rodziców. Rozmowa sędziego z dzieckiem powinna odbyć się poza salą posiedzeń, z możliwością obecności psychologa, ale bez obecności rodziców³³. Wysłuchanie dziecka odbywa się w warunkach przewidzianych w art. 576 k.p.c.

³¹ Dz. U. Nr 83, poz. 417.

³² Dz. U. z 2004 r., Nr 161, poz. 1616, ze zm.

³³ Por. H. Ciepla, *Nowelizacja Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z komentarzem*, Warszawa 2010.

W ustawie z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego³⁴ wprowadzono przepis, na podstawie którego istnieje wymóg uzyskania zgody osoby, która ukończyła 16 lat na umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym. Wyjątkowo taka osoba może być umieszczona w tym szpitalu decyzją sądu opiekuńczego, ale ogranicza to prawa rodziców, którzy generalnie są powołani do reprezentacji dziecka do 18 roku życia, na rzecz młodego człowieka. Konieczność zgody 16-latką została wprowadzona również w zakresie badań i udzielania świadczeń zdrowotnych przez lekarza oraz na zabieg operacyjny i leczenie stwarzające ryzyko, co zawarto w art. 32 ust. 5 i art. 34 ust. 4 ustawy z dnia 5 grudnia 1995 r. o zawodzie lekarza³⁵. Kolejną kwestią jest obowiązek sądu opiekuńczego zapytania małoletniego, który ukończył 13 lat, o zgodę, gdyby miał on być ewentualnym dawcą szpiku kostnego. Małoletni, który ukończył 16-ty rok życia, może już zastrzec, że w przypadku śmierci nie wyraża zgody na pobranie komórek, tkanek i narządów.

Powyższe normy wprowadzają powinność wysłuchania dziecka przez sąd. Należy zauważyć, iż podobny obowiązek spoczywa na rodzicach dziecka (art. 95 § 4 k.r.o.). Niemniej kwestia ta wymaga odrębnych rozważań.

Ratyfikacja Konwencji o prawach dziecka oraz Europejskiej Konwencji o wykonywaniu praw dzieci przyczyniły się do stopniowych zmian w polskim prawie cywilnym, stwarzając podstawy dla uwzględnienia roli oraz uznania zdania dziecka w procedurach sądowych i administracyjnych, w sprawach jego dotyczących. Wprowadzono przepisy nakładające na sąd oraz inne podmioty, pozostające w kontakcie z dzieckiem w trakcie postępowania sądowego powinność wysłuchania dziecka i uwzględnienia, przy spełnieniu przewidzianych prawem warunków, jego rozsądnych życzeń. Dotychczasowa praktyka wskazuje jednak na to, iż sądy rodzinne podejmują się wysłuchania dziecka jedynie w sytuacjach wyraźnie nakazanych przez prawo. Istnieje prawdopodobieństwo, iż nowelizacja przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz Kodeksu postępowania cywilnego z 2008 r. przyczyni się do zmiany praktyk, a nawet skłoni do bardziej szczegółowych regulacji, odnośnie obowiązku wysłuchania dziecka, w sprawach jego dotyczących.

³⁴ Dz. U. Nr 111, poz. 535, ze zm.

³⁵ Dz. U. z 2008 r. Nr 136, poz. 857.

PRAWO RODZINNE W EUROPIE

Współpraca międzynarodowa sądów

Wyciąg z niemieckiej ustawy o postępowaniu w sprawach rodzinnych i sprawach niespornych (nieprocesowych)

DZIAŁ * 8 Egzekucja (wykonanie)

Oddział 2

Egzekucja orzeczeń o wydaniu osób oraz o kontaktach

§ 88.

1. Egzekucja należy do sądu, w którego okręgu osoba ma w chwili jej wszczęcia miejsce zwykłego pobytu.
2. Urząd ds. młodzieży udziela wsparcia we właściwych przypadkach.

§ 89 Środki

1. W razie działania sprzeciwiającego się tytułowi egzekucyjnemu uprawniającemu do odebrania osoby i regulującemu kontakty, sąd może wobec zobowiązanego zarządzić karę pieniężną i na wypadek nieposkutkowania tej kary – areszt. Jeśli nie ma widoków na poskutkowanie kary pieniężnej, sąd może zarządzić areszt. Zarządzenia wydaje się w formie postanowienia.
2. Orzeczenie nakazujące wydanie osoby lub regulujące kontakty musi wskazywać na skutki działania sprzeciwiającego się tytułowi egzekucyjnemu.
3. Jednorazowa kara pieniężna nie może przekraczać 25 000 Euro. Do wykonania aresztu stosuje się odpowiednio § 901 zdanie 2, § 904–906, 909, 910 i 913 kodeksu postępowania cywilnego.
4. Wymierzenie środka nie następuje, jeżeli zobowiązany wykaże podstawy, z których wynika, że nie można mu przypisać działania sprzeciwiającego się. Jeśli podstawy te zostaną wykazane później, wymierzenie środka zostanie uchylone.

§ 90. Zastosowanie przymusu bezpośredniego

1. Sąd może przez wyraźne postanowienie zarządzić zastosowanie przymusu bezpośredniego, jeżeli:
 - (1) nałożenie środków pozostaje bezskuteczne,
 - (2) nałożenie środków nie rokuje skutku,
 - (3) konieczne jest natychmiastowe wykonanie orzeczenia.
2. Zastosowanie przymusu bezpośredniego wobec dziecka jest niedopuszczalne,

jeżeli dziecko miaoby być wydane w celu wykonania kontaktów. Poza tym może być dopuszczalne wobec dziecka tylko jeśli jest to usprawiedliwione jego dobrem i wdrożenie zobowiązania łagodniejszymi środkami nie jest możliwe.

§ 91. Sędziowski nakaz przeszukania

1. Mieszkanie zobowiązanego może być przeszukane bez jego zgody tylko na podstawie sędziowskiego nakazu. Nie dotyczy to sytuacji, gdy wydanie postanowienia zagrażałoby skuteczności przeszukania.
2. Do wykonania nakazu aresztowania według § 94 w związku z § 901 kodeksu postępowania cywilnego nie stosuje się ust. 1.
3. Jeśli zobowiązany zezwala na przeszukanie lub zostało wydane przeciwko niemu postanowienie według ust. 1 zd. 1 albo postanowienie to nie jest wymagane zgodnie z ust. 1 zd. 2, to nie mogą się sprzeciwiać przeszukaniu inne osoby upoważnione do korzystania z lokalu (współposiadania) wraz ze zobowiązanym. Należy jednak unikać niesłusznej ingerencji w ich uprawnienia.
4. Przy egzekucji należy przedłożyć postanowienie, o którym mowa w ust. 1.

§ 92. Postępowanie egzekucyjne

1. Przed wymierzeniem środków należy wysłuchać zobowiązanego. Dotyczy to również zastosowania przymusu bezpośredniego, chyba że przez to egzekucja uległaby zwłoce lub została poważnie utrudniona.
2. Wraz z wymierzeniem środka albo zarządzeniem przymusu bezpośredniego nakłada się na zobowiązanego koszty postępowania.
3. Wcześniejsze przeprowadzenie postępowania według § 165 nie jest wymagane dla wymierzenia środków albo zarządzenia przymusu bezpośredniego. Przeprowadzenie takiego postępowania nie stoi na przeszkodzie wymierzeniu środków albo zarządzeniu przymusu bezpośredniego.

§ 93. Zawieszenie egzekucji

1. Sąd może postanowieniem egzekucję zawiesić lub ją tymczasowo ograniczyć i uchylić środki egzekucyjne jeśli:
 - (1) jest wniosek o przywrócenie stanu poprzedniego,
 - (2) jest wniosek o podjęcie zawieszzonego postępowania,
 - (3) jest wniesiony środek odwoławczy przeciwko orzeczeniu,
 - (4) jest wniosek o zmianę orzeczenia,
 - (5) jest wniosek o przeprowadzenie mediacji sądowej (§ 165).Sąd drugiej instancji w pierwszej kolejności decyduje w sprawie tymczasowego zawieszenia egzekucji. Postanowienie jest niezaskarżalne.
2. W sprawie zawieszenia albo tymczasowego ograniczenia egzekucji i uchylenia środków egzekucyjnych stosuje się odpowiednio § 775 ust. 1 i 2 oraz § 776 kodeksu postępowania cywilnego.

§ 94. Oświadczenie z mocą przyrzeczenia

Jeśli odbierana osoba nie została znaleziona, sąd może zarządzić złożenie przez zobowiązanego oświadczenia z mocą przyrzeczenia w przedmiocie miejsca pobytu tej osoby. § 883 ust. 2 do 4, § 900 ust. 1 i § 901, 902, 904–910 jak również 913 kodeksu postępowania cywilnego stosuje się odpowiednio.

(...)

§ 165. Mediacja sądowa¹

1. Na wniosek rodzica sąd przeprowadza mediację między rodzicami, jeśli rodzic ten wykaże, że drugi rodzic opóźnia lub utrudnia realizację sądowego orzeczenia albo zatwierdzonej przez sąd ugody w przedmiocie kontaktów ze wspólnym dzieckiem. Sąd może odmówić mediacji jeśli już wcześniej przeprowadzona mediacja sądowa lub związana z nią pozasądowa porada nie przyniosła skutku.
2. Sąd wzywa rodziców niezwłocznie na termin mediacji zarządzając przy tym osobiste ich stawiennictwo. W wezwaniu sąd wskazuje jakie mogą być skutki prawne bezskutecznej mediacji sądowej zgodnie z ust. 5. W stosownych przypadkach sąd wzywa również urząd ds. młodzieży.
3. W terminie mediacji sąd roztrząsa z rodzicami jakie skutki dla dobra dziecka może mieć zaniechanie kontaktu z dzieckiem. Sąd wskazuje na skutki prawne, które mogą wynikać z opóźnienia lub utrudnienia kontaktu, w szczególności na możliwość wymierzenia środków, ograniczenia lub pozbawienia władzy rodzicielskiej. Sąd wskazuje rodzicom na istniejące możliwości porady ze strony ze strony organów świadczących pomoc dla dzieci i młodzieży.
4. Sąd powinien działać w takim kierunku, aby rodzice osiągnęli porozumienie o wykonywaniu kontaktów. Jeżeli dochodzi do zatwierdzonej przez sąd ugody, zastępuje ona dotychczasową regulację. Jeśli nie dochodzi do porozumienia, zapisuje się punkty sporne w notatce.

¹ W tym miejscu używa się pojęcia „*Vermittlungsverfahren*”. Można je tłumaczyć jako postępowanie pojednawcze, ale w istocie jest to mediacja prowadzona przez sąd. W przepisie tym jest też mowa o urzędzie ds. młodzieży oraz doradztwie organów pozasądowych. Należy tu wyjaśnić, że przepisy ósmej księgi niemieckiego kodeksu socjalnego („*Sozialgesetzbuch, Achten Buch*”, w skrócie SGB VIII) są poświęcone „pomocy dzieciom i młodzieży” („*Kinder und Jugendhilfe*”). „Pomoc dla dzieci i młodzieży” jest pojęciem prawnym zdefiniowanym w § 1 ust. 3 SGB VIII. Zgodnie z nim, do „pomocy dla dzieci i młodzieży” należy m.in. doradzanie i wspomaganie rodziców i innych osób uprawnionych do wychowania dzieci w procesie wychowawczym oraz ochrona dzieci i młodzieży przed niebezpieczeństwami zagrażającymi ich dobru. Również w przypadku rozwodu, zgodnie z § 17 ust. 2 SGB VIII „*wspiera się rodziców przy stosownym udziale dzieci lub młodzieży przy wypracowaniu zgodnej koncepcji dla sprawowania opieki rodzicielskiej; koncepcja ta może być podstawą dla orzeczenia sądowego w sprawie władzy rodzicielskiej po rozstaniu lub rozwodzie*”. Z § 17 ust. 3 SGB VIII wynika obowiązek sądu poinformowania właściwego „urzędu do spraw młodzieży” („*Jugendamt*”) o zawistości sprawy rozwodowej, jeśli małżonkowie mają wspólne małoletnie dzieci, po to aby urząd ten mógł poinformować rodziców o wachlarzu swoich świadczeń „pomocy dla młodzieży” w myśl § 17 ust. 2 SGB VIII. „Urzędy do spraw młodzieży” są powołanymi przez powiaty organami, których celem jest realizacja zadań z zakresu „pomocy dla dzieci i młodzieży” (§ 69 ust. 1 i 3 SGB VIII).

-
5. Jeśli nie dochodzi ani do zgodnej regulacji kontaktów ani do porozumienia co do skorzystania z pozasądowej porady albo co najmniej jeden z rodziców nie stawiał się w terminie mediacji, sąd stwierdza w niezaskarżalnym postanowieniu, że mediacja była bezskuteczna. W tym wypadku sąd sprawdza, czy nie powinny zostać nałożone środki, dokonane zmiany regulacji kontaktów albo podjęte środki odnoszące się do wykonywania władzy rodzicielskiej. Jeśli stosowne postępowanie zostanie wszczęte z urzędu albo na wniosek jednego z rodziców złożony w ciągu miesiąca, koszty mediacji sądowej zostaną ujęte w kosztach tego postępowania.

Tłumaczenie: Robert Zegadło

Zmiany w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, Kodeksie postępowania cywilnego oraz ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich wprowadzane ustawą o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej

Art. 199.

W ustawie z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. Nr 9, poz. 59, z późn. zm.¹⁾) wprowadza się następujące zmiany:

1) w art. 100 § 2 otrzymuje brzmienie:

„§ 2. W wypadkach, o których mowa w § 1, sąd opiekuńczy lub inne organy władzy publicznej zawiadamiają jednostkę organizacyjną wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej, w rozumieniu przepisów o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, o potrzebie udzielenia rodzinie dziecka odpowiedniej pomocy. Właściwa jednostka organizacyjna wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej jest obowiązana informować sąd o rodzajach udzielanej pomocy i jej rezultatach.”;

2) w art. 109:

a) w § 2:

– pkt 1 otrzymuje brzmienie:

„1) zobowiązać rodziców oraz małoletniego do określonego postępowania, w szczególności do pracy z asystentem rodziny, realizowania planu pracy z rodziną, skierować małoletniego do placówki wsparcia dziennego, określonych w przepisach o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej lub skierować rodziców do placówki albo specjalisty zajmujących się terapią rodzinną, poradnictwem lub świadczących rodzinie inną stosowną pomoc z jednoczesnym wskazaniem sposobu kontroli wykonania wydanych zarządzeń,”

– pkt 5 otrzymuje brzmienie:

„5) zarządzić umieszczenie małoletniego w rodzinie zastępczej, rodzinnym domu dziecka albo w instytucjonalnej pieczy zastępczej albo powierzyć tymczasowo pełnienie funkcji rodziny zastępczej małżonkom

¹⁾ Zmiany wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 1975 r. Nr 45, poz. 234, z 1986 r. Nr 36, poz. 180, z 1990 r. Nr 34, poz. 198, z 1995 r. Nr 83, poz. 417, z 1998 r. Nr 117, poz. 757, z 1999 r. Nr 52, poz. 532, z 2000 r. Nr 122, poz. 322, z 2001 r. Nr 128, poz. 1403, z 2003 r. Nr 83, poz. 772 i Nr 130, poz. 1188, z 2004 r. Nr 162, poz. 1691, z 2007 r. Nr 121, poz. 831, Nr 134, poz. 947 i Nr 192, poz. 1378, z 2008 r. Nr 220, poz. 1431 oraz z 2010 r. Nr 125, poz. 842.

lub osobie, niespełniającym warunków dotyczących rodzin zastępczych, w zakresie niezbędnych szkoleń, określonych w przepisach o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej.”,

b) § 4 otrzymuje brzmienie:

„§ 4. W przypadku, o którym mowa w § 2 pkt 5, a także w razie zastosowania innych środków określonych w przepisach o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, sąd opiekuńczy zawiadamia o wydaniu orzeczenia właściwą jednostkę organizacyjną wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej, która udziela rodzinie małoletniego odpowiedniej pomocy i składa sądowi opiekuńczemu, w terminach określonych przez ten sąd, sprawozdania dotyczące sytuacji rodziny i udzielanej pomocy oraz realizacji planu pracy z rodziną, a także współpracuje z kuratorem sądowym”;

3) po art. 112 dodaje się tytuł w brzmieniu: „Oddział 2a. Piecza zastępcza”;

4) art. 112¹ i 112² otrzymują brzmienie:

„Art. 112¹. § 1. Obowiązek i prawo wykonywania bieżącej pieczy nad dzieckiem umieszczonym w pieczy zastępczej, jego wychowania i reprezentowania w tych sprawach, a w szczególności w dochodzeniu świadczeń przeznaczonych na zaspokojenie jego potrzeb, należą do rodziny zastępczej, prowadzącego rodzinny dom dziecka albo kierującego placówką opiekuńczo-wychowawczą, regionalną placówką opiekuńczo-terapeutyczną lub interwencyjnym ośrodkiem preadopcyjnym. Pozostałe obowiązki i prawa wynikające z władzy rodzicielskiej należą do rodziców dziecka.

§ 2. Przepisu § 1 nie stosuje się, jeżeli sąd opiekuńczy postanowił inaczej.

Art. 112². Organizację, funkcjonowanie oraz finansowanie rodzin zastępczych, rodzinnych domów dziecka, placówek opiekuńczo-wychowawczych, regionalnych placówek opiekuńczo-terapeutycznych i interwencyjnych ośrodków preadopcyjnych oraz zasady określające kryteria wiekowe dzieci umieszczanych w tych placówkach i ośrodkach regulują przepisy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej.”;

5) po art. 112² dodaje art. 112³–112⁵ w brzmieniu:

„Art. 112³. Umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej powinno nastąpić po wyczerpaniu wszystkich form pomocy rodzicom dziecka, o których mowa w przepisach o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, chyba że dobro dziecka wymaga zapewnienia mu niezwłocznie pieczy zastępczej.

Art. 112⁴. Dziecko umieszcza się w pieczy zastępczej do czasu zaistnienia warunków umożliwiających jego powrót do rodziny albo umieszczenia go w rodzinie przysposabiającej.

Art. 112⁵. § 1. Sąd może powierzyć sprawowanie pieczy zastępczej małżonkom albo osobie niepozostającej w związku małżeńskim, którzy są wstępniymi albo rodzeństwem dziecka. Sprawowanie pieczy zastępczej sąd może także powierzyć małżonkom albo osobie niepozostającej w związku małżeńskim,

którzy nie są wstępniymi albo rodzeństwem dziecka, jeżeli osoby te zostały wpisane do rejestru osób zakwalifikowanych do pełnienia funkcji rodziny zastępczej zawodowej, rodziny zastępczej niezawodowej, prowadzenia rodzinnego domu dziecka albo pełnią już funkcję rodziny zastępczej zawodowej lub rodziny zastępczej niezawodowej oraz prowadzących rodzinny dom dziecka.

§ 2. Jeżeli jest to uzasadnione dobrem dziecka sąd może tymczasowo, nie dłużej jednak niż na 6 miesięcy, powierzyć pełnienie funkcji rodziny zastępczej małżonkom albo osobie niepozostającej w związku małżeńskim, którzy nie są wstępniymi albo rodzeństwem dziecka, niespełniającym warunku niezbędnych szkoleń, określonego w przepisach o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, dotyczących rodzin zastępczych.

Art. 112⁶. Piecza zastępcza nad dzieckiem posiadającym orzeczenie o niepełnosprawności albo orzeczenie o umiarkowanym lub znacznym stopniu niepełnosprawności jest powierzana przede wszystkim rodzinie zastępczej zawodowej.

Art. 112⁷. § 1. Sąd umieszcza dziecko w instytucjonalnej pieczy zastępczej, jeżeli brak jest możliwości umieszczenia dziecka w rodzinnej pieczy zastępczej lub z innych ważnych względów nie jest to zasadne.

§ 2. W miarę możliwości sąd umieszcza dziecko w pieczy zastępczej na terenie powiatu miejsca zamieszkania dziecka.

Art. 112⁸. Rodzeństwo powinno być umieszczone w tej samej rodzinie zastępczej, rodzinnym domu dziecka, placówce opiekuńczo-wychowawczej lub regionalnej placówce opiekuńczo-terapeutycznej, chyba że byłoby to sprzeczne z dobrem dziecka.”;

6) w art. 113¹ § 2 otrzymuje brzmienie:

„§ 2. Przepisy § 1 stosuje się odpowiednio, jeżeli dziecko nie przebywa u żadnego z rodziców, a pieczę nad nim sprawuje opiekun lub gdy zostało umieszczone w pieczy zastępczej.”;

7) w art. 114¹ § 1 otrzymuje brzmienie:

„§ 1. Przynosić może osoba mająca pełną zdolność do czynności prawnych, jeżeli jej kwalifikacje osobiste uzasadniają przekonanie, że będzie należycie wywiązywała się z obowiązków przysposabiającego oraz posiada opinię kwalifikacyjną oraz świadectwo ukończenia szkolenia organizowanego przez ośrodek adopcyjny, o którym mowa w przepisach o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, chyba że obowiązek ten jej nie dotyczy.”;

8) w art. 119¹ w § 1 po zdaniu pierwszym dodaje się zdanie drugie w brzmieniu:

„Rodzicowi, który wyraził taką zgodę, władza rodzicielska nie przysługuje.”;

9) w art. 120¹ § 4 otrzymuje brzmienie:

„§ 4. Przy wykonywaniu nadzoru nad przebiegiem styczności przysposabiającego z przysposabianym sąd opiekuńczy korzysta z pomocy ośrodka adopcyjnego oraz, w razie potrzeby, organu pomocniczego w sprawach opiekuńczych.”;

10) w art. 149 § 4 otrzymuje brzmienie:

„§ 4. W razie potrzeby ustanowienia opieki dla małoletniego umieszczonego w pieczy zastępczej, sąd powierza sprawowanie opieki prawnej, przede wszystkim:

- 1) w przypadku umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej – rodzicom zastępczym,
- 2) w przypadku umieszczenia dziecka w rodzinnym domu dziecka – osobom prowadzącym ten dom,
- 3) w przypadku umieszczenia dziecka w placówce opiekuńczo-wychowawczej pełniącej funkcję rodzinną – osobom prowadzącym tę placówkę,
- 4) w przypadku umieszczenia dziecka w placówce opiekuńczo-wychowawczej: socjalizacyjnej, specjalistyczno-terapeutycznej, interwencyjnej lub regionalnej placówce opiekuńczo-terapeutycznej – osobom bliskim dziecka – w terminie 7 dni od uprawomocnienia się postanowienia o pozbawieniu władzy rodzicielskiej.

Art. 200.

W ustawie z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.¹⁾) wprowadza się następujące zmiany:

¹⁾ Zmiany wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 1965 r. Nr 15, poz. 113, z 1974 r. Nr 27, poz. 157 i Nr 39, poz. 231, z 1975 r. Nr 45, poz. 234, z 1982 r. Nr 11, poz. 82 i Nr 30, poz. 210, z 1983 r. Nr 5, poz. 33, z 1984 r. Nr 45, poz. 241 i 242, z 1985 r. Nr 20, poz. 86, z 1987 r. Nr 21, poz. 123, z 1988 r. Nr 41, poz. 324, z 1989 r. Nr 4, poz. 21 i Nr 33, poz. 175, z 1990 r. Nr 14, poz. 88, Nr 34, poz. 198, Nr 53, poz. 306, Nr 55, poz. 318 i Nr 79, poz. 464, z 1991 r. Nr 7, poz. 24, Nr 22, poz. 92 i Nr 115, poz. 496, z 1993 r. Nr 12, poz. 53, z 1994 r. Nr 105, poz. 509, z 1995 r. Nr 83, poz. 417, z 1996 r. Nr 24, poz. 110, Nr 43, poz. 189, Nr 73, poz. 350 i Nr 149, poz. 703, z 1997 r. Nr 43, poz. 270, Nr 54, poz. 348, Nr 75, poz. 471, Nr 102, poz. 643, Nr 117, poz. 752, Nr 121, poz. 769 i 770, Nr 133, poz. 882, Nr 139, poz. 934, Nr 140, poz. 940 i Nr 141, poz. 944, z 1998 r. Nr 106, poz. 668 i Nr 117, poz. 757, z 1999 r. Nr 52, poz. 532, z 2000 r. Nr 22, poz. 269 i 271, Nr 48, poz. 552 i 554, Nr 55, poz. 665, Nr 73, poz. 852, Nr 94, poz. 1037, Nr 114, poz. 1191 i 1193 i Nr 122, poz. 1314, 1319 i 1322, z 2001 r. Nr 4, poz. 27, Nr 49, poz. 508, Nr 63, poz. 635, Nr 98, poz. 1069, 1070 i 1071, Nr 123, poz. 1353, Nr 125, poz. 1368 i Nr 138, poz. 1546, z 2002 r. Nr 25, poz. 253, Nr 26, poz. 265, Nr 74, poz. 676, Nr 84, poz. 764, Nr 126, poz. 1069 i 1070, Nr 129, poz. 1102, Nr 153, poz. 1271, Nr 219, poz. 1849 i Nr 240, poz. 2058, z 2003 r. Nr 41, poz. 360, Nr 42, poz. 363, Nr 60, poz. 535, Nr 109, poz. 1035, Nr 119, poz. 1121, Nr 130, poz. 1188, Nr 139, poz. 1323, Nr 199, poz. 1939 i Nr 228, poz. 2255, z 2004 r. Nr 9, poz. 75, Nr 11, poz. 101, Nr 68, poz. 623, Nr 91, poz. 871, Nr 93, poz. 891, Nr 121, poz. 1264, Nr 162, poz. 1691, Nr 169, poz. 1783, Nr 172, poz. 1804, Nr 204, poz. 2091, Nr 210, poz. 2135, Nr 236, poz. 2356 i Nr 237, poz. 2384, z 2005 r. Nr 13, poz. 98, Nr 22, poz. 185, Nr 86, poz. 732, Nr 122, poz. 1024, Nr 143, poz. 1199, Nr 150, poz. 1239, Nr 167, poz. 1398, Nr 169, poz. 1413 i 1417, Nr 172, poz. 1438, Nr 178, poz. 1478, Nr 183, poz. 1538, Nr 264, poz. 2205 i Nr 267, poz. 2258, z 2006 r. Nr 12, poz. 66, Nr 66, poz. 466, Nr 104, poz. 708 i 711, Nr 186, poz. 1379, Nr 208, poz. 1537 i 1540, Nr 226, poz. 1656 i Nr 235, poz. 1699, z 2007 r. Nr 7, poz. 58, Nr 47, poz. 319, Nr 50, poz. 331, Nr 61, poz. 418, Nr 99, poz. 662, Nr 106, poz. 731, Nr 112, poz. 766 i 769, Nr 115, poz. 794, Nr 121, poz. 831, Nr 123, poz. 849, Nr 176, poz. 1243, Nr 181, poz. 1287, Nr 192, poz. 1378 i Nr 247, poz. 1845, z 2008 r. Nr 59, poz. 367, Nr 96, poz. 609 i 619, Nr 110, poz. 706, Nr 96, poz. 609, Nr 116, poz. 731, Nr 119, poz. 772, Nr 120, poz. 779, Nr 122, poz. 796, Nr 171, poz. 1056, Nr 220, poz. 1431, Nr 228, poz. 1507, Nr 231,

1) art. 570¹ otrzymuje brzmienie:

„Art. 570¹. § 1. Sąd opiekuńczy może zarządzić przeprowadzenie przez kuratora sądowego wywiadu środowiskowego, a także zwrócić się do właściwej jednostki organizacyjnej wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej o informacje dotyczące małoletniego i jego środowiska, a w szczególności dotyczące zachowania się i warunków wychowawczych małoletniego, sytuacji bytowej rodziny, przebiegu nauki małoletniego i sposobu spędzania czasu wolnego, jego kontaktów środowiskowych, stosunku do niego rodziców lub opiekunów, podejmowanych oddziaływań wychowawczych, stanu zdrowia i znanych w środowisku uzależnień małoletniego.

§ 2. W przypadku gdy z rodziną małoletniego asystent rodziny prowadzi pracę określoną w przepisach o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, sąd opiekuńczy zwraca się o informacje, o których mowa w § 1, do właściwej jednostki organizacyjnej wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej.

§ 3. Sąd opiekuńczy może zwrócić się o informację do właściwej jednostki organizacyjnej wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej w celu wskazania osób właściwych do zapewnienia dziecku rodzinnej pieczy zastępczej.”;

2) w art. 578 dotychczasową treść oznacza się jako § 1 oraz dodaje się § 2 w brzmieniu:

„§ 2. Sąd w terminie 7 dni od dnia uprawomocnienia się postanowienia o pozbawieniu władzy rodzicielskiej przesyła to postanowienie do właściwego ośrodka adopcyjnego, prowadzącego wojewódzki bank danych o dzieciach oczekujących na przysposobienie.”;

3) art. 579¹ otrzymuje brzmienie:

„Art. 579¹ § 1. Po powzięciu wiadomości o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej bez orzeczenia sądu opiekuńczego, sąd ten niezwłocznie wszczyna postępowanie opiekuńcze.

§ 2. Jeżeli umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej nastąpiło w trybie art. 12a ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (Dz. U. Nr 180, poz. 1493, z 2009 r. Nr 206, poz. 1589 oraz z 2010 r. Nr 28, poz. 146, Nr 125, poz. 842 i Nr..., poz...) sąd niezwłocznie, po wysłuchaniu pracownika socjalnego, który odebrał dziecko z rodziny, nie później jednak niż w ciągu 24 godzin, wydaje orzeczenie o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej, albo orzeczenie o powrocie dziecka do rodziny.

§ 3. Sąd opiekuńczy okresowo, nie rzadziej niż raz na sześć miesięcy, dokonuje oceny sytuacji dziecka umieszczonego w pieczy zastępczej w celu ustalenia możliwości powrotu dziecka do rodziny. Jeżeli wymaga tego dobro dziecka, sąd wszczyna postępowanie o pozbawienie władzy rodzicielskiej jego rodziców.”;

poz. 1547, Nr 234, poz. 1571, z 2009 r. Nr 26, poz. 156, Nr 67, poz. 571 i Nr 69, poz. 592 i 593, Nr 131, poz. 1075, Nr 179, poz. 1395 i Nr 216, poz. 1676 oraz z 2010 r. Nr 3, poz. 13, Nr 7, poz. 45, Nr 24, poz. 125, Nr 40, poz. 229, Nr 108, poz. 684, Nr 109, poz. 724, Nr 125, poz. 842, Nr 152, poz. 1018 i Nr 155, poz. 1037.

-
- 4) po art. 579¹ dodaje się art. 579² w brzmieniu:
„Art. 579². § 1. Przed umieszczeniem dziecka w rodzinie zastępczej lub rodzinnym domu dziecka, sąd zasięga:
- 1) opinii właściwego ośrodka pomocy społecznej, opinii właściwego organizatora rodzinnej pieczy zastępczej, informacji o dotychczasowym sprawowaniu funkcji przez rodzinę zastępczą lub prowadzącego rodzinny dom dziecka oraz informacji z rejestru danych prowadzonego przez starostę na podstawie przepisów o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej;
 - 2) opinii starosty właściwego ze względu na miejsce sprawowania rodzinnej pieczy zastępczej – w przypadku umieszczenia dziecka w rodzinnej pieczy zastępczej na terenie innego powiatu, niż powiat miejsca zamieszkania dziecka.
- § 2. W opinii, o której mowa w § 1 pkt 2, organizator rodzinnej pieczy zastępczej zamieszcza w szczególności informacje o spełnianiu przez kandydata warunków do pełnienia funkcji rodziny zastępczej lub prowadzenia rodzinnego domu dziecka, określonych w przepisach o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej.”;
- 5) w art. 582¹ w § 2 pkt 2 otrzymuje brzmienie:
„2) zobowiązać osobę, pod której pieczą dziecko pozostaje, do złożenia na rachunek depozytowy sądu odpowiedniej kwoty pieniężnej w celu pokrycia wydatków uprawnionego związanych z wykonywaniem kontaktu na wypadek niewykonania lub niewłaściwego wykonania przez osobę zobowiązaną obowiązków wynikających z postanowienia o kontaktach; nie dotyczy to rodzin zastępczych, rodzinnych domów dziecka, rodzin pomocowych, placówek opiekuńczo-wychowawczych, regionalnych placówek opiekuńczo-terapeutycznych oraz interwencyjnych ośrodków preadopcyjnych,”;
- 6) w art. 586 § 4 otrzymuje brzmienie:
„§ 4. Przed wydaniem orzeczenia sąd opiekuńczy występuje o opinię kwalifikacyjną do ośrodka adopcyjnego oraz – jeżeli jest to uzasadnione dobrem dziecka – zasięga opinii innej specjalistycznej placówki.”.

Art. 203.

W ustawie z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz. U. z 2010 r. Nr 33, poz. 178) wprowadza się następujące zmiany:

- 1) w art. 6:
 - a) pkt 9 otrzymuje brzmienie:
„9) orzec umieszczenie w młodzieżowym ośrodku wychowawczym albo w rodzinie zastępczej zawodowej, która ukończyła szkolenie przygotowujące do sprawowania opieki nad nieletnim;”,
 - b) pkt 11 otrzymuje brzmienie:

- „11) zastosować inne środki zastrzeżone w niniejszej ustawie do właściwości sądu rodzinnego, jak również zastosować środki przewidziane w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, z wyłączeniem umieszczenia w rodzinie zastępczej spokrewnionej, rodzinie zastępczej niezawodowej, placówce wsparcia dziennego, placówce opiekuńczo-wychowawczej i regionalnej placówce opiekuńczo-terapeutycznej.”;
- 2) art. 12 otrzymuje brzmienie:
„Art. 12. W razie stwierdzenia u nieletniego upośledzenia umysłowego, choroby psychicznej lub innego zakłócenia czynności psychicznych bądź nałogowego używania alkoholu albo innych środków w celu wprowadzenia się w stan odurzenia, sąd rodzinny może orzec umieszczenie nieletniego w szpitalu psychiatrycznym lub innym odpowiednim zakładzie leczniczym. Jeżeli zachodzi potrzeba zapewnienia nieletniemu jedynie opieki wychowawczej, sąd może orzec umieszczenie go w młodzieżowym ośrodku wychowawczym, a w przypadku gdy nieletni jest upośledzony umysłowo w stopniu głębokim i wymaga jedynie opieki – w domu pomocy społecznej.”;
- 3) w art. 25 § 2 otrzymuje brzmienie:
„§ 2. Przed wydaniem orzeczenia o umieszczeniu nieletniego w młodzieżowym ośrodku wychowawczym, publicznym zakładzie opieki zdrowotnej, domu pomocy społecznej albo zakładzie poprawczym sąd zwraca się o wydanie opinii, o której mowa w § 1.”;
- 4) art. 26 otrzymuje brzmienie:
„Art. 26. Wobec nieletniego można tymczasowo zastosować nadzór organizacji młodzieżowej lub innej organizacji społecznej albo zakładu pracy, a także nadzór kuratora lub innej osoby godnej zaufania, a jeżeli byłoby to niewystarczające – umieszczenie w młodzieżowym ośrodku wychowawczym albo w rodzinie zastępczej zawodowej, która ukończyła szkolenie przygotowujące do sprawowania opieki nad nieletnim lub zastosować środki leczniczo-wychowawcze, o których mowa w art. 12.”;
- 5) w art. 30 § 5 otrzymuje brzmienie:
„§ 5. Na rozprawę lub posiedzenie sąd może wezwać także kuratora, przedstawiciela schroniska dla nieletnich, zakładu poprawczego, młodzieżowego ośrodka wychowawczego, placówki opiekuńczo-wychowawczej, regionalnej placówki opiekuńczo-terapeutycznej lub publicznego zakładu opieki zdrowotnej albo domu pomocy społecznej, w którym nieletni przebywa, a ponadto również inne osoby, w szczególności asystenta rodziny, koordynatora rodzinnej pieczy zastępczej, przedstawiciela szkoły, do której nieletni uczęszcza, zakładu pracy, w którym jest zatrudniony, lub organizacji społecznej, do której należy; w sprawach o czyn karalny jako przestępstwo skarbowe można wezwać także przedstawiciela właściwego finansowego organu dochodzenia, określonego w Kodeksie karnym skarbowym.”;

-
- 6) w art. 32 § 2 otrzymuje brzmienie:
„§ 2. Do kosztów postępowania zalicza się również należność z tytułu pobytu nieletniego w policyjnej izbie dziecka, schronisku dla nieletnich, zakładzie poprawczym, młodzieżowym ośrodku wychowawczym, w domu pomocy społecznej, jak również zryczałtowaną kwotę z tytułu: postępowania mediacyjnego, badań nieletniego w rodzinnym ośrodku diagnostyczno-konsultacyjnym, umieszczenia w rodzinie zastępczej zawodowej, pobytu w ośrodku kuratorskim lub ustanowienia nadzoru kuratora.”;
- 7) w art. 40:
a) w § 6 pkt 4 otrzymuje brzmienie:
„4) w ciągu 72 godzin od chwili zatrzymania nie ogłoszono nieletniemu postanowienia o umieszczeniu w schronisku dla nieletnich lub tymczasowym umieszczeniu w młodzieżowym ośrodku wychowawczym, rodzinie zastępczej zawodowej albo w zakładzie lub placówce, o których mowa w art. 12.”,
b) § 7 otrzymuje brzmienie:
„§ 7. W policyjnej izbie dziecka można również umieścić nieletniego w trakcie samowolnego pobytu poza schroniskiem dla nieletnich, młodzieżowym ośrodkiem wychowawczym lub zakładem poprawczym na czas niezbędny do przekazania nieletniego właściwemu zakładowi, nie dłużej jednak niż na 5 dni.”;
- 8) w art. 66 § 1 otrzymuje brzmienie:
„§ 1. Organizacja i system wychowawczy w młodzieżowych ośrodkach wychowawczych i schroniskach dla nieletnich oraz w zakładach poprawczych powinny zapewniać możliwość indywidualnego oddziaływania na nieletnich odpowiednio do ich osobowości i potrzeb wychowawczych.”;
- 9) art. 68 otrzymuje brzmienie:
„Art. 68. Przepis art. 17 § 2 nie ma zastosowania w wypadkach, gdy wykonywany jest środek polegający na umieszczeniu nieletniego w młodzieżowym ośrodku wychowawczym, publicznym zakładzie opieki zdrowotnej, domu pomocy społecznej albo w zakładzie poprawczym.”;
- 10) w art. 70 § 2 otrzymuje brzmienie:
„§ 2. W sprawach nieletnich umieszczonych w młodzieżowych ośrodkach wychowawczych, publicznych zakładach opieki zdrowotnej, domach pomocy społecznej oraz w schroniskach dla nieletnich i zakładach poprawczych wnioski w postępowaniu wykonawczym może również składać dyrektor właściwego zakładu.”;
- 11) art. 72 otrzymuje brzmienie:
„Art. 72. O umieszczeniu nieletniego w młodzieżowym ośrodku wychowawczym albo w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej lub w domu pomocy społecznej oraz o umieszczeniu w zakładzie poprawczym, jak również o każdej

- zmianie tego zakładu, placówki, ośrodka lub domu pomocy społecznej dyrektor zakładu, placówki, ośrodka lub domu pomocy społecznej zawiadamia sąd rodzinny, który wykonuje orzeczenie.”;
- 12) w art. 73 § 1 otrzymuje brzmienie:
„§ 1. Wykonywanie środków, o których mowa w art. 6 pkt 2, 3 i 6 oraz w art. 7 i 8, jak również umieszczenie w młodzieżowym ośrodku wychowawczym, rodzinie zastępczej zawodowej, która ukończyła szkolenie przygotowujące do sprawowania opieki nad nieletnim, publicznym zakładzie opieki zdrowotnej albo domu pomocy społecznej ustaje z mocy prawa z chwilą ukończenia przez nieletniego lat 18, a wykonywanie pozostałych środków – z chwilą ukończenia lat 21; jeżeli środki wychowawcze zastosowano na podstawie art. 10 § 4 Kodeksu karnego lub art. 5 § 2 Kodeksu karnego skarbowego – wykonywanie ich ustaje z mocy prawa z chwilą ukończenia przez sprawcę lat 21.”;
- 13) w art. 74 § 3 otrzymuje brzmienie:
„§ 3. Jeżeli orzeczono umieszczenie w młodzieżowym ośrodku wychowawczym, a zachodzą warunki, o których mowa w § 2, sąd rodzinny może zastosować środki przewidziane w art. 26, a jeżeli nieletni był dotychczas objęty instytucjonalną pieczęcią zastępczą, sąd może postanowić o tymczasowym umieszczeniu dziecka w instytucjonalnej pieczy zastępczej do czasu wykonania postanowienia, nie dłużej jednak niż przez okres trzech miesięcy.”;
- 14) w art. 76 § 1 otrzymuje brzmienie:
„§ 1. Jeżeli rodzice lub opiekun nie mogą zapewnić nieletniemu zwalnianemu z młodzieżowego ośrodka wychowawczego, publicznego zakładu opieki zdrowotnej, domu pomocy społecznej, zakładu poprawczego, schroniska dla nieletnich albo opuszczającemu rodzinę zastępczą niezbędnych warunków wychowawczych i bytowych – udziela się nieletniemu pomocy.”;
- 15) w art. 77 § 1 otrzymuje brzmienie:
„§ 1. Nadzór nad wykonywaniem orzeczeń o skierowaniu nieletniego do ośrodka kuratorskiego, o umieszczeniu w młodzieżowym ośrodku wychowawczym, domu pomocy społecznej, publicznym zakładzie opieki zdrowotnej, schronisku dla nieletnich i zakładzie poprawczym, jak również decyzji o umieszczeniu w policyjnej izbie dziecka, sprawuje sędzia rodzinny.”;
- 16) art. 81 otrzymuje brzmienie:
„Art. 81. Minister właściwy do spraw oświaty i wychowania, w porozumieniu z Ministrem Sprawiedliwości, określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowe zasady kierowania, przyjmowania, przenoszenia, zwalniania i pobytu nieletnich w młodzieżowym ośrodku wychowawczym, w szczególności wskazując organ odpowiedzialny za kierowanie nieletnich do odpowiednich placówek i uwzględniając sprawność postępowania, konieczność zapewnienia bezpieczeństwa tych placówek, właściwych warunków pobytu nieletnich i przestrzegania ich praw.”;

-
- 17) w dziale IV tytuł rozdziału 4 otrzymuje brzmienie:
„Stosowanie środków przymusu bezpośredniego wobec nieletniego umieszczonego w zakładzie poprawczym, w schronisku dla nieletnich, młodzieżowym ośrodku wychowawczym”;
- 18) w art. 95a w § 1 pkt 5 otrzymuje brzmienie:
„5) samowolnemu opuszczeniu przez nieletniego zakładu poprawczego, schroniska dla nieletnich, młodzieżowego ośrodka wychowawczego,”;
- 19) w art. 95c § 1 otrzymuje brzmienie:
„§ 1. Rada Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowe warunki i sposób użycia środków przymusu bezpośredniego wobec nieletnich umieszczonych w zakładach poprawczych, schroniskach dla nieletnich i młodzieżowych ośrodkach wychowawczych oraz sposób kontroli nad decyzjami o zastosowaniu tych środków, a także określi rodzaje młodzieżowych ośrodków wychowawczych, w których mogą być stosowane środki przymusu bezpośredniego, uwzględniając w szczególności cel stosowania środków, formy, w jakich mogą być one stosowane, związaną z ich stosowaniem potrzebę doboru właściwych metod oddziaływania wychowawczego na nieletniego, sposób prowadzenia dokumentacji związanej z zastosowaniem środków, szczegółowy sposób sprawowania opieki nad stanem zdrowia fizycznego i psychicznego nieletniego, wobec którego zastosowano środek, mając na uwadze konieczność poszanowania praw i godności nieletniego oraz zapewnienia bezpieczeństwa zakładów, schronisk i placówek.”.

Wybrane orzeczenia Sądu Najwyższego z I kwartału 2011 r. oraz z 2010 r.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2011 r. (III CZP 117/10)

W sprawie o nadanie tytułowi egzekucyjnemu klauzuli wykonalności przeciwko małżonkowi dłużnika (art. 787 k.p.c.) nie jest dopuszczalne stosowanie domniemania faktycznego przy ustalaniu, że stwierdzona tytułem egzekucyjnym wierzytelność powstała za zgodą małżonka dłużnika.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2011 r. (III CZP 139/10)

Postanowienie sądu opiekuńczego określające stałe i powtarzające się kontakty z dzieckiem w obecności osoby wykonującej nad nim pieczęć podlega wykonaniu na podstawie art. 1051 k.p.c.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2011 r. (III CZP138/10)

O odrzuceniu ponownego wniosku o wyłączenie sędziego opartego na tych samych okolicznościach (art. 531 k.p.c.) orzeka sąd w składzie trzech sędziów zawodowych, bez udziału sędziego, którego wniosek dotyczy.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 24 lutego 2011 r. (III CZP 137/10)

Złożenie przez uprawnionego wniosku do organu przesyłającego, na podstawie art. 3 ust. 1 Konwencji o dochodzeniu roszczeń alimentacyjnych za granicą sporządzonej w Nowym Jorku dnia 20 czerwca 1956 r. (Dz. U. z 1961 r. Nr 17, poz. 87), jest czynnością, o której mowa w art. 123 § 1 pkt 1 k.c.

Sąd Najwyższy odmówił podjęcia uchwały w pozostałym zakresie.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2010 r. (III CZP 34/10)

W sprawie o podział majątku wspólnego po ustaniu wspólności majątkowej między małżonkami sąd rozstrzyga o roszczeniu przewidzianym w art. 231 k.c. w orzeczeniu kończącym postępowanie. Sąd może wydać postanowienie częściowe lub postanowienie wstępne, jeżeli uzasadniają to okoliczności sprawy.

O tym, czy roszczenie przewidziane w art. 231 k.c. należy uwzględnić, czy też zasądzić odpowiednią kwotę tytułem zwrotu nakładów – polegających na wzniesieniu budynku – poczynionych z majątku wspólnego na majątek osobisty jednego z małżonków, decydują okoliczności sprawy.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2010 r. (III CZP 42/10)

Przedmioty majątkowe nabyte w czasie trwania wspólności ustawowej przez jednego z małżonków, uzyskane z przestępstwa, wchodzą w skład majątku wspólnego na podstawie art. 32 § 1 k.r.o.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2010 r. (III CZP 59/10)

Świadczenie uiszczone na podstawie postanowienia o udzieleniu zabezpieczenia zobowiązującego do łożenia na rzecz małżonka kosztów utrzymania rodziny nie podlega zwrotowi jako świadczenie nienależne (art. 410 k.c.) w razie prawomocnego oddalenia w wyroku rozwodowym jego żądania zasądzenia alimentów na podstawie art. 60 k.r.o.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2010 r. (I CSK 205/09)

Wartość lokalu, będącego przedmiotem podziału w sprawie o podział majątku wspólnego po ustaniu wspólności majątkowej między małżonkami, powinna być ustalona przy uwzględnieniu hipoteki obciążającej ten lokal.

Przy ustaleniu, według cen z chwili podziału majątku wspólnego, wartości nakładów z majątku osobistego jednego z małżonków na majątek wspólny, należy wziąć po uwagę stan przedmiotu, na który nakłady zostały dokonane, bez uwzględnienia późniejszych nakładów na ten przedmiot poczynionych przez małżonków z majątku wspólnego i nakładów poczynionych przez osoby trzecie.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2010 r. (I CSK 207/09)

Żądanie zwrotu nakładów na majątek wspólny jest co do zasady niezależne od tego, czy przedmiot na który poniesiono ten nakład istnieje jeszcze w majątku małżonków.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 czerwca 2010 r. (I CSK 455/09), niepubl.

Do czasu wymaganego do nabycia własności przez zasiedzenie faktyczne wyodrębnionej części nieruchomości zalicza się okres współposiadania całej nieruchomości na zasadach wspólności łącznej lub współwłasności w częściach ułamkowych.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2010 r. (III CSK 274/09), niepubl.

Rozliczenie w postępowaniu o podział majątku wspólnego nakładu dokonanego z majątku wspólnego na wkład jednego z małżonków do spółki cywilnej następuje przy ustaleniu jego aktualnej wartości w oparciu o określenie fikcyjnego udziału, jaki przysługiwałby małżonkowi – współnikowi spółki gdyby z tej spółki wystąpił w momencie ustania wspólności majątkowej małżeńskiej i jego wartości z chwili orzekania.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 września 2010 r. (III CZP 48/10)

Uprawnienie do bonifikaty przysługującej przy nabyciu lokalu mieszkalnego (art. 58 ust. 2 ustawy z dnia 22 czerwca 1995 r. o zakwaterowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 41, poz. 398, ze zm.) nie może stanowić przedmiotu majątku wspólnego małżonków, podlegającego podziałowi w sprawie o podział tego majątku. Nie podlega też w tej sprawie „rozliczeniu” w przypadku skorzystania przez jednego z małżonków z uprawnienia do nabycia lokalu mieszkalnego na preferencyjnych warunkach, przysługującego przed ustaniem wspólności majątkowej i nabyciu lokalu po ustaniu wspólności.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 listopada 2010 r. (V CZ 78/10), niepubl.

W sytuacji, w której sąd orzekł o ustanowieniu rozdzielności majątkowej z datą późniejszą niż żądana przez powoda, ale nie zamieścił w sentencji wyroku orzeczenia o oddaleniu powództwa w pozostałej części, powód może kwestionować rozstrzygnięcie w tym przedmiocie w drodze apelacji.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 kwietnia 2010 r. (III CSK 203/09)

Uchylenie przez Sąd Najwyższy prawomocnego postanowienia sądu opiekuńczego wydanego na podstawie art. 156 k.r.o., po zawarciu umowy, której dotyczyło udzielone zezwolenie, nie powoduje nieważności tej umowy.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r. (II CSK 281/10), niepubl.

Wierzytelność dotyczy osobistego majątku jednego z małżonków, jeżeli pomiędzy stosunkiem prawnym, z którego wynika zobowiązanie, a tym majątkiem zachodzi związek prawny i ekonomiczny.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2010 r. (IV CSK 141/10), niepubl.

Z chwilą nadania klauzuli wykonalności na podstawie art. 787 k.p.c. małżonek dłużnika nie staje się dłużnikiem w znaczeniu prawa materialnego, ale wyłącznie tzw. dłużnikiem egzekwowanym.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 2010 r. (II CSK 274/10), niepubl.

Gospodarstwo rolne, którego własność przeszła na następcę rolnika, pozostającego w związku małżeńskim i ustroju wspólności ustawowej, w wyniku zawarcia umowy przekazania gospodarstwa rolnego pomiędzy nim a przekazującym, przeszło do majątku odrębnego następcy.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2010 r. (III CSK 75/10), niepubl.

Zniesienie wspólności ustawowej między małżonkami jest skuteczne wobec osób trzecich gdy zawarcie umowy i jej rodzaj były tym osobom wiadome.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2010 r. (III CZP 99/10)

Sąd Najwyższy po rozpoznaniu w dniu 9 grudnia 2010 r. na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej, w sprawie dot. rozstrzygnięcia istotnych praw dziecka, na skutek zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy w Z. postanowieniem z dnia 11 czerwca 2010 r.:

„Czy na postanowienie wydane na podstawie art. 15 ust. 1 lit. b rozporządzenia Rady (WE) Nr 2201/2003 z dnia 27 listopada; 2003 r. dotyczącego jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej uchylające rozporządzenie Nr 1347/2000 (BRUKSELA II – Dz. U. UE L z dnia 23.12.2003 r. ze zm.) wzywające sąd innego państwa członkowskiego do uznania swojej jurysdykcji zgodnie z ust. 5 tego rozporządzenia przysługuje zażalenie?”

podjął uchwałę:

Niedopuszczalne jest zażalenie na postanowienie o wezwaniu sądu innego państwa członkowskiego do uznania swej jurysdykcji, wydane na podstawie art. 15 ust. 1 lit. b 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 Nr 1347/2000 (Dz. Urz. UE L 338, s. 1. Polskie wydanie specjalne: Dz. Urz. UE rozdział 19, t. 6, s. 243 ze zm.).

Uzasadnienie

Postanowieniem z dnia z 6 kwietnia 2010 r. Sąd Rejonowy w Z. zwrócił się do *Amtsgericht Bamberg* w Niemczech z wnioskiem o uznanie przez ten sąd swej jurysdykcji w sprawie dotyczącej zmiany formy kontaktów ojca (wnioskodawcy) z jego małoletnim dzieckiem. Postanowienie to wydano na wniosek matki na podstawie art. 15 ust. 1 lit. b 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 Nr 1347/2000 (Dz. Urz. UE L 338, s. 1; polskie wydanie specjalne: Dz. Urz. UE rozdział 19, t. 6, s. 243 ze zm.; dalej: „rozporządzenie nr 2201/2003”).

Przedstawione do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne powstało przy rozpatrzeniu przez Sąd Okręgowy w Z. zażalenia na postanowienie sądu pierwszej instancji odrzucające zażalenie na postanowienie tego sądu z dnia 6 kwietnia 2010 r.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 15 ust. 1 lit. a i b rozporządzenia Nr 2201/2003 w drodze wyjątku sądy państwa członkowskiego, do których jurysdykcji należy rozpoznanie sprawy co do istoty, jeżeli uznają, że sąd innego państwa członkowskiego, z którym dziecko ma szczególny związek, mógłby lepiej osądzić sprawę lub jej określoną część, oraz jeśli jest to zgodne z dobrem dziecka zawieszają rozpoznanie sprawy lub odnośnej jej części i wzywają strony do wniesienia pozwu lub wniosku do sądu tego innego państwa członkowskiego (art. 15 ust. 1 lit. a), lub wzywają sąd innego państwa członkowskiego do uznania swojej jurysdykcji (art. 15 ust. 1 lit. b). Wszczęcie tej procedury może nastąpić na wniosek jednej ze stron, z urzędu lub na wniosek sądu innego państwa członkowskiego, z którym dziecko jest szczególnie związane, przy czym w dwóch ostatnich wypadkach na przekazanie sprawy konieczna jest zgoda co najmniej jednej ze stron postępowania (art. 15 ust. 2).

Postanowienie wydane na podstawie art. 15 ust. 1 lit. b rozporządzenia Nr 2201/2003 o wezwaniu sądu innego państwa członkowskiego do tego, aby ten uznał swoją jurysdykcję, stanowi wyraz przekonania sądu, do którego wpłynęła sprawa, iż rozpoznać powinien ją sąd innego państwa członkowskiego i dlatego powinno nastąpić jej przekazanie temu sądowi. Przy wydawaniu tego postanowienia badane są przesłanki przekazania wynikające z art. 15 ust. 1 i 3 rozporządzenia Nr 2201/2003. W rezultacie wydania tego postanowienia, po spełnieniu dalszych jeszcze warunków, dojść może do tego, że sprawę, która wpłynęła do sądu jednego państwa członkowskiego, rozpozna sąd innego państwa członkowskiego.

Rozporządzenie Nr 2201/2003 określając materialne przesłanki „przekazania” sprawy na podstawie art. 15 nie rozstrzyga wszystkich kwestii powstających na tle tego postępowania, co rodzi konieczność uzupełniającego stosowania przepisów prawa krajowego państw członkowskich, w tym głównie państwa członkowskiego, którego sąd ma przekazać sprawę. Do rzędu takich kwestii ocenianych według prawa krajowego państw członkowskich należy zagadnienie zaskarżalności orzeczenia na mocy którego sąd państwa członkowskiego, do którego wniesiono sprawę, postanawia wezwać sąd innego państwa członkowskiego do uznania swojej jurysdykcji (art. 15 ust. 1 lit. b rozporządzenia Nr 2201/2003). Zagadnienie, czy można wnieść na to orzeczenie środek zaskarżenia nie jest to więc co do zasady problem wykładni art. 15 rozporządzenia Nr 2201/2003, lecz ewentualnych regulacji prawa krajowego.

W prawie polskim zagadnienie zaskarżalności postanowienia sądu o wezwaniu sądu innego państwa członkowskiego wydanego na podstawie art. 15 ust. 1 lit. b rozporządzenia Nr 2201/2003 rozpatrywać należy w świetle art. 394 § 1 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. i art. 518 zd. drugie k.p.c. Problem w tym, że postanowienie to nie może być uznane za postanowienie kończące postępowanie w sprawie w rozumieniu art. 394 § 1 k.p.c., gdyż po jego wydaniu po uznaniu przez sąd innego

państwa członkowskiego swej jurysdykcji zgodnie z art. 15 ust. 5 zd. pierwsze rozporządzenia Nr 2201/2003 sąd musi wydać postanowienie, w którym uznaje brak swej jurysdykcji. Ponadto, że w przepisach o postępowaniu nieprocesowym i w katalogu zawartym w art. 394 § 1 pkt 1–12 k.p.c. nie ma, co jest oczywiste, odpowiednika omawianego postanowienia.

W judykaturze w pewnym zakresie uznaje się przypadki, które nie są przewidziane wprost w ustawie, a w których przyjmuje się – w drodze analogii do przypadków wyraźnie uregulowanych – dopuszczalność zażalenia na określone postanowienie. Przy takim zabiegu w odniesieniu do postanowienia wydanego na podstawie art 15 ust. 1 lit. b rozporządzenia Nr 2201/2003 w grę wchodzi nawiązanie do dopuszczalności zażalenia na postanowienie o przekazaniu sprawy sądowi równorzędnemu lub niższemu (art. 394 § 1 pkt 1 k.p.c.). Trzeba mieć jednak na uwadze istotne różnice istniejące między przekazaniem sprawy przez sąd niewłaściwy sądowi właściwemu (art. 200 k.p.c.), a przekazaniem uregulowanym w art. 15 rozporządzenia Nr 2201/2003. W wypadku przekazania zgodnie z art. 200 k.p.c. sąd przekazany, o ile nie jest to sąd wyższego rzędu, jest związany przekazaniem (art. 200 § 2 k.p.c.), natomiast w ramach art. 15 rozporządzenia Nr 2201/2003 sąd innego państwa członkowskiego nie jest związany postanowieniem wydanym na podstawie art. 15 ust. 1 lit. b rozporządzenia Nr 2201/2003 i sam ocenia, czy uznać swoją jurysdykcję i rozpoznać sprawę (art. 15 ust. 5 zd. pierwsze rozporządzenia Nr 2201/2003). Poza tym, przekazanie zgodnie z art. 200 k.p.c. dokonuje sąd niewłaściwy na rzecz sądu właściwego (art. 200 § 1 k.p.c.), natomiast w przypadku uregulowanym w art. 15 rozporządzenia Nr 2201/2003 sąd przekazujący jest sądem właściwym. Przekazanie według właściwości na podstawie art. 200 k.p.c. powoduje, że sąd przekazany kontynuuje postępowanie w sprawie, natomiast przekazanie zgodnie z art. 15 rozporządzenia Nr 2201/2003 powoduje, że postępowanie przed sądem do którego wniesiono sprawę, zostaje zakończone, a przed sądem innego państwa członkowskiego wszczęte zostaje nowe postępowanie. Należy też uwzględnić okoliczność, że w ramach przekazania zgodnie z art. 200 k.p.c. postanowienie o przekazaniu jest jedynym orzeczeniem sądu przekazującego, natomiast postanowienie wydane na podstawie art. 15 ust. 1 lit. b rozporządzenia Nr 2201/2003 jest jedynie pierwszym z orzeczeń koniecznych dla tego, aby nastąpiło przekazanie sprawy.

Biorąc pod rozwagę wskazane rozbieżności przyjąć należy, że *de lege lata* postanowienie o wezwaniu sądu innego państwa członkowskiego do uznania swej jurysdykcji, wydane na podstawie art. 15 ust. 1 lit. b rozporządzenia Nr 2201/2003 nie może być odrębnie zaskarżone zażaleniem, gdyż analogia z art. 394 § 1 pkt 1 k.p.c. w zakresie postanowienia o przekazaniu sprawy właściwemu sądowi jest zbyt odległa.

Postanowienie wydane na podstawie art. 15 ust. 1 lit. b rozporządzenia Nr 2201/2003 może natomiast podlegać rozpoznaniu – na wniosek uczestnika postępowania – przez sąd drugiej instancji w razie wniesienia przez tegoż uczestnika

zażalenia na postanowienie wydane na podstawie art. 15 ust. 5 zd. drugie rozporządzenia Nr 2201/2003, w którym sąd polski „uzna brak swej jurysdykcji” (art. 380 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 zd. drugie k.p.c. i art. 13 § 2 k.p.c.). Postanowienie wydane na podstawie art. 15 ust. 5 zd. drugie rozporządzenia Nr 2201/2003 jest bowiem postanowieniem kończącym postępowanie w sprawie w rozumieniu art. 394 § 1 k.p.c. Wynika to z faktu, że kończy ono postępowanie przed sądem polskim, gdyż postępowanie wszczęte przed sądem innego państwa członkowskiego nie jest jego kontynuacją, lecz nowym postępowaniem. Ponadto, po jego wydaniu sąd polski nie ma już formalnie obowiązku podejmowania dalszych czynności w sprawie. Z kolei postanowienie o wezwaniu sądu innego państwa członkowskiego do uznania swej jurysdykcji, wydane zgodnie z art. 15 ust. 1 lit. b rozporządzenia Nr 2201/2003, ma niewątpliwie wpływ na wynik sprawy, gdyż w rzeczywistości stanowi podstawę, po uznaniu przez sąd innego państwa członkowskiego swej jurysdykcji zgodnie z art. 15 ust. 5 zd. pierwsze rozporządzenia Nr 2201/2003, wydania przez sąd, do którego wpłynęła sprawa, postanowienia po myśli art. 15 ust. 5 zd. drugie rozporządzenia Nr 2201/2003.

Zauważyć jednak należy, że w tym stanie normatywnym do rozpoznania postanowienia wydanego na podstawie art. 15 ust. 1 lit. b rozporządzenia Nr 2201/2003 dochodzi po tym, jak sąd innego państwa członkowskiego uznał już swoją jurysdykcję zgodnie z art. 15 ust. 5 zd. pierwsze rozporządzenia Nr 2201/2003. W rezultacie powstaje ryzyko, że w sprawie właściwe będą sądy dwóch państw członkowskich, co art. 15 rozporządzenia Nr 2201/2003 wyklucza. Przemawia to wyraźnie za postulatem *de lege ferenda* wprowadzenia wyraźnej regulacji przewidującej zaskarzalność zażaleniem pozytywnych postanowień wydawanych na podstawie art. 15 ust. 1 lit. b rozporządzenia Nr 2201/2003.

Z tych przyczyn Sąd Najwyższy podjął uchwałę, jak na wstępie.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 grudnia 2010 r. (III CZP107/10)

Sąd Najwyższy w sprawie o przymusowe odebranie małoletniego Roberta P., po rozstrzygnięciu w Izbie Cywilnej na posiedzeniu jawnym w dniu 21 grudnia 2010 r. zagadnienia prawnego, przedstawionego przez Sąd Okręgowy we W. postanowieniem z dnia 22 września 2010 r.:

„I. – czy kuratorowi sądowemu za wykonywanie w trybie art. 598⁶ k.p.c. czynności przymusowego odebrania osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką przysługuje ryczałt określony art. 91 ust. 1 pkt 3 oraz 91 ust. 2 ustawy z dnia 27.07.2001 r. o kuratorach sądowych (Dz. U. z 12.09.2001 r.), wypłacany za każdą wykonaną czynność?

W razie uznania, że ryczałt taki przysługuje:

II. – czy stanowi on wydatek w rozumieniu art. 5 ustawy z dnia 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych i na podstawie art. 520 § 2 k.p.c. obowiązek jego zwrotu należy złożyć na uczestnika postępowania obowiązanego do wydania osoby?”

podjął uchwałę:

- 1) Kuratorowi zawodowemu przysługuje ryczałt określony w art. 91 ust. 1 pkt 3 i art. 91 ust. 2 w zw. z art. 91 ust. 3 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o kuratorach sądowych (Dz. U. Nr 98 poz. 1071) za czynności zlecone przez sąd na podstawie art. 598⁶ k.p.c. Ryczałt ten stanowi wydatek w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 167, poz. 1398 ze zm.).**
- 2) odmawia podjęcia uchwały w pozostałym zakresie.**

Uzasadnienie

Postanowieniami z dnia 27 maja 2010 r. Sąd Rejonowy we W. w sprawie o egzekucję kontaktów z małoletnim Robertem P. postanowił przyznać ryczałtowe wynagrodzenie pięciu kuratorom sądowym, każdemu w kwocie 187,38 zł, kosztami tymi obciążając uczestniczkę Monikę C. Postanowienia te zostały zaskarżone przez dłużniczkę zażaleniami z dnia 14 czerwca 2010 r., w których podniosła m.in., że art. 5 ust. 1 pkt 9 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych nie może stanowić podstawy obciążenia jej kosztami czynności kuratorów podjętymi na podstawie art. 598⁶ k.p.c., które nie zostały wymienione w treści tego przepisu.

Rozpoznając zażalenie, Sąd Okręgowy powziął poważne wątpliwości, co do sposobu przyznawania wynagrodzenia kuratorom sądowym uczestniczącym w postępowaniu w sprawie odebrania osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką. Obowiązujące przepisy nie precyzują bowiem jasno, czy wynagrodzenie z tytułu tych czynności powinno zostać przyznane w ramach wynagrodzenia zasadniczego kuratora (art. 14 u.k.s.), czy też jako wynagrodzenie ryczałtowe (art. 91 u.k.s.). Wątpliwości te znalazły wyraz w zagadnieniu prawnym przedstawionym Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia na podstawie art. 390 § 1 k.p.c.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

1. Zagadnienie prawne przedstawione przez Sąd Okręgowy dotyczy kuratorów sądowych, a więc zarówno kuratorów zawodowych jak i kuratorów społecznych. Równocześnie jednak przedmiotem postanowień Sądu Rejonowego, a w konsekwencji zażaleń, na tle których przedstawione zostało zagadnienie prawne, jest wyłącznie wynagrodzenie kuratorów zawodowych. Z tego powodu rozpoznanie zagadnienia zostało ograniczone do oceny kwestii ryczałtowego wynagradzania kuratorów zawodowych za czynności podejmowane w postępowaniu o przymusowe odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką.

2. Jak wskazał Sąd Okręgowy, w przepisach regulujących kwestie wynagrodzenia kuratora sądowego lub zwrot wydatków w formie ryczałtów za wykonywanie czynności wykraczających poza jego podstawowe obowiązki (art. 14, 90, 91 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o kuratorach sądowych – Dz. U. Nr 98 poz. 1071), brak jest uregulowania zasad ewentualnego wynagrodzenia kuratora za czynności związane z odebraniem osoby. Ustawą z dnia 19 lipca 2001 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz ustawy o komornikach sądowych i egzekucji (Dz. U. Nr 98, poz. 1069) do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego wprowadzony został szczególny tryb postępowania w przedmiocie odebrania osoby, wcześniej należący do postępowania egzekucyjnego prowadzonego przez komorników sądowych. Przekazaniu kompetencji w tym zakresie kuratorom sądowym nie towarzyszyło jednak określenie zasad ich wynagradzania.

Lukę w tym zakresie uzupełnić należy więc przez analogiczne zastosowanie innych regulacji określających sposób wynagradzania kuratorów sądowych, przy czym możliwe są w tym zakresie dwa rozwiązania. Po pierwsze, rozważyć można uznanie wynagrodzenia za czynności związane z odebraniem osoby za element zasadniczego wynagrodzenia kuratora, przysługującego mu stosownie do art. 14 u.k.s. za czynności należące do jego podstawowych obowiązków wyszczególnionych w art. 11 i 13 u.k.s. Po drugie, przyjmując można w tym wypadku wy-

nagrodzenie ryczałtowe z tytułu szczególnych czynności kuratora, uregulowane w art. 91 ust. 1 pkt 3 w zw. z ust. 3 u.k.s. W konsekwencji, rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego wymaga oceny, czy czynności kuratora w ramach postępowania w sprawie o odebranie osoby należą do zakresu zwykłych czynności kuratora, czy też stanowią czynności szczególne, wynagradzane w sposób ryczałtowy.

3. Na rzecz pierwszego stanowiska przemawia przede wszystkim językowa wykładnia art. 91 ust. 1 pkt 3 u.k.s., zgodnie z którym wynagrodzenie ryczałtowe przysługuje kuratorowi za obecność przy kontaktach rodziców z dziećmi, w ramach wykonania orzeczenia sądu ustalającego te kontakty (art. 58 § 1 k.r.o. i 97 § 2 k.r.o.). Z pewnością na podstawie art. 91 ust. 3 w zw. z ust. 1 pkt 3 u.k.s. stosowanego wprost kuratorowi zawodowemu nie przysługiwałoby wynagrodzenie ryczałtowe z tytułu udziału w postępowaniu w sprawie odebrania osoby. Zauważyć jednak należy, że czynności podejmowane w ramach postępowania w sprawach o odebranie osoby na podstawie art. 598^o k.p.c. oraz § 1 i 9 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 12 czerwca 2003 r. w sprawie szczegółowego sposobu wykonywania uprawnień i obowiązków kuratorów zawodowych (Dz. U. Nr 112, poz. 1064 – dalej jako: rozporządzenie z dnia 12 czerwca 2003 r.) posiadają szczególną doniosłość społeczną, wiążą się bowiem z koniecznością uwzględnienia dobra osoby podlegającej odebraniu. Z tego względu, powinien w nich uczestniczyć wyłącznie kurator zawodowy, spełniający podwyższone wymogi w zakresie wykształcenia i innych kwalifikacji – które nie są wymagane dla kuratora społecznego (zgodnie z art. 5 ust. 1 i art. 84 ust. 1 u.k.s.). Na podstawie samego tylko językowego brzmienia art. 91 ust. 1 u.k.s. nie można więc z góry wykluczyć, by kuratorowi zawodowemu nie przysługiwało wynagrodzenie ryczałtowe. Przepis ten wymienia bowiem czynności należące do kompetencji kuratora społecznego, które w dalszej kolejności odniesione zostały do kuratora zawodowego (art. 91 ust. 3 u.k.s.). Katalog ten nie mógłby więc obejmować działań zastrzeżonych do wyłącznej kompetencji kuratora zawodowego.

4. W aktualnym stanie prawnym zdecydowanie przeważają jednak argumenty wskazujące na konieczność przyznania kuratorom wynagrodzenia ryczałтового.

Po pierwsze, zauważyć należy, że postępowanie w sprawie odebrania osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką składa się z dwóch faz: fazy rozpoznawczej oraz fazy wykonawczej, w której sąd zleca kuratorowi wykonanie orzeczenia o odebraniu osoby (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2007 r., III CZP 156/06, OSNC 2008, Nr 1, poz. 2). Po nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego dokonanej ustawą z dnia 19 lipca 2001 r. działania kuratora nie mają charakteru czynności w postępowaniu egzekucyjnym, lecz należą do postępowania opiekuńczego toczącego się według przepisów o postępowaniu nieprocesowym (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 28 sierpnia 2008 r.,

III CZP 75/08, OSNC 2009, Nr 1, poz. 12), co podyktowane zostało przede wszystkim względami humanitarnymi (tak Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 9 lutego 2007 r., III CZP 156/06, OSNC 2008, Nr 12, poz. 648).

Ustawodawca nie wprowadził żadnej dystynkcji między tak ukształtowanym wykonaniem orzeczenia o odebraniu osoby a wykonaniem orzeczenia ustalającego kontakty z dzieckiem (art. 58 § 1 k.r.o. i 97 § 2 k.r.o.). W obu wypadkach na rodzicu lub opiekunie dziecka ciąży, bowiem podobne obowiązki polegające na wydaniu a następnie odprowadzeniu dziecka. Ustawodawca nie różnicuje przy tym odebrania dziecka dokonywanego na stałe lub na czas określony (tak Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 26 maja 1975 r., III CZP 30/75, OSNCP 1976, Nr 3 poz. 41 oraz w uchwale z dnia 28 sierpnia 2008 r., III CZP 75/08, OSNC 2009, Nr 1 poz. 12).

W konsekwencji, w ramach wykładni art. 91 ust. 1 pkt 3 u.k.s. należy dojść do wniosku, że również na gruncie tego przepisu brak jest podstaw do różnicowania sytuacji prawnej kuratora w ramach postępowania w przedmiocie kontaktów z dzieckiem oraz w przedmiocie odebrania dziecka. Należy zauważyć, że za rozwiązaniem tym przemawiają także względy funkcjonalne: postępowanie toczące się na podstawie art. 598⁶ k.p.c. wiąże się z reguły z większym nakładem pracy ze strony biorącego w nim udział kuratora. W związku z tym, z przyznania kuratorom wynagrodzenia ryczałtowego z tytułu obecności w kontaktach z dzieckiem wyprowadzić można wniosek, że wynagrodzenie tego rodzaju tym bardziej należne jest w przypadku udziału w postępowaniu w sprawie odebrania dziecka, wymagającym znacznie większego nakładu pracy kuratora (*argumentum a fortiori*). Co również istotne, zgodnie z § 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 czerwca 2003 r. w sprawie standardów obciążania pracą kuratora zawodowego (Dz. U. Nr 116, poz. 1100), do standardów tych nie należy obecność kuratora przy kontaktach rodziców z dziećmi ustalanych przez sąd opiekuńczy. W konsekwencji, wobec przedstawionej wcześniej wykładni pojęcia „kontaktów” rodziców z dzieckiem oraz większej złożoności postępowania w sprawie odebrania dziecka względem postępowania w sprawie wykonania orzeczenia ustalającego kontakty z dzieckiem, uznać należy, że udział kuratora w tym postępowaniu także nie mieści się w ramach jego standardowych obowiązków.

Po drugie, należy zwrócić uwagę na posłużenie się przez ustawodawcę w art. 91 ust. 1 pkt 3 u.k.s. liczbą mnogą, przez wskazanie na udział kuratora w ustalonych przez sąd opiekuńczy „kontaktach” rodziców z dziećmi. Charakter prawny tych kontaktów nie został w tym przepisie sprecyzowany. Należy zauważyć, że w orzeczeniu o odebraniu dziecka sąd orzeka równocześnie o zakresie jego kontaktów z rodzicami. Z istoty tego postępowania wynika bowiem, że w obecności kuratora dziecko zostaje odebrane jednemu z rodziców (opiekunów) i przekazane drugiemu rodzicowi (opiekunowi) – co znalazło swój wyraz w art. 598⁹ k.p.c., wymagającym udziału w czynności odebrania uprawnionego albo osoby lub instytucji przez niego upoważnionej.

Po trzecie, za przyjęciem wynagrodzenia ryczałtowego przemawia także wykładnia językowa art. 598⁶ k.p.c., w którym mowa o „zleceniu” przez sąd kuratorowi przymusowego odebrania osoby. Jeśli czynności te stanowiłyby element zwykłych obowiązków kuratora, ustawodawca posłużyłby się w tym wypadku innym określeniem, które nie wskazywałoby na nadzwyczajny charakter przekazywanych kuratorowi czynności. W konsekwencji, czynności objęte tym zleceniem nie mogą być traktowane jako element standardowych zadań kuratora, a tym samym podstawy ich wynagradzania nie może stanowić art. 13 i 14 u.k.s.

Po czwarte, do analogicznego wniosku prowadzi także systemowy kontekst art. 91 ust. 1 pkt 3 u.k.s. Jeżeli bowiem w § 3–10 rozporządzenia z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie standardów obciążania pracą kuratora zawodowego do czynności mieszczących się poza standardowymi obowiązkami kuratora ustawodawca zaliczył m.in. sporządzanie wywiadów środowiskowych i obecność przy kontaktach z dzieckiem, trudno byłoby przyjąć, by w zakresie standardowych obowiązków mieściły się czynności związane z wykonaniem orzeczeń o odebraniu dziecka, mające znacznie bardziej złożony i wymagający charakter. Przepisy tego rozporządzenia, określając zakres czynności kuratora rodzinnego, odnoszą się przy tym do pojęcia „kuratora rodzinnego”, nie różnicując sytuacji prawnej kuratorów zawodowych i społecznych. Wymienione czynności, w przypadku kuratora społecznego, wiążą się z ryczałtem, o którym mowa w art. 90 i 91 u.k.s., przy czym w art. 90 jest mowa o ryczałcie za nadzór, zaś w 91 za inne określone czynności wykonywane przez kuratora społecznego. Wykładnia systemowa wskazuje zatem, że w przypadku kuratora zawodowego wynagrodzenie przysługuje za wykonywanie obowiązków, w zakresie nadzoru określonych w § 2–4, a ponadto za wykonywanie obowiązków wskazanych w § 5 rozporządzenia, o czym świadczy słowo „ponadto” zastosowane w § 5. Za wykonanie zaś obowiązków wskazanych w § 6–10 rozporządzenia przysługuje ryczałt, o którym mowa w art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z ust. 3 u.k.s.

Z tych powodów uznać należy, że kuratorowi zawodowemu uczestniczącemu w postępowaniu o odebranie osoby przysługuje ryczałt określony w art. 91 ust. 1 pkt 3 i art. 91 ust. 2 w zw. z art. 91 ust. 3 u.k.s. za czynności zlecone przez sąd na podstawie art. 598⁶ k.p.c.

5. Odnosząc się do drugiego z przedstawionych zagadnień należy stwierdzić, że wobec stwierdzenia, iż za udział w postępowaniu w sprawie przymusowego odebrania osoby zawodowy kurator sądowy wynagradzany jest ryczałtem, przyznane mu kwoty stanowią wydatek w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 9 u.k.s.c. Do podstawowych reguł językowej wykładni prawa należy bowiem konieczność nadawania tym samym terminom wprowadzonym w różnych aktach prawnych tej samej treści semantycznej, o ile szczególne względy nie przemawiają za różnicowaniem ich znaczenia. Z tego względu, pojęcie „ryczałtu należnego kuratorom sądowym” użyte w art. 5 ust. 1 pkt 9 u.k.s.c. powinno być uznane za odpowiadające treści

pojęcia „ryczałtu” w art. 91 u.k.s. Z treści obu aktów prawnych nie wynika przy tym, by wolą ustawodawcy było nadanie temu słowu odmiennego znaczenia w obu tych przepisach.

W pozostałym zakresie, udzielenie odpowiedzi na drugie zagadnienie nie znajdowało podstaw. Zgodnie z art. 390 § 1 k.p.c., zagadnienie kierowane do Sądu Najwyższego musi mieć charakter prawny, tj. dotyczyć wykładni przepisów prawa materialnego lub postępowania, nie zaś kwestii stosowania przepisów prawa do konkretnego stanu faktycznego. Sformułowane przez sąd drugiej instancji zagadnienie nie może więc sprowadzać się do pytania, które wymaga dokonania przez Sąd Najwyższy subsumcji lub dokonania wyboru właściwej normy prawnej (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 października 1995 r., III CZP 145/95 niepubl., z dnia 22 października 2002 r., III CZP 64/02, „Prokuratura i Prawo” – Orzecznictwo 2003, Nr 7–8, s. 37; z dnia 5 grudnia 2008 r., III CZP 119/08; uchwała SN z dnia 8 marca 2002 r., III CZP 10/02; z dnia 7 września 2005 r., II UZP 8/05, OSNP 2006, Nr 15–16, poz. 252; uchwała z dnia 21 grudnia 2006 r., III CZP 131/06 uchwała z dnia 18 października 2007 r., III CZP 85/07).

Z przedstawionych powodów Sąd Najwyższy orzekł jak w uchwale.

Grażyna Nauka

Tomasz Justyński, *Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011

Publikacja prof. Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu – dr hab. Tomasza Justyńskiego, pt. *Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym*, jest monografią o charakterze prawnoporównawczym. Poświęcona została stosunkowo nowej instytucji prawa rodzinnego w Polsce, tj. kontaktom z dzieckiem.

Ta praca naukowa powinna być cenna dla sędziów orzekających w sprawach rodzinnych oraz teoretyków prawa rodzinnego. Jak się wydaje, jest pierwszą w Polsce monografią na ten temat. Przybliży czytelnikom sposób regulacji i metody rozwiązywania problemów kontaktu z dzieckiem w różnych krajach, skupiając się na – bliskich naszemu porządkowi prawnemu – systemach prawnych krajów europejskich, w tym niemieckiego, stanowiącego pewien wzór dla naszych regulacji prawnych wprowadzonych w 2008 r. do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego jako nowy oddział 3 w rozdziale II tytułu II pt. „Kontakty z dzieckiem”.

Już w słowie wstępnym T. Justyński podkreśla delikatność i ważkość kontaktów oraz zauważa, że „Rozwód stanowi wprawdzie zakończenie bytu małżeństwa, nie oznacza jednak rozwiązania samej rodziny”. Słusznie też Autor zauważa, że spostrzeżenie to jest tyleż oczywiste, co zaskakujące, ponieważ rodzina zmienia jedynie swój kształt. Natomiast cierpią na tym przede wszystkim dzieci, które co najmniej znaczną część dotychczasowego życia spędziły z obojgiem rodziców. Prawo do kontaktów z dzieckiem, nazywane w omawianych krajach: *Umgangsrecht*, *Besuchsrecht*, *Verkehr*, *bezoek*, *visite*, *visit*, służyć ma dalszemu utrzymaniu oraz pogłębianiu powstałych w małżeństwie więzi rodzinnych, opartych na zaufaniu dzieci do obojga rodziców.

Autor omawia różne sposoby rozumienia pojęcia „prawa do kontaktów z dzieckiem” i zagraniczne terminologie odpowiadające tej instytucji prawnej oraz rozgranicza znaczenia na pozór synonimicznych wyrażień, jak „odwiedziny”, „wizyta”, „osobista styczność”, a także omawia określenia o zabarwieniu emocjonalnym, jak „relacje osobiste” czy „stosunki osobiste”. Następnie przedstawia rozwój prawa w zakresie kontaktów w relacji do władzy rodzicielskiej, koncepcję dóbr osobistych jako źródła prawa do kontaktów, a także dobro dziecka jako uzasadnienie prawa do styczności. Analiza w tym względzie jest istotna, co podkreśla T. Justyński, bo-

wiem rozumienie istoty prawa do kontaktów z dzieckiem ma praktyczną doniosłość, która wiąże się z: 1) określeniem kręgu osób uprawnionych do styczności z dzieckiem, oraz 2) wyznaczeniem rangi prawa do kontaktów i określenia poziomu wymagań wyznaczających dopuszczalność ingerencji w to prawo. Poza tym Autor zauważa, że nowsze tendencje rozumienia prawa do kontaktów w systemach zagranicznych obejmują wszelkie formy kontaktów: pośrednie, bezpośrednie, werbalne i niewerbalne. Prawodawca polski wyraźnie wyodrębnił w art. 113 § 2 k.r.o. postacie kontaktów bezpośrednich, tj. przebywanie z dzieckiem i bezpośrednio porozumiewanie się z nim oraz dwie formy pośrednie, tj. utrzymywanie korespondencji oraz korzystanie z innych środków porozumiewania się na odległość, które zostały przez Autora szczegółowo (w tym na przykładach) omówione.

Kolejny rozdział poświęcony jest celom prawa do kontaktów, których poszukiwać można w trzech podstawowych kategoriach ochrony interesów: 1) dziecka, 2) rodziców oraz 3) pozostałych osób bliskich, pojmowanych łącznie (wspólne interesy) i rozłącznie. Interesującą i wartą rozważania jest również powołana przez Autora linia orzecznicza niemieckiego Sądu Najwyższego, który odmawia rodzicowi uprawnionemu do kontaktów, ale któremu nie przysługuje władza rodzicielska, prawa do jego wychowania. Prawo do kontaktów nie może służyć ingerowaniu w wychowanie dziecka przez rodzica sprawującego władzę rodzicielską i nie może stanowić celu kontaktów. W literaturze niemieckiej wskazuje się, że brak konsekwencji i spójności wychowawczej mógłby prowadzić do dezorientacji dziecka, choć niewątpliwie przez odwiedziny następuje wzajemne oddziaływanie wychowawcze.

Ważną częścią omawianej monografii jest również analiza dotycząca styczności rodziców naturalnych z ich dzieckiem w okresie preadopcyjnym, umieszczonego w rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej oraz prawo naturalnego rodzica do kontaktu z dzieckiem już po orzeczeniu adopcji w systemach polskim oraz zagranicznych. T. Justyński zwraca uwagę na to, iż kwestia kontaktów postadopcyjnych nie była dotąd przedmiotem szczególnego zainteresowania doktryny i orzecznictwa polskiego, mimo występowania aż trzech istotnie różniących się modeli przysposobienia.

Inną omawianą kwestią jest porównanie regulacji prawnych polskich i zagranicznych w zakresie prawa do kontaktów naturalnego ojca dziecka, nie będącego ojcem w sensie prawnym, które są różnie uregulowane np. we Francji czy Belgii. Natomiast system polski jest zbliżony do niemieckiego.

T. Justyński omawia również „rodzicielstwo socjologiczne”. Pojęcie to obejmuje ojczyrna i macochę, czyli powinowatych dziecka poprzez małżeństwo z rodzicem, ale także innych faktycznych opiekunów dziecka, jak np. konkubenta rodzica.

W zaprezentowanych systemach prawa niemieckiego, belgijskiego i francuskiego rodzicom socjologicznym nie przysługują rodzicielskie uprawnienia do kontaktów, ale istnieją możliwości uzyskania przez nich kontaktów co do zasady, jako przez inne kategorie osób.

Zwrócić też należy uwagę na treść działu odnoszącego się do upodmiotowienia dziecka, tj. przyznania mu pozycji prawnej i roszczenia w zakresie kontaktów. Przyznanie prawa do kontaktów dziecku ma podkreślać, że oboje rodzice, mimo rozstania, nadal pozostają odpowiedzialni za wspólne dziecko, a także to, że w interesie dziecka leży utrzymanie kontaktów z każdym z rodziców. T. Justyński na tle analizy poglądów zwolenników i przeciwników upodmiotowienia dziecka słusznie zauważył, że świadomość własnego prawa może tym bardziej dawać umacniający dziecko efekt, pozwalający mu przeciwstawić się negatywnemu wpływowi rodzica sprawującego opiekę. „Przyznanie prawa podmiotowego, nawet jeśli aprobować stanowisko o jego niezaskarżalności lub przynajmniej praktycznej nieegzekwowalności, staje się przecież częścią obowiązującego porządku prawnego prawa rodzinnego. To z kolei oznacza, że figurę tę uwzględniać należy przy jego wykładni.”

Oddzielny rozdział poświęcony został dalszemu kręgowi podmiotów uprawnionych do kontaktów, tj. dalszym krewnym, ale i osobom niespokrewnionym. W takiej sytuacji w zagranicznych porządkach można wyodrębnić trzy podejścia. Jednym jest przyznanie własnego, samodzielnego uprawnienia (prawa podmiotowego), rozumianego jako możliwość zgłoszenia roszczenia. I tutaj styczność z dzieckiem jest regułą, a wykluczenie kontaktów wyjątkiem, wymagającym wykazania ich szkodliwości dla dziecka. Drugie podejście daje słabsze prawo, gdyż uwarunkowane od zgodności z dobrem dziecka i to uprawnienie nie jest automatyczne. Natomiast trzecie podejście polega na sformułowanej w piśmiennictwie zagranicznym koncepcji „refleksu” prawa osób bezpośrednio uprawnionych, bowiem jest to stworzenie możliwości interwencji sądu motywowanej dezaprobatą dla sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej, czyli jej nadużyciem. W tym przypadku domagający się kontaktów nie powołuje się na własne uprawnienie ale na niewłaściwe, pozbawiające go kontaktów, wykonywanie władzy rodzicielskiej. W przypadku drugim sąd musi dokonać *in concreto* pozytywnej oceny zgodności kontaktów z dobrem dziecka. Natomiast w trzecim sąd, w celu przyznania styczności, musi stwierdzić stan nadużycia władzy rodzicielskiej. T. Justyński zauważa, że katalog osób wskazanych w treści art. 113^o k.r.o. (uprawnienie warunkowe) jest „ewidentnie” zamknięty, niemniej inne niewymienione osoby mogłyby uzyskać uprawnienie będące refleksem sądowej dezaprobaty dla sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej na podstawie art. 109 k.r.o.

Ważną częścią monografii jest również analiza poświęcona wzajemnym relacjom pomiędzy władzą rodzicielską i prawem do kontaktów, które w systemie polskim są odrębnymi kategoriami prawnymi i są samoistne. Praktycznie aktualna może natomiast być ocena, czy któremuś z tych praw przysługuje pierwszeństwo – co zaznacza T. Justyński – bowiem oba uprawnienia stoją w konkurencji, aktualizując się w sytuacjach konfliktowych. W ocenie Autora, w obecnym stanie prawnym kolizja władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem nie została klarownie rozwiązana

– chociaż została usunięta przeszkoda do szybkiego i elastycznego działania sądów w sferze kontaktów z dzieckiem – w sytuacji, gdy rodzicowi przysługuje władza rodzicielska.

Na tle prawa polskiego T. Justyński krytycznie odniósł się do koncepcji dobra osobistego jako źródła rodzinnoprawnego prawa do styczności z dzieckiem, wyrowadzonego z art. 23 k.c., ponieważ przepis ten nie nadaje się do wyodrębnienia prawa podmiotowego o charakterze rodzinno-prawnym. Przepis ten służy ochronie indywidualnych praw konkretnej jednostki i nie jest ukierunkowany na ochronę dobra dziecka. Natomiast prawo rodzinne wyraźnie proklamuje prawo do kontaktów z dzieckiem i w tym zakresie kształtuje sytuację wielu podmiotów. Do przyjęcia natomiast mogłaby być koncepcja uznająca, że rzeczywiste więzi rodzinne, wyrażające się w prawie do styczności z członkami rodziny i innymi osobami, stanowią dobro osobiste chronione prawem. Takie ujęcie problemu – według Autora – nie burzyłoby spójności systemu prawa cywilnego, mając na względzie systematykę i podział na część ogólną oraz szczegółową w postaci prawa rodzinnego. Zdecydowanie też pogląd ten zasługuje na poparcie i podkreślenie. Stanowi bowiem też słuszną, choć pośrednio wyrażoną, uwagę do praktyki stosowania prawa.

Ze względu na to, iż niniejszym artykułem jedynie sygnalizuję ważkość dla praktyki sądów rodzinnych omawianej publikacji, nie sposób jest omówić, czy nawet wspomnieć o wszystkich ważnych treściach zawartych w monografii. Dlatego już tylko wspomnieć wypada, bez podawania jakichkolwiek przykładów, iż Autor przedstawia sposoby kształtowania treści prawa do kontaktów (w drodze umownej albo decyzji sądowej), sądowej ingerencji w prawo do kontaktów, przymusowej realizacji prawa do kontaktów i innych alternatywnych form przymuszenia do respektowania prawa do kontaktów.

Na zakończenie pragnę zacytować następującą myśl Autora, którą w pełni podzielam: „Prawo do kontaktów z dzieckiem musi bowiem kończyć się tam, gdzie jest nie do pogodzenia z podstawowymi prawami dziecka jako człowieka, a więc: szacunkiem dla jego godności oraz prawem do nieskrępowanego rozwoju jego osobowości. Albo po prostu, jak to się na ogół formuluje, z dobrem dziecka.”.

Jak sam Autor wskazał wybór analizy prawa do kontaktów został celowo i – moim zdaniem słuszenie – ograniczony do krajów europejskich, o kontynentalnej tradycji prawnej, bowiem w istocie te są miarodajne dla naszego systemu prawa, a nie tylko rodzinnego.

Z pewnością monografia służyć powinna praktyce sądowej, stanowiąc cenne źródło poznania rodzinnego prawa polskiego i zagranicznego, dlatego chciałabym zainteresować nią czytelników „Rodziny i Prawa”, polecając ją nie tylko osobom będącym pasjonatami prawa rodzinnego.



SEJM RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ
Komisja Sprawiedliwości i Praw Człowieka



INSTYTUT BADAŃ DNA
Wydawca Kwartalnika „Rodzina i Prawo”

KONFERENCJA RODZINA a PRAWO i SĄD RODZINNY

Honorowy patronat
Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej Bronisława Komorowskiego

Rada Programowa

Przewodniczący

Prof. dr hab. Tadeusz Ereciński – Prezes Sądu Najwyższego,
Przewodniczący Kolegium Redakcyjnego kwartalnika „Rodzina i Prawo”

Członkowie

- Dr Hanna **Bzdak** – SSO Szczecin, Uniwersytet Szczeciński,
Olgiard **Dziekoński** – Sekretarz Stanu w Kancelarii Prezydenta RP,
Prof. dr hab. Elżbieta **Holewińska-Łapińska** – Instytut Wymiaru Sprawiedliwości,
Kolegium Redakcyjne „Rodzina i Prawo”,
Ryszard **Kalisz** – Przewodniczący Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka Sejmu RP,
Jan **Lityński** – Doradca Prezydenta RP,
Grażyna **Niemiałtowska** – Sędzia Wizytator SO Warszawa-Praga,
Kolegium Redakcyjne „Rodzina i Prawo”,
Prof. dr hab. Krzysztof **Pietrzykowski** – Sędzia Sądu Najwyższego,
Kolegium Redakcyjne „Rodzina i Prawo”,
Janusz **Stawiarski** – wydawnictwo „Rodzina i Prawo”, Dyrektor Instytutu Badań DNA,
Prof. dr hab. Wanda **Stojanowska** – Katedra Prawa Rodzinnego i Prawa Nieletnich UKSW,
Kolegium Redakcyjne „Rodzina i Prawo”,
Ewa **Waszkiewicz** – Prezes Stowarzyszenia Sędziów Sądów Rodzinnych w Polsce,
Kolegium Redakcyjne „Rodzina i Prawo”,
Robert **Zegadło** – Sekretarz Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, Ministerstwo
Sprawiedliwości, Redaktor Naczelny kwartalnika „Rodzina i Prawo”

PROGRAM KONFERENCJI

PONIEDZIAŁEK, 30 MAJA 2011 R.

11.00 – 11.30 **Rejestracja – Kancelaria Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej**
(Pałac Prezydencki, Sala Kolumnowa, Krakowskie Przedmieście 48/50)

11.30 **POWITANIE GOŚCI, OTWARCIE OBRAD,
WRĘCZENIE ORDERÓW I ODZNACZEŃ PAŃSTWOWYCH**

Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej

Bronisław Komorowski

Wydawca kwartalnika Rodzina i Prawo, Instytut Badań DNA

Janusz Stawiarski

12.15 – 13.00 **WYKŁAD**

**Porozumienia i ugody dotyczące wykonywania władzy
rodzicielskiej oraz kontaktów z dzieckiem**

Sędzia Robert Zegadło

Redaktor Naczelny kwartalnika „Rodzina i Prawo”, Sekretarz Komisji
Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego Ministerstwo Sprawiedliwości

13.00 – 13.30 przerwa

13.30 – 14.15 **WYKŁAD**

**Naprzemienny model opieki nad dzieckiem. Psychologiczne
aspekty współczesnego ojcostwa**

Dr Dorota Kornas-Biela

Katolicki Uniwersytet Lubelski

14.15 – 15.15 **WYKŁAD**

**Rola i współdziałanie organów pomocy społecznej w sprawach
rodzinnych z kuratorami i sądem rodzinnym, obowiązki ciążące na:**

- **pracownikach pomocy społecznej**
- **kuratorach**
- **sędziach**

Prof. dr hab. Marek Andrzejewski

Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk

Olgierd Podgórski

Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej

Dr Hanna Bzdak

SSO Szczecin, Uniwersytet Szczeciński

15.15 – 16.00 **DYSKUSJA**

19.00 – 19.30 przejazd do Galerii Freta

20.00 – **Uroczysta kolacja w Galerii Freta na Starym Mieście**

Galeria Freta, Warszawa, ul. Freta 39

WTOREK, 31 MAJA 2011 R.

8.00 – 9.00 śniadanie w hotelu

9.30 – 10.00 **przybycie do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej**

(Sala Kolumnowa, ul. Wiejska 2/4/6)

10.00 – 11.00 **POWITANIE GOŚCI, OTWARCIE OBRAD**

Wydawca kwartalnika „Rodzina i Prawo”

Janusz Stawiarski

Przewodniczący Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka Sejmu RP

Ryszard Kalisz

Minister Sprawiedliwości Rzeczypospolitej Polskiej

Krzysztof Kwiatkowski

Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego

Stanisław Dąbrowski

11.00 – 12.15 **WYKŁAD**

Jurysdykcja i inne międzynarodowe aspekty obowiązku alimentacyjnego

Prof. Karol Weitz – Uniwersytet Warszawski,

12.15 – 12.30 przerwa

12.30 – 13.15 **WYKŁAD**

Międzynarodowe aspekty władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem

Robert Zegadło

Redaktor Naczelny kwartalnika „Rodzina i Prawo”

Sekretarz Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego,

Ministerstwo Sprawiedliwości

13.15 – 14.00 **WYKŁAD**

Rozwód w nowej ustawie Prawo prywatne międzynarodowe i prawo właściwe dla alimentów

Prof. Maksymilian Pazdan – Uniwersytet Śląski

14.00 – 14.45 przerwa obiadowa

14.45 – 16.00 **WYKŁAD**

Wykonanie orzeczeń w sprawach rodzinnych w praktyce

Dariusz Cieślik

Departament Wykonania Orzeczeń i Probacji,

Ministerstwo Sprawiedliwości

19.00 – 22.15 **SPEKTAKL NĘDZNICY, Les Misérables**

Claude-Michel Schönberg, Teatr Roma

ŚRODA, 1 CZERWCA 2011 R.

8.00 – 9.00 śniadanie w hotelu

10.00 – 11.30 **WYKŁAD (Sala Kolumnowa Sejmu RP)**

Psychologiczne determinanty zeznań osób występujących w postępowaniu sądowym:

- warunki dokonywania spostrzeżeń i właściwości procesów spostrzegania – ich wpływ na dokonywanie obserwacji,
- podstawowe prawa pamięci i ich wpływ na przechowywanie informacji o zdarzeniu,
- mechanizmy zniekształceń związane z upływem czasu
- warunki składania zeznań – czynniki ułatwiające odpamiętywanie zdarzeń i czynniki wpływające na zniekształcenia wspomnień.

Teresa Jaśkiewicz – psycholog, Instytut Ekspertyz Sądowych

Ewa Wach – psycholog, Instytut Ekspertyz Sądowych

11.30 – 12.00 **ZAMKNIĘCIE OBRAD**

12.00 – 13.00 obiad

Miejsce obrad Sala Kolumnowa Kancelarii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej
Krakowskie Przedmieście 48/50

Sala Kolumnowa Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa,
ul. Wiejska 2/4/6

Organizatorzy: Komisja Sprawiedliwości i Praw Człowieka
oraz

Redakcja kwartalnika „Rodzina i Prawo”

Instytut Badań DNA, tel. (022) 606 36 18, (022) 646 53 38



XIII Kongres

**Stowarzyszenia Sędziów Sądów Rodziny
w Polsce**

ZAKOPANE, 11–15 września 2011 R.



RODZINA W DOBIE OTWARTYCH GRANIC

**Honorowy Patronat
Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego Stanisława Dąbrowskiego**

Rada Programowa

Przewodniczący

SSO Ewa **Waszkiewicz** – Prezes Stowarzyszenia Sędziów Sądów Rodziny w Polsce,
Członek Kolegium Redakcyjnego kwartalnika „Rodzina i Prawo”

Członkowie

SSN Stanisław **Dąbrowski** – Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego,

Dr hab. Elżbieta **Holewińska-Lapińska** – prof. Uniwersytetu Warszawskiego,
prof. Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości

Janusz **Stawiarski** – Dyrektor Instytutu Badań DNA,
Wydawca kwartalnika „Rodzina i Prawo”

Prof. dr hab. Wanda **Stojanowska** – Katedra Prawa Rodzinnego i Prawa Nieletnich
UKSW, Członek Kolegium Redakcyjnego kwartalnika „Rodzina i Prawo”

Stowarzyszenie Sędziów Sądów Rodziny w Polsce

SSO Teresa **Bronowska** – Wiceprezes SSSR, sędzia-wizytator
w Sądzie Okręgowym w Olsztynie

SSO Elżbieta **Schubert** – Członek Zarządu SSSR, Sąd Okręgowy w Olsztynie

SSO Ewa **Świdorska** – Skarbnik Zarządu SSSR, Ministerstwo Sprawiedliwości

SSO Beata **Zientek** – Wiceprezes SSSR

SSO dr Hanna **Bzdak** – Sekretarz SSSR

RAMOWY PROGRAM KONGRESU

Niedziela, 11 września 2011 r.

przyjazd uczestników, kolacja od godz. 18.00

Poniedziałek, 12 września 2011 r.

8.00 – 10.00 śniadanie

10.10 – 10.15 **OTWARCIE OBRAD XIII KONGRESU**

Prezes Zarządu Głównego
Stowarzyszenia Sędziów Sądów Rodzinych w Polsce
Sędzia Ewa Waszkiewicz

10.15 – 11.00 **WYSTĄPIENIA GOŚCI**

11.00 – 11.30 przerwa na kawę

11.30 – 13.30 **WYKŁADY**

Zagadnienia prawne i praktyczne związane z migracją rodzin:

Małżeństwo i rodzina w uregulowaniach norm kolizyjnych nowego Prawa prywatnego międzynarodowego

Uznanie ojcostwa w Prawie prywatnym międzynarodowym na tle doświadczeń w polskim USC

Problem migracji rodzin w krajach Unii Europejskiej

Kontakty z dzieckiem rodziców pracujących poza granicami kraju – zagadnienia prawne i praktyka sądowa

Dr Hanna Bzdak – SSO w Sądzie Rejonowym Szczecin-Prawobrzeże i Zachód w Szczecinie, wykładowca Uniwersytetu Szczecińskiego i Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury w Krakowie

Joseph Moyersoer – Przewodniczący Międzynarodowego Stowarzyszenia Sędziów dla Nieletnich i Rodziny, sędzia z Mediolanu

Avril Calder – Skarbnik Międzynarodowego Stowarzyszenia, sędzia z Anglii

Mathew Thorpe – Lord Justice

Henryk Chwyc – Stowarzyszenie Urzędników Stanu Cywilnego

13.30 – 14.30 obiad

14.30 – 17.00 **PANEL DYSKUSYJNY C.D.**

Moderator

Elżbieta Schubert – sędzia Sądu Okręgowego w Olsztynie

18.00 **UROCZYSTA KOLACJA**

Wtorek, 13 września 2011 r.

8.00 – 10.00 śniadanie

10.00 – 11.30 **PANEL DYSKUSYJNY**

**Polska rodzina w rozłączeniu – aspekty prawne i społeczne
Orzeczenia Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu**

Dr Magdalena Arczewska – Uniwersytet Warszawski

Andrzej Martusiewicz – Prezes Krajowej Rady Kuratorów

Justyna Chrzanowska – Ministerstwo Spraw Zagranicznych

SSO Agnieszka Rękas – Ministerstwo Sprawiedliwości,

Departament Praw Człowieka

Moderator

Ewa Świdorska – sędzia Sądu Okręgowego w Warszawie

11.30 – 12.00 przerwa na kawę

12.00 – 13.30 **PANEL DYSKUSYJNY C.D.**

13.30 – 14.30 obiad

15.00 – 17.00 **PODSUMOWANIE PANELU DYSKUSYJNEGO**

18.00 kolacja

Środa, 14 września 2011 r.

8.00 – 10.00 śniadanie

10.00 – 11.00 **PANEL DYSKUSYJNY**

Cywilnoprawna ochrona rodziny a media

Sędzia przed kamerą – warsztaty telewizyjne

**Regulacje Kodeksu postępowania cywilnego dotyczące
kontaktów z mediami**

Dr Jolanta Misztal-Konecka – sędzia Sądu Rejonowego w Lublinie

Anna Kurzępa – redaktor TVP

11.00 – 11.30 przerwa na kawę

11.30 – 13.30 **PANEL DYSKUSYJNY C.D.**

14.00 – 15.00 obiad

15.00 – 16.30 **PODSUMOWANIE PANELU DYSKUSYJNEGO**

Moderator

Beata Zientek – sędzia Sądu Okręgowego we Wrocławiu

18.00 kolacja

20.00 **Teatr im. St. Witkacego w Zakopanem**

Czwartek, 15 września 2011 r.

8.00 – 10.00 śniadanie

10.00 – 11.30 **Podsumowanie konferencji, przyjęcie uchwały
i zakończenie obrad**

SSO Ewa Waszkiewicz – Prezes Zarządu Głównego SSSR

Miejsce obrad: DW Rzemieśnik: ul. Makuszyńskiego 12, Zakopane,
tel. (018) 201 25 02, (018) 206 64 16.

Organizator: **Stowarzyszenie Sędziów Sądów Rodzinnych w Polsce**

Współorganizator: **Instytut Badań DNA w Warszawie,**
wydawca kwartalnika „Rodzina i Prawo”
tel. (022) 606 36 18, (022) 646 53 38

Informacja dla Autorów

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

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

Materiały wraz z dyskietką należy przysyłać na adres: Redakcja kwartalnika „Rodzina i Prawo” – 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.