

# RODZINA I PRAWO


---

Nr 23 2012



**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, prezes 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

- Anna Pacholska, doktorant w Katedrze Prawa Cywilnego i Prawa Prywatnego Międzynarodowego Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, aplikant adwokacki
- Rozwód a zgodna wola rozwiązania związku w prawie polskim na tle praw wybranych państw europejskich** ..... 5
- Robert Zegadło, sędzia Sądu Okręgowego w Warszawie, sekretarz Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego
- Wykonywanie orzeczeń o kontaktach** ..... 25
- Robert Kucharski, prezes Fundacji Akcja, mediator rodzinny
- Wspólna opieka rodzicielska nad małoletnim dzieckiem w USA, w świetle prawodawstwa i badań specjalistycznych** ..... 35
- Anna Urbańska, Centrum Prawa Rodzinnego i Praw Dziecka INP PAN
- Centralna Ewidencja Informacji o Działalności Gospodarczej i Krajowy Rejestr Sądowy – skuteczne rejestry umów majątkowych małżeńskich?** ..... 50
- Kamil Kazimierczak, sędzia Sądu Rejonowego w Brzezinach
- Rozliczenie konkubinatu w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu w sprawach krajowych i transgranicznych. Część II. Prawo kolizyjne UE** ..... 61

## PRAWO RODZINNE W EUROPIE WSPÓŁPRACA MIĘDZYNARODOWA SĄDÓW

- Robert Zegadło, sędzia Sądu Okręgowego w Warszawie, sekretarz Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 26 kwietnia 2012 r. [C 92/12 (PPU)]** ..... 75

## PROJEKTY

- Założenia projektu ustawy o zmianie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich i ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych. Projekt z dnia 27 września 2012 r.** ..... 79

## ORZECZNICTWO

<b>Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 2012 r. (III CZP 21/12)</b> . . . . .	92
<b>Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2012 r. (III CZP 72/11)</b> . . . . .	95

## SPRAWOZDANIA I INFORMACJE

Grażyna Nauka, pracownik Ministerstwa Sprawiedliwości <b>Doktrynalne podstawy i prawne uwarunkowania ochrony życia ludzkiego w fazie prenatalnej – perspektywa międzynarodowa (Warszawa, dnia 24–25 września 2012 r.)</b> . . . . .	100
--	-----

Anna Pacholska

## **Rozwód a zgodna wola rozwiązania związku w prawie polskim na tle praw wybranych państw europejskich**

### **1. Wstęp**

Kształt prawa małżeńskiego, obowiązującego w poszczególnych krajach europejskich, jest wynikiem wielowiekowych przemian, mających tak ewolucyjny jak i rewolucyjny charakter. Analiza kolejnych przeobrażeń, jakie przechodziła instytucja rozwodu daje asumpt do wskazania wiodących tendencji i kierunków rozwoju tego instrumentu prawnego. Niewątpliwie u progu czasów nowożytnych rozwód przybierał postać sankcji związanej z naruszeniem przez jednego z małżonków norm przyjętych w społeczeństwie. W powszechnej ocenie był pojmowany negatywnie, jako sytuacja naganna i patologiczna. W związku z tym prawo miało nie tylko chronić stabilność i trwałość rodziny, ale i piętnować zachowania niewłaściwe, co nierozłącznie wiązało się z ustaleniem przyczyn rozpadu małżeństwa i wskazaniem strony winnej takiego stanu rzeczy.

Od początku XX w. stopniowym przeobrażeniom ulegały powszechne oceny działania osób, które decydowały się na rozwiązanie małżeństwa. Dostrzeżono także, iż rozwód może pociągać za sobą pozytywne skutki i obiektywną poprawę sytuacji wszystkich członków rodziny jako, iż prowadzi do eliminacji fikcji, jaką byłoby małżeństwo faktycznie rozbite i nieprawidłowo funkcjonujące. O ile w początkowym okresie, zgodnie z uwarunkowaniami aksjologicznymi, często osadzonymi w kontekście religijnym, przedkładano dobro rodziny nad dobro jednostki, o tyle z czasem poszanowanie dla jej autonomii i wolności znalazło coraz szersze odzwierciedlenie w regulacjach rozwodu. Znamiennym tego przejawem wydaje się być odejście od tworzenia przez ustawodawców szczegółowych katalogów okoliczności, w których rozwód jest dopuszczalny oraz rezygnacja ze skrupulatnego ustalenia przyczyn i okoliczności rozpadu związku oraz winy. Liberalizacji prawa rozwodowego towarzyszyło przyjęcie poglądu, że nie zawsze rozwód jest tożsamy z konfliktem pomiędzy stronami, przy jednoczesnym dostrzeżeniu, iż warto go eliminować, mając na względzie dobro pozostałych członków rodziny.

Wreszcie II połowa XX w. przyniosła zogniskowanie uwagi legislatorów na zagadnieniu zgodnej woli rozwiązania związku i na sposobie, w jaki mogłaby ona zostać uwzględniona w ramach regulacji prawnych. Owocem tego zainteresowania

było wprowadzenie różnorodnych zmian. W ramach bardziej zachowawczych systemów prawnych porzeczano na ogólnym zarysowaniu roli zgodnej woli rozwiązania związku poprzez powiązanie z nią niektórych skutków rozwodu i uwzględnienie w ramach postępowania rozwodowego. Dalej idące zmiany polegały na budowaniu w oparciu o nią przesłanek rozwodu i znacznym zwiększeniu kompetencji stron, które taką wolę wyrażą, w ramach kształtowania skutków rozwodu aż po stworzenie odrębnego – polubownego trybu postępowania.

Jednym z pierwszych państw, które wprowadziło możliwość uzyskania rozwodu w oparciu o zgodną wolę małżonków była Norwegia. Pojawiła się tam ona w roku 1909. Nieco później, bo w roku 1948, analogiczną nowelizację przyjęto w Finlandii. W innych państwach zmiany idące w tym kierunku zaobserwować można dopiero w latach 70-tych ubiegłego stulecia. I tak do prawa angielskiego taka możliwość została wprowadzona reformami z lat 1973 i 1977, we Francji nastąpiło to w 1975 r., w Belgii w latach 1994 i 1997, zaś w Portugalii dopiero w roku 2001. Równolegle zaobserwować można eliminowanie pojęcia winy z ustawodawstwa rozwodowego poszczególnych krajów. W Anglii nastąpiło to w roku 1969, w Belgii w 1974, w Niemczech w 1977, a w Danii w 1989.

Mając na uwadze powyższe zestawienie, można pokusić się o konstatację, iż rola zgodnej woli rozwiązania związku w odniesieniu do rozwodu systematycznie wzrasta i tendencja ta zostanie zachowana w przyszłości. Zjawisko to jest tym bardziej godne uwagi, że w kwestii tej w ustawodawstwie rozwodowym poszczególnych państw europejskich przyjęto różne rozwiązania. Na tym tle szczególne zainteresowanie budzić może prawo polskie. Warto postawić tu pytanie o to, czy przyjęte w jego ramach rozwiązania korespondują z potrzebami praktyki oraz pokusić się o ocenę ich charakteru w konfrontacji z trendami europejskimi.

Omówienie zagadnienia wpływu zgodnej woli rozwiązania związku na rozwód rozpocząć należy od zdefiniowania tego związku, który ma podlegać rozwiązaniu. W ramach niniejszego opracowania prawnoporównawczego, problem ten nabiera szczególnego znaczenia, albowiem zestawienie praw poszczególnych państw wskazuje, iż zakresem tego pojęcia objęte są różne związki, nie tylko małżeństwo, definiowane jako związek kobiety i mężczyzny. Rozwód, może bowiem stanowić sposób rozwiązania: małżeństwa pary heteroseksualnej, małżeństwa pary homoseksualnej oraz rejestrowanego związku partnerskiego pary homoseksualnej. Pierwsze ze wskazanych ujęć znane jest prawu wszystkich państw europejskich. Zgodnie z prawem tych państw, które nie rezerwują pojęcia małżeństwa tylko dla związku kobiety i mężczyzny, rozwód dotyczyć będzie również par homoseksualnych. Takie rozwiązanie przyjęte zostało w Holandii, Belgii, Hiszpanii, Norwegii, Szwecji i Portugalii. Natomiast rozwiązanie poprzez rozwód rejestrowanego związku partnerskiego pary homoseksualnej może mieć miejsce w tych przypadkach, gdy przepisy regulujące rejestrowane związki partnerskie, w zakresie rozwiązania związku nie wprowadzają odrębnej procedury, lecz odsyłają do przepisów traktują-

cych o rozwodzie. W ten sposób kwestia ta została unormowana w prawie Danii, Finlandii, Liechtensteinu, Norwegii, Szwecji, Szkocji i Węgier. W pozostałych państwach, w których możliwe jest zawieranie tego typu związków – Austrii, Niemczech, Francji, Hiszpanii, Czechach, Irlandii, Słowenii, Wielkiej Brytanii, Luksemburgu, Włoszech, dla jego rozwiązania przewidziane zostały odrębne procedury.

Pojęciem rozwodu nie można objąć rozwiązania zarejestrowanego związku pa-ry heteroseksualnej, albowiem prawo państw, które dopuszczają możliwość zawarcia takiego związku, przewiduje swoistą, odrębną od rozwodowej, procedurę jego rozwiązania. Dotyczy to Francji, Niemiec, niektórych regionów autonomicznych Hiszpanii (Andaluzja, Aragonia, Asturia, Baleary, Kantabria, Katalonia, Estremadura, Madryt, Nawarra, Kraj Basków, Walencja), Czech, Irlandii, Słowenii, Wielkiej Brytanii, Włoch i Luksemburga.

Mając na uwadze, iż pojęcie rozwodu dotyczyć może trzech różnych rodzajów związków, na ich określenie nie można zbiorczo używać pojęcia małżeństwa. Zasadne jest zatem, by jako ich łączne określenie stosować pojęcie „związek”. Natomiast termin „małżeństwo” zarezerwowany pozostanie wyłącznie dla tych sytuacji, gdy ustawodawstwo danego kraju posługuje się nim.

## **2. Zgodna wola rozwiązania związku w prawie materialnym**

Analiza porównawcza regulacji rozwodu w prawie poszczególnych państw europejskich wiedzie ku konstatacji, iż zaistnienie pomiędzy stronami zgodnej woli rozwiązania związku, na płaszczyźnie materialnoprawnej, może być ujmowane w trojaki sposób. Po pierwsze, zgodna wola może stanowić przesłankę bezwzględną rozwodu, po drugie, może być traktowana jako przesłanka względna lub jeden z elementów tworzących kompleks przesłanek względnych lub domniemań towarzyszących przesłance względnej albo też może ona pozostawać poza zbiorem przesłanek rozwodu, stanowiąc okoliczność mającą wpływ jedynie na tryb postępowania albo na niektóre skutki rozwodu.

Pierwszy z omawianych przypadków dotyczy prawodawstw rozwodowych opartych na przesłankach bezwzględnych. Ich clou sprowadzić można do wskazania, że ustalenie określonej okoliczności obliuguje właściwy organ do udzielenia rozwodu, bez względu na wpływ tej sytuacji na rzeczywisty stan stosunków łączących partnerów. Charakter takiej przesłanki nadano zgodnej woli uzyskania rozwodu, na przykład w prawie estońskim (art. 64 ustawy o prawie rodzinnym), francuskim (art. 230 kodeksu cywilnego), portugalskim (art. 1775 kodeksu cywilnego), luksemburskim (art. 275 kodeksu cywilnego), litewskim (art. 3.51 kodeksu cywilnego) czy rumuńskim (art. 373, 375 kodeksu cywilnego). W ramach niektórych systemów prawnych występuje ona jako jedna z części tworzących kompleks przesłanek bezwzględnych. Jako egzemplifikację wymienić należy rozwiązania przyjęte w prawie duńskim (art. 31 ust. 2 ustawy o małżeństwie), fińskim (art. 25, 26 ustawy o małżeń-

stwie), hiszpańskim (art. 86 w związku z art. 81 kodeksu cywilnego) oraz szwedzkim (rozdział 5 § 1 ustawy o małżeństwie). Jako dodatkową przesłankę prawo duńskie przewiduje ponadto konieczność pozostawania przez strony przez określony czas w separacji, której minimalny zakres temporalny został ustalony na 6 miesięcy. Natomiast prawo fińskie i szwedzkie wymaga upływu określonego „czasu do namysłu” od daty zainicjowania procedury rozwodowej, który wynosi 6 miesięcy, z tym jednak wyjątkiem, iż w Szwecji warunek ten został ograniczony do sytuacji, gdy strony mają wspólne dzieci w wieku poniżej 16 lat. Regulacja hiszpańska przewiduje zaś konieczność realizacji także przesłanki minimalnego czasu trwania związku, który określono na 3 miesiące.

Zgodna wola rozwiązania związku, w niektórych ustawodawstwach przybiera postać przesłanki względnej, będącej w istocie rzeczy domniemaniem wskazującym na realizację innej przesłanki – rozkładu pożycia. W ten sposób ujmowana jest ona w prawie belgijskim (art. 229 § 2 kodeksu cywilnego), czeskim (art. 24a kodeksu rodzinnego), holenderskim (art. 154 ust. 1 kodeksu cywilnego) i niemieckim (art. 1566 BGB).

Trzeci z wariantów omawianego zagadnienia obserwować można także na przykładzie prawa polskiego. Kodeks rodzinny i opiekuńczy nie zalicza w poczet przesłanek rozwodu zgodnej woli rozwiązania związku. Nie zawiera on także odrębnej regulacji dotyczącej takiego przypadku. Zasadna jest tedy teza, iż zaistnienie takiego porozumienia pozostaje bez wpływu na pozytywną przesłankę rozwodu, jaką jest zupełny i trwały rozkład pożycia. Konsensus dotyczący rozwiązania związku nie stanowi także dostatecznej podstawy, by domniemywać zaistnienia takiego rozkładu pożycia, który uzasadniałby rozwód. Ustalenie rozpadu więzi pomiędzy małżonkami oraz przyczyn tego zjawiska nastąpi na takich samych zasadach, jak w przypadkach, gdy okoliczności i sposób przeprowadzenia rozwodu są przedmiotem sporu.

Niezależnie od pozytywnych przesłanek rozwodu, ustawodawca polski przewidział szereg sytuacji, gdy z zaistnieniem omawianej okoliczności powiązано inne skutki prawne. Zgoda na rozwód ze strony małżonka niewinnego rozkładu pożycia stanowi, zgodnie z art. 56 § 3 k.r.o., jeden z dwóch przypadków, gdy możliwe jest odstępianie od zasady rekryminacji i warunkuje możliwość rozwiązania związku, jeśli z takim żądaniem wystąpiła strona wyłącznie winna rozpadu pożycia. W ten sposób wyłączona zostać może negatywna przesłanka rozwodu. W literaturze podnosi się, że udzielenie zgody powinno być traktowane przez sąd ze szczególną ostrożnością, albowiem praktyka wskazuje, iż na małżonka niewinnego mogą być wywierane różnego rodzaju naciski mające na celu skłonienie go do wyrażenia zgody. W takich przypadkach brak jest podstaw dla uznania udzielonej zgody za wyrażenie rzeczywistej woli rozwiązania związku. W tej kwestii aktualne pozostaje orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 1956 r. (sygn. akt I CR 746/55).



Na zgodne żądanie stron, sąd zaniecha orzekania o winie za rozpad pożycia. Dyspozycja zawarta w art. 57 § 2 k.r.o. stanowi kolejny przypadek, gdy wystąpienie szczególnych skutków zostało powiązane z zaistnieniem konsensusu pomiędzy rozwodzącymi się stronami. Zaniechanie orzekania o winie stwarza fikcję braku winy, czego efekty obserwować można na płaszczyźnie skutków rozwodu – w szczególności w odniesieniu do obowiązku alimentacyjnego. Ponieważ żaden z małżonków nie może zostać uznany za winnego, roszczenie alimentacyjne przysługuje, na podstawie art. 60 § 1 k.r.o., jedynie stronie, która znajduje się w niedostatku, a więc na zasadach zbliżonych do zwykłego obowiązku alimentacyjnego pomiędzy krewnymi. Obowiązek alimentacyjny małżonka wyłącznie winnego zostaje natomiast rozszerzony. Jego przesłanką jest bowiem ustalenie, że w wyniku rozwodu nastąpiło pogorszenia sytuacji materialnej drugiej strony. Ponadto obowiązek strony, która nie została uznana za winną rozkładu pożycia został przez ustawodawcę opatrzony cezurą czasową 5 lat. Ograniczenia takiego nie wprowadzono w stosunku do obowiązku ciężącego na małżonku winnym.

Na podkreślenie zasługuje, iż zaniechanie orzekania o winie następuje niemal automatycznie. Wniosek złożony przez strony wiąże sąd wyznaczając zakres jego kognicji i nie podlega ocenie poprzez pryzmat żadnych kryteriów. Pomimo tego, zgodnie z poglądem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 4 lutego 1955 r. (I C 1930/53), sąd orzekający zobligowany jest do ujęcia tej kwestii w uzasadnieniu wyroku. Podobnie argumentował Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 stycznia 2005 r. (V CK 364/04), wskazując, że obowiązek orzekania przez sąd o winie za rozkład pożycia wynika także z tego, że zgodnie z art. 56 k.r.o., dopuszczalność orzeczenia rozwodu nie zależy tylko od samego faktu powstania zupełnego i trwałego rozkładu pożycia, lecz także od przyczyn rozkładu oraz od tego, czy i który z małżonków ponosi winę za ten stan rzeczy. Przyjęcie takiego poglądu równoznaczne jest z pominięciem najważniejszego aspektu żądania stron. Zgłaszający je wskazują, iż chcą, by okoliczności, które spowodowały rozpad ich małżeństwa nie były oceniane, dążąc w ten sposób do ograniczenia zakresu ingerencji sądu w sferę ich prywatności i intymności. Zważyć należy, iż ujęcie kwestii winy w uzasadnieniu poprzedza prowadzenie w tym kierunku postępowania dowodowego, szczególnie jeśli strony winnej nie da się ustalić na podstawie określenia przyczyn rozpadu pożycia. Tytułem przykładu można wskazać sytuację, gdy strony podają, że przyczyną kryzysu w związku była niechęć jednej z nich do posiadania dzieci, która następnie stała się przyczyną rozszerzenia konfliktu na wszystkie sfery wspólnego życia. W takich okolicznościach możliwe jest stwierdzenie zupełnego i trwałego rozkładu pożycia. Bez dodatkowego uszczegółowienia tej kwestii nie można natomiast wskazać na czym polegać może wina którejkolwiek ze stron i jakie zachowanie lub jaka okoliczność stanowiłaby praprzyczynę sporu pomiędzy nimi. Reasumując, do wskazanego orzeczenia Sądu Najwyższego odnieść należy się krytycznie. Ustalenie zaistnienia pozytywnej przesłanki roz-

wodu nastąpić może bez ustalenia winy. Dopiero jeśli w odniesieniu do którejkolwiek z przesłanek negatywnych, zachodzi konieczność odwołania się do kwestii winy, sąd powinien uwzględnić to w ramach toczącego się postępowania. Przyjęcie poglądu prezentowanego przez Sąd Najwyższy, podyktowanego zapobiegliwością i starannością we wszechstronnym wyjaśnieniu sprawy, nieuchronnie prowadzi do krzywdzącego strony automatyzmu. Wskazać można takie spektrum spraw, gdy stwierdzenie zaistnienia lub braku przesłanek negatywnych rozwodu nastąpić może z pominięciem zagadnienia winy. Intencji stron, zgłaszających wnioski o zaniechanie orzekania w tej kwestii, przypisać należy pierwszoplanowe znaczenie. Prowadzenie postępowania w celu określenia winy stanowić może jedynie wyjątek a nie regułę.

Artykuł 58 k.r.o. reguluje sytuację, gdy rozwodzący się uzyskują konsensus co do sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem. Zgodnie z § 1 wskazanego artykułu porozumienie takie zostanie obligatoryjnie uwzględnione przez sąd w ramach rozstrzygnięcia w wyroku rozwodowym o tych właśnie kwestiach, o ile uznane zostanie za zgodne z interesem dziecka. Przedstawienie porozumienia oraz złożenie zgodnego wniosku warunkuje również możliwość pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom w pełnym zakresie (§ 1a). Zgodny wniosek stron będzie również podstawą do orzekania o podziale wspólnego mieszkania albo o przyznaniu go jednej ze stron (§ 2). W odniesieniu do drugiej ze wskazanych kwestii, zgoda jednego z małżonków obejmować musi także wyrażenie akceptacji dla konieczności opuszczenia wspólnego mieszkania bez dostarczenia lokalu zamiennego albo pomieszczenia zastępczego. Porozumienie odgrywa także ważką rolę w stosunku do orzekania o podziale majątku. Dla dokonania podziału wystarczający jest wniosek jednego z małżonków, jednak wyrażenie przez strony jednomyślności co do woli dokonania podziału albo nawet co do sposobu jego przeprowadzenia będzie jasnym sygnałem dla sądu, iż postępowaniu nie grozi zwłoka, co jest równoznaczne z wyłączeniem okoliczności mogącej stanowić przyczynę odmowy przeprowadzenia podziału (§ 3).

### **3. Postępowanie rozwodowe**

#### **3.1. Postępowanie rozwodowe w trybie polubownym**

Analiza porównawcza prawa rozwodowego poszczególnych państw europejskich, pozwala na stwierdzenie, iż możliwe jest wyodrębnienie takich porządków prawnych, w ramach których wyrażenie przez strony zgodnej woli rozwiązania związku powoduje, że postępowanie rozwodowe toczyć się będzie w sposób znacząco odmienny, niż gdyby taki konsensus nie zaistniał. Można więc stwierdzić, iż w niektórych regulacjach prawa rodzinnego istnieją dwa tryby postępowania: zwykły – sporny oraz polubowny. Wskazanie systemów prawnych w ramach których

przyjęto takie rozwiązanie nie rodzi trudności, albowiem w większości przypadków ustawodawcy albo wprost wskazali tryby postępowania rozwodowego albo też tryb polubowny został opisany poprzez wyliczenie jego odmienności w stosunku do trybu spornego. Jako cechę charakterystyczną dla polubownej procedury rozwodowej wskazać należy zwiększenie kompetencji stron w zakresie wpływania na przebieg postępowania oraz kształtowania skutków rozwodu. Właściwości tej nie wykazują natomiast regulacje, którym obca jest delimitacja trybu polubownego i spornego. Podstawowe różnice pomiędzy obiema tymi procedurami oscylują wokół następujących kwestii: sposób inicjowania postępowania, właściwość organów, dopuszczalność zawierania umów w toku postępowania, zakres obowiązków dowodowych ciążących na stronach oraz sposoby kształtowania skutków rozwodu.

Określając kryteria wyodrębnienia omawianych trybów postępowania rozwodowego, rozważyć należy także, na ile powiązanie przez ustawodawcę skutków materialnoprawnych z zaistnieniem zgodnej woli rozwiązania związku, może być w tym zakresie przydatne. W pierwszej kolejności zwrócić trzeba uwagę na kwestię zgodnej woli jako przesłanki rozwodu. W ramach niektórych systemów prawnych ujęcie zgodnej woli rozwiązania związku wśród przesłanek rozwodu jest zbieżne z wyodrębnieniem trybu polubownego. Tytułem egzemplifikacji wskazać można prawo francuskie (art. 230, 232, 234 kodeksu cywilnego), portugalskie (art. 1775 i n. kodeksu cywilnego), litewskie (art. 3.51 kodeksu cywilnego) czy luksemburskie (art. 275, 276, 277, 278 kodeksu cywilnego). Warto jednak zaprezentować także dwie odmienne sytuacje. Pierwsza obejmuje takie regulacje prawne, w ramach których przewidziany został tryb polubowny mimo, iż omawiana okoliczność nie stanowi samodzielnej przesłanki rozwodu a jedynie jeden z elementów zespołu przesłanek. Na przykład w prawie czeskim (art. 24 i 24a kodeksu rodzinnego) jest to domniemanie wskazujące na zaistnienie innej okoliczności. Natomiast druga obejmuje te prawodawstwa, w których pomimo występowania zgodnej woli rozwodu jako przesłanki rozwiązania związku nie uregulowano odrębnego trybu rozwiązania związku – przykładem może być prawo niemieckie (art. 1564, 1566 BGB). Dlatego też, za zasadną uznać należy tezę, iż brak jest korelacji pomiędzy występowaniem w ramach danego systemu prawnego przesłanki rozwodu opartej na zgodnej woli rozwiązania związku a wyodrębnieniem polubownego trybu rozwodowego.

Omawiany tryb polubowny odnaleźć można w ramach regulacji rozwodu w większości państw Unii Europejskiej, należą do nich: Austria (art. 55a ustawy o małżeństwie), Belgia (art. 230 kodeksu cywilnego), Bułgaria (art. 50 kodeksu rodzinnego), Czechy (art. 24a kodeksu rodzinnego), Dania (art. 37 ustawy o małżeństwie), Estonia (art. 64 ustawy o prawie rodzinnym), Francja (art. 230 kodeksu cywilnego), Grecja (art. 1441 kodeksu cywilnego), Hiszpania (art. 81 w związku z art. 85 kodeksu cywilnego), Litwa (art. 3.51 kodeksu cywilnego), Luksemburg (art. 275 i n. kodeksu cywilnego), Portugalia (art. 1775 kodeksu cywilnego), Rumunia (art. 373 i n. kodeksu rodzinnego), Słowenia (art. 64 ustawy o małżeń-

stwie i rodzinie), Szwecja (rozdział 5 § 1 ustawy o małżeństwie), Węgry (art. 18 § 2 prawo małżeńskie, rodzinne i opiekuńcze), a także w Szkocji (art. 1 (2) d ustawy o prawie rodzinnym).

Zgoda stron na rozwiązanie związku może przybrać dwojaką postać: wspólnego wniosku – gdy porozumienie zostanie osiągnięte przed zainicjowaniem postępowania lub zgody wyrażonej w toku postępowania. W większości regulacji zastosowano pierwszy ze wskazanych wariantów. Tylko prawo hiszpańskie (art. 86 kodeksu cywilnego) i francuskie (art. 229 kodeksu cywilnego) przewidują możliwość skorzystania z obu rozwiązań, nieobwarowaną żadnymi innymi warunkami, a więc pozostawioną do swobodnej decyzji stron. Skonstatować należy jednak, iż jedynie w prawie francuskim dokonano rozróżniania skutków prawnych wynikających z obu sposobów wyrażenia zgody na rozwód. Możliwość dokonania umownej regulacji skutków rozvodu została zarezerwowana wyłącznie dla rozvodu na wspólny wniosek. W przypadku rozvodu za zgodą drugiej strony, zagadnienia będące przedmiotem porozumienia regulowane są zawsze decyzją sądu (art. 230 i 232, 250 1 kodeksu cywilnego). Nie dotyczy to dokonania umownego podziału majątku wspólnego, czego strony dokonać mogą niezależnie czy zdecydowały się na sporny czy na polubowny tryb rozvodu (art. 265 – 2 kodeksu cywilnego).

Cechą wspólną dla wszystkich systemów prawnych, w ramach których wyróżnić można polubowny tryb rozwiązania związku, jest zwiększenie, w porównaniu z trybem spornym, kompetencji stron w zakresie kształtowania skutków rozvodu. Analiza porównawcza rozwiązań przyjętych w poszczególnych systemach prawnych skłania ku konkluzji, iż można wskazać trzy modele opisujące sposób określania konsekwencji rozvodu. W pierwszym, skutki rozvodu podlegają regulacji przepisów wspólnych dla obu typów postępowania rozwodowego i decydują o nich sądy powołane do rozwiązania związku, niezależnie od rodzaju postępowania, w którym to następuje. Takie rozwiązanie przyjęto w prawie belgijskim, duńskim, estońskim, szkockim i szwedzkim. W drugim natomiast, strony są zobligowane do przedstawienia porozumienia regulującego skutki rozwiązania związku, przy czym zakres podmiotowy tego obowiązku bywa zakreślany rozmaicie. W większości systemów prawnych spoczywa on na wszystkich parach chcących uzyskać rozwiązanie związku w tym trybie. Wyjątki stanowią regulacje francuska oraz grecka. We francuskim kodeksie cywilnym obowiązek ten powiązano tylko z rozwodem na wspólny wniosek, co zostało już wskazane. Natomiast w prawie greckim został on ograniczony tylko do tych sytuacji, gdy strony mają wspólne małoletnie dzieci (art. 1441 kodeksu cywilnego). Trzeci z modeli opiera się na założeniu, że do swobodnego uznania stron pozostawiono możliwość zawarcia odpowiedniej umowy, której przedłożenie ma charakter fakultatywny. Nieprzedstawienie umowy albo niezaprobowanie jej przez właściwy organ nie uniemożliwia uzyskania rozvodu w trybie „polubownym”, a jedynie powoduje, iż o skutkach rozwiązania związku decyduje sąd.

Obowiązek zachowania formy pisemnej dla umowy zawartej pomiędzy rozwodzącymi się jest cechą wspólną wszystkich regulacji prawnych, dopuszczających to rozwiązanie. Ostrzejsze wymagania w tym zakresie przewiduje na przykład prawo Republiki Czeskiej, które wymaga dla ważności umowy złożenia podpisów poświadczonych notarialnie (art. 24a ustawy o prawie rodzinnym) oraz prawo Wielkiego Księstwa Luksemburga, które przewiduje spisanie porozumienia przez notariusza wraz z jednoczesnym dokonaniem przez niego oszacowania majątku (art. 276 kodeksu cywilnego). Podział majątku wspólnego, będący obligatoryjnym elementem umowy, według prawa słoweńskiego także musi być dokonany w formie aktu notarialnego (art. 64 ustawy o małżeństwie).

Przykładowy katalog zagadnień, jakie mogą podlegać regulacji umownej, obejmuje takie kwestie jak: sposób wykonywania władzy rodzicielskiej nad wspólnymi dziećmi, w tym ustalenie miejsca ich zamieszkania oraz sposobu kontaktowania się z rodzicami, zasady alimentacji dzieci, alimentacja pomiędzy małżonkami, podział majątku wspólnego stron. Prawo hiszpańskie wskazuje ponadto, iż porozumieniem powinny zostać objęte także zasady kontaktowania się dzieci z dziadkami (art. 90 kodeksu cywilnego).

Przyznanie stronom możliwości zawierania umów i porozumień daje im znaczną swobodę w kształtowaniu skutków rozwodu. Wyłączone zostają wówczas przepisy ustawowe regulujące tę kwestię, a przedstawione przez nich propozycje podlegają ocenie przez pryzmat klauzul generalnych, takich jak dobro dzieci czy interes stron. Jeśli prawo nie przewiduje umownej regulacji skutków rozwodu albo ogranicza tę możliwość jedynie do niektórych jego następstw, w pozostałym zakresie zastosowanie znajdą przepisy ogólne, z tą jedynie modyfikacją, że jeśli skutki rozwiązania związku są związane z orzeczeniem winy albo wyłącznej winy strony za rozkład pożycia, to przepisów tych nie stosuje się albowiem w takich przypadkach wina nie zostaje ustalona. Dotyczy to takich państw jak: Austria, Francja czy Litwa.

Zauważyć należy, iż także w ramach niektórych regulacji prawnych, nie przewidujących polubownego trybu rozwiązania związku, dopuszczalne jest zawieranie porozumień pomiędzy stronami. Trzeba jednak odróżnić je wyraźnie od umownych regulacji pojawiających się w ramach postępowania polubownego, zasadniczą ich odmienną upatrując w zakresie przedmiotowym. Cechą charakterystyczną regulacji prawnych przewidujących zawieranie umów w razie rozwodu za obopólną zgodą jest przyznanie stronom możliwości objęcia zakresem porozumienia szerokiego spektrum konsekwencji rozwodu. Ograniczenie umowy tylko do niektórych kwestii wynika wówczas jedynie z woli samych rozwodzących się. Natomiast zakres porozumień dopuszczalnych w ramach jednolitego postępowania rozwodowego jest ograniczony tylko do zagadnień składających się na jedną z grup konsekwencji rozwodu, na przykład do stosunków pomiędzy rodzicami a dziećmi. Jako egzemplifikację wskazać można, omówiony już art. 58 § 1 k.r.o., który przewiduje zawieranie porozumień wyłącznie dotyczących wykonywania władzy rodzicielskiej oraz kontaktów z dziećmi.

Przyznanie stronom możliwości zawierania opisanych umów ogranicza zakres ciążących na nich obowiązków dowodowych. Organ zatwierdzający umowy bada stan faktyczny tylko o tyle, o ile jest to niezbędne do ich zatwierdzenia. Dzięki temu postępowanie rozwodowe przebiegać może szybko i sprawnie.

W większości systemów prawnych, dla postępowania rozwodowego prowadzonego w trybie polubownym wskazano właściwość tego samego sądu, który powołany jest do rozwiązania związku w przypadku istnienia pomiędzy stronami sporu. Takie rozwiązanie przyjęte zostało w: Austrii, Belgii, Bułgarii, Czechach, Francji, Grecji, Hiszpanii, Luksemburgu, Rumunii, Słowenii, Szkocji, Szwecji, na Litwie oraz na Węgrzech. W ramach regulacji prawnych pozostałych krajów dokonano modyfikacji podmiotu właściwego do rozwiązania związku, w stosunku do pozostałych trybów rozwiązania związku, w ten sposób, że właściwość sądu została wyłączona na rzecz innych organów lub ograniczona do ściśle oznaczonych przypadków. Prawo estońskie (art. 64 ustawy o prawie rodzinnym) i portugalskie (art. 1773 kodeksu cywilnego) jako organ właściwy do rozwiązania związku wskazuje urząd stanu cywilnego. Natomiast regulacja duńska przewiduje w tym zakresie właściwość urzędu administracji państwowej w województwie – *Statsforvaltning* (art. 37 ustawy o małżeństwie). Możliwość złożenia oświadczeń o woli rozwiązania małżeństwa zarówno przed notariuszem jak i przed urzędnikiem stanu cywilnego przewiduje natomiast prawo rumuńskie (art. 374 – 375 kodeksu cywilnego). Jeśli strony nie mają wspólnych małoletnich dzieci przysługuje im pełna swoboda wyboru przed kim chcą złożyć te oświadczenia. Natomiast jeśli mają dzieci, mogą skorzystać z usług notariusza tylko w przypadku, gdy jednocześnie zaprezentują w pełni zgodne stanowisko co do konsekwencji rozwodu takich jak: wykonywanie władzy rodzicielskiej, zasady kontaktów z dziećmi, miejsce zamieszkania oraz ich alimentacja, nazwisko małżonków po rozwodzie.

W odniesieniu do wszystkich państw, w których organ pozasądowy powołany został do udzielenia rozwodu, sąd zachowuje funkcję kontrolną, nadrzędną w stosunku do organów administracji. Te mogą bowiem przekazać sprawę do sądu, w razie pojawienia się jakiegokolwiek wątpliwości co zasadności stosowania trybu uproszczonego lub też gdy strony nie zgadzają się z decyzjami urzędnika albo gdy pomiędzy nimi samymi nie osiągnięto dostatecznego konsensusu w wymaganym przez prawo zakresie.

Niezależnie od różnorodności organów, powołanych do rozwiązania związku za zgodą stron, ich wspólną cechą jest pełnienie funkcji kontrolnej. Nadzorują one czy zrealizowane zostały przesłanki rozwodu oraz czy dochowano warunków formalnych rozwiązania związku w tym właśnie trybie, a także sprawdzają złożone oświadczenia woli pod kątem ich ewentualnych wad. Weryfikują także umowy i porozumienia, oceniając je przez pryzmat kryteriów takich jak: legalność i zgodność z interesem małoletnich dzieci oraz stron. W tym zakresie przysługuje im uprawnienie do żądania zmiany postanowień niezgodnych z prawem albo uznanych za nie-

dopuszczalne pod rygorem odrzucenia umowy. Możliwe jest także skierowanie stron do mediacji lub negocjacji w celu wypracowania kompromisowego stanowiska co do skutków rozwodu, a w razie niepowodzenia takich działań, przekazanie sprawy do rozpatrzenia właściwemu sądowi.

Uzyskanie porozumienia w sprawie rozwodu może być bardzo trudne, gdyż nierzadko wiąże się z wieloma drażliwymi kwestiami, obciążonymi dużym ładunkiem emocjonalnym. Jednak podjęcie tego trudu premiuje jest przez możliwość skorzystania z opisanych ułatwień. Nie można pominąć faktu, iż dzięki temu ma miejsce, swego rodzaju, „promocja kompromisu”. Istnieje wysokie prawdopodobieństwo, iż strony rozważą możliwość uzyskania porozumienia, a może nawet zdecydują się na wzajemne ustępstwa, motywowane faktem, że przeprowadzenie rozwodu na podstawie zgodnie wyrażonej woli, jest nie tylko szybsze i łatwiejsze, ale nade wszystko dlatego, że uzyskają wpływ na jego skutki i mogą zaprojektować je zgodnie ze swoją wolą, unikając przy tym rozpatrywania na forum publicznym, najbardziej prywatnych i intymnych aspektów swego życia. Scenariusz ten jest szczególnie prawdopodobny, jeśli konflikt pomiędzy partnerami nie jest głęboki a we wzajemnych relacjach przeważa chęć jak najszybszego zakończenia związku. W tych właśnie przypadkach, motywacyjna funkcja przepisów o rozwodzie za porozumieniem stron staje się szczególnie widoczna. Nie wymaga zaś uzasadnienia teza, iż w odniesieniu do rozwodu kompromis zawsze jest pożądany, nie tylko z uwagi na dobro samych stron, ale nade wszystko osób trzecich.

### **3.2. Zgodna wola rozwiązania małżeństwa a postępowanie rozwodowe w prawie polskim**

Zauważyć należy, iż także w tych systemach, które ani nie klasyfikują zgodnej woli jako przesłanki rozwodu ani nie przewidują odrębnego trybu polubownego, wyrażenie zgodnej woli wpływać może w ograniczony sposób na samą procedurę rozwodową. Przykładem takiego systemu prawnego jest prawo polskie.

Zasadne jest rozpoczęcie charakterystyki tego zagadnienia od postawienia pytania, w jaki sposób owa zgodna wola powinna zostać przez strony wyartykułowana. Małżonkowie nie mogą złożyć zgodnego pozwu o rozwód, jedna ze stron musi przyjąć na siebie rolę inicjatora postępowania – powoda. Wyrażenie zgody na rozwód nastąpić może więc dopiero w toku postępowania, przyjmując jedną z dwóch form: udzielenia zgody na rozwód oraz uznania powództwa. Zakres pierwszego ze wskazanych pojęć jest znacznie węższy od zakresu drugiego z nich. Wyrażenie zgody na rozwód obejmuje bowiem jedynie oświadczenie o woli rozwiązania małżeństwa. Natomiast poza jego zakresem pozostają kwestie szczegółowe – pomimo zgody na rozwód strony mogą różnić się w swoich zapatrywaniach co do czynników powodujących rozpad małżeństwa, przyczynienia się każdej z nich

do zaistnienia tego stanu oraz co do zawinienia. Uznanie powództwa uznać należy za równoważne z wyrażeniem aprobaty dla rozwiązania małżeństwa w szerszym zakresie. Obejmuje ono bowiem nie tylko zgodę na rozwiązanie związku, ale także przyznanie jako prawdziwych, wskazanych w pozwie przyczyn i okoliczności rozpadu pożycia. Nie budzi wątpliwości, iż uznanie powództwa nie jest równoznaczne ze zgodą na odstąpienie od orzekania o winie. Jeśli strona wyraża także wolę wywarcia swoim oświadczeniem skutków wynikających z art. 56 § 3 k.r.o., to powinna uczynić temu zadość w sposób wyraźny.

Uznanie powództwa powinno zostać dokonane przed sądem orzekającym w sposób swobodny, z jednoczesnym wskazaniem motywów kierujących działaniem strony, co umożliwi sądowi ocenę tego oświadczenia. W doktrynie aprobatę uzyskało stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w orzeczeniu z dnia 7 maja 1954 r. (II C 1679/53), wskazujące, iż nieustalenie przez sąd przyczyn, które skłoniły pozwanego do uznania powództwa z reguły uzasadnia uchylenie wyroku orzekającego rozwód.

Uznanie powództwa, podobnie jak wyrażenie zgody na rozwód, o który wnosi strona wyłącznie winna oraz wyrażenie zgody na odstąpienie od orzekania o winie, może zostać dokonane oraz cofnięte do czasu zamknięcia rozprawy przed sądem drugiej instancji. Nie stoi temu na przeszkodzie zakaz rozszerzania lub zmiany powództwa w toku postępowania apelacyjnego, wynikający z art. 383 k.p.c. Pogląd taki znalazł aprobatę w orzecznictwie. Tytułem przykładu wskazać można uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 2006 r. (sygn. akt III CZP 106/06). Podkreślić należy, iż wszystkie wskazane oświadczenia powinny zostać wyrażone w sposób wyraźny i bezwarunkowy.

Zgoda na rozwód tylko wtedy może mieć wpływ na sposób prowadzenia postępowania rozwodowego, gdy przybiera postać uznania powództwa. W takim właśnie kontekście pojęciem tym operuje kodeks postępowania cywilnego. Pogląd taki uznać można za utrwalony w doktrynie i orzecznictwie. Zagadnienie to stanowiło przedmiot wytycznych wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej z 26 kwietnia 1952 r. W tym zakresie aktualność zachowało dalsze orzecznictwo Sądu Najwyższego – orzeczenie z dnia 28 marca 1952 r. (C 1390/51) oraz orzeczenie z dnia 7 maja 1954 r. (II C 1679/53). Dlatego też do tego zagadnienia ograniczone zostaną rozważania czynione w dalszej części niniejszego opracowania.

Znaczną rolę w uzyskaniu porozumienia pomiędzy małżonkami stojącymi w obliczu rozvodu przypisać należy mediacjom. Prowadzenie mediacji w sprawie o rozwód może dotyczyć dwóch sytuacji. Pierwsza dotyczy przypadku, opisanego w art. 436 § 1 k.p.c., gdy strony żywią jeszcze nadzieje na odbudowanie związku. Ponadto mediacja może dotyczyć wszystkich zagadnień, za wyjątkiem rozwiązania małżeństwa, o których sąd rozstrzyga w wyroku rozwodowym: alimentacji, kontaktów z dziećmi, sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej, podziału majątku i innych kwestii majątkowych, które wskazuje art. 445<sup>2</sup> k.p.c. W tym zakresie do-



puszczalne jest zawarcie ugody. Prowadzenie mediacji w obu przypadkach jest możliwe w oparciu o wniosek stron postępowania, umowę zawartą pomiędzy nimi albo też na podstawie postanowienia sądu.

Zasadne jawi się pytanie, czy istnieje realna i prawna możliwość prowadzenia mediacji co do innych kwestii niż wskazane w art. 436 i 445<sup>2</sup> k.p.c. Jako zagadnienia, które mogłyby podlegać uzgodnieniom w toku mediacji wskazać można ustalenie zgodnego poglądu stron co do ich zapatrywania na dalszy byt małżeństwa. Jeśli małżonkowie nie są zgodni co do tego, czy chcą je rozwiązać, mediacje mogą być pomocne w udzieleniu odpowiedzi na to pytanie. Także w sytuacji, gdy małżonkowie nie są zgodni, w jaki sposób chcą zmienić swoją sytuację i jaki instrument prawny – rozwód czy separacja będzie do tego odpowiedni, mediacje mogą okazać się przydatne. W przypadku, gdy obie strony dążą do rozwodu, mediacja może być płaszczyzną dla osiągnięcia porozumienia i przeprowadzenia rozwodu za obopólną zgodą oraz do osiągnięcia konsensusu dotyczącego przyczyn rozpadu pożycia, a także określenia, czy postępowanie obejmować ma ustalenie winy. Wypracowanie wspólnego stanowiska czy zgodnego poglądu co do kwestii fundamentalnej, jaką jest rozwiązanie małżeństwa otwiera drogę do osiągnięcia dalej idącego porozumienia – dotyczącego alimentacji, podziału majątku, czy kwestii dotyczących wspólnych dzieci. Porozumienie to ułatwia, upraszcza i przyspiesza postępowanie, przede wszystkim zaś zapobiega przekształceniu postępowania rozwodowego w pole wojny pomiędzy rozwodzącymi się stronami. Można więc postawić tezę, iż prowadzenie mediacji w tym zakresie jest nie tylko możliwe, ale i należy uznać je za potrzebne i pożądane. Znacznie więcej wątpliwości budzi ich prawna dopuszczalność. Mediacje, o których mowa nie mieszczą się w zakresie art. 436 k.p.c. ani art. 445<sup>2</sup> k.p.c. Ich podstawy prawnej upatrywać można jedynie w art. 10 i 183<sup>1</sup> k.p.c. Na tym tle wątpliwość budzi warunek zawarty w art. 10, wskazujący, iż mogą one być prowadzone jedynie w tych sprawach, w których zawarcie ugody jest dopuszczalne. Niedopuszczalność zawarcia ugody w postępowaniu rozwodowym co do samego rozwiązania związku nie budzi wątpliwości w doktrynie i judykaturze. Tak więc, za zasadną należy uznać tezę, iż nie jest możliwe prowadzenie mediacji sądowych, których przedmiotem byłoby rozwiązanie małżeństwa *sensu stricto*.

Warto postawić również pytanie o możliwość prowadzenia przez strony mediacji lub negocjacji przed wszczęciem postępowania. W razie kryzysu w związku i podjęcia przez przynajmniej jedną ze stron kroków zmierzających do jego rozwiązania, wyłonić może się potrzeba uzgodnienia stanowisk przy współudziale specjalisty z dziedziny psychologii lub prawa. Nie powinno budzić wątpliwości, iż tego rodzaju rokowania są co do zasady dopuszczalne i mogą być prowadzone w oparciu o zawartą pomiędzy stronami umowę o negocjacje. W umowie tego rodzaju określone powinny zostać cele i sposób prowadzenia rokowań, a także zagadnienia takie, jak wybór osób trzecich biorących w nich udział i ich wynagrodzenie.

Istotne wątpliwości budzi natomiast problem zachowania poufności. W razie fiaska negocjacji lub zaostrzenia konfliktu pomiędzy małżonkami, informacje pozyskane w toku prowadzonych działań mogłyby zostać wykorzystane w późniejszym postępowaniu sądowym. Zauważyć należy, iż w razie dokonania umownego zastrzeżenia poufności, naruszenie tajemnicy powodować może tylko konsekwencje odszkodowawcze. Negocjacje tego rodzaju nie są objęte, przysługującą mediacjom sądowym, ustawową klauzulą tajemnicy, wynikającą z art. 183<sup>4</sup> k.p.c. Ponieważ brak jest właściwego instrumentu prawnego, tylko na uczciwości drugiego małżonka opierać można przekonanie o rzeczywistej poufności rokowań.

Nieodzownym elementem każdej negocjacji jest sporządzenie ustaleń na piśmie. Pozwalają one na precyzyjne sformułowanie stanowisk stron, pełnią rolę praktyczną – porządkującą i psychologiczną – upewniają strony co do niezmienności ich intencji. Nie sposób podważyć, iż taka też powinna być ich funkcja w ramach negocjacji prowadzonych pomiędzy skonfliktowanymi małżonkami. Spisanie stanowisk stron co do kwestii podstawowej – dalszego bytu małżeństwa wydaje się elementem, którego nie sposób pominąć. Uzyskanie konsensusu w tej kluczowej kwestii otwiera drogę do prowadzenia rozmów w celu rozwiania innych, związanych z rozwodem problemów. Ponieważ prawo polskie nie przewiduje możliwości złożenia przez oboje małżonków wspólnego pozwu o rozwód, jeśli strony w ramach negocjacji wyrażą zgodną wolę rozwiązania związku, muszą ustalić, która z nich przyjmie na siebie rolę powoda. Drugi z małżonków powinien wówczas zapewnić, iż uzna powództwo. Spisanie tego rodzaju deklaracji w istocie rzeczy dla jednej ze stron ma charakter zobowiązania do złożenia określonego oświadczenia przed sądem. W tym kontekście przypomnieć należy utrwalone w doktrynie i judykaturze stanowisko, wskazujące, iż za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i tym samym nieważne uznaje się zobowiązanie się jednego z małżonków do złożenia przed sądem oświadczenia o wyrażeniu zgody na rozwód. Pogląd ten w istocie uniemożliwia prowadzenie negocjacji, odbierając im znaczenie w ocenie stron, które powinny zostać powiadomione przez ustanowionego negocjatora o prawnej ocenie ich deklaracji. Ponadto wyłącza możliwość powołania się przed sądem na zawarte porozumienie, co może okazać się istotne, jeśli druga strona po zakończeniu rokowań zmieniła radykalnie stanowisko lub w inny sposób podjęła próbę wykorzystania dla siebie okoliczności i wiedzy uzyskanych w ten sposób.

Dokonując charakterystyki postępowania dowodowego w sprawie o rozwód, w której nastąpiło uznanie powództwa, rozpocząć należy od wskazania, iż nie wywołuje ono skutków, jakie art. 213 § 2 k.p.c. wiąże z tą okolicznością. Sąd nie jest związany uznaniem powództwa nawet gdyby, w jego ocenie, nie zaistniała żadna z przesłanek negatywnych wskazanych w przywołanym przepisie. Nie może on również ustalić stanu faktycznego wyłącznie w oparciu o przyznanie określonych faktów przez strony, poprzez dyspozycję art. 431 k.p.c. Zostaje bowiem wyłączono

na, przewidziana w postępowaniu zwykłym – w art. 229 k.p.c., możliwość odstąpienia od prowadzenia postępowania dowodowego na okoliczność tych faktów. Ten obowiązek sądu został połączony z zakazem opierania ustaleń wyłącznie na twierdzeniach powoda przytoczonych w pozwie i pismach procesowych, doręczonych pozwanemu przed rozprawą – w przypadku wystąpienia przesłanek do wydania wyroku zaocznego.

Postępowanie dowodowe w sprawie o rozwód w każdym przypadku obejmować musi ustalenie okoliczności istotnych z uwagi na treść art. 56–61 k.r.o., stanowiących przesłanki rozvodu oraz wpływających na meritum wyroku. Jego przedmiotem, zgodnie z art. 441 k.p.c., będzie więc nie tylko ustalenie czy stan relacji pomiędzy małżonkami może być kwalifikowany jako zupełny i trwały rozkład pożycia, ale i określenie przyczyn i okoliczności temu towarzyszących, a także ewentualnie ustalenie, czy i który z małżonków ponosi winę za zaistniały stan rzeczy oraz stwierdzenie, jaki wpływ będzie miało orzeczenie rozvodu na sytuację dzieci rozwodzących się stron. Celem postępowania będzie również zebranie wiadomości, które staną się podstawą rozstrzygnięć dotyczących dzieci, władzy rodzicielskiej oraz obowiązku łożenia na ich utrzymanie i wychowanie oraz innych wniosków zgłoszonych przez strony. Jeżeli w małżeństwie są małoletnie dzieci, sąd nie może ograniczyć się do przesłuchania samych małżonków, ale prowadzić musi postępowanie w szerszym zakresie dla ustalenia wszystkich okoliczności dotyczących dzieci, ich aktualnego miejsca pobytu, warunków mieszkaniowych, zdrowotnych, materialnych i wychowawczych, wzajemnego stosunku uczuciowego między dzieckiem a rodzicami.

W razie uznania powództwa, zakres postępowania objąć powinien także przyczyny, które skłoniły stronę pozwaną do wyrażenia zgody, co stanowi wyraz szczególnej troski o wykrycie prawdy obiektywnej. Jak już określono, pozwany powinien wskazać pobudki, którymi się kierował. W tym kontekście zauważyć należy, iż odmowa zgody na rozwód, w przypadku gdy z powództwem wystąpił małżonek wyłącznie winny, nie wiąże się z koniecznością podania motywów podjęcia takiej decyzji. W takim przypadku domniemywa się, iż odmowa zgody płynie z pobudek moralnie dodatnich. Dopiero ujawnienie szczególnych okoliczności otwiera drogę do obalenia tego domniemania, przy czym ciężar dowodu ciąży na powodzie. Konfrontacja tych dwóch przypadków, daje asumpt do stwierdzenia, iż ustawodawca w krańcowo odmienny sposób potraktował przypadki zbliżone. Badanie przez sąd przyczyn uznania powództwa prowadzi do sytuacji, gdy „sprawdza” się działanie strony, tak jakby samo jej oświadczenia uznawane było za nie dość wyważone. Tymczasem oświadczenie o znacznie donioślejszych skutkach nie jest poddawane tego rodzaju weryfikacji – nieuznanie powództwa nie zamyka drogi do uzyskania rozvodu, do czego może prowadzić odmowa zgody małżonka niewinnego rozkładu pożycia. Kwestie te ocenić należy także poprzez pryzmat praktyki. Odmowa zgody na rozwód często jest postacią bardziej lub mniej zawołowanej zemsty,

która może być trudna do wykazania przez powoda. Natomiast zgoda na rozwód, stanowiąca wyraz zgodnego poglądu stron co do dalszego bytu ich związku i jego kondycji, pozawala na stwierdzenie, że postawa stron zgodna jest z zasadami współżycia społecznego i żadna z nich nie może doznać w ten sposób krzywdy.

Możliwość ograniczenia postępowania dowodowego w związku z uznaniem powództwa zarezerwowana została zgodnie z art. 442 k.p.c. tylko dla przypadków, gdy strony nie mają wspólnych małoletnich dzieci. Wówczas sąd może poprzestać jedynie na wysłuchaniu samych stron. Przepis ten, stanowiący jedynie dyrektywę co do sposobu prowadzenia postępowania dowodowego, pozostawia więc w wyłącznej gestii sądu ocenę, jak prowadzone powinno być postępowanie dowodowe, a w szczególności czy dowód z przesłuchania stron jest wystarczający dla ustalenia wszystkich niezbędnych okoliczności, które staną się podstawą wyroku. W razie udzielenia negatywnej odpowiedzi na to pytanie przysługuje mu inicjatywa dowodowa. Daje to asumpt to stwierdzenia, że w istocie rzeczy, wyrażając zgodną wolę rozwiązania związku strony nie zyskują żadnego wpływu na kształt toczącego się w tej sprawie postępowania. Mogą one jedynie nie wnioskować o przeprowadzenie innych dowodów, lecz w zakresie postępowania dowodowego ich wola nie jest wiążąca. Z drugiej strony jednak, zważyć należy, iż pomimo zupełnej swobody w zakresie oceny, sąd powinien dopuścić dowód niezawnioskowany przez stronę tylko wówczas, gdy zagrożony jest interes publiczny – porządek prawny lub gdy zachodzi podejrzenie fikcyjności procesu, co samo w sobie także godzi w ów porządek. O aktywności lub bierności sądu przesądzać powinna dyspozycja zawarta w art. 232 k.p.c.

W orzecznictwie panuje pogląd, iż w wypadku zawężenia postępowania dowodowego do dowodu z przesłuchania stron, powinien zostać on przeprowadzony w sposób szczególnie wnikliwy i wyczerpujący. W ten sposób wypowiedział się Sąd Najwyższy w orzeczeniach z dnia 21 sierpnia 1951 r. (C 752/51) i z dnia 7 maja 1954 r. (II C 1679/53). Zauważyć należy, iż ograniczenie postępowania dowodowego może dotyczyć wyłącznie ustalenia przesłanki pozytywnej rozwodu, zaś podejmując decyzje w innych kwestiach – na przykład dotyczących majątku wspólnego lub alimentacji pomiędzy małżonkami, sąd nie może opierać się wyłącznie na nim. Jeśli więc dowód z przesłuchania stron jest co prawda wystarczający dla stwierdzenia zaistnienia przesłanek rozwodu, lecz w ocenie sądu nie jest dostateczny dla zebrania materiału dowodowego niezbędnego dla rozstrzygnięcia o innych wnioskach zawartych w pozwie, będzie musiał dalej prowadzić postępowanie dowodowe.

W związku z przesłuchaniem stron powstaje problem, czy strona, będąc przesłuchiwaną w trybie art. 299 k.p.c., ma prawo powoływać się na przepis art. 261 § 2 k.p.c., który przyznaje świadkowi prawo do odmowy odpowiedzi na zadane mu pytanie, jeżeli zeznania mogłyby narazić ją lub jej bliskich na odpowiedzialność karną, hańbę lub dotkliwą i bezpośrednią szkodę majątkową. Przy założeniu,

że przepisy kodeksu postępowania cywilnego należy interpretować ściśle, uznać należy, że przepis art. 261 § 2 k.p.c. ma zastosowanie wyłącznie do świadków, a nie do stron postępowania. Taki pogląd zaprezentował Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 17 września 1946 r. (III C 719/45). W tym kontekście postawiono tezę, że strona postępowania rozwodowego z zasady powinna liczyć się z tym, że mogą być ujawnione przykre dla niej fakty, które jednak mogą mieć istotne znaczenie dla sprawy.

#### **4. Wnioski**

*Clou* problemu, jakim jest prawna regulacja rozvodu za zgodą obu stron, sprowadzić można do pytania, o przebieg linii optymalnej równowagi pomiędzy poszanowaniem woli jednostek a władzą organów chroniących inne wartości, takie jak trwałość rodziny czy dobro dzieci. Obserwacja tendencji europejskich pozwala na stwierdzenie, że granica ta jest stale od drugiej połowy XX w. przesuwana w stronę autonomii małżonków. W prawie polskim proces ten również można zaobserwować, choć przebiega on znacznie wolniej. Porównanie rozwiązań przyjętych w prawie polskim i ustawodawstwie innych państw europejskich, dotyczących rozvodu za zgodą obu stron, pozwala na postawienie tezy, iż w prawie polskim ów konsensus znajduje niktę odzwierciedlenie.

Kodeks rodzinny i opiekuńczy całkowicie pomija kwestię zgodnego żądania rozvodu. Traktowana jest ona przez ustawodawcę jako okoliczność prawnie irrelewantna, pozostająca bez wpływu na sytuację stron, która oceniana będzie w tym przypadku tak samo jak w wypadku zaistnienia pomiędzy małżonkami sporu. Jako marginalne i tylko pośrednio związane z tym zagadaniem należy zakwalifikować: możliwość wyrażenia zgody na rozwód w przypadku wytoczenia powództw przez małżonka wyłącznie winnego oraz rezygnację z orzekania o winie na zgodny wniosek stron. Przedstawiona analiza przepisów postępowania, wskazuje, iż również na płaszczyźnie procesowej, zgłoszenie zgodnej woli rozvodu potraktował legislator ze znaczną „nieufnością”. Stąd przepisy nakazujące nie tylko badanie przyczyn i okoliczności rozpadu pożycia, ale i pobudek uznania pozwu. Reasumując stwierdzić należy, iż ustawodawca polski wykazał się daleko idącym paternalizmem, kierując się przekonaniem, że konieczny jest nadzór państwa nad rozводом, dla jego realizacji zaś niezbędna jest daleko idąca ingerencja w sferę autonomii i prywatności małżonków. Nie negując potrzeby kontroli państwa nad rozводом, postawić należy pytanie o jej zakres oraz formy, w jakich się ona wyraża, szczególnie wobec rozvodu na zgodne żądanie małżonków.

W pierwszej kolejności przypomnieć należy, że małżonkowie samodzielnie podjęli niegdyś decyzję o zawarciu związku. Nikt nie badał wówczas ich zdolności do założenia prawidłowo funkcjonującej rodziny. Wolę zawarcia związku małżeńskiego i jego rozwiązania traktować trzeba równorzędnie, nie deprecjonując żadnej

z nich. Ponadto przyjąć należy, że małżonkowie mają dostateczne rozeznanie w stanie własnych relacji, by ustalić czy istnieją jeszcze nadzieje na odbudowanie związku. Nie istnieje chyba dobitniej wyrażone przekonanie, że nie ma pomiędzy nimi gotowości do wznowienia pożycia niż zgodne żądanie rozwodu.

Dla właściwego wyważenia omawianego zagadnienia konieczne jest sięgnięcie nie tylko do argumentu logicznego, ale i aksjologicznego. Samostanowienie jest przecież najważniejszym atrybutem, a zarazem emanacją autonomii woli jednostki. Powinna ona mieć możliwość decydowania nie tylko o zakończeniu związku małżeńskiego, którego jest stroną, ale także wpływania na sposób w jaki to następuje. Zgodne żądanie rozwodu rozumieć należy także jako wyrażoną w ten sposób preferencję nieingerowania nazbyt głęboko w sferę prywatności, czy nawet intymności małżonków, jeśli nie jest to konieczne. Zauważyć należy, że *de lege lata*, pomimo uznania powództwa strony nadal muszą dokonać przed sądem analizy przyczyn rozpadu swego małżeństwa, a nadto zobligowane są do uzasadnienia powodów, dla których wyraziły zgodę na rozwód. Mamy więc do czynienia z sytuacją, gdy ustawodawca wyraża podwójną nieufność wobec stron. Nie tylko stan ich związku poddaje kontroli, ale także ocenia wolę jego rozwiązania.

W określonych wypadkach dobro samych stron uzasadnia ingerencję w sferę ich prywatności – tak dzieje się w przypadku sporu na tle rozwodu, lecz w przypadku wyrażenia zgodnej woli rozwiązania małżeństwa, brak jest ku temu przesłanek – małżonkowie w sposób wyraźny artykułują, co jest dla nich najważniejsze. Nie można zgodzić się z supozycją, że orzeczenie rozwodu w przypadku, gdy obie strony tego zgodnie żądają mogłoby stać w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego. Ta przesłanka negatywna odnosi się do sytuacji, gdy rozwód byłby równoznaczny z krzywdą którejś ze stron. Jeśli zaś orzeczenie jest zgodne z intencjami obu stron, żadnej z nich nie może spotkać krzywda. Odnosząc się do zagadnienia ochrony dobra osób trzecich, w szczególności zaś małoletnich dzieci, zauważyć należy, że ocena ich interesu nastąpić może bez ustalenia przyczyn rozpadu pożycia i okoliczności temu towarzyszących lub przy ograniczeniu ingerencji tylko do kwestii dotyczących tych osób. Ustalenie zaistnienia przesłanki negatywnej rozwodu następuje poprzez porównanie sytuacji dzieci w wypadku rozwiązania małżeństwa i w wypadku jego dalszego trwania. Ponadto, zważyć należy, iż istotne okoliczności dotyczące dzieci i tak muszą zostać ustalone w zakresie niezbędnym do orzeczenia o władzy rodzicielskiej i alimentacji na ich rzecz.

Reasumując, wyrazić warto konstatację, stanowiącą jednocześnie postulat *de lege ferenda*, iż konieczne jest wprowadzenie zmian do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, zmierzających do stworzenia regulacji prawnej dotyczącej rozwodu na zgodny wniosek stron. Zmiany takie przebiegać mogą dwutorowo. Choć konieczne wydaje się przeprowadzenie nowelizacji o głębokim zasięgu, wiążącej się ze skorelowaną przebudową zarówno prawa materialnego, jak i procesowego, to możliwe jest także wprowadzenie zmian doraźnych.

Postulować należy wprowadzenie możliwości wspólnego inicjowania postępowania, co stanowiłoby jasne i klarowne wskazanie, iż dla ustawodawcy rozwód na zgodne żądanie stron nie jest tylko przypadkiem obocznym, noszącym znamiona wyjątku i tak też traktowanym w ramach regulacji prawnej, ale równorzędnym z trybem spornym sposobem prowadzenia postępowania. Przedstawienie przez małżonków wspólnego pisma, zawierającego także wnioski i poglądy stron, skróciłoby znacznie czas trwania postępowania. Przypomnieć należy, iż możliwość wspólnego inicjowania postępowania przewidziana dla separacji w art. 61<sup>1</sup> § 3 k.r.o. jest instrumentem wypróbowanym i nie budzącym zastrzeżeń co do swego funkcjonowania w praktyce. Zauważyć należy, iż ukształtowanie postępowania rozwodowego wedle reguł ściśle kontradyktoryjnych było już negatywnie oceniane w literaturze przedmiotu jako powodujące zaostrzenie sporów, utrudniające wyważenie stanowisk oraz generujące zjawisko sabotowania wyroku przez stronę niezadowoloną z rozstrzygnięcia.

Jako kolejny postulat *de lege ferenda* wskazać należy modyfikację ustawowej regulacji mediacji w sprawach małżeńskich, umożliwiającą stronom prowadzenie ich także w sprawie najistotniejszej – dalszego bytu ich związku. Ważnym elementem zmian powinno być zapewnienie stronom możliwości prowadzenia mediacji jeszcze przed wszczęciem postępowania, z jednoczesnym objęciem ich przepisami o mediacji sądowej, szczególnie w zakresie zachowania tajemnicy i niemożliwości powoływania się na treść rokowań przed sądem. W tym miejscu przypomnieć należy, iż samo wprowadzenie do kodeksu postępowania cywilnego mediacji w sprawach rodzinnych zamiast posiedzenia pojednawczego oraz kształt nadany temu instrumentowi znalazł wśród przedstawicieli doktryny zarówno zwolenników, jak i przeciwników.

Dalej idąca przebudowa polskiej regulacji rozvodu obejmować powinna wprowadzenie domniemania, iż zgłoszenie przez małżonków zgodnego żądania rozvodu równoznaczne jest z przyjęciem zaistnienia rozpadu pożycia. Byłoby to równoznaczne z głęboką zmianą zasad postępowania polegającą na rezygnacji z ustalania przez sąd przyczyn i okoliczności rozpadu pożycia oraz pobudek udzielenia zgody na rozwód. Deklaracje małżonków byłyby badane jedynie pod kątem zaistnienia ewentualnych wad oświadczeń woli. Oświadczenie o zgodnej woli rozvodu wyłączałoby postępowanie dowodowe dotyczące rozpadu pożycia w każdym przypadku – nawet wówczas gdy strony mają małoletnie dzieci. Zmiana taka nie usuwałaby możliwości prowadzenia postępowania dla ustalenia sytuacji dzieci i ich interesu, tak by możliwa była ocena ewentualnego zaistnienia przesłanki negatywnej rozvodu, jaką jest dobro małoletnich dzieci.

Przyznanie małżonkom możliwości zawierania przez strony umów regulujących skutki rozvodu na gruncie prawa polskiego, stanowiłoby ukoronowanie poprzednio opisanych zmian legislacyjnych.

Zmiana prawa rodzinnego w zakresie rozvodu wymaga wnikliwej oceny istniejącego stanu prawnego i wyważonej debaty. Dyskusja na ten temat była podejmowana wielokrotnie przez przedstawicieli doktryny, pośród których można wskazać

zarówno zwolenników zmian, jak i stronników utrzymania *status quo*. Tylko raz doszło do sformułowania projektu zmiany kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w zakresie przesłanek rozwodu – został on przedstawiony na posiedzeniu w dniu 17 lutego 1995 r. i odrzucony w pierwszym czytaniu. W tym miejscu przypomnieć należy także nowelizację z dnia 6 listopada 2008 r., na podstawie której zmienione zostało brzmienie art. 58 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego do którego dodano § 1a. Wprowadzone zmiany pozwalają na pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom po rozwodzie jeśli przedstawili w tej kwestii zgodny wniosek oraz porozumienie określające sposób wykonywania władzy rodzicielskiej i kontakty z dzieckiem. Przepis ten daje więc możliwość uwzględnienia konsensusu osiągniętego przez małżonków we wskazanych kwestiach.

Obserwacja praktyki i wnioski płynące stąd powinny wieść ku konstatacji, iż zmiany są niezbędne. Natomiast obserwacja europejskich tendencji i analiza rozwiązań, które pozytywnie przeszły próbę czasu, powinny wyznaczać kierunek zmian. Z każdym rokiem obserwować można w Polsce zwiększenie liczby rozwodów. Jest to tendencja społeczna, której hamowanie nie jest rolą prawa rodzinnego, ani też nie leży w granicach jego możliwości. Natomiast realizacja wychowawczej funkcji prawa powinna być realizowana poprzez promowanie postaw kompromisowych tak, by wypracowywanie porozumienia w przypadku rozwodu było postawą społecznie pożądaną. To zaś niewątpliwie może zostać uzyskane poprzez nagrodzenie małżonków wykazujących zgodną postawę poprzez stworzenie odpowiedniego systemu ułatwień prawnych.



## Wykonywanie orzeczeń o kontaktach\*

Kontrowersyjne rozstrzygnięcie zawarte w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 28 sierpnia 2008 r. skłoniły ustawodawcę do podjęcia prac nad projektem szczegółowej i kompleksowej regulacji problematyki wykonywania orzeczeń o kontaktach z dziećmi. Stosowny projekt przygotowała Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego. Projekt ten został przekazany do Ministerstwa Sprawiedliwości latem 2009 r. a jego pierwsze czytanie w Sejmie odbyło się w maju 2010 r. Prawie roczne prace sejmowe zostały sfinalizowane uchwaleniem ustawy z dnia 26 maja 2011 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 144, poz. 854), która weszła w życie dnia 13 sierpnia 2011 r. (przy pewnych zmianach projektu, o których mowa poniżej). Ustawa zawiera kompleksowe uregulowanie problematyki wykonywania orzeczeń dotyczących kontaktów z dziećmi, umożliwiające elastyczną reakcję sądu stosownie do różnorodnych stanów faktycznych i dobra dziecka. Lokalizacja tej regulacji opiera się na tych samych przesłankach, którymi kierował się ustawodawca wprowadzając do Kodeksu postępowania cywilnego, ustawą z dnia 19 lipca 2001 r. (Dz. U. Nr 98, poz. 1069), oddział 5 w części pierwszej, Księdze drugiej, Tytule II, Dziale II, Rozdziale 2, normujący postępowanie w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką. W ten sposób postępowanie przestało mieć charakter egzekucyjny i otrzymało charakter postępowania opiekuńczego. Podobnie też regulacja wykonywania orzeczeń dotyczących kontaktów z dziećmi została umiejscowiona w przepisach o sprawach opiekuńczych bezpośrednio po wskazanych przepisach dotyczących odebrania dziecka lub osoby pozostającej pod opieką jako nowy oddział 6.

W wyniku tych zmian postępowanie w sprawach wykonywania orzeczeń dotyczących kontaktów z dziećmi toczy się według przepisów o postępowaniu nieprocesowym, stanowiąc jedno z postępowań w sprawach opiekuńczych. O ile jednak sprawy o odebranie dziecka zostały całościowo uregulowane w rozdziale 5, obejmującym zarówno rozpoznanie sprawy, jak i wykonanie orzeczenia nakazującego odebranie osoby, o tyle w kwestii kontaktów odrębny rozdział poświęcony jest tylko fazie wykonawczej, natomiast postępowanie rozpoznawcze toczy się w zasadzie według przepisów ogólnych o postępowaniu opiekuńczym.

Podstawowy środek jest inspirowany instytucją *dwangsom* (Holandia) i *astreinte* (Francja, Belgia), co dosłownie oznacza sumę przymusową. Środek ten jest w wy-

---

\* Niniejszy artykuł jest przeznaczony do publikacji w drugim wydaniu książki *Władza rodzicielska i kontakty z dziećmi. Komentarz*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2010.

mienionych krajach podstawowym egzekucyjnym środkiem przymusu i to nie tylko w egzekucji świadczeń niepieniężnych.

Wspomniana suma pieniężna jest przyznawana na wniosek uprawnionego i należy się uprawnionemu. Procedura jest dwuetapowa: Sąd najpierw określa zagrożenie na wypadek niezastosowania się zobowiązanego do orzeczenia ustalającego kontakty (art. 598<sup>15</sup> § 1 KPC). Przesłanką orzeczenia o zagrożeniu jest naruszenie obowiązku wynikającego z orzeczenia lub ugody dotyczących kontaktów. Ponieważ naruszyć warunki kontaktu może także uprawniony do kontaktu, np. w przypadku, gdy kontakty są ograniczone lub zakazane, sąd może analogicznie zagrozić uprawnionemu do kontaktów zapłatą sumy pieniężnej na rzecz osoby sprawującej pieczę nad dzieckiem (art. 598<sup>15</sup> § 2 KPC). Jeżeli zobowiązany lub uprawniony nadal nie zastosuje się do orzeczenia sądu, osoba na której rzecz orzeczono zagrożenie musi jeszcze raz wystąpić do sądu, aby sąd nakazał zapłatę na jej rzecz kwoty stanowiącej iloczyn kwoty, którą sąd zagroził za każde naruszenie i liczby naruszeń (art. 598<sup>16</sup> § 1 KPC).

W obu fazach postępowanie odbywa się z udziałem zarówno uprawnionego, jak i zobowiązanego do umożliwienia kontaktu – wnioskodawca i osoba, przeciwko której skierowany jest wniosek, muszą być wysłuchani (art. 598<sup>18</sup> § 2 KPC). Nie wysłuchuje się zaś dziecka. Wysłuchanie to powinno nastąpić przed wydaniem orzeczenia ustalającego kontakty. Art. 576 § 2 KPC, który dotyczy wysłuchania dziecka w sprawach opiekuńczych czytać należy łącznie z § 1, zgodnie z którym unormowanie to znajduje zastosowanie „przed wydaniem orzeczenia co do istoty sprawy”.

Zagrożenie nakazaniem zapłaty sumy pieniężnej może być zamieszczone już w postanowieniu ustalającym kontakty. Możliwość tę przewiduje dodany w art. 582<sup>1</sup> KPC nowy § 3. Przesłanką zagrożenia jest wtedy uzasadniona obawa naruszenia obowiązków wynikających z postanowienia o kontaktach. Wtedy, w razie naruszenia obowiązku, sąd od razu nakaże zapłatę uprawnionemu sumy pieniężnej – na podstawie art. 598<sup>16</sup> § 1 KPC w zw. z art. 598<sup>16</sup> § 2 KPC – stosownej do liczby naruszeń. Sąd ustalając kontakty powinien zagrozić nakazaniem zapłaty sumy pieniężnej zawsze gdy jest obawa, że zobowiązany nie zechce wykonać swojego obowiązku. Można rozważyć, czy nie należało wprowadzić obowiązku tego zagrożenia już do każdego orzeczenia merytorycznego. Wówczas w praktyce nigdy postępowanie nie byłoby dwuetapowe. Jednakże nie jest to celowe w przypadku gdy strony przed ustaleniem kontaktów zachowywały się lojalnie wobec siebie i nie zachodzi obawa naruszenia zasad kontaktów w przyszłości. Orzekanie o zagrożeniu nakazaniem zapłaty już w orzeczeniu ustalającym kontakty powinno zaś być regułą w sprawach konfliktowych.

Zastosowanie art. 582<sup>1</sup> KPC przez sąd rozwodowy mogło budzić uzasadnione wątpliwości w stanie prawnym sprzed 13 sierpnia 2011 r. Tymczasem możliwość ta jest jak najbardziej wskazana. Ustawodawca dokonując nowelizacji ustawą

z dnia 26 maja 2011 r. przyjął słuszne założenie, że kognicja sądu rozwodowego powinna obejmować również § 2 w art. 582<sup>1</sup> KPC a nie tylko wprowadzany tą ustawą nowy § 3.

Dlatego też zdecydowano się dodać, w rozdziale 2 tytułu VII księgi pierwszej części pierwszej KPC, normę stanowiącą, że sąd może na wniosek strony zastosować art. 582<sup>1</sup> KPC (nowy art. 445<sup>3</sup> KPC).

W konsekwencji, w art. 598<sup>16</sup> § 2 KPC mowa jest o sędzie bez przymiotnika „opiekuńczy”.

Nie ma granicy wysokości kwoty, kwota ta ma być skuteczna, powinna być adekwatna do majątku osoby zobowiązanej. Nie oznacza to dowolności. W art. 598<sup>15</sup> § 1 KPC wyrażona jest dyrektywa, jaką sądy powinny się kierować przy określaniu wysokości zagrożenia, a mianowicie uwzględnienie sytuacji majątkowej osoby zobowiązanej, co oczywiście analogicznie dotyczy uprawnionego, jeżeli zagrożenie miałoby go dotyczyć. Niewątpliwie nowe rozwiązanie przyznaje sądom dużą swobodę w ustalaniu sumy zagrożenia. Jednakże, ponieważ zawsze wymagane jest wcześniejsze zagrożenie, osoba, której dotyczy zagrożenie zawsze jest uprzedzona o konsekwencjach naruszenia prawa. Brak dolnego i górnego pułapu pozwala dostosować zagrożenie do sytuacji finansowej osoby, której dotyczy zagrożenie. Zasądzana suma zależy od liczby naruszeń, nie jest zaś zależna od rodzaju naruszeń, ponieważ sąd jest związany wcześniej ustaloną kwotą zagrożenia a w momencie orzekania o zagrożeniu nie sposób przewidzieć rodzaju naruszenia, które może nastąpić w przyszłości.

W uzasadnieniu wyjaśniono, że jedno i to samo zagrożenie jest wystarczające do wydania kilku postanowień zasądzających w tym samym postępowaniu, a w razie jego umorzenia, wydania od razu postanowienia zasądzającego po wszczęciu kolejnego postanowienia.

Podkreślić należy, że nowy środek zakłada sankcję za każde poszczególne naruszenie od momentu zagrożenia. Natomiast środek, o którym mowa w art. 1050 i n. KPC, nie rozróżnia ilości naruszeń obowiązku. Zobowiązany nie miałby tym samym motywacji do pełnego przestrzegania swego obowiązku, gdyby ustawodawca przyjął konstrukcję z art. 1050 i n. KPC. Potrzeba uwzględnienia periodycznego charakteru kontaktów skłoniła więc ustawodawcę do odmiennego uregulowania ich wykonywania niż mechanizm przewidziany w art. 1050 i n. KPC dla egzekucji świadczeń niepieniężnych.

Orzekanie o zagrożeniu nakazaniem zapłaty zapewnia zobowiązanemu pewność co do konsekwencji naruszenia przez niego orzeczenia o kontaktach. W razie braku określenia sumy zagrożenia byłaby ona nieoznaczona i zobowiązany mógłby zarzucać niepewność prawa. Jednocześnie pełni funkcję prewencyjną. Wcześniejsze ustalenie sumy zagrożenia upraszcza też postępowanie w drugim etapie, który

nie obejmuje już w zasadzie kwestii wysokości sumy za jedno naruszenie. Jedyne w wyjątkowych wypadkach sąd może na tym etapie zmodyfikować orzeczoną wcześniej kwotę zagrożenia ze względu na zmianę okoliczności. W przeciwnym razie regułą byłoby kwestionowanie wysokości kwoty zagrożenia również na tym etapie postępowania. Chodzi tylko i wyłącznie o drastyczne zmiany w sytuacji majątkowej osoby wobec której wydano postanowienie zagrażające nakazaniem zapłaty.

Sformułowanie zagrożenia na podstawie art. 582<sup>1</sup> § 3 KPC, czyli w orzeczeniu merytorycznym, nie oznacza wdrożenia postępowania wykonawczego, o którym mowa w art. 598<sup>15</sup> i n. KPC. Natomiast gdy w razie braku wcześniejszego zagrożenia w orzeczeniu merytorycznym uprawniony wystąpi o wydanie na podstawie art. 598<sup>15</sup> KPC postanowienia w przedmiocie zagrożenia, wniosek ten wszczyna postępowanie wykonawcze. Wówczas przesłanką zagrożenia jest stwierdzenie naruszenia. Zatem bez naruszenia obowiązku nie ma podstaw do wszczęcia postępowania wykonawczego.

Jeśli zobowiązany zacznie respektować orzeczenie o kontaktach po nakazaniu mu zapłaty sumy pieniężnej, to suma ta (za dokonane wcześniej naruszenia obowiązku) nadal się należy.

W art. 598<sup>17</sup> KPC nawiązano do zabezpieczeń i gwarancji wykonania postanowień o kontaktach z dziećmi wprowadzonych już do Kodeksu postępowania cywilnego ustawą z dnia 6 listopada 2008 r. Chodzi mianowicie o art. 582<sup>1</sup> KPC., w którego § 2 wymienia się przykładowy katalog zabezpieczeń wykonywania kontaktów z dzieckiem, nawiązujący do środków wymienionych w art. 10 Konwencji Rady Europy w sprawie kontaktów z dziećmi, przyjętej w dniu 15 maja 2003 r. w Strasburgu. Celem jest, aby ta osoba, która naruszyła orzeczenie lub ugodę dotyczące kontaktów, przez co uniemożliwiła kontakt, zwróciła wydatki temu, kto był do ich pokrycia zobowiązany i je poniósł. Jeśli chodzi o koszty dotyczące samego uprawnionego związane z dojazdem i pobytem w czasie i miejscu kontaktu, to z istoty rzeczy ponosi je zawsze sam uprawniony i dlatego należy mu się ich zwrot od osoby, która wskutek naruszenia orzeczenia lub ugody w przedmiocie kontaktów, kontakty te uniemożliwiła.

Pomocny w tym jest środek z art. 582<sup>1</sup> § 2 pkt 2 KPC, ułatwia bowiem uprawnionemu pełne zaspokojenie w postępowaniu egzekucyjnym z sumy złożonej na rachunek depozytowy, ale przed 13 sierpnia 2011 r. było to możliwe dopiero w razie zasądzenia roszczenia w sprawie o odszkodowanie.

Należy zwrócić uwagę, że chodzi tu tylko o koszty dotyczące samego uprawnionego. Zobowiązanie do złożenia środków pieniężnych na rachunek depozytowy sądu pełni bowiem funkcję zabezpieczenia roszczenia o zwrot wydatków uprawnionego.

Zobowiązanie obu stron do wykonania kontaktu wynika z samego orzeczenia o kontaktach, zawinione niewykonanie tego zobowiązania rodzi więc obowiązek naprawienia szkody, na którą z reguły składają się koszty wymienione w art. 582<sup>1</sup>

§ 2 pkt 2 KPC, ponadto jednak mogą wchodzić w grę koszty, o których mowa w pkt 1. Również w tym zakresie konieczne było wcześniej zasądzenie w drodze procesu o odszkodowanie.

Art. 598<sup>17</sup> KPC umożliwia pominięcie procesu cywilnego i przyznanie w omawianym postępowaniu poniesionych wydatków czy to osobie uprawnionej, czy to osobie, pod której pieczę dziecko pozostaje. Postanowienie w tym przedmiocie może być wydane niezależnie od innych postanowień, o których mowa w oddziale 6, w szczególności nie jest uzależnione od wcześniejszego zastosowania któregośkolwiek innego środka tam przewidzianego. Nie ma też potrzeby wcześniejszego zagrożenia zastosowaniem tego środka. Wystarczające jest spełnienie przesłanki wyrażonej w art. 598<sup>17</sup> KPC.

Przesłanką zastosowania wskazanych wyżej środków jest naruszenie obowiązku wynikającego z orzeczenia lub ugody dotyczących kontaktów i jest oczywiste, że przez sformułowanie „niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie obowiązku” należy rozumieć zachowanie nieusprawiedliwione. W art. 1050 i 1051 KPC także nie wskazano winy jako przesłanki zastosowania środków tam przewidzianych. Nie ulega jednak wątpliwości, że obrona zobowiązanego, który wykáže brak winy, będzie skuteczna. Gdyby ustawodawca dopisał frazę zaczerpniętą z art. 471 KC *in fine* („chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi”), to powstałoby pytanie, czy nie należałoby uczynić tego samego z art. 1050 i 1051 KPC, które przecież nadal obowiązują, gdyż w razie wyraźnego zapisania przesłanki ekskulpacyjnej, jej brak w wymienionych przepisach uzasadniał w drodze wykładni *a contrario* wniosek, że „odpowiedzialność”, o której mowa w art. 1050 i 1051 KPC, ma charakter bezwzględny.

Należy zwrócić uwagę na możliwe wątpliwości w kwestii pozornie różnych przesłanek zagrożenia i zasądzenia. Przesłanką zagrożenia jest bowiem niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie obowiązków wynikających z orzeczenia albo z ugody zawartej przed sądem lub przed mediatorem w przedmiocie kontaktów z dzieckiem. Przesłanką zasądzenia sumy pieniężnej jest dalsze niewypełnienie obowiązku. W tym pojęciu mieści się zarówno całkowite jak też częściowe niewykonanie obowiązku, w tym także niewłaściwe jego wykonanie. Każde z tych uchybień mieści się w przesłance „nadal nie wypełnia swego obowiązku”. Użycie słowa „nadal” wyraźnie wskazuje, że chodzi o te same uchybienia, których wystąpienie jest przesłanką zagrożenia. Inna interpretacja prowadziłaby do absurdalnych wniosków, zwłaszcza gdy mamy do czynienia z sankcją skierowaną wobec osoby uprawnionej do kontaktów. Przecież przez sformułowanie „nadal nie wypełnia swego obowiązku” nie będziemy rozumieć tego, że uprawniony do kontaktów w ogóle nie realizuje prawa (i obowiązku) kontaktów, lecz że realizuje go nieprawidłowo.

Natomiast celowe i uzasadnione jest zastosowanie innej przesłanki do orzeczenia o zagrożeniu w orzeczeniu merytorycznym. Jest nią uzasadniona obawa naruszenia obowiązków wynikających z postanowienia o kontaktach, w tym bowiem momencie obowiązek ten jeszcze nie powstał i można jedynie antycypować duże prawdopodobieństwo jego naruszenia ze względu na dotychczasowe zachowanie zobowiązanego.

Co do charakteru prawnego zasądzonej sumy można w każdym razie stwierdzić, że nie jest to ani kara ani odszkodowanie. Wydaje się, że charakter prawny zasądzonej kwoty jest zbliżony do zadośćuczynienia.

Niewątpliwie zaś kwestii odszkodowawczych dotyczy art. 598<sup>17</sup> KPC, gdyż dotyczy on zwrotu wydatków, które zostały wyłożone w celu przygotowania kontaktu, w szczególności jeżeli zostały wyłożone na podstawie zobowiązania przez sąd na podstawie art. 582<sup>1</sup> § 2 KPC.

Należy podkreślić, że omówione wyżej środki znajdują zastosowanie także do naruszeń dokonanych przez uprawnionego do kontaktów. Postępowanie w tym zakresie jest analogiczne do postępowania toczącego się z wniosku osoby uprawnionej do kontaktów. Oznacza to, że zagrożenie nakazaniem zapłaty określonej sumy pieniężnej za każde naruszenie może być zamieszczone już w orzeczeniu dotyczącym kontaktów (art. 582<sup>1</sup> § 3 KPC), albo później w odrębnym postanowieniu (art. 598<sup>15</sup> § 2 KPC). Należy jednak w tym miejscu odróżnić obszar zastosowania omawianych przepisów od przepisów o odebraniu dziecka. Jeżeli bowiem uprawniony do kontaktu z dzieckiem trwale zatrzyma dziecko po upływie czasu kontaktu (tzn. nie zechce go oddać osobie, pod której pieczęć dziecko pozostaje), to do przywrócenia stanu zgodnego z prawem posłuży tryb właściwy dla odebrania dziecka. Jeżeli zaś uprawniony do kontaktu z dzieckiem dopuszcza się jedynie opóźnień w oddaniu dziecka osobie, pod której pieczęć dziecko pozostaje, to wówczas te naruszenia mogą być podstawą do zastosowania przepisów wprowadzanych niniejszym projektem.

Licząc się z sytuacjami, gdy opisany środek finansowy nie doprowadził do wykonania orzeczenia o kontaktach, w projekcie zawarte było pierwotnie rozwiązanie, że jeżeli kontakty te polegają na zabieraniu dziecka poza miejsce jego pobytu, sąd mógłby zlecić kuratorowi przymusowe odebranie dziecka. Warunkiem przejścia do tego środka było stwierdzenie, że zastosowanie środka, o którym mowa w art. 598<sup>16</sup> KPC, nie zapewniło uprawnionemu kontaktów z dzieckiem, polegających na zabieraniu dziecka poza miejsce stałego pobytu. Propozycja ta nie znalazła akceptacji w Sejmie i została z projektu wykreślona.

Podobnie jak w sprawie o odebranie dziecka, postępowanie w sprawach, o których mowa w oddziale 6, może być wszczęte tylko na wniosek (art. 598<sup>18</sup> § 1 KPC).

Należy wyjaśnić, że postanowienia, o których mowa w oddziale 6, nie kończą postępowania. Istotą postępowania jest bowiem sukcesywne stosowanie środków o narastającej dolegliwości, a poza tym wnioski o nakazanie zapłaty (art. 598<sup>16</sup>

KPC) mogą być też ponawiane w związku z powtarzającymi się naruszeniami. Dlatego też należało wyraźnie przewidzieć, że od każdego z postanowień przewidzianych w oddziale 6 przysługuje zażalenie.

Należy tu wyjaśnić, że jeżeli zagrożenie zostanie zawarte już w orzeczeniu ustalającym kontakty, od którego przysługuje apelacja, to zakresem apelacji może być objęte także to zagrożenie, ponieważ jest to orzeczenie co do istoty sprawy kończące postępowanie.

Ponadto należało rozstrzygnąć, kiedy sąd umarza postępowanie. Zgodnie z art. 598<sup>20</sup> KPC, sąd umarza postępowanie, jeżeli w ciągu sześciu miesięcy od uprawomocnienia ostatniego postanowienia nie wpłynął kolejny wniosek w sprawach, o których mowa w art. 598<sup>15</sup>–598<sup>17</sup> KPC. Oczywiście nie wyłącza to ogólnej zasady wyrażonej w art. 355 § 1 KPC, która w omawianych sprawach znajduje zastosowanie, jeżeli podstawa do prowadzenia omawianego postępowania odpadła, tzn. przestało obowiązywać orzeczenie lub ugoda określające kontakty (np. dziecko ukończyło 18 lat).

Jeżeli na podstawie art. 598<sup>20</sup> KPC sąd umorzył postępowanie, to wydane postanowienia pozostają w mocy, co dotyczy w szczególności postanowienia wydanego w myśl art. 598<sup>15</sup> KPC, które może być podstawą do zastosowania w ewentualnym nowym postępowaniu od razu środka z art. 598<sup>16</sup> KPC (nakazania zapłaty) bez potrzeby ponawiania zagrożenia jego zastosowaniem. Po umorzeniu postępowania mogą być egzekwowane przez komornika sumy, których zapłatę sąd już nakazał (egzekucja świadczeń pieniężnych).

Koncepcja wielu samodzielnych postępowań dla wydania każdego z postanowień przewidzianych w oddziale 6 byłaby sprzeczna z zasadą ekonomiki procesowej. Ponadto postanowienia wydawane w poszczególnych postępowaniach byłyby według ogólnych zasad zaskarżalne apelacją jako postanowienia co do istoty sprawy kończące postępowanie. Odstąpienie od tych ogólnych zasad na rzecz zażaleń trudno byłoby wówczas uzasadnić.

W konsekwencji ulokowania omawianej regulacji w przepisach o postępowaniu opiekuńczym wyłączone jest stosowanie przepisów dotyczących postępowania egzekucyjnego oraz postępowania klauzulowego. W Polsce do dnia 27 września 2001 r. przepisy te znajdowały zastosowanie zarówno do orzeczeń o kontaktach, jak i o odebraniu dziecka. Od dnia 27 września 2001 r. sprawy o odebranie dziecka, zarówno w stadium rozpoznawczym, jak i wykonawczym, należą do postępowania w sprawach opiekuńczych.

Od dnia 13 sierpnia 2011 r. to samo dotyczy wykonania orzeczeń o kontaktach. W przeciwieństwie jednak do sprawy o odebranie dziecka, gdzie jedno postępowanie obejmuje zarówno orzeczenie merytoryczne jak i fazę wykonawczą, w przedmiocie kontaktów z dziećmi mamy do czynienia z całkowicie odrębnymi postępowaniami: merytorycznym i wykonawczym. Dlatego też konieczna była tu

norma, że do wniosku o wszczęcie postępowania uregulowanego w oddziale 6 dołącza się odpis wykonanego orzeczenia albo wykonanej ugody zawartej przed sądem lub przed mediatorem (art. 598<sup>19</sup> § 1 KPC). Należy w związku z tym odpowiedzieć na pytanie, co to znaczy wykonalne orzeczenie lub ugoda. Do dnia 5 lutego 2005 r. (data wejścia w życie ustawy nowelizującej KPC z dnia 2 lipca 2004 r.) w ogóle nie było regulacji w tym zakresie. Od tej zaś daty była mowa jedynie o wykonalnym postanowieniu jako podstawie wszczęcia postępowania opiekuńczego w dodanym wówczas art. 578<sup>1</sup> KPC. Nie było wówczas potrzeby wspomnienia o ugodzie, bo w praktyce nie było takiego wykonawczego postępowania opiekuńczego, w którym wykonywana byłaby ugoda. Taka potrzeba zaistniała dopiero wraz z przeniesieniem regulacji wykonywania orzeczeń o kontaktach z dziećmi z postępowania egzekucyjnego do postępowania opiekuńczego. Dlatego też ustawą z dnia 26 maja 2011 r. dodano do art. 578<sup>1</sup> KPC ugodę sądową oraz ugodę zawartą przed mediatorem. W obecnym brzmieniu artykuł ten został rozbudowany i podzielony na 3 paragrafy. Przepis § 1 stanowi, że podstawą wszczęcia postępowania wykonawczego jest orzeczenie sądu albo ugoda zawarta przed sądem, których wykonalność została stwierdzona przez sąd, albo ugoda zawarta przed mediatorem po jej zatwierdzeniu przez sąd. Stwierdzenie wykonalności dotyczy więc orzeczenia i ugody sądowej. Zgodnie z § 2, do stwierdzenia wykonalności, o którym mowa w § 1, stosuje się odpowiednio art. 364 mówiący o stwierdzeniu prawomocności. Oznacza to, że postanowienie pozytywne zapada na posiedzeniu niejawnym. W razie przyjęcia, że przysługiwałoby na nie zażalenie trzeba byłoby je doręczyć zobowiązanemu. Wydaje się jednak, że zażalenie tu nie przysługuje. Wprawdzie na stwierdzenie prawomocności przysługuje zażalenie, ale stanowi o tym wyraźnie art. 394 § 1 pkt 4<sup>2</sup> KPC a nie wymienia się tam stwierdzenia wykonalności. Odesłanie z § 2 wskazuje zaś tylko na art. 364 i nie wymienia art. 394 § 1 pkt 4<sup>2</sup> KPC. Znowelizowany art. 578<sup>1</sup> KPC rozciąga procedurę stwierdzenia wykonalności nie tylko na ugodę sądową ale także na wyroki (np. rozwodowe, czy ustalające pochodzenie dziecka, które zawierają rozstrzygnięcia opiekuńcze). W poprzednim brzmieniu tego przepisu była bowiem mowa jedynie o postanowieniu. Znaczenie korekty art. 578<sup>1</sup> KPC wykracza więc poza sprawy o kontakty, choć dla tych spraw ma zasadnicze znaczenie ze względu na obligatoryjność rozstrzygnięcia o kontaktach w wyroku rozwodowym oraz częste w praktyce ugody sądowe zawierane w tym przedmiocie przed sądem opiekuńczym.

Zatwierdzenie ugody zawartej przed mediatorem następuje w trybie określonym w przepisach o mediacji (art. 183<sup>14</sup> KPC). Zgodnie z § 2 *in fine* tego artykułu, sąd zatwierdza ugodę niepodlegającą wykonaniu w drodze egzekucji (a z taką mamy do czynienia w sprawie o kontakty), postanowieniem wydawanym na posiedzeniu niejawnym.



W art. 578<sup>1</sup> KPC postanowiono, że jedynie stwierdzenie wykonalności orzeczenia następuje z urzędu, a zatem do stwierdzenia wykonalności ugody sądowej potrzebny jest wniosek. Jest to uzasadnione, gdyż celowe jest podobne traktowanie ugody sądowej jak ugody zawartej przed mediatorem, do której zatwierdzenia potrzebny jest wniosek strony. W praktyce ugody sądowe, wykonywane w wykonawczym postępowaniu opiekuńczym, będą dotyczyły kontaktów, a tu działanie z urzędu nie jest konieczne.

Wyraźnego zaznaczenia wymagało odstąpienie od wymagania nadania klauzuli wykonalności także w przypadku postanowień nakazujących zapłatę (art. 598<sup>16</sup> § 4, art. 598<sup>17</sup> § 4). Odstąpienie od wymagania nadania klauzuli wykonalności nie wynika tu z faktu, że wykonanie postanowienia odbywa się w postępowaniu opiekuńczym. Postanowienia te podlegają zwykłej egzekucji świadczeń pieniężnych prowadzonej przez komornika. Uzasadnieniem przyjętego rozwiązania jest troska o ułatwienie egzekucji, a ściślej – jej wszczęcia, ale nie oznacza to przyspieszenia postępowania. Do wszczęcia egzekucji potrzebne jest bowiem stwierdzenie prawomocności, a na to przysługuje zażalenie (art. 394 § 1 pkt 4<sup>2</sup> KPC). Ponieważ stwierdzenie prawomocności następuje na posiedzeniu niejawnym (art. 364 § 1 KPC), to konieczne jest doręczenie dłużnikowi postanowienia.

Odrębny problem stanowi kwestia zagranicznego orzeczenia lub ugody jako podstawy wszczęcia postępowania uregulowanego w oddziale 6. Podobne zagadnienie występuje na tle regulacji odebrania dziecka. Od chwili przeniesienia regulacji wykonywania orzeczeń o odebraniu dziecka z postępowania egzekucyjnego do postępowania opiekuńczego, mogło się nasuwać pytanie, czy potrzebne jest stwierdzenie wykonalności w rozumieniu przepisów KPC o międzynarodowym postępowaniu cywilnym, jeżeli do wykonania przedkładane jest obce orzeczenie. Wątpliwości te rozstrzyga art. 598<sup>14</sup> KPC wprowadzony ustawą z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 234, poz. 1571, która weszła w życie z dniem 1 lipca 2009 r.). Przepis ten uzależnia podjęcie czynności wykonawczych w zakresie odebrania dziecka od uzyskania stwierdzenia wykonalności zagranicznego orzeczenia. Ponieważ ustawą z dnia 26 maja 2011 r. dokonano – podobnie jak w przypadku wykonania orzeczeń o odebraniu dziecka – przeniesienia regulacji wykonywania orzeczeń o kontaktach z dziećmi z postępowania egzekucyjnego do postępowania opiekuńczego, konieczna jest podobna norma jak w art. 598<sup>14</sup>. Normę tę wyraża art. 598<sup>19</sup> § 2 KPC. Różni się on od art. 598<sup>14</sup> tym, że uwzględnia ugodę zawartą przed sądem lub przez niego zatwierdzoną. O ile w sprawie o odebranie dziecka nie ma miejsca na ugodę, o tyle w sprawach o kontakty występuje ona często również za granicą. Już w tym miejscu należy zaznaczyć, że jeśli chodzi o orzeczenia wydane w państwach Unii Europejskiej, to z reguły będziemy mieli do czynienia z orzeczeniami opatrzonymi certyfikatem, które nie wymagają stwierdzenia wykonalności (szerzej

na ten temat w części dotyczącej międzynarodowych aspektów władzy rodzicielskiej i kontaktów z dziećmi). W takiej sytuacji art. 598<sup>19</sup> § 2 KPC nie znajdzie zastosowania, ustępując pierwszeństwa regulacji europejskiej.

Ustawodawca wyłączył w omawianym postępowaniu zastosowanie art. 577 KPC, na podstawie którego sąd opiekuńczy ma możliwość zmiany swojego postanowienia nawet prawomocnego, jeżeli wymaga tego dobro osoby, której postanowienie dotyczy. Art. 577 KPC nie powinien w ogóle znajdować zastosowania do postanowień wydawanych w postępowaniu o wykonanie orzeczeń w sprawie kontaktów z dziećmi z tej przyczyny, że umożliwiłoby to składanie nieustających wniosków o uchYLENIE postanowienia i prowadziło do ubezskuteccznienia tego postanowienia. Zapisanie w art. 598<sup>21</sup> KPC, że art. 577 KPC nie stosuje się, dotyczy wszystkich postanowień zagrażających i zasądzających, w tym zasądzających „odszkodowania” z art. 598<sup>17</sup> KPC.

Ostatnim zagadnieniem jest kwestia intertemporalna. Zgodnie z art. 2 ustawy z dnia 26 maja 2011 r., wprowadzone nią przepisy stosuje się do wniosków złożonych po dniu jej wejścia w życie. Oznacza to, że nowy tryb może być stosowany nie tylko do wykonania orzeczeń wydanych przed dniem 13 sierpnia 2011 r. ale także do naruszeń dokonanych przed tą datą, pod warunkiem, że zostaną objęte wnioskiem złożonym od tego dnia. Samo wejście w życie nowego trybu wykonywania orzeczeń nie stanowi podstawy do zmiany trybu toczącego się postępowania ani do jego umorzenia. Wydaje się jednak, że umorzenie byłoby uzasadnione w sytuacji, gdyby wnioskodawca złożył po wejściu w życie nowelizacji wniosek w nowym trybie, choćby dotyczył on zdarzeń nieobjętych dotychczas toczącą się sprawą z art. 1050 lub 1051 KPC, ponieważ środki tam przewidziane nie mają charakteru kary a jedynie charakter przymuszający. Jeżeli wnioskodawca wszczął postępowanie na nowych zasadach, to cel przymuszający postępowania, toczącego się na podstawie art. 1050 lub 1051 KPC, odpada – zostaje. Tym bardziej nie mogą toczyć się dwie sprawy równocześnie – stara oparta na art. 1050 lub 1051 KPC i nowa w nowym trybie, jeżeli obie miałyby dotyczyć tych samych naruszeń.

Jak się wydaje, środek polegający na nakazaniu zapłaty sumy na rzecz uprawnionego lub na rzecz osoby sprawującej pieczę nad dzieckiem, powinien być efektywniejszy od stosowanej dotychczas grzywny na rzecz Skarbu Państwa.

## **Wspólna opieka rodzicielska nad małoletnim dzieckiem w USA, w świetle prawodawstwa i badań specjalistycznych**

### **I. Perspektywa polska**

Opieka wspólna w postaci naprzemiennego zamieszkiwania dziecka u obojga rodziców po ich rozwodzie jest coraz częściej stosowana w USA, Skandynawii i innych krajach. Może ona przybierać różne formy, od spędzania przez dziecko przerw w nauce u ojca, a okresów szkolnych u matki, do spędzania na przemian dnia u ojca i dnia u matki. W wypadku opieki wspólnej, sprawowanej w ten naprzemienny sposób, sądy ustalają dwa równoprawne miejsca zamieszkania dziecka, bez względu na proporcje czasu, w jakich zamieszkuje ono u każdego z rodziców. W tym wypadku mają oni równe prawa do podejmowania najważniejszych decyzji dotyczących jego edukacji, zdrowia, wyznania i innych istotnych dla jego życia spraw oraz niekiedy dzielą między siebie zasiłki rodzinne i inne formy pomocy państwa dla rodziców (Szwecja).

W Polsce zjawisko opieki wspólnej sprawowanej przez rodziców naprzemiennie jest mało znane. Nic więc dziwnego, że środowiska prawnicze, jak i sami rodzice nie są pewni, czy to dobre rozwiązanie. W ostatnich latach daje się jednak zauważyć stale rosnące zainteresowanie tą formą opieki, co potwierdzają adwokaci, sędziowie, pracownicy Rodzinnych Ośrodków Diagnostyczno-Konsultacyjnych, jak i mediatorzy.

Istotnym czynnikiem wpływającym na rosnące zainteresowanie opieką wspólną/naprzemienną jest przede wszystkim chęć mężczyzn do sprawowania pełniejszej roli w wychowaniu dzieci. Wielu ojców przestaje już zgadzać się na rolę weekendowego gościa, podczas gdy matka ma samodzielnie decydować o wszelkich sprawach dotyczących jego wychowania. Inną, równie istotną przyczyną jest to, że kobiety coraz częściej poświęcają się własnej karierze, a samodzielna opieka nad dzieckiem jest trudna do pogodzenia z realizowaniem ambicji zawodowych. We współczesnym polskim społeczeństwie często zarówno kobieta, jak i mężczyzna podejmują trud ekonomicznego zaspokajania potrzeb rodziny i wychowania wspólnych dzieci. Logiczną konsekwencją tego nowego, partnerskiego podziału ról w małżeństwie, jest chęć rodziców do równego wpływu na wychowanie dzieci po rozpadzie związku.

Ważnym elementem wpływającym na zainteresowanie rodziców tą formą sprawowania opieki nad dziećmi po rozwodzie są wyniki badań wskazujące, że dzieci, które po rozwodzie spędzają porównywalną ilość czasu z obojgiem rodziców,

którzy pozostają ze sobą w poprawnych relacjach, są lepiej przystosowane społecznie, niż dzieci pozbawione kontaktu z jednym z rodziców, lub te, które ten kontakt mają z jednym z rodziców znacznie ograniczony.

W Polsce dotychczas opieka nad dzieckiem po rozwodzie rodziców w tej postaci była formalnie niemożliwa. Sąd był bowiem zobligowany do ustalenia w wyroku rozwodowym jednego, konkretnego miejsca zamieszkania. Powodowało to, że nawet gdy pozostawiano obojgu rodzicom pełnię władzy rodzicielskiej to ustalając miejsce zamieszkania dziecka przy jednym z rodziców (najczęściej matce) sąd arbitralnie przyznawał jej, niejako z urzędu, prawo sprawowania bezpośredniej pieczy nad dzieckiem.

W większości przypadków pozostawienie więc pełnej władzy rodzicielskiej miało w tej sytuacji jedynie iluzoryczne znaczenie, bowiem rodzic, przy którym ustalono miejsce zamieszkania dziecka faktycznie stawał się dysponentem kontaktów dziecka ze światem zewnętrznym, w tym i z drugim rodzicem.

Nowelizacja Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 2009 r. sytuację tę zasadniczo zmieniła. Zapisy zawarte w art. 58 znowelizowanego k.r.o. dają bowiem możliwość rozstrzygnięcia o sposobie sprawowania opieki nad dzieckiem, włącznie z ustaleniem jego miejsca zamieszkania, przez samych rodziców. Rodzice mogą więc ustalać, gdzie dziecko będzie mieszkać i czy będzie miało jeden, główny ośrodek życia u jednego z rodziców, czy też dwa równoprawne miejsca zamieszkania. Trzeba jednak zaznaczyć, że sąd może, lecz nie musi zaakceptować porozumienia rodziców w tej kwestii. W art. 58 § 1a k.r.o. użyto sformułowania „Sąd może”, co oznacza, że nie jest zobligowany do takiego rozstrzygnięcia. Decydującą przesłanką w rozstrzygnięciu tej kwestii jest dla sądu dobro dziecka. Ustawodawca pozostawił więc sądowi prawo decydowania, czy przyjęte przez rodziców rozwiązanie dotyczące opieki nad dzieckiem po rozwodzie, będą dziecku służyć. Podobnie uregulowane są kwestie kompetencji w rozstrzygnięciu o zamieszkania dziecka po rozwodzie przez prawodawstwa Szwecji i niektórych stanów USA. Również i tam to sędzia podejmuje ostateczną decyzję, co nie zmienia faktu, że rosnący odsetek rozstających się rodziców uzyskuje w wyrokach rozwodowych zapis o wspólnym, sprawowanym naprzemiennie sposobie sprawowania opieki nad dzieckiem. Tak więc można mówić o tym, że droga w polskim systemie prawnym do wprowadzenia opieki wspólnej, przyjmującej również formę naprzemiennego zamieszkiwania dziecka u obojga rodziców po ich rozstaniu została otwarta. W ślad za wprowadzonymi przez nowelizację k.r.o. z 2009 r. zmianami powinny pójść jeszcze nowelizacje przepisów Kodeksu cywilnego, dotyczących miejsca zamieszkania dziecka i przepisów k.r.o., dotyczących obowiązku alimentacyjnego, abyśmy mogli mówić o pełnym usankcjonowaniu prawnym opieki wspólnej/naprzemiennnej w Polsce. Pierwsze kroki w stronę umożliwienia obojgu rodzicom aktywnego uczestnictwa w wychowaniu dzieci po rozwodzie zostały jednak zrobione.

Dla orzeczenia przez sąd, a potem prawidłowego funkcjonowania opieki wspólnej zasadnicze jest stworzenie porozumienia w postaci Rodzicielskiego Planu Wychowawczego. Już ten warunek ogranicza krąg rodziców, którzy korzystają i w przy-

szłości będą korzystać z tego rozwiązania. Zgodne porozumienie będą przecież w stanie zawrzeć jedyni rodzice świadomi wagi kontaktu obojga z nich z dzieckiem, którzy ponadto są w stanie postawić dobro dziecka, troskę o jego nieskrępowany rozwój ponad chęć odwetu na byłym partnerze, a to jest zasadnicza bariera w wprowadzaniu tego rozwiązania w Polsce. Często od tego pomysłu odwodzą rodziców adwokaci, którzy są w Polsce tak kształceni, żeby rozwód i to co się dzieje na sali sądowej traktować jak pole bitwy, gdzie może być tylko jeden wygrany. Doprowadzają w ten sposób do eskalacji konfliktu pomiędzy rozwodzącymi się, zaprzepaszczając możliwość jakiegokolwiek porozumienia na rzecz dobra dziecka. Takie podejście do ustaleń okołorozwodowych musi doprowadzić do głębokiej frustracji u jednego, a czasem u obojgu zainteresowanych. To zaś z kolei sprawia, że niechętnie wywiązują się oni z narzuconych im arbitralnie przez sąd ustaleń, w tym i tych dotyczących formy opieki nad dziećmi jak i sposobu zaspokajania ich potrzeb materialnych.

Rozwiązanie zdają się nieść mediacje rodzinne, które w niektórych krajach są stałym elementem procesu rozwodowego, kiedy małżonkom trudno jest dojść do porozumienia w kwestiach dotyczących opieki nad dziećmi. Mediacje prowadzą bowiem do zmniejszenia skali konfliktu pomiędzy małżonkami, co pozwala podjąć im bardziej odpowiedzialne decyzje dotyczące przyszłości dzieci.

Pomimo tych trudności w ostatnich latach pewna liczba par małżeńskich decydowała się na realizowanie opieki wspólnej/naprzemiennej po rozwodzie, czy rozstaniu. W ostatnim roku zgłaszały się do mediatorów Fundacji Akcja pary, które na mocy nieformalnej umowy, dzieliły się przez ostatnie lata w równych proporcjach opieką nad dziećmi. Osoby te chciały przyjęte nieformalnie rozwiązania spisać w postaci planu wychowawczego. Znane są nam również przypadki, kiedy w latach poprzedzających nowelizację k.r.o. z 2009 r. pary na drodze mediacji ustalały warunki opieki wspólnej, godząc się na to, że ustalenia przez nich zawarte, nie zostaną potwierdzone wyrokiem sądowym.

Z relacji tych par z którymi zetknęliśmy się w Fundacji wynika, że praktyka sprawowania tej formy opieki nie jest sprawą prostą. Rodzice, decydując się na ten układ, musieli złagodzić swoje negatywne emocje do byłego partnera, co jest koniecznością ułożenia współpracy. Trzeba przyjąć do wiadomości, że ta druga osoba jest też potrzebna dziecku, co wymagało zrozumienia wzajemnych potrzeb rodziców oraz dziecka i doprowadzenia do kompromisu.

Opieka wspólna/naprzemienna wiąże się z konkretnymi kosztami, jakimi muszą podzielić się rodzice. W dużej mierze chodzi o koszty materialne, bo przecież trzeba mieć możliwość, żeby dziecko przewozić w określonych terminach z miejsca na miejsce. Faktycznie trzeba mu też stworzyć dwa domy. Istotne jest przy tym to, żeby oba miejsca zamieszkania nie były zanadto oddalone od siebie. Amerykanie oszacowali ten dystans według swoich kryteriów na maksimum 100 mil. U nas praktycy pomagający tworzyć plany wychowawcze przyjmują, że to nie powinno być więcej niż 30 km, a dobrze by było, żeby rodzice mieszkali w obrębie jednego

miasta. Chodzi również o koszty innej natury, a mianowicie o wysiłek emocjonalny. Najważniejsza jest bowiem „drożna” komunikacja pomiędzy rodzicami, a nie każdego na to stać. Dlatego też można powiedzieć, że ludzie, którzy decydują się na opiekę naprzemienną w Polsce należą z reguły do specyficznej grupy. Mediatorzy określają ich, jako tych, którzy są „o krok do przodu”. Co oznacza dobrze wykształconych, majątnych i podróżujących po świecie, gdzie prawdopodobnie usłyszeli o opiece wspólnej w formie naprzemiennej.

Rodzice, sprawujący w naszych warunkach tego rodzaju opiekę na dziećmi po rozstaniu, podkreślali wagę komunikacji pomiędzy nimi co do bieżących spraw. Jest to istotne z bardzo praktycznych powodów. Na przykład, kiedy mama kupi dziecku buty, to ojciec wie, że butów może już nie kupować i w ten sposób dziecko nie będzie witać zbliżającej się zimy z czterema parami butów, za to bez ciepłej kurtki. Jest to też ważne, bo ogranicza do minimum możliwości manipulacji rodzicami. Dziecku nie uda się naciągnąć obojga na składkę na komitet rodzicielski.

Dobra, drożna komunikacja pomiędzy byłymi małżonkami w sprawach dziecka nie oznacza wcale, że ci ludzie muszą zacząć się znowu lubić. Mogą nawet nie znosić się, ale muszą postępować według przyjętych reguł. Musi być stworzony precyzyjny plan opieki nad dzieckiem włącznie z tym kto chodzi na wywiadówki do szkoły, kto odpowiada za opiekę lekarską, w jakich godzinach dziecko przebywa w konkretnym miejscu. Trzeba precyzyjnie dogadać się jak dziecko spędza wakacje i inne dni wolne od nauki. Wszystko musi być przewidywalne, tak aby zapewnić maksimum bezpieczeństwa i poczucia stabilności dziecku. To wymaga od rodziców sporego wysiłku organizacyjnego. Czasami muszą przeorganizować całe swoje życie i być może pogodzić się z tym, że mniej będą poświęcać czasu na pracę i na przyjemności niż do tej pory. Dziecko musi również znać i akceptować swoje obowiązki. Im to wszystko jest konkretniej ustalone, tym dziecko czuje się bezpieczniej. Najczęściej zaś nie docenia się możliwości adaptacyjnych dzieci, a one są w stanie zaakceptować bardzo wiele. Kiedy mają pewność, że powiedzmy od poniedziałku do czwartku mieszkają u mamy, a przez resztę tygodnia u taty i w obu miejscach czują się dobrze, to ten układ po prostu działa.

Polscy rodzice, podsumowując zalety opieki naprzemiennej, wymieniają to, że dzięki temu rozwiązaniu nie mają bezustannych wyrzutów sumienia, że rozwodząc się z partnerem rozwodzą go również z dzieckiem. Ma to istotny wpływ na ich samopoczucie i ogólny komfort życia. Niezwykle istotne jest to, że całkiem zwyczajnie mają więcej wolnego czasu. Te przykładowo trzy dni, kiedy partner zajmuje się dzieckiem mogą wypełnić sobie szczerlnie czynnościami, których nie mogliby się pewnie podjąć, gdyby cały tydzień mieli dziecko u siebie. Nie bez znaczenia jest również i to, że opieka wspólna pozwala na równy podział wszystkich ważniejszych wydatków na dziecko. Samotny rodzic, który nawet dysponuje alimentami z reguły ponosi większe koszty utrzymania dziecka, nie mówiąc już o tym, że z alimentami bywa różnie. Najistotniejszą jednak zaletą jest to, że choć dziecko nie ma już jednego domu, to nadal ma obo-

je rodziców. Do największych minusów zaliczają poczucie, że nie mogą się do końca rozstać z byłym małżonkiem. Nie mogą się, często pomimo nieodpartego pragnienia, do końca od niego uwolnić. Czasami mają ochotę wyrzucić przez okno wszystkie rzeczy, które przypominają o wspólnej przeszłości, spalić zdjęcia i rozpocząć nowe życie. Ale niestety tak się nie da, bo łączy ich wspólna troska o dziecko. Trudno jest też pogodzić się z tym, że ojciec pewne decyzje dotyczące dziecka podejmuje samodzielnie, ale nie sposób jest w takiej sytuacji wszystkiego i zawsze zaplanować wcześniej.

W naszej kulturze panuje powszechny stereotyp, że dziecko musi mieć jeden dom. Eksperci, którzy wygłaszają takie jednoznaczne stwierdzenia nie biorą zwykle pod uwagę, że po rozwodzie rodziców, jeden dom dla dziecka najczęściej oznacza stratę drugiego rodzica. Trzeba by więc rozważyć co może wyrządzić dziecku większą szkodę: dwa domy i oboje rodziców, czy jeden dom i jeden rodzic, i dopiero wtedy wybrać mniejsze zło. Zaznaczyć jednak należy, że sytuacją idealną jest oczywiście, kiedy dziecko mając jeden dom, mieszka z obojgiem rodziców. A w zasadzie, kiedy dziecko mając jeden dom, mieszka z obojgiem rodziców, którzy tworzą pozytywne wzajemne relacje. Badania amerykańskie pokazują bowiem, że istota rzeczy tkwi nie tyle w tym z kim dziecko mieszka, ile raczej w tym, jaka jest jakość komunikacji pomiędzy obojgiem rodziców. Jeśli rodzice mieszkając razem kwestionują nawzajem swoje decyzje, deprecjonują wartość prezentów dawanych przez drugiego rodzica dziecku, obmawiają się przy nim, czy – co jest najgorsze – kłócą się w jego obecności, to dziecko nie będzie rozwijać się w optymalny sposób.

Przeciwnicy opieki wspólnej/naprzemiennej w Polsce twierdzą, że rodzice decydują się czasem na to rozwiązanie dla swojej wygody, nie zaś dla dobra dziecka. Trzeba przyznać, że idea ta przyszła do nas ze strony kultury bardzo negocjacyjnej, jaką jest kultura anglosaska. Tam rzeczywiście do podziału opieki nad dzieckiem podchodzi się podobnie, jak do podziału majątku, wspólnego ubezpieczenia, czy kredytu. Można byłoby więc przyjąć ten sposób argumentacji i zarzut, że relacje z dzieckiem są w pewien sposób uprzedmiotowione i podlegają podziałowi, jak pozostałe składniki wspólnego majątku. Trudno jest się nam z tym pogodzić, w naszej kulturze dominuje bowiem podejście idealistyczne, stawiające dobro dziecka ponad interesem rodziców. Jaka jednak istnieje alternatywa wobec tego rozwiązania? Dziecko pozostawione przy jednym z rodziców jest skazane na stopniowe osłabienie więzi z drugim, co przecież nie pozostanie bez wpływu na jego rozwój.

Co się zaś dzieje, kiedy opieka jest podzielony pomiędzy oboje rodziców nie mieszkających razem? Jak wykazują badania, jeśli opieka naprzemienna praktykowana jest przez rodziców, którzy potrafią oddzielić pełnione przez siebie funkcje małżeńskie i rodzicielskie, i nie przenosić konfliktu pomiędzy sobą na dziecko, nie wywiera ona negatywnych wpływów na psychikę dziecka.

Również w Polsce znane są konkretne przypadki, kiedy oboje z rodziców, którzy zdecydowali się na opiekę naprzemienną, po upływie dłuższego czasu zgodnie stwierdzają, że ich dziecko rozwija się znakomicie. Tak więc nawet jeśli to nie ide-

ologiczne, ale właśnie pragmatyczne motywy kierują rodzicami decydującymi się na opiekę wspólną/naprzemienną, to wydaje się, że w tym wypadku „interes” rodziców zgodny jest z dobrem dziecka.

Rozważając sytuacje dziecka, wędrującego pomiędzy rodzicami, którzy wybrali wariant opieki wspólnej/naprzemiennej, należy wziąć pod uwagę jeszcze jeden czynnik, a mianowicie wiek dziecka. Zdaniem wielu naukowców i doświadczonych mediatorów mniejsze dzieci, poniżej wieku szkolnego, gorzej znoszą tego rodzaju rozwiązanie. Ich zdolności adaptacyjne nie są tak rozwinięte, jak u dzieci starszych, które są już na zupełnie innym etapie rozwoju społecznego. Maluchy mają silniejszą potrzebę bezpieczeństwa, i w ich wypadku bardziej istotne jest, aby wychowywały się w jednym miejscu, które będzie stanowić ośrodek ich aktywności życiowej. Wydaje się również, że dzieci w wieku przedszkolnym i młodsze są silniej przywiązane do rodzica, na którym od urodzenia dziecka spoczywał główny ciężar wychowawczy. W praktyce oznacza to, że korzystniejsze dla ich rozwoju okazać się może pozostanie przy matce. Spierając się na temat wad i zalet opieki naprzemiennej warto wziąć pod uwagę opinię rodziców, którzy zdecydowali się na to eksperymentalne w polskich warunkach rozwiązanie. Ci zaś podkreślają zgodnie, że choć opieka naprzemienna nie jest panaceum na wszelkie problemy związane z wychowaniem dzieci po rozwodzie, to z całą pewnością ma pozytywny wpływ na jakość późniejszego życia byłych małżonków. Ludzie, którzy zrobili ten śmiały krok nie skazali się, jak inni, na życie w poczuciu winy, że odbierając dziecku drugiego rodzica, odebrali mu szansę na zrównoważony rozwój. Robią też w ten sposób coś dla siebie samych. Rezygnując z prawa wyłączności do dziecka zyskują masę czasu, który mogą wykorzystać na swój rozwój, jednocześnie dając dziecku możliwość nieskrępowanego kontaktu z drugim rodzicem.

## II. Perspektywa amerykańska

W ostatnich latach w USA niezwykle wzrasta popularność ustalania po rozwodzie naprzemiennej opieki rodzicielskiej nad małoletnimi dziećmi (*Shared Custody* lub *Joint Physical Custody*). Trend ten trwa nieprzerwanie od początku lat osiemdziesiątych, kiedy to pojawiły się pierwsze zapisy w prawodawstwie stanowym preferujące orzekanie przez sady opieki naprzemiennej, jako formy wspólnej opieki rodzicielskiej (*Joint Custody*).

### Preferencje dla opieki naprzemiennej w prawodawstwie stanowym USA

*Raport Children's Rights Council* w USA stwierdza, że obecnie w prawodawstwie 30 stanów USA i okręgu Columbia, istnieją zapisy preferujące wspólną opiekę rodzicielską nad małoletnim dzieckiem<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Dane pochodzą z oficjalnego serwisu Internetowego: *The Children's Rights Council* (CRC), który jest ogólnoamerykańską organizacją pozarządową z siedzibą w Waszyngtonie, działającą na rzecz dzieci i rozwoju rodziny (<http://www.gocrc.com>).



W niektórych z tych stanów prawodawstwo preferuje wspólną rodzicielską opiekę prawną (*Joint Legal Custody*), a w innych wspólną opiekę rodzicielską w postaci opieki naprzemiennej (*Joint Physical Custody* lub *Shared Custody*). Prawodawstwo niektórych z tych 30 stanów wiąże preferencje w orzekaniu opieki naprzemiennej ze zgodą obojga rodziców na tę formę opieki. W innych stanach tego rodzaju zapisy nie istnieją, co oznacza, że nawet w przypadku, gdy jeden z rodziców nie wyraża zgody na opiekę naprzemienną sędzia może ją orzec.

W ostatnio przyjętych stanowych inicjatywach legislacyjnych w tym zakresie, zaznacza się wyraźna tendencja do ochrony praw dziecka do równego kontaktu z obojgiem rodziców, czyli preferencje do orzekania wspólnej opieki. Potwierdzają to zapisy z 1999 r. w ustawodawstwie stanów Wisconsin i Oklahoma.

## **OKLAHOMA**

„W stanie Oklahoma jest prowadzona polityka zmierzająca do zapewnienia małoletnim dzieciom stałego kontaktu z obojgiem rodziców, którzy wykazują możliwości wspólnego działania w interesie swoich dzieci i wspieranie rodziców żyjących w separacji lub rozpadzie ich małżeństwa w ich staraniach o zapewnienie dzieciom takiego kontaktu. Aby ta polityka stała się bardziej efektywna, sąd, jeśli rodzice zgłoszą takie życzenie, powinien orzekać o równym dostępie małoletnich dzieci do kontaktu z obojgiem rodziców, w sytuacjach, kiedy taka opieka rodzicielska będzie służyć rozwojowi dziecka.”<sup>2</sup>.

## **WISCONSIN**

„Sąd powinien zatwierdzać taki terminarz kontaktów dzieci z rodzicami, który pozwala na pełne i regularne okresy zamieszkiwania dziecka z każdym z rodziców i maksymalizuje okres czasu spędzanego przez dzieci z każdym z rodziców, biorąc pod uwagę geograficzny (fizyczny) dystans, jaki dzieli rodziców i prowadzone przez nich gospodarstwa domowe”<sup>3</sup>.

Wraz z coraz częstszym wyborem przez rodziców i sędziów rodzinnych opieki wspólnej realizowanej w formie naprzemiennej, jako tej formy opieki, która umożliwia dziecku nieskrępowany kontakt z obojgiem rodziców, a więc leży w interesie dziecka, pojawia się na rynku wydawniczym wiele poradników dla rodziców, pomagających im ustalić warunki opieki naprzemiennej oraz unikać konfliktów spowodowanych przez konieczność podejmowania wspólnie wszystkich ważnych decyzji dotyczących wychowania dziecka. Przykładem takiej publikacji może być książka „*Joint Custody with a Jerk, Raising a Child With an Uncooperative Ex*”, autorstwa Julii

---

<sup>2</sup> 1999 – presumption in favor of joint custody (Założenia do wspólnej opieki). Statutes as Section 110.1 of Title 43.

<sup>3</sup> 1999 Bill Sections 767.23–24 (pages 628–631) PASSED; 1999 – presumption in favor of joint custody. 767.24 (2) (am): „The court shall presume that joint legal custody is in the best interest of the child.”

A. Ross i Judy Corcoran<sup>4</sup>, która w przystępny i humorystyczny sposób uczy rodziców, jak po rozwodzie komunikować się i współpracować dla dobra dziecka stosując opiekę naprzemienną.

Wielu prawników na fali popularności tego rodzaju rozwiązania opiekuńczego oferuje swoje usługi w tworzeniu wychowawczego planu rodzicielskiego (*Parenting Plan* lub *Custody Plan*), który jest rodzajem ugody pomiędzy rodzicami, w której określają oni wszystkie warunki sprawowania opieki nad dzieckiem. W USA rodzicielski plan wychowawczy jest stałym elementem każdego procesu rozwodowego, gdy małżonkowie posiadają wspólne małoletnie dzieci. Rodzicielski plan wychowawczy jest ustalany przez samych rodziców, a sędziowie podejmujący ostateczną decyzję wyboru formy opieki z reguły respektują ustalone przez rodziców rozwiązania. W sytuacji gdy rodzice w określonym przez przepisy czasie nie są w stanie stworzyć wspólnego rodzicielskiego planu wychowawczego, sędziowie kierują ich do mediatora, który wspomaga ich w podejmowaniu wspólnych decyzji. Jeśli i ta droga okazuje się bezskuteczna sędzia dokonuje arbitralnej decyzji dotyczącej zapisu rodzicielskiego planu wychowawczego i formy opieki nad dzieckiem.

Opieka wspólna realizowana w postaci naprzemiennej może przybierać różne formy, od spędzania przez dziecko przerw w nauce u ojca, a okresów szkolnych u matki, do spędzania na przemian dnia u ojca i dnia u matki. W wypadku opieki naprzemiennej sąd ustala dwa równoprawne miejsca zamieszkania dziecka, bez względu na proporcje czasu, w jakich dziecko zamieszkuje u obydwu rodziców. Rodzice, w sytuacji gdy przyznaną mają opiekę naprzemienną, mają równe prawa do podejmowania najważniejszych decyzji dotyczących wychowania dziecka w zakresie jego edukacji, zdrowia i wyznania.

### **Kontekst historyczny podejmowania decyzji o opiece nad małoletnim dzieckiem w USA**

Joan B. Kelly w swoim artykule „Czynniki warunkujące przyznawanie opieki rodzicielskiej w USA”<sup>5</sup>, nakreślił kontekst historyczny podejmowania przez sądy decyzji, któremu z rodziców po rozwodzie należy przyznać bezpośrednią opiekę nad małoletnim dzieckiem. Z jego pracy wynika, że do połowy dziewiętnastego wieku, gdy dochodziło do rozwodu ojcowie mieli przyznawane nieomal absolutne prawo do opieki nad dzieckiem, bez względu na okoliczności wychowawcze. Jednak pod koniec dziewiętnastego wieku zachodzące zmiany społeczne, wynikające z rewolucji przemysłowej, doprowadziły do tego, że ojcowie z terenów wiejskich coraz częściej podejmowali pracę zarobkową poza gospodarstwem rolnym, matki więc, które pozostawały w domu, przejmowały rolę najważniejszego opiekuna

<sup>4</sup> J. A. Ross, J. Corcoran, *Joint Custody With a Jerk: Raising a Child With an Uncooperative Ex*, 4 edition, St. Martin's Press, New York 1996.

<sup>5</sup> J. B. Kelly, *The Determination of Child Custody in the USA*, Phd. Worldwide Legal Information Association, URL: <http://wwlia.org/us-cus.htm>.

dziecka. Z tych przemian wyniknął nowy podział ról, ze względu na odpowiedzialność za rodzinę, na mężczyznę-żywiciela, zarobkującego poza domem i kobietę, jako bezpośredniego opiekuna dzieci. Preferencje ojców w przyznawaniu opieki nad dzieckiem stopniowo, w związku z tym, słabły. Sądy zaś zaczęły orzekać o opiece opierając się na doktrynie tzw. „*tender year's*”, czyli założeniu obecnym w prawie angielskim, zgodnie z którym dzieci do lat sześciu powinny wychowywać się przy matce, a dopiero potem wracać pod kuratelę ojców.

Coraz częściej jednak przyznawano opiekę nad dziećmi matkom, bez względu na ich wiek i w efekcie do końca drugiej dekady dwudziestego wieku w prawodawstwie wszystkich 48 stanów USA znalazły się zapisy określające matkę, jako tego rodzica, który powinien otoczyć pieczęją małoletnie dziecko po rozwodzie.

W latach trzydziestych dwudziestego wieku tendencja ta została utrwalona przez wpływ, jaki na orzecznictwo w tych sprawach miała psychoanalityczna teoria freudyzmu, eksponująca relacje matka-dziecko i ignorująca rolę ojca w rozwoju dziecka.

Idealizowanie roli matki, przy jednoczesnym pomniejszaniu wpływu ojca na wychowanie dziecka znalazło swe najpełniejsze odbicie w nieomal poetyckim określeniu zawartym w orzeczeniu sądu stanu Missouri z 1938 r. – „Nic tak, jak miłość matki nie może bardziej przybliżyć nas do atmosfery panującej w niebie” (cyt. za J. B. Kelly).

Preferowanie matek w przyznawaniu opieki nad dzieckiem utrzymywało się niezmiennie w Stanach Zjednoczonych aż do lat sześćdziesiątych, kiedy to społeczeństwo stanęło przed nowymi wyzwaniem kulturowymi. Od tego okresu zaczęły się coraz częściej pojawiać głosy ojców dyskryminowanych w swoich prawach rodzicielskich. Nie bez znaczenia na odwrócenie tej tendencji miał również rozwijający się w tym okresie ruch feministyczny i coraz większa aktywność kobiet na rynku pracy. Większość stanów w USA, od tego okresu zaczęło przyjmować w tym zakresie rozwiązania legislacyjne opierające się na założeniu, że „dobro dziecka” nie zaś płeć powinno determinować to, któremu z rodziców przyznana będzie bezpośrednia opieka nad dzieckiem.

Zmiany zachodzące w USA od lat sześćdziesiątych zaowocowały w kolejnej dekadzie ewolucją modelu tradycyjnego podziału ról w rodzinie, w którym mężczyzna zajęty był pracą zawodową i utrzymywaniem domu, kobieta zaś koncentrowała się na funkcji opiekuńczej wobec dzieci, na model partnerski, w którym mężczyzna i kobieta zajmowali w małżeństwie równorzędną rolę i w tym samym stopniu przyczyniali się do utrzymania domu oraz do wychowania dzieci.

To rozłożenie odpowiedzialności zarówno ekonomicznej, jak i wychowawczej za dzieci stanowiło podłoże dla szukania nowych, bardziej adekwatnych do zmieniającej się sytuacji współczesnej amerykańskiej rodziny, rozwiązań w sposobie ustalania opieki nad małoletnimi dziećmi po rozwodzie. Doprowadziło to w efekcie w latach osiemdziesiątych do wprowadzenia w prawodawstwie niektórych stanów

preferencji w orzekaniu po rozwodzie opieki wspólnej (*Joint Custody*), która umożliwia współuczestniczenie w wychowaniu i podejmowaniu najważniejszych decyzji dotyczących dziecka obojgu rodzicom.

### **Formy sprawowania opieki rodzicielskiej nad małoletnim dzieckiem po rozwodzie w prawodawstwie i orzecznictwie sądów w USA**

W prawodawstwie USA występuje kilka form sprawowania przez rodziców opieki nad małoletnim dzieckiem po rozwodzie. Najbardziej popularnymi są: opieka przyznana przez sąd jednemu z rodziców (*Sole Custody*) i opieka wspólna (*Joint Custody*). Opieka wspólna występuje w prawodawstwie, jak i orzecznictwie USA w dwóch odmianach: wspólna opieka prawna (*Joint Legal Custody*) i opieka naprzemienna (*Joint Physical Custody* lub *Shared Custody*). Inną formą opieki rodzicielskiej jest opieka rozdzielna (*Split Custody*).

W niektórych przypadkach opieki przyznanej jednemu z rodziców (*Sole Custody*) sądy orzekają możliwość kontaktów z drugim rodzicem lub nadzorowanych kontaktów, albo też braku możliwości odwiedzin.

**1. Opieka przyznana jednemu z rodziców (*Sole Custody*).** Opieka i sprawowanie kontroli nad wychowaniem małoletnich dzieci jest w tym wypadku przyznawane jednemu z rodziców, a drugi z rodziców przyznane ma określone prawa zawarte w rodzicielskim planie wychowawczym. Plan sporządzają sami rodzice i jest on potwierdzany sądownie. Ten z rodziców, któremu przyznano opiekę nad dzieckiem podejmuje większość decyzji dotyczących wychowania dziecka.

W wypadkach, kiedy nie nadzorowany kontakt rodzica, któremu nie powierzono bezpośredniej opieki nad dzieckiem zagraża interesowi dziecka, sąd może orzec możliwość kontaktu tego rodzica z dzieckiem w postaci nadzorowanych odwiedzin lub brak możliwości takich odwiedzin. Te orzeczenia mają najczęściej charakter tymczasowy.

Często spotykanym sposobem orzekania o sposobie spędzania czasu z dzieckiem przez rodzica, któremu nie przyznano bezpośredniej opieki nad dzieckiem (*Non-custodial Parent*) są, weekendy od piątku, od godziny 18 (po szkole) do niedzieli, również do godziny 18, lub jedna albo dwie wizyty w środku tygodnia w określonych godzinach. Jeśli chodzi o wakacje to rodzic, który nie uzyskał możliwości sprawowania bezpośredniej opieki ma możliwość spędzenia nieprzerwanie dwóch tygodni wakacji z dzieckiem. Oboje rodzice są na równi uprawnieni do uczestniczenia w aktywności szkolnej (okresowe spotkania z rodzicami, imprezy sportowe i inne) i w pozostałych aktywnościach społecznych dziecka.

**A. Nadzorowane odwiedziny.** W sytuacji, gdy jeden z rodziców ma doświadczenia z nadużywaniem narkotyków lub alkoholu, przejawiał zachowania agresywne wobec dzieci, lub gdy nie nadzorowane odwiedziny mogą wywrzeć na dziecku niekorzystny wpływ, sąd może orzec o potrzebie nadzoru nad odwiedzinami. Zwykle to ograniczenie trwa do czasu kiedy rodzic, ograniczony w swoich prawach do

kontaktu z dzieckiem, nie wykaże, że przeszkody te miały charakter przemijający (z reguły kilka miesięcy uczestniczenia w określonej terapii). Osobą, która ma zadane nadzorowanie spotkań z dzieckiem, najczęściej nie jest drugi rodzic.

**B. Brak możliwości odwiedzin.** W sytuacji, kiedy jeden z rodziców jest w stanie udowodnić, że bezpośrednie kontakty drugiego rodzica mają negatywny wpływ na dziecko, sąd może orzec o zakazie jakichkolwiek kontaktów z dzieckiem. Trzeba zaznaczyć, że tego rodzaju orzeczenia zdarzają się jedynie w sytuacjach ekstremalnego zagrożenia dobra dziecka.

**2. Wspólna opieka prawna (*Joint Legal Custody*).** Dziecko w tym wypadku zamieszkuje głównie u jednego z rodziców, wskazanego przez sąd (*Custodial Parent*), a drugi z rodziców przyznane ma określone prawa zawarte w rodzicielskim planie wychowawczym. Oboje rodzice zobligowani są do podejmowania wspólnie wszystkich decyzji dotyczących wychowania dziecka.

Najczęściej spotykanym sposobem ustalania o sposobach spędzania czasu z dzieckiem, w sytuacji prawnej opieki wspólnej, przez rodzica, z którym dziecko nie mieszka na stałe są weekendy od piątku, od godziny 18 (po szkole) do niedzieli, również do godziny 18, lub jedna, albo dwie wizyty w ciągu tygodnia w określonych godzinach popołudniowych. Jeśli chodzi o wakacje, to dziecko może spędzać do sześciu tygodni latem z rodzicem, z którym nie mieszka na co dzień, w tym co najmniej dwa tygodnie nieprzerwanie. Wszystkie te rozwiązania zawarte są w rodzicielskim planie wychowawczym, który zawiera z reguły zapis, że każdy z rodziców może korzystać z pomocy drugiego w bezpośredniej opiece nad dzieckiem, w sytuacji gdy jest to konieczne (tzw. *baby sitting*).

Oboje rodzice są na równi uprawnieni do uczestniczenia w aktywności szkolnej (okresowe spotkania z rodzicami, imprezy sportowe i inne) i w pozostałych aktywnościach społecznych dziecka.

**3. Opieka wspólna w formie naprzemiennej (*Shared Custody* lub *Joint Physical Custody*).** Dzieci w tym wypadku spędzają mniej więcej tyle samo czasu z każdym z rodziców. Może to oznaczać, że zamieszkują część tygodnia z jednym z rodziców, a drugą część z drugim, lub jeden tydzień z jednym, a następny z drugim.

Oboje rodzice zobligowani są do podejmowania wspólnie wszystkich decyzji dotyczących wychowania dziecka. Wszystkie przyjęte przez rodziców rozwiązania dotyczące wychowania dziecka, tak jak w innych opisywanych przypadkach są zawarte w rodzicielskim planie wychowawczym.

W tym wypadku nie określa się, który z rodziców sprawuje bezpośrednią opiekę nad dzieckiem. Jeśli rodzice uznają, że sprawowanie opieki naprzemiennej jest najlepszym rozwiązaniem w ich wypadku, sąd stojąc na stanowisku, że rodzice są najlepiej uprawnieni do podejmowania decyzji w sprawach opieki nad dzieckiem przychylił się najczęściej do ich opinii. Sąd orzekając w tego rodzaju sprawach bie-

rze pod uwagę możliwości finansowe obojga rodziców, rozstrzygając czy są oni w stanie w równym stopniu zaspokajać potrzeby materialne dziecka. Opieka naprzemienna jest formą opieki wspólnej.

**4. Opieka rozdzielna.** W sytuacji, gdy rodzice mają więcej niż jedno małoletnie dziecko sąd może orzec, które z dzieci zamieszkuje przy jednym z rodziców, a które przy drugim. Oboje rodzice są uprawnieni do podejmowania wspólnie decyzji dotyczących wychowania dzieci.

Wizyty powinny być zaplanowane w ten sposób, że pozwolą spędzać maksimum czasu rodzeństwu wspólnie. Na przykład, spędzają razem każdy weekend wymiennie u jednego z rodziców. Dzieci przy tego rodzaju rozstrzygnięciach powinny spędzać czas wspólnie do kolacji, lub dwa wieczory i noce przy każdym z rodziców. Wakacje dzieci powinny spędzać wymiennie raz z jednym z rodziców, raz z drugim, bądź równą część wakacji z jednym i drugim.

Plan opieki rodzicielskiej zawiera z reguły zapis, że każdy z rodziców może korzystać z pomocy drugiego w bezpośredniej opiece nad dzieckiem, w sytuacji gdy jest to konieczne (*baby sitting*).

### **Czynniki wpływające na rosnącą popularność stosowania opieki wspólnej w formie naprzemiennej w USA**

Istotnym czynnikiem wpływającym na stosunkowo częste orzekanie przez sądy opieki naprzemiennej jest chęć mężczyzn do pełnienia pełniejszej roli w wychowaniu swoich dzieci po rozwodzie. Wielu ojców nie zgadza się na rolę weekendowego gościa, podczas gdy matki zajmują się bezpośrednią opieką i decydują samodzielnie o wszelkich sprawach dotyczących rozwoju dzieci. W sytuacji, kiedy tradycyjne role małżeńskie zmieniają się, co jest szczególnie widoczne w USA, zmienia się wraz z nimi podejście do sprawowania opieki rodzicielskiej po rozwodzie.

Inną przyczyną zwiększającej się popularności tego rodzaju rozwiązania jest to, że matki coraz częściej poświęcają się własnej karierze zawodowej, a samodzielna opieka nad dzieckiem jest często trudna do pogodzenia z realizowaniem swoich ambicji zawodowych, szczególnie, gdy zmusza kobietę do pracy po godzinach. Sprawia to, że kobiety szukają po rozstaniu się z ojcem dziecka możliwości współpracy z nim w wychowaniu wspólnego potomstwa.

Często wybór przez rodziców opieki naprzemiennej jest wyrazem niechęci do przykrej w skutkach dla samych rozwodzających się, ale i dla dziecka, walki o sprawowanie nad nim bezpośredniej samodzielnej opieki. Wielu rodziców, jak i sędziowie rodzinni coraz częściej zdają sobie sprawę z tego, że w walce tej nie ma z reguły wygranych. Powoduje ona konflikt, który często skutkuje całkowitym zerwaniem jakichkolwiek stosunków między rodzicami, co w dużym stopniu wpływa na pogorszenie sytuacji dziecka, a często również rodzica, który ostatecznie uzyskuje bezpośrednią opiekę nad dzieckiem. Sędziowie orzekając w sprawach

o opiekę nad dzieckiem stoją na stanowisku, że najlepszym rozwiązaniem jest pozwolić obojgu rodzicom samym zdecydować, jaka forma opieki nad dzieckiem jest w ich wypadku najkorzystniejsza dla nich i dla samego dziecka i z reguły przychylają się do ich decyzji wyboru opieki naprzemienniej.

Ważnym czynnikiem wpływającym na rosnącą popularność stosowania opieki naprzemienniej są, udokumentowane badaniami naukowymi, problemy emocjonalne i społeczne pojawiające się u dzieci wychowujących się w rodzinach niepełnych. Szacuje się, że obecnie ok. 1,8 mln dzieci w USA żyje w rodzinach niepełnych, co sprawia, że kwestia ta staje dla społeczeństwa amerykańskiego palącym problemem.

### **Badania psychologiczne dotyczące wpływu opieki naprzemienniej na poziom socjalizacji małoletnich dzieci**

Badania amerykańskiego psychologa Roberta Bausermana z Departamentu Zdrowia i Higieny Psychiczej w Baltimore<sup>6</sup>, dotyczące wpływu formy opieki rodzicielskiej ustalonej po rozwodzie dziecka na jego przystosowanie społeczne, potwierdzają, że dzieci, które po rozwodzie spędzają porównywalną ilość czasu z obojgiem rodziców, są w większości przypadków lepiej społecznie przystosowane, niż dzieci pozbawione kontaktu z jednym z rodziców.

R. Bauserman w okresie od 1982 r. do 1999 r. przebadał 1846 przypadków dzieci wychowujących się przy rodzicu, któremu przyznano bezpośrednią opiekę (*Sole Custody*) oraz 814 przypadków, kiedy dzieci spędzały porównywalną ilość czasu z obojgiem rodziców i oboje rodzice byli zaangażowani w podejmowanie wszystkich ważnych decyzji dla życia dziecka (*Joint Custody*).

W swojej pracy opiekę wspólną definiował jako opiekę naprzemienną (*Joint Physical Custody*), kiedy dziecko mieszka raz z jednym z rozwiedzionych rodziców, raz z drugim i spędza z nimi porównywalną ilość czasu i wspólną opiekę prawną (*Joint Legal Custody*), kiedy dziecko zamieszkuje głównie z jednym z rodziców ale oboje rodzice angażują się w pełni we wszystkie aspekty wychowania dziecka.

Z badań tych wynika, że dzieci, nad którymi rodzice sprawują wspólną opiekę (rozumianą jako opiekę naprzemienną i jako wspólną opiekę prawną), wykazują mniej problemów emocjonalnych, mają wyższe poczucie własnej wartości, tworzą lepsze relacje w rodzinie i grupie rówieśniczej, niż dzieci, które mają ograniczony kontakt z jednym z rodziców. Poziom przystosowania społecznego dzieci wychowywanych przez rodziców realizujących wspólnie opiekę rodzicielską R. Bauserman określił, jako porównywalny do przystosowania społecznego dzieci wychowujących się w rodzinach pełnych. Wynika to, jak to określa autor badań „... prawdopodobnie z tego że wspólna opieka rodzicielska zapewnia dziecku możliwość nieskrępowanego kontaktu z obojgiem rodziców”.

---

<sup>6</sup> R. Bauserman, *Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review*, AIDS Administration/Department of Health and Mental Hygiene, Journal of Family Psychology, Vol 16, No. 1.

Wyniki jego badań wskazują na to, że dzieci, aby lepiej przystosowywać się do życia społecznego nie koniecznie powinny być otoczone opieką naprzemienną w ścisłym tego słowa znaczeniu ale, że wystarczającym gwarantem prawidłowego rozwoju społecznego dziecka jest spędzanie przez nie porównywalnej ilości czasu z obojgiem rodziców.

Ponadto rozwiedzione pary, które sprawowały wspólną opiekę nad swoimi dziećmi sygnalizowały rzadsze konflikty między sobą, niż rodzice z których tylko jedno sprawowało bezpośrednią opiekę nad dzieckiem. Dzieje się tak, zdaniem autora badań, prawdopodobnie dlatego, że rodzice zmuszeni byli do kooperacji i współodpowiedzialności za decyzje dotyczące wychowania dziecka.

R. Bauserman podkreśla jednak, że wspólna opieka rodzicielska nie jest dobrym rozwiązaniem, kiedy jeden z rodziców wykazuje zachowania agresywne wobec dziecka lub niedbałość w sprawowaniu opieki rodzicielskiej, jak też gdy wykazuje on wyraźne objawy choroby fizycznej, czy psychicznej.

Wyniki tych badań powinny zdaniem R. Bausermana posłużyć w praktyce sądowej sędziom, adwokatom oraz psychologom i pracownikom socjalnym, pomagając im określić każdorazowo, jaka forma sprawowania opieki rodzicielskiej powinna być orzekana w sytuacji rozwodu rodziców dziecka.

### **Wpływ polityki preferującej opiekę naprzemienną na liczbę orzekanych rozwodów w USA**

Richard Kuhn z *Children's Rights Council* w Waszyngtonie i John Guidubaldi z Uniwersytetu w Cleveland przygotowali w 1997 r. raport na konferencję *Children's Rights Council* w Waszyngtonie<sup>7</sup>, dotyczący wpływu preferencji w przyznawaniu rodzicom opieki naprzemiennej w danym stanie USA a ilością orzekanych w tym stanie rozwodów. W podsumowaniu swojego raportu zawarli stwierdzenie, że w stanach, w których prowadzi się politykę propagującą ustalanie opieki naprzemiennej nad małoletnimi dziećmi po rozwodzie rodziców, liczba orzekanych rozwodów w znaczący sposób spada. Główne przyczyny tej tendencji leżą ich zdaniem w tym, że perspektywa konieczności współpracy w wychowaniu dziecka po rozwodzie osłabia w rodzicach chęć fizycznego rozstania. Wychowawczy plan rodzicielski zawierany przez rodziców w trakcie rozwodu, w którym określają oni dokładne przedziały czasu, w których dziecko będzie pod bezpośrednią opieką każdego z rodziców minimalizuje niebezpieczeństwo tego, że jeden z rodziców wyprowadzi się na stałe do innej miejscowości narażając przez to drugiego rodzica i samo dziecko na przykre skutki rozłąki. Tego rodzaju działanie mogłoby spowodować zmianę decyzji sądu i ustalenie stałego miejsca zamieszkania przy tym z rodziców, który jest dyskryminowany w możliwościach kontaktów z dzieckiem.

<sup>7</sup> *Child Custody Policies and Divorce Rates in the US* (w:) R. Kuhn, *Children's Rights Council* Washington, D. C & John Guidubaldi, John Carroll University (Cleveland, OH), Kent State University (Kent, OH), 11th Annual Conference of the Children's Rights Council, Washington 23–26 October 1997.



Innym czynnikiem, który wpływa na zmniejszanie się liczby rozwodów jest brak motywacji ekonomicznych ze strony kobiet w dążeniu do rozwodu, ponieważ alimenty przyznawane matkom na opiekę nad dziećmi przy orzeczeniu opieki naprzemiennnej, jeżeli w ogóle występują, są znacząco niższe, niż to ma miejsce w sytuacji gdy opieka przyznana jest tylko jednemu z rodziców (najczęściej matce). Potwierdzają to badania statystyczne wykazujące, że pomiędzy 1975 r. a 1988 r., czyli w okresie wzmocnienia polityki preferującej opiekę naprzemienną, o 6% zmniejszyła się w USA ilość spraw rozwodowych wniesionych w przez kobiety<sup>8</sup>. Konkludując, autorzy raportu twierdzą, że zarówno czynniki społeczne, jak i ekonomiczne związane z przyznawaniem naprzemiennnej opieki rodzicielskiej mają istotny wpływ na zmniejszenie liczby orzekanych rozwodów w USA.

Analiza materiałów źródłowych wykorzystanych w powyższym artykule skłania do wniosku, że ustawodawstwo stanowe i wynikająca z niego praktyka sądowa w USA jest próbą dostosowania porządku prawnego w zakresie prawa rodzinnego do zmieniających się w ostatnich dwóch dekadach realiów życia społecznego i ewolucji modelu współczesnej rodziny. Zwiększająca się aktywność kobiet na rynku pracy sprawia, że tradycyjny podział ról w małżeństwie na mężczyznę – jedyne go żywiciela rodziny, który cały swój czas poświęca karierze zawodowej i kobietę, która koncentruje się na funkcji opiekuńczej wobec dzieci przestaje obowiązywać. We współczesnym społeczeństwie amerykańskim zarówno kobieta, jak i mężczyzna podejmują w równym stopniu trud ekonomicznego zaspokajania potrzeb rodziny, jak i wychowania wspólnych dzieci. Logiczną konsekwencją tego nowego, partnerskiego podziału ról w małżeństwie, jest umożliwienie rodzicom równego wpływu na wychowanie dzieci po rozpadzie związku, co wyraża się w rosnącej popularności orzekania przez sądy opieki naprzemiennnej nad małoletnimi dziećmi po rozwodzie.

Nie bez znaczenia na prawodawstwo w USA w tym zakresie mają również alarmujące opinie społeczną badania naukowe, które wykazują na patologiczne skutki pozbawiania lub ograniczania prawa dziecka do kontaktu z obojgiem rodziców, również po rozpadzie ich związku. Niewątpliwie narastająca w ostatnich dekadach fala przestępczości, samobójstw i innych patologii wśród nieletnich wychowujących się w rodzinach niepełnych skłoniła ustawodawcę do zweryfikowania obowiązującej wcześniej linii orzeczniczej preferującej przyznawanie opieki nad dzieckiem jednemu z rodziców (z reguły matce), skazując tym samym dziecko na negatywne skutki utraty, bądź ograniczenia kontaktu z drugim (z reguły ojcem).

Preferowanie opieki naprzemiennnej w ustawodawstwie stanowym i praktyce sądowej biorą się więc z przeświadczenia, że nie płeć rodzica, ale dobro dziecka, rozumiane, jako prawo do nieskrępowanego kontaktu z obojgiem rodziców powinno determinować formę opieki rodzicielskiej po rozwodzie.

---

<sup>8</sup> Monthly Vital Statistics Report 21 May 1991.

## **Centralna Ewidencja Informacji o Działalności Gospodarczej i Krajowy Rejestr Sądowy – skuteczne rejestry umów majątkowych małżeńskich?**

### **1. Wstęp**

Centralna Ewidencja Informacji o Działalności Gospodarczej (zwana dalej „CEIDG”) oraz Krajowy Rejestr Sądowy (zwany dalej „KRS”) to rejestry ewidencjonujące przedsiębiorców, w tym osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą, spółki, a także wspólników tych spółek. Zawierają dane, które pozwalają kontrahentom przed zawarciem umowy potwierdzić wiedzę uzyskaną o przedsiębiorcy. Zapewniają zatem bezpieczeństwo i pewność obrotu gospodarczego. Do rejestrów małżonkowie mogą też wpisywać pewne informacje dotyczące ustroju majątkowego, w którym pozostają. Jest to istotne, gdyż wybór ustroju majątkowego małżeńskiego wpływa na skład majątku wspólnego i majątków osobistych, a przez to na zakres odpowiedzialności wobec osób trzecich. Konieczne jest zatem, aby wierzyciel był poinformowany o pozostawaniu przez małżonka dłużnika w określonym ustroju majątkowym.

Ustawodawca wprowadził ochronę kontrahentów małżonków poprzez uzależnienie skuteczności umowy majątkowej małżeńskiej od tego, czy fakt zawarcia umowy oraz jej rodzaj był im wiadomy (art. 47<sup>1</sup> k.r.o.). Odpowiednio poinformowany wierzyciel może przed powstaniem wierzytelności rozważyć, czy w razie niewywiązania się małżonka z wykonania umowy, ewentualna egzekucja zaspokoi jego roszczenie. CEIDG oraz KRS powinny ułatwiać małżonkom informowanie kontrahentów o swoim ustroju majątkowym, a wierzycielom uzyskiwanie tych informacji.

Celem niniejszej pracy jest zbadanie zamieszczonych w obu rejestrach informacji dotyczących stosunków majątkowych małżeńskich pod kątem ich skuteczności względem osób trzecich.

### **2. Rodzaje umów majątkowych**

Małżonkowie po zawarciu związku małżeńskiego pozostają w ustroju wspólności majątkowej. Kodeks rodzinny i opiekuńczy określa skład majątków małżonków, zasady przynależności przedmiotów do tych majątków oraz zakres odpowiedzialności za zobowiązania.

Małżonkowie, a także osoby zamierzające zawrzeć związek małżeński, mogą jednak zmodyfikować ustroj wspólności ustawowej za pomocą umowy majątkowej małżeńskiej. Ustawodawca dał im możliwość wyboru jednego spośród czterech ustrojów majątkowych. Aby intercyza była skuteczna wobec osób trzecich, małżonek powinien poinformować je o rodzaju umowy majątkowej małżeńskiej. Należy zatem odpowiedzieć na pytanie, jakie ustawodawca przewiduje rodzaje umów majątkowych małżeńskich. Jest to istotna kwestia, gdyż od niej w głównej mierze zależy zakres udzielania informacji kontrahentowi, a tym samym skuteczność zawartej przez małżonków umowy.

Czy wierzycielowi wystarczy wiedza, że małżonkowie zmodyfikowali wspólność ustawową, ale bez konieczności informowania go o tym, że jest to wspólność rozszerzona czy ograniczona? Czy kontrahent powinien wiedzieć tylko, że małżonek pozostaje w ustroju rozdzielności, czy musi mieć świadomość, że jest to rozdzielność pełna, czy też z wyrównaniem dorobków? W trakcie trwania ustroju, dwie intercyzy ustanawiające rozdzielność wywołują takie same skutki w zakresie zarządu majątkami i odpowiedzialnością za długi. Różnice pojawiają się dopiero w chwili rozwiązania umowy albo ustania tego ustroju z innych przyczyn. Przykładowo, gdy małżonkowie, pozostający w ustroju rozdzielności pełnej, rozwiodą się, sytuacja majątkowa wierzyciela jednego z nich się nie zmienia. Skład majątków małżonków pozostaje taki sam. Natomiast w ustroju rozdzielności majątkowej z wyrównaniem dorobków z chwilą ustania tego ustroju małżonek, którego dorobek jest mniejszy niż dorobek współmałżonka, ma w stosunku do niego roszczenie o wyrównanie dorobku przez zapłatę lub przeniesienie prawa (art. 51<sup>4</sup> k.r.o.). Roszczenie to wpływa zatem na wielkość majątku drugiego małżonka i tym samym na zaspokojenie kontrahenta.

W literaturze przedmiotu z reguły wskazuje się cztery<sup>1</sup> rodzaje umów majątkowych małżeńskich: ograniczoną wspólność ustawową, rozszerzoną wspólność ustawową, rozdzielność majątkową i rozdzielność majątkową z wyrównaniem dorobków (art. 47 § 1 k.r.o.). Zdarza się, że wspólność umowna liczona jest jako jeden rodzaj, w którym wymienia się dwie podgrupy<sup>2</sup>. Ponadto wyróżnia się także umowę rozwiązującą wcześniej zawartą umowę majątkową<sup>3</sup>. W doktrynie pojawiał się też odosobniony głos, że z art. 47<sup>1</sup> k.r.o. można wyinterpretować także dopuszczalność ustanawiania tzw. intercyz mieszanych<sup>4</sup>.

Przez to, że jest kilka rodzajów umów majątkowych i w związku z tym, że w zależności od rodzaju zawartej umowy majątkowej małżeńskiej zmienia się skład ma-

---

<sup>1</sup> Cztery rodzaje wymienia K. Pietrzykowski, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2010, s. 491 i n.; J. Ignaczewski, *Małżeńskie prawo majątkowe. Komentarz*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2008, s. 174.

<sup>2</sup> J. Gajda, *Umowne ustroje majątkowe (w:) Prawo rodzinne i opiekuńcze. System prawa prywatnego. Tom 11*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2009, s. 434-437.

<sup>3</sup> *Ibidem*, s. 445.

<sup>4</sup> T. Sokółowski, *Zakres swobody intercyzy w znowelizowanych przepisach Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 2008, Nr 2, s. 45 i n.

jątków małżonków, wierzyciel powinien dokładnie wiedzieć w jakim ustroju pozostaje małżonek–dłużnik. Nie jest wystarczające, aby posiadał tylko ogólne informacje o ustroju. Artykuł 47 k.r.o. należy interpretować w ten sposób, że wolą ustawodawcy jest, aby skuteczność intercyzy zależna była od możliwie pełnej wiedzy kontrahenta co do rodzaju umowy. Zatem musi on wiedzieć, czy małżonkowie ograniczyli lub rozszerzyli wspólność, czy też zawarli rozdzielność majątkową, czy rozdzielność majątkową z wyrównaniem dorobków<sup>5</sup>. Za taką interpretacją przemawia również zasada pewności obrotu gospodarczego, której realizacja w omawianej kwestii polega na zapewnieniu stronom umowy możliwie pełnej wiedzy, niezbędnej dla podejmowania racjonalnych działań ekonomicznych.

W literaturze przedmiotu rozważano też, czy kontrahent powinien znać dokładnie treść umowy majątkowej małżeńskiej. Byłoby to dla niego istotne, gdyby małżonkowie modyfikowali wspólność ustawową i przez to pomniejszyli skład majątków osobistych. Kodeks rodzinny z 1950 r. regulował tę kwestie *expressis verbis*. Zgodnie z art. 28 § 3 k.r. małżonkowie mogli powoływać się wobec osób trzecich na umowę majątkową małżeńską tylko wtedy, gdy jej treść była tym osobom wiadoma. Natomiast *de lege lata* uważa się, że kontrahent nie musi znać dokładnie postanowień umowy<sup>6</sup>.

### 3. Cel umowy majątkowej

Celem umowy majątkowej małżeńskiej powinna być ochrona majątku małżonków. Zdarza się jednak też tak, że małżonek nie zawsze informuje swojego kontrahenta o tym, w jakim ustroju majątkowym pozostaje. Bywa, że podaje niepełną informację wskazując jedynie, że zawarł umowę majątkową małżeńską, ale bez określenia jej rodzaju. W takich sytuacjach stosunki majątkowe małżonków względem tego podmiotu ocenia się tak, jakby intercyza w ogóle nie została zawarta. Skuteczność umowy względem osób trzecich zależy bowiem od tego, czy wiedziały o niej i jej rodzaju przed powstaniem wierzytelności. Ciężar dowodu spoczywa na małżonkach.

Uzależnienie skuteczności umowy majątkowej od wskazanych wyżej przesłanek, nie chroni drugiego małżonka, który nie zawiera umowy z kontrahentem<sup>7</sup>. Nie ma on wpływu na treść tej umowy, a nawet może w ogóle o niej nie wiedzieć. Tym samym nie ma możliwości zaznaczenia w treści umowy, że małżonkowie podpisali intercyzę. Ustrój umowy jest zatem instytucją opartą na wzajemnym zaufaniu małżonków.

<sup>5</sup> P. Warczyński, *Skuteczność małżeńskiej umowy majątkowej wobec osób trzecich w ujęciu prawnoporównawczym*, „Przegląd Sądowy” 2010, nr 10, s. 52.

<sup>6</sup> K. Pietrzykowski, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2010, s. 500–501; T. Smoczyński, *Umowne ustroje majątkowe (w:) Prawo rodzinne i opiekuńcze. System prawa prywatnego. Tom 11*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2009, s. 499. Wątpliwości w tym zakresie zgłasza K. Gromek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 873.

<sup>7</sup> K. Gromek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 873.

Brak możliwości wywarcia wpływu na skuteczność umowy majątkowej przez współmałżonka istotny jest między innymi wtedy, gdy małżonkowie zmodyfikowali wspólność ustawową. Zmienia się wówczas, w porównaniu do ustawowej wspólności majątkowej, skład majątków osobistych, z których prowadzona jest egzekucja. Małżonkowi nie przysługuje też ochrona, gdy kontrahent nie poinformowany o rozdzielnosci majątkowej małżeńskiej, będzie żądał ustanowienia przez sąd przymusowej rozdzielnosci, a następnie podziału majątku wspólnego. Jeżeli małżonkowie pozostają we wspólności, wierzyciel jednego nich jest uprawniony do wystąpienia z żądaniem do sądu, aby ten ustanowił rozdzielnosc majątkową między małżonkami na podstawie art. 52 § 1a k.r.o. Powód musi wówczas uprawdopodobnić, że zaspokojenie wierzytelności stwierdzonej tytułem wykonawczym wymaga dokonania podziału majątku wspólnego małżonków. Jeżeli sąd przychyli się do jego żądania, to następnie wierzyciel będzie mógł zająć prawo dłużnika do żądania podziału majątku wspólnego. Zajęcie obejmuje wszystko to, co dłużnikowi przypadłoby z działu (art. 912 k.p.c.). W następnej kolejności kontrahent będzie mógł uczestniczyć w podziale majątku wspólnego małżonków. Uprawnienie to pozwala wierzycielowi uzyskać zaspokojenie swojego roszczenia z przedmiotów, które należały do wspólności majątkowej. Będzie ono szczególnie dotkliwe dla małżonków pozostających w rozdzielnosci, w sytuacji gdy małżonek nie poinformował kontrahenta o umowie majątkowej i jej rodzaju. W takim przypadku stosunki majątkowe małżonków względem tej osoby traktuje się tak, jakby intercyza w ogóle nie została zawarta. Przynależność poszczególnych przedmiotów do majątków osobistych małżonków i do majątku wspólnego ocenia się zatem według zasad ogólnych dla wspólności. Wierzyciel może doprowadzić do podziału majątku, który byłby wspólny, gdyby umowy nie zawarto. Skorzystanie przez kontrahenta z uprawnienia z art. 52 § 1a k.r.o. i sądowy dział majątku może zaspokoić roszczenia wierzyciela z przedmiotów małżonka, który nie jest dłużnikiem. Będzie to jednak podział skuteczny tylko względem tej osoby.

Zawarcie umowy majątkowej małżeńskiej ma znaczenie nie tylko dla małżonków, ale też ich kontrahentów. Przez zawarcie umowy, małżonkowie modyfikują, w stosunku do ustroju ustawowego, zasady rządzące ich majątkami, a tym samym zakres odpowiedzialności względem wierzyciela. Aby intercyza ta była skuteczna względem niego musi on wiedzieć o fakcie jej zawarcia i jej rodzaju. W doktrynie zwraca się uwagę na fakt, iż stan wiedzy wierzyciela o umowie majątkowej małżonków i jej rodzaju wpływa na zakres jego ochrony<sup>8</sup>. Dobrze poinformowany kontrahent może rozważyć, czy w ogóle zawrzeć umowę. Warto także wskazać, że w niektórych przypadkach w interesie wierzyciela byłoby wykazanie, że małżonkowie pozostają w ustroju rozdzielnosci, gdyż może zwiększyć się zaspokojenie

---

<sup>8</sup> J. Gajda, *Umowne ustroje majątkowe (w:) Prawo rodzinne i opiekuńcze. System prawa prywatnego. Tom 11*, red. T. Smyczyński, Warszawa 2009, s. 449.

jego roszczenia. Powiększa się bowiem majątek osobisty jego kontrahenta. Jeżeli małżonkowie pozostawali w ustroju rozdzielności majątkowej małżeńskiej i podczas małżeństwa wspólnie nabywali różne przedmioty, to majątek osobisty małżonka-dłużnika, z którego będzie mogła być prowadzona egzekucja, będzie większy, niż gdyby małżonkowie ci, w tej samej sytuacji, pozostawali we wspólności. Przykładowo, jeżeli małżonkowie pozostający w ustawowym ustroju wspólności kupili nieruchomość z pieniędzy pochodzących z wynagrodzenia za pracę, to należy ona do majątku wspólnego – jest to współwłasność łączna. Jeżeli natomiast zakupu takiego dokonali małżonkowie żyjący w ustroju rozdzielności, wówczas przynależy ona do ich majątków osobistych, a oni są współwłaścicielami w częściach ułamkowych. Wierzyciel jednego z małżonków pozostających we wspólności nie będzie mógł prowadzić egzekucji z nieruchomości wspólnej, chyba że wykaze, że małżonek zaciągnął zobowiązanie za zgodą drugiego małżonka (art. 41 § 1 k.r.o.). Natomiast w sytuacji, gdy małżonkowie pozostają w rozdzielności będzie on mógł mając udział małżonka w nieruchomości, gdyż jest to jego majątek osobisty. Sytuacja kontrahenta małżonka jest więc korzystniejsza, gdy małżonkowie pozostają w rozdzielności. Dlatego może zdarzyć się taka sytuacja, iż to wierzyciel będzie twierdził, że był poinformowany o umowie majątkowej dłużnika i jej rodzaju, a drugi małżonek chcąc chronić majątek, będzie temu zaprzeczał.

Mając na uwadze wyżej wymienione powody, istotne jest, aby sytuacja majątkowa małżonka była jasna dla jego kontrahenta.

#### 4. Rejestr

Rozwiązaniem większości wyżej wskazanych problemów byłby obowiązek rejestrowania intercyz. Wówczas, gdyby wpisy do rejestru objęte były zasadą domniemania ich prawdziwości i powszechnej znajomości, na małżonkach nie ciążyłby obowiązek informowania kontrahentów o swoim umownym ustroju majątkowym. Rejestr powinien być spójny z Kodeksem rodzinnym i opiekuńczym i zawierać wskazane przez art. 47<sup>1</sup> k.r.o. informacje potrzebne do wywołania skuteczności umowy majątkowej, tj. fakt jej zawarcia oraz rodzaj. Należy zauważyć, że w Polsce nie ma obecnie rejestru, do którego małżonkowie wpisywaliby zawarte umowy majątkowe małżeńskie. Jako przyczynę tego stanu rzeczy – jak się wydaje nieprzekonującą – wskazuje się, brak środków finansowych<sup>9</sup>.

Przedstawiciele doktryny wielokrotnie postulowali uregulowanie tej kwestii<sup>10</sup>. Wskazywali, że spowodowałoby to wzrost bezpieczeństwa obrotu gospodarczego i dało większą ochronę kontrahentom i małżonkom. Zaletą wprowadzenia ogólnodostępnego rejestru byłoby także ułatwienie w postępowaniu egzekucyjnym.

<sup>9</sup> J. Ignaczewski, *Małżeńskie ustroje majątkowe. Art. 31–54 KRO. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 187.

<sup>10</sup> A. Dyoniak, *Majątkowe stosunki rodzinne (w:) Prawo w okresie przemian w Polsce*, Warszawa 1995, s. 111; J. Ignaczewski, *Małżeńskie ustroje majątkowe. Art. 31–54 KRO. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 187.

Obecnie komornik wstrzyma się z czynnościami egzekucyjnymi, jeżeli miałby prowadzić egzekucję przeciwko małżonkom pozostającym w umownym ustroju majątkowym, a dłużnik albo jego małżonek przed rozpoczęciem czynności egzekucyjnej podnieśliby zarzut wynikający z umowy małżeńskiej (art. 822 k.p.c.). Muszą oni równocześnie okazać także umowę majątkową małżeńską oraz przedłożyć komornikowi niebudzący wątpliwości dowód na piśmie, że zawarcie umowy majątkowej małżeńskiej oraz jej rodzaj były wierzycielowi wiadome. Po wprowadzeniu rejestru do systemu prawnego, wpis wystarczyłby do uznania, że intercyza jest skuteczna względem osób trzecich i to nie na komorniku ciążyłby element oceny, czy dowód poinformowania wierzyciela o ustroju majątkowym jest niewątpliwy<sup>11</sup>. Artykuł 822 k.p.c. ogranicza małżonkowi także możliwość wykazania, że informował kontrahenta o umowie majątkowej małżeńskiej. Udowadniając ten fakt, nie może się on powołać np. na zeznania świadków. Natomiast Kodeks rodzinny i opiekuńczy nie wskazuje sposobu przekazywania wierzycielowi informacji o intercyzie. Umowa względem osoby trzeciej jest skuteczna, gdy została ona poinformowana o umowie i jej rodzaju także ustnie.

Ponadto zgodnie z art. 787<sup>2</sup> k.p.c. zawarcie umowy majątkowej małżeńskiej nie stanowi przeszkody do nadania klauzuli wykonalności według przepisów art. 787 i art. 787<sup>1</sup> k.p.c. oraz prowadzenia na podstawie tego tytułu wykonawczego egzekucji do tych składników, które należałyby do majątku wspólnego, gdyby umowy majątkowej nie zawarto. Co prawda przepis ten nie wyłącza obrony małżonków w drodze powództw przeciwegzekucyjnych, jeżeli umowa majątkowa małżeńska była skuteczna wobec wierzyciela. Przyjęta procedura wydłuża postępowanie egzekucyjne, pociąga za sobą koszty, niepotrzebnie komplikuje egzekucję, a małżonkowi dopiero po jakimś czasie i procesie sądowym przyznaje ochronę. Jest ona zatem niekorzystna zarówno dla małżonków, jak i dla samego wierzyciela.

## 5. Centralna Ewidencja Informacji o Działalności Gospodarczej

Wydaje się, że ustawodawca zamierzał częściowo przychylić się do postulatów doktryny wprowadzając zmiany odnoszące się do przedsiębiorców w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej z dnia 2 lipca 2004 r. (zwanej dalej „u.s.d.g.”)<sup>12</sup>. Przedsiębiorcą w rozumieniu tej ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Za przedsiębiorców uznaje się także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej (art. 4 u.s.d.g.). Przed-

---

<sup>11</sup> J. Gajda, *Umowne ustroje majątkowe (w:) Prawo rodzinne i opiekuńcze. System prawa prywatnego. Tom 11*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2009, s. 451.

<sup>12</sup> Tekst jednolity z dnia 14 października 2010 r. (Dz. U. Nr 220, poz. 1447).

siębiorca będący osobą fizyczną może podjąć działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (art. 14 u.s.d.g.).

Przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, mocą których utworzono Centralną Ewidencję Informacji o Działalności Gospodarczej (art. 23 i n. u.s.d.g.), zaczęły obowiązywać 1 lipca 2011 r. Od momentu uchwalenia ustawy, tj. od 2004 r., czyli przez 7 lat, oczekiwały na wejście w życie. Do tego czasu były one kilkakrotnie nowelizowane. Zmiany dotyczyły m.in. danych, które wpisuje się do rejestru. Nie obejmowały one jednak kwestii stosunków majątkowych między małżonkami.

Dane i informacje udostępniane przez CEIDG są jawne i objęte domniemaniem prawdziwości. Każdy ma prawo dostępu do zgromadzonych w rejestrze informacji. Jeżeli do rejestru zostały wpisane dane niezgodnie z wnioskiem lub bez wniosku, osoba wpisana do CEIDG nie może zastrzekać się wobec osoby trzeciej, działającej w dobrej wierze, zarzutem, że nie są one prawdziwe, jeżeli po powzięciu informacji o tym wpisie zaniedbała wystąpić niezwłocznie z wnioskiem o sprostowanie, uzupełnienie lub wykreślenie wpisu (art. 33 u.s.d.g.).

Zadaniem CEIDG jest:

- 1) ewidencjonowanie przedsiębiorców będących osobami fizycznymi;
- 2) udostępnianie informacji o przedsiębiorcach i innych podmiotach w zakresie wskazanym w ustawie;
- 3) umożliwienie wglądu do danych bezpłatnie udostępnianych przez Centralną Informację Krajowego Rejestru Sądowego;
- 4) umożliwienie ustalenia terminu i zakresu zmian wpisów w CEIDG oraz wprowadzającego je organu (art. 23 ust 3 u.s.d.g.).

Wpisy do rejestru dokonywane są na wniosek albo – w przypadkach określonych przez ustawę – z urzędu (art. 25 ust 4 u.s.d.g.).

Wpisowi do CEIDG podlegają ogóle informacje dotyczące przedsiębiorcy: m.in. firma, PESEL, REGON, NIP, miejsce zamieszkania, przedmiot wykonywanej działalności, data rozpoczęcia wykonywania działalności gospodarczej. Ponadto do rejestru wpisuje się wzmiankę o istnieniu lub ustaniu małżeńskiej wspólności majątkowej przedsiębiorcy (art. 25 pkt. 1 podpunkt 9 u.s.d.g.). Jest to informacja wpisywana do rejestru na wniosek przedsiębiorcy (art. 26 u.s.d.g.). Wpisuje się ją w punkcie 27 wniosku, który brzmi „Informacja o małżeńskiej wspólności majątkowej”. Wnioskodawca odpowiadający na pytanie: czy „łączy mnie z małżonkiem wspólność majątkowa” ma do wyboru dwie odpowiedzi: „tak” i „nie”. Małżonek wpisuje także datę, od kiedy ustala wspólność majątkowa. Jest to wpis obowiązkowy. Czy będzie on wpływał na skuteczność intercyzy?

M. Nazar zaważa, że obecnie przepis art. 47<sup>1</sup> k.r.o. trzeba będzie stosować z uwzględnieniem postanowień ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, z uwagi na wpisy podanych wyżej danych do rejestru, który objęty jest domniema-



niem prawdziwości i dane w nim zawarte są jawne<sup>13</sup>. Ale czy rzeczywiście wejście w życie przepisów ustawy o CEIDG wywiera skutki w sferze majątkowej małżonków?<sup>14</sup> Należy zastanowić się, czy podanie informacji o istnieniu lub ustaniu małżeńskiej wspólności majątkowej wyłącza obowiązek małżonka do informowania wierzyciela o intercyzie i jej rodzaju. Wydaje się, że nie. Wpisowi nie podlega rodzaj umowy, co jest przesłanką powoływania się na jej skuteczność, tylko ogólna informacja o tym, czy małżonek pozostaje we wspólności ustawowej, bądź czy ona ustała.

Należy spostrzec, że rozdzielność majątkową można ustanowić nie tylko w umowie, ale też na mocy postanowienia sądu lub z mocy samego prawa. Co prawda wpisowi podlegają także zdarzenia, które wpływają na wspólność ustawową, takie jak informacja o ograniczeniu lub utracie zdolności do czynności prawnych, o ustanowieniu kuratora oraz o ogłoszeniu upadłości z możliwością zawarcia układu, o ogłoszeniu upadłości obejmującej likwidację majątku dłużnika, zmianie postanowienia o ogłoszeniu upadłości z możliwością zawarcia układu na postanowienie o ogłoszeniu upadłości obejmującej likwidację majątku dłużnika i zakończeniu tego postępowania, ale czy dane te są wystarczające dla wywołania skuteczności umowy majątkowej małżeńskiej w stosunku do osób trzecich, jak tego wymaga art. 47<sup>1</sup> k.r.o.?

Do rejestru wpisuje się zatem z urzędu (art. 31 u.s.d.g.) informacje, które pozwalają kontrahentowi uzyskać informacje o ustanowieniu rozdzielności pomiędzy małżonkami z mocy samego prawa: ogłoszenie upadłości, o ograniczeniu albo utracie zdolności do czynności prawnej przedsiębiorcy. Nie jest to jednak katalog wyczerpujący. Należy zauważyć, że rozdzielność powstaje także poprzez inne, niż wyżej wskazane sytuacje. Zalicza się do nich: orzeczenie separacji, ubezwłasnowolnienie małżonka przedsiębiorcy, czy postanowienie sądu na wniosek jednego z małżonków, gdy zaistnieją ku temu ważne powody, lub wierzyciela, gdy egzekucja z majątku według zasad określonych w art. 41 k.r.o. jest bezskuteczna. Wymienione wyżej okoliczności powodują także powstanie – z mocy prawa albo na wniosek – rozdzielności, która jest skuteczna względem osób trzecich bez względu na to, czy o niej wiedzieli, czy nie. Wierzyciel małżonka wpisanego do CEIDG po przejrzaniu rejestru nie będzie wiedział, z jakiego powodu małżonkowie pozostają w ustroju rozdzielności majątkowej, ani czy zawarli umowę majątkową małżeńską.

Rejestr zawiera ogólny zarys sytuacji dłużnika, nie dając wierzycielowi pełnej i koniecznej wiedzy o jego stosunkach majątkowych a małżonkowi nie da podstaw, aby powoływać się na skuteczność intercyzy. Nie dostarcza też osobie trzeciej

---

<sup>13</sup> J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2010, s. 189. Natomiast T. Sokołowski uważa, że ustawodawca uwzględnił w części postulaty wprowadzenia ogólnodostępnego rejestru ujawniającego sytuację majątkowo-małżeńską danej osoby właśnie w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej. *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, Warszawa 2010, s. 288.

<sup>14</sup> J. Świeszczakowska, *Ochrona praw wierzyciela w przypadku zawarcia przez dłużnika małżeńskiej umowy majątkowej*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 21, s. 115.

informacji o tym, czy małżonek pozostaje w ustawowym, czy w umownym ustroju wspólności. Nie zawiera zatem żadnej z przesłanek wskazanych do skuteczności umowy majątkowej.

Wpisanie wyżej wskazanych danych dotyczących stosunków majątkowych do CEIDG jest niewystarczające aby uznać, że intercyza jest skuteczna wobec osób trzecich. Dlatego też, aby małżonek mógł powoływać się na umowę majątkową małżeńską, musi poinformować wierzyciela o fakcie zawarcia umowy i jej rodzaju. Musi to zrobić w taki sposób, aby w razie ewentualnego procesu mógł udowodnić, że jego kontrahent wiedział o tych okolicznościach. Bezcelowy jest zatem obowiązek zamieszczania danych dotyczących stosunków majątkowych w CEIDG w obecnym kształcie.

Usprawiedliwienie braku rejestru umów majątkowych małżeńskich niewystarczającymi środkami finansowymi w stosunku do osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą nie zasługuje na uwzględnienie. Ustawodawca tworząc CEIDG miał możliwość ułatwienia małżonkom i ich kontrahentom zapoznawania się z ich sytuacją majątkową. Natomiast nie tylko nie ułatwił poznawania tej wiedzy, ale wręcz przeciwnie, utrudnił ją. Przepisy o CEIDG czekały na wejście w życie kilka lat, były też w tym okresie nowelizowane. Ustawodawca miał zatem czas, aby odpowiednio przystosować rejestr do wymagań określonych w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, co nie spowodowałoby dodatkowych kosztów. Obawiam się, że przeciętny przedsiębiorca może nie wiedzieć, że podanie danych o ustroju majątkowym w obecnym kształcie jest niewystarczające i przez to narazić się na żądanie kontrahenta, aby zaspokoić swoje roszczenie według zasad ogólnych dla wspólności.

Dlatego też ustawę o swobodzie działalności gospodarczej należy znowelizować tak, aby CEIDG była spójna z Kodeksem rodzinnym i opiekuńczy i aby małżonek mógł wpisać tam informację o zawarciu umowy majątkowej małżeńskiej i jej rodzaju.

## 6. Krajowy Rejestr Sądowy

Niektóre informacje o stosunkach majątkowych małżeńskich wpisuje się także do Krajowego Rejestru Sądowego. Warto zatem przyrzeć się bliżej rozwiązaniu obowiązującemu dla wspólników spółek osobowych. W zależności od typu spółki, ponoszą oni odpowiedzialność za jej zobowiązania na zasadach ustalonych w Kodeksie spółek handlowych.

W odniesieniu do wspólników spółki jawnej, członków europejskiego zgrupowania interesów gospodarczych, wspólników spółki partnerskiej, wspólników spółki komandytowej oraz komplementariuszy spółki komandytowo-akcyjnej w dziale 1 rejestru przedsiębiorców zamieszcza się dane związane z ich sferą osobistą (art. 38 ust 2a ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym). Są to informacje o pozostawaniu w związku małżeńskim, zawarciu małżeńskiej umowy majątkowej, powstaniu roz-

dzielności majątkowej między małżonkami, ograniczeniu zdolności do czynności prawnych. Są to wiadomości, które podmiot dokonujący wpisu jest zobowiązany zgłosić (art. 47 KRS).

Wniosek z informacją o małżeńskich stosunkach majątkowych osób wpisanych do rejestru, jako przedsiębiorcy lub jako wspólnicy osobowych spółek handlowych, może złożyć osoba widniejąca w tym Rejestrze oraz jej małżonek (art. 45 ust 6 ustawy KRS). Zatem jeżeli małżonek jest współnikiem spółki osobowej, jego współmałżonek może żądać wpisania do Krajowego Rejestru Sądowego wzmianki o umowie, dotyczącej stosunków majątkowych między nim a małżonkiem<sup>15</sup>. Zauważyć jednak należy, że z tego uprawnienia współmałżonek współnika będzie mógł skorzystać wtedy, gdy informacja o stosunkach majątkowych, nie zostanie w rejestrze ujawniona przez spółkę (art. 38 pkt. 2a w zw. z art. 47 KRS)<sup>16</sup>.

Odporodnich przepisów, dotyczących ujawniania w KRS informacji o stosunkach majątkowych małżeńskich, nie ma dla członków zarządu spółek kapitałowych. Jest to rozwiązanie niezrozumiałe, gdyż oni także w określonych, przez kodeks prawa handlowego, przypadkach ponoszą odpowiedzialność za zobowiązania spółki.

Należy zauważyć, że istnieje domniemanie powszechnej znajomości wpisów do rejestru przedsiębiorców (art. 15 KRS), dlatego zamieszczenie w nim informacji o stosunkach majątkowych małżeńskich spowoduje, że wierzyciel nie będzie mógł zastaniać się nieznanomością wpisu w rejestrze.

Rejestrując spółkę osobową jej współnik wpisuje informację, o tym, czy pozostaje on w związku małżeńskim, czy została zawarta małżeńska umowa majątkowa oraz czy powstała rozdzielność majątkowa między małżonkami<sup>17</sup>. Wierzyciel zatem wie o tym, że współnik zawarł umowę majątkową małżeńską, co jest jedną z przesłanek powołania się na jej skuteczność. Kodeks rodzinny i opiekuńczy wymaga jednak kumulatywnie, aby wierzyciel został poinformowany także o rodzaju umowy. Natomiast z Krajowego Rejestru Sądowego uzyskuje on jedynie informację, że współnik pozostaje w umownym ustroju rozdzielności albo umownym ustroju wspólności. Należy zauważyć, że Kodeks rodzinny i opiekuńczy przewiduje dwa rodzaje rozdzielności i dwie możliwości zmiany wspólności poprzez jej ograniczenie albo rozszerzenie. Wierzyciel nie zna zatem rodzaju umowy majątkowej małżeńskiej jakiej podlega współnik.

Czy można zgodzić się jednak ze stwierdzeniem, że ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym wyłącza zastosowanie art. 47<sup>1</sup> k.r.o. w takim zakresie, w jakim ustanawia się jawność rejestru i domniemanie prawdziwości wpisu?<sup>18</sup> Raczej nie, gdyż nie jest

<sup>15</sup> Art. 27, 89 w zw. z art. 27 k.s.h., art. 103 w zw. z art. 27 k.s.h., art. 126 w zw. z art. 27 k.s.h.

<sup>16</sup> J. Strzępka, E. Zielińska, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. J. Strzępka, Warszawa 2012, s. 96.

<sup>17</sup> Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 21 grudnia 2000 r. w sprawie określenia wzorów urzędowych formularzy wniosków o wpis do Krajowego Rejestru Sądowego oraz sposobu i miejsca ich udostępniania (Dz. U. Nr 118, poz. 1247 ze zm.).

<sup>18</sup> J. Świeszczakowska, *Ochrona praw wierzyciela w przypadku zawarcia przez dłużnika małżeńskiej umowy majątkowej*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 21, s. 115; P. Warczyński, *Skuteczność małżeńskiej umowy majątkowej wobec osób trzecich w ujęciu prawnoporównawczym*, „Przeгляд Sądowy” 2010, nr 10, s. 55.

to przepis *lex specialis* w stosunku do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Ustawa o KRS nie zawiera żadnych przepisów dotyczących skuteczności umowy majątkowej. Zawiera jedynie informacje o tym, jakie dane wpisuje się do rejestru. Przesłanki skuteczności intercyzy określa Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Należy zatem uznać, że wpisy do KRS nie są wystarczające z uwagi na to, że nie informują wierzyciela o rodzaju umowy. Nie powodują skuteczności z art. 47<sup>1</sup> k.r.o., zatem nie zwalniają małżonka od obowiązku informowania kontrahentów o rodzaju umowy majątkowej. Ostrzegają one tylko wierzyciela o tym, że wspólnik spółki osobowej może mieć podpisaną intercyzę. Natomiast pozostałe przepisy nie nakładają na osobę trzecią żadnego obowiązku staranności, aby ustalić szczegółową tę kwestię.

Należy zauważyć, że dzięki domniemaniom stworzonym w ustawie o KRS wpis do rejestru pozwala jedynie małżonkowi wykazać, że kontrahent wiedział o zawartej umowie majątkowej. Musi on jednak udowodnić, że poinformował go o rodzaju tej umowy.

Ustawodawca nowelizując przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nie znowelizował odpowiednio Kodeksu spółek handlowych i ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym. Przepisy te wymagają doprecyzowania, aby bez wątpliwości chroniły małżonków i ich kontrahentów. Ponadto celowe wydaje się wprowadzenie możliwości wprowadzenia wpisywania informacji o umowach majątkowych małżeńskich dla członków zarządu spółek kapitałowych.

## 7. Zakończenie

Ustawodawca utworzył dwa rejestry, w których są zamieszczane informacje o stosunkach majątkowych małżeńskich. Konieczność częstego informowania kontrahentów o nich należy w głównej mierze do małżonków, którzy są przedsiębiorcami. Oni są najczęściej zainteresowani zawieraniem umów majątkowych. CEIDG i KRS ewidencjonują właśnie przedsiębiorców, wspólników spółek i członków zarządu spółek kapitałowych. Stwarzają także domniemanie prawdziwości wpisów i ich jawności. *De lege lata* rejestry nie powodują skuteczności umów majątkowych małżeńskich. Nie wpisuje się do nich rodzaju umowy majątkowej małżeńskiej, a do CEIDG także samego faktu zawarcia umowy. Należy zatem odpowiednio znowelizować ustawę o swobodzie działalności gospodarczej i Krajowym Rejestrze Sądowym i stosowne akty wykonawcze, tak aby wpis informacji o umowie majątkowej małżeńskiej i jej rodzaju był skuteczny wobec osób trzecich. W obecnym brzmieniu ustawy nie zawierają podstaw dla zapewnienia tego, tak istotnego skutku. Natomiast w dalszej kolejności należy rozważyć utworzenie jednego rejestru, który mógłby być prowadzony na przykład przez notariuszy sporządzających omawiane umowy.

## **Rozliczenie konkubinatu w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu w sprawach krajowych i transgranicznych**

### **Część II. Prawo kolizyjne UE**

#### **1. Wprowadzenie do części II**

Publikacja niniejsza stanowi kontynuację artykułu pt. „Rozliczenie konkubinatu w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu w sprawach krajowych i transgranicznych. Część I. Prawo polskie”<sup>1</sup>.

Przedmiotem pierwszej części opracowania było zagadnienie rozliczania konkubinatów na gruncie prawa polskiego. Wskazano w niej pokrótce poglądy doktryny na ten temat oraz stosowane przez polską judykaturę sposoby rozliczania konkubentów (najczęściej byłych konkubentów), bardziej szczegółowo omawiając rozliczanie dokonywane na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Część druga stanowi próbę ujęcia problematyki rozliczania konkubinatów z elementem zagranicznym, w tym dwunarodowych, w których jeden z partnerów jest obywatelem polskim, a drugi – obywatelem innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej. Przedmiotem rozważań będą również konkubinaty dwojga obywateli polskich, których konkubinatu miał miejsce w całości bądź w części za granicą oraz innych sytuacji z tzw. elementem międzynarodowym – na gruncie reguł prawa prywatnego międzynarodowego. Tego typu związki stają się w dobie powiększającego się obrotu międzynarodowego i przynależności Polski do Unii Europejskiej coraz częstszym zjawiskiem obok dwunarodowych małżeństw. Coraz częściej dochodzić musi w związku z tym do rozkładu niektórych z takich nieformalnych związków, a w rezultacie do rozliczeń między byłymi partnerami. W wielu wypadkach są one dokonywane w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Rozważania dokonane w publikacji zilustrowane są na końcu przykładami kazusów wraz z rozwiązaniami prawno-kolizyjnymi. Całość uzupełniona jest analizą jurysdykcji krajowej sądów w poszczególnych przykładach.

---

<sup>1</sup> K. Kazimierczak, *Rozliczenie konkubinatu w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu w prawach krajowych i transgranicznych. Część I. Prawo polskie*, „Rodzina i Prawo” 2012, Nr 22, s. 39–51.

## 2. Przepisy prawa krajowego i wspólnotowego znajdujące zastosowanie do konkubinatów

Rozważania nad przepisami prawa prywatnego międzynarodowego, mającymi zastosowanie do konkubinatów, rozpocząć należy od przypomnienia, iż są one czymś innym niż rejestrowane związki partnerskie<sup>2</sup>. Publikacja niniejsza dotyczy natomiast jedynie konkubinatów.

Sposób podejścia do związków innych niż małżeństwo różni się w ustawodawstwie poszczególnych państw członkowskich, a wśród takich związków należy rozróżnić pary, których związek jest uznany instytucjonalnie poprzez zarejestrowanie związku partnerskiego przez organ publiczny, od par pozostających w związkach faktycznych. Nawet jeśli przepisy niektórych państw członkowskich regulują ten ostatni rodzaj związków, należy je odróżnić od zarejestrowanych związków partnerskich, których formalny charakter umożliwia uwzględnienie ich specyfiki i zdefiniowanie mających do nich zastosowanie zasad w drodze instrumentu UE<sup>3</sup>.

W chwili obecnej sytuacja prawna w zakresie prawa kolizyjnego, odnoszącego się do bezpodstawnego wzbogacenia, jest jednolicie uregulowana na szczeblu unijnym – przez rozporządzenie nr 864/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych (tzw. Rzym II, publ. w Dz. U. UE L z 2007 r. nr 199, s. 40)<sup>4</sup>.

Wprost do przepisów tego aktu prawnego odsyła ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe<sup>5</sup>, która w art. 33 stanowi, że prawo właściwe dla zobowiązania ze zdarzenia niebędącego czynnością prawną określa ww. rozporządzenie.

Pierwszym problemem, który się nasuwa, jest sama dopuszczalność stosowania do rozliczeń między konkubentami przepisów rozporządzenia. Zgodnie z art. 1 ust. 2 lit. a tegoż aktu z zakresu zastosowania niniejszego rozporządzenia wyłączono są zobowiązania pozaumowne wynikające ze stosunków rodzinnych oraz stosunków uznawanych, zgodnie z prawem dla nich właściwym, za mające podobne skutki, w tym zobowiązania alimentacyjne. W myśl art. 1 ust. 2 lit. b z zakresu rozporządzenia wyłączono również zobowiązania pozaumowne wynikające z małżeń-

<sup>2</sup> Szerzej o rozróżnieniu obu typów związków oraz ich historycznej genezie K. Kazimierzczak, *tamże*; omówienie rejestrowanych związków partnerskich w świetle prawa prywatnego międzynarodowego – M. Plich, *Związki quasi-małżeńskie w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, „Państwo i Prawo” 2011, z. 2, s. 84–94.

<sup>3</sup> Motyw 9 projektu rozporządzenia w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń sądowych w zakresie skutków majątkowych zarejestrowanych związków partnerskich, KOM (2011) 2007, dostępny na stronach Parlamentu Europejskiego: [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu), w chwili oddawania publikacji do druku dokładnie pod linkiem: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/com/com\\_com\(2011\)0127/com\\_com\(2011\)0127\\_pl.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0127/com_com(2011)0127_pl.pdf)

<sup>4</sup> O stanie prawnym sprzed wydania tegoż aktu i istniejących wówczas trudnościach interpretacyjnych – patrz: P. Mostowik, *Bezpodstawne wzbogacenie w prawie prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 2006.

<sup>5</sup> Dz. U. z 2011 r. nr 80, poz. 432.

skich ustrojów majątkowych, z ustrojów majątkowych stosunków uznawanych, zgodnie z prawem dla nich właściwym, za mające podobne skutki do małżeństwa, z dziedziczenia testamentowego i ustawowego.

Tak więc ponad wszelką wątpliwość z zakresu obowiązywania rozporządzenia Rzym II wyłączone są sprawy, które objęte są zakresem obowiązywania rozporządzenia Rady (WE) nr 4/2009 z dnia 18 grudnia 2008 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń oraz współpracy w zakresie zobowiązań alimentacyjnych<sup>6</sup>. Niewątpliwie nie będą objęte zakresem obowiązywania tegoż aktu prawnego sprawy regulowane przez akty prawne pozostające jeszcze w formie projektów, których zadaniem ma być regulacja majątkowych reżimów małżeńskich<sup>7</sup> oraz rejestrowanych związków partnerskich<sup>8</sup>.

Wątpliwości budzi wyłączenie z zakresu aktu prawnego zobowiązań wynikających ze stosunków rodzinnych. Konkubinatu jest przecież stosunkiem rodzinnym w szerokim znaczeniu tego słowa. Skoro jednak przyjmuje się w polskim prawie krajowym, że podstawą rozliczenia między konkubentami są przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, to należy konsekwentnie przyjąć, że również w stosunkach transgranicznych do rozliczenia konkubinatu zastosowanie mają normy kolizyjne regulujące problematykę bezpodstawnego wzbogacenia<sup>9</sup>. Ponadto art. 2 ust. 1 omawianego rozporządzenia Rzym II stanowi, że do celów tegoż aktu szkoda obejmuje wszelkie następstwa wynikające z czynu niedozwolonego, bezpodstawnego wzbogacenia i innych objętych nim zdarzeń. Rozstrzygające znaczenie ma tu słowo „wszelkich” prowadzące do wniosku, że unijny ustawodawca pragnął, aby przepisy tego aktu prawnego stosowano szeroko, z pominięciem jedynie wyjątków wynikających wprost z rozporządzenia względnie z aktów względem niego równorzędnych.

W tym miejscu zauważyć należy podobieństwo omawianych przepisów do art. 1 ust. 2 lit. a rozporządzenia nr 593/2008 w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (tzw. Rzym I), który to przepis wyłącza stosowanie rozporządzenia „w stosunkach uznawanych, zgodnie z prawem dla nich właściwym, za mające po-

---

<sup>6</sup> Dz. U. UE. L z 2009 r. nr 7, s. 1 z późn. zm.

<sup>7</sup> Patrz: projekt rozporządzenia w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń sądowych w zakresie małżeńskich ustrojów majątkowych, KOM (2011) 126, dostępny na stronach Parlamentu Europejskiego: [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu), w chwili oddawania publikacji do druku dokładnie pod linkiem: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/com/com\\_com\(2011\)0126/com\\_com\(2011\)0126\\_pl.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0126/com_com(2011)0126_pl.pdf)

<sup>8</sup> Patrz: projekt wymieniony w przypisie nr 3.

<sup>9</sup> Sytuację konkubentów porównać można do sytuacji rozliczeń między małżonkami, którzy podpisali umowę o rozdzieleniu majątkowej – na gruncie prawa polskiego stosuje się do rozliczeń między nimi zasady ogólne, a nie normy k.r.o. – por. E. Skowrońska-Bocian, *Rozliczenia majątkowe małżonków w stosunkach wzajemnych i wobec osób trzecich*, wyd. 3, Warszawa 2005, s. 162–168. Nie oznacza to jednak, że na gruncie prawa kolizyjnego stosunek cywilnoprawny między takimi małżonkami potraktowany być musi jako nie mający źródła w stosunkach rodzinnych. Oznacza to, że o prawie właściwym decyduje źródło zobowiązania. Jeśli jest nim prawo rodzinne, zobowiązanie ma źródło w stosunkach rodzinnych. Jeśli nie – rozpatrywać należy je tak, jak każde inne zobowiązanie o charakterze cywilnoprawnym.

dobne (do prawa rodzinnego – przyp. autora) skutki”. Tak więc aby zastosowanie znalazło wyłączenie z art. 1 ust. 2 lit. a, prawo właściwe musi wprost uznawać dany stosunek za rodzinny bądź mający skutki tożsame z rodzinnym. Dlatego też zgodzić należy się z poglądem, że z kolizyjnego punktu widzenia kwalifikacji zakresu przedmiotowego rozporządzenia do negatywnych wyjątków z zakresu rzeczowego należy zaliczyć również faktyczne relacje pomiędzy osobami fizycznymi, które dążą do tego samego lub podobnego celu, jaki zakłada małżeństwo i formalnie pojmowane stosunki małżeńskie. Warunkiem jednak jest, że taki związek prawo, określone na podstawie statusu personalnego, akceptuje i dla stosunków prawnych realizowanych pomiędzy takimi osobami wprowadza szczególny reżim, który modyfikuje prawa podmiotowe i obowiązki stron umów, jeżeli są nimi właśnie osoby związane przedmiotowymi stosunkami szczególnymi wykazującymi podobieństwo do formalnie pojmowanego stosunku małżeńskiego<sup>10</sup>. *A contrario*: jeśli dany stosunek między dwiema osobami ma charakter czysto faktyczny i nie jest regulowany przez żadne szczególne przepisy krajowego porządku prawnego, podlegając przepisom nie mającym charakteru rodzinno-prawnego, np. o bezpodstawnym wzbogaceniu, przyjąć należy, że wyłączenie z art. 1 ust. 2 lit. a nie ma do nich zastosowania, przy czym pogląd ten odnieść można zarówno do rozporządzenia nr 593/2008 (Rzym I), jak i do 864/2007 (Rzym II). Stąd też uznać należy, że bezpodstawne wzbogacenie w ramach konkubinatu podlega unormowaniom rozporządzenia Rzym II.

Pogląd ten uznany może być jednak za słuszny tylko pod warunkiem prawidłowego zdefiniowania pojęcia „bezpodstawnego wzbogacenia” na gruncie prawa kolizyjnego.

### 3. Definicja bezpodstawnego wzbogacenia na gruncie prawa kolizyjnego

Zdefiniowanie pojęcia bezpodstawnego wzbogacenia na gruncie prawa kolizyjnego jest częścią szerszego zagadnienia z dziedziny prawa prywatnego międzynarodowego, a mianowicie problemu kwalifikacji. Na gruncie tradycyjnych, narodowych uregulowań, jak np. polska ustawa z dnia 12 listopada 1965 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (Dz. U. nr 46, poz. 290, z późn. zm.)<sup>11</sup>, polegał on na tym, że tego typu akty prawne posługiwały się siatką pojęciową zaczerpniętą z prawa narodowego. Wskazywać może ono jako właściwe obce prawo meryto-

<sup>10</sup> Tak A. J. Bělohlávek, *Rozporządzenie Rzym I. Konwencja rzymska. Komentarz*, tom I, C. H. Beck, Warszawa 2010, s. 244. Pogląd ten wyrażono co prawda na kanwie art. 1 Rozporządzenia Rzym I, ale na podstawie przepisu o bardzo podobnym brzmieniu. Dlatego też uznać należy, że znajduje on również zastosowanie do omawianego przepisu art. 2 ust. 1 rozporządzenia Rzym II.

<sup>11</sup> Uchylona przez ustawę z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Dz. U. z 2011 r. nr 80, poz. 432).



ryczne, różniące się pod względem pojęciowym od prawa prywatnego międzynarodowego, za pomocą którego nastąpiło wskazanie właściwego prawa<sup>12</sup>. Problem ten rozwiązać można na kilka sposobów, a mianowicie kwalifikując stan faktyczny sprawy według merytorycznej *legis fori* (czyli prawa sądu), która to metoda nie sprawdza się w wypadku, gdy wskazane prawo obce znacząco różni się od prawa sądu, według *legis causae* (prawa właściwego, wskazanego przez normę kolizyjną), co zawiera w sobie wewnętrzną sprzeczność polegającą na tym, że w trakcie kwalifikacji wstępnej danego stosunku prawnego każde szukać treści pojęcia prawnego w instytucji prawa obcego podczas gdy nie wiadomo jeszcze, o jakie prawo chodzi<sup>13</sup>. Inną możliwą koncepcją jest teoria autonomiczna, zakładająca dążenie do uniezależnienia norm kolizyjnych prawa prywatnego od prawa merytorycznego, którego wynikiem jest używanie poszczególnych terminów w znaczeniu własnym, niekoniecznie pokrywającym się ze znaczeniem przypisywanym im w określonym prawie merytorycznym<sup>14</sup>. Niekiedy wyróżnia się również teorię kwalifikacji według kolizyjnej *legis fori*, zwaną również teorią funkcjonalną. Jest podobna do teorii autonomicznej, ponieważ również opiera się o zasadę odrębnego charakteru norm kolizyjnych, rządzących się autonomiczną siatką pojęciową. Jednocześnie kładzie nacisk na cele norm kolizyjnych i na ich międzynarodową funkcję rozgraniczającą<sup>15</sup>.

Rozważając przydatność opisanych teorii do interpretacji przepisów rozporządzenia Rzym II należy odrzucić dwie pierwsze. Rozporządzenie to jest aktem o charakterze europejskim, a więc pełni rolę nadrzędną w stosunku do ustawodawstw krajowych, zarówno *legis causae* jak i *legis fori*. Już z tego względu nie można interpretować go przez pryzmat pojęć tylko jednego z dwóch porządków prawnych. Wydaje się, że znaczenia poszczególnych pojęć szukać należy w samym prawie unijnym. Jeśli nie zawiera ono definicji legalnej danego pojęcia, należy jego znaczenie ustalić posługując się teorią autonomiczną lub funkcjonalną<sup>16</sup> przy zaznaczeniu, iż ze względu na łączące je podobieństwa narzucają one faktycznie tę samą metodę badawczą.

Rozpatrując zagadnienie rozliczania byłych konkubentów w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu należy, oprócz przyjęcia omówionej wyżej definicji konkubinatu, która w większości systemów prawnych będzie podobna, określić zakres pojęcia „bezpodstawne wzbogacenie”. Pojęcie to nie jest definiowane w omawia-

---

<sup>12</sup> Por. J. Gołaczyński, *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 2, Warszawa 2008, s. 33.

<sup>13</sup> Tak J. Gołaczyński, *tamże*, s. 38.

<sup>14</sup> Tak M. Pazdan, *tamże*, s. 57.

<sup>15</sup> Za stosowaniem tej koncepcji opowiada się M. Pazdan – *tamże*, s. 58.

<sup>16</sup> Zdaniem autora zastosowanie obu teorii przynosi podobny rezultat, ponieważ obie nakazują posługiwanie się tymi samymi metodami badawczymi i szukanie znaczenia terminów prawnych w kontekście szerszym niż prawo narodowe. Za interpretowaniem norm prawa kolizyjnego w oderwaniu od terminologii narzucającej przez narodowe prawo merytoryczne zdecydowanie opowiada się również P. Mostowik, *Bezpodstawne wzbogacenie w prawie prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 2006, s. 18–19.

nym rozporządzeniu ani też w innych aktach szeroko pojętego prawa europejskiego, a więc pozostaje tylko określenie jego zakresu w oparciu o teorię autonomiczną.

Pewną wskazówkę zawiera sam art. 10 rozporządzenia Rzym II, który, podobnie jak prawo polskie, wyróżnia nienależne świadczenie jako rodzaj bezpodstawnego wzbogacenia. Poza tym większość europejskich systemów prawnych definiuje bezpodstawne wzbogacenie w sposób podobny i zasadniczo można przyjąć, że zakres pojęcia bezpodstawnego wzbogacenia w znaczeniu autonomicznym pokrywa się z zakresem tego pojęcia na gruncie prawa polskiego w ujęciu ogólnym, unormowanym w art. 405 i następnym k.c. Tezę tę udowodnić można odwołując się do unormowań obowiązujących w ustawodawstwie innych państw europejskich<sup>17</sup>.

W prawie niemieckim bezpodstawne wzbogacenie definiuje się podobnie, jak na gruncie polskiego Kodeksu cywilnego. W myśl art. 812 BGB<sup>18</sup>, kto w wyniku świadczenia innej osoby lub w inny sposób osiąga coś kosztem tejże osoby, jest zobowiązany do wydania tegoż. Definicja ta jest praktycznie identyczna z zamieszczoną w art. 405 k.c. w zw. z art. 410 k.c. – wyróżnia nienależne świadczenie i inne przypadki bezpodstawnego wzbogacenia. Obowiązkiem zwrotu objęte jest wszystko, co wzbogacony uzyskał w związku ze wzbogaceniem, w tym jako odszkodowanie za zniszczenie lub utratę przedmiotu wzbogacenia. W razie niemożności zwrotu wzbogacenia z racji jego charakteru lub z innego powodu zobowiązany jest zwrócić jego równowartość (art. 818 ust. 1 i 2 BGB). Podobnie, jak w prawie polskim, obowiązek zwrotu wzbogacenia odpada, jeśli jeżeli ten, kto korzyść uzyskał nie jest już wzbogacony (art. 818 ust. 3 BGB). Odpowiedzialność wzbogaconego jest zastrzeżona w wypadku złej wiary wzbogaconego, która występuje, gdy ten wiedział o braku podstawy prawnej wzbogacenia (art. 820 BGB).

Odmienne niż w Niemczech, w Kodeksie cywilnym francuskim brakuje jednolitego unormowania instytucji bezpodstawnego wzbogacenia, niemniej jednak doktryna ujmuje je w sposób podobny, a orzecznictwo dopuszcza stosowanie go do rozliczania konkubentów względnie byłych konkubentów<sup>19</sup>.

Powództwa o rozliczenie konkubinatu na podstawie instytucji bezpodstawnego wzbogacenia są również uwzględniane przez sądy na gruncie amerykańskiego *common law*<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Pewnych wskazówek dostarcza również literatura powstała na gruncie samego rozporządzenia Rzym II – A. Dickinson wskazuje np. na fakt, że w wypadku bezpodstawnego wzbogacenia dochodzi do określonej straty po stronie zubożonego (po angielsku: „*harm or loss*”), choć obejmuje ono wypadki, w których nie nastąpiła żadna rzeczywista strata po stronie zubożonego – patrz: A. Dickinson, *The Rome II regulation: the law applicable to non – contractual obligations*, Oxford University Press Inc., New York 2008, s. 254. Pogląd ten jest zbliżony z opisanym wyżej dorobkiem doktryny i judykatury polskiej.

<sup>18</sup> Bürgerliches Gesetzbuch – poszczególne przepisy podane są według tłumaczenia autora na podstawie tekstu dostępnego pod następującym adresem internetowym: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>.

<sup>19</sup> Por. orzeczenia francuskiego Sądu Kasacyjnego – Izby Cywilnej z dnia 24 września 2008 r. (n° 06-11.294) oraz z dnia 6 maja 2009 r. (n° 08-12.803).

<sup>20</sup> R. Warner, T. L. Ihara, F. Hertz, *Living Together: A Legal Guide for Unmarried Couples*, 14-th edition, Berkeley 2008, s. 14, patrz również: wyrok w sprawie *Watts v. Watts* (Supreme Ct of Wisconsin 1987) – cyt. za:

Tak więc, w świetle poczynionych wyżej wywodów uznać należy, że zobowiązania wynikłe między konkubentami, względnie byłymi konkubentami, w związku z zaistniałym między nimi konkubinatem objęte są zakresem obowiązywania rozporządzenia nr 864/2007.

#### 4. Art. 10 rozporządzenia Rzym II

Normy kolizyjne dotyczące omawianego zagadnienia zawarte są w art. 10 rozporządzenia nr 864/2007 i mają charakter kaskadowy, tzn. wskazują różne łączniki, tj. kryteria wyboru prawa właściwego. Porządek wskazania łączników nie jest przypadkowy i oznacza, że organ stosujący rozporządzenie winien brać je pod uwagę w takiej kolejności, w jakiej są wymienione. Gdyby łącznik wskazany w ustępie pierwszym z jakiegoś powodu był nieodpowiedni dla danego stanu faktycznego, pod uwagę należy wziąć kolejny łącznik. Gdyby i tego nie dało się zastosować – następny.

Zgodnie z ust. 1 omawianego przepisu art. 10, jeżeli zobowiązanie pozaumowne z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, w tym także z nienależnego świadczenia, dotyczy istniejącego pomiędzy stronami stosunku, takiego jak stosunek wynikający z umowy lub z czynu niedozwolonego, który jest ściśle związany z tym bezpodstawnym wzbogaceniem, podlega ono prawu właściwemu dla tego stosunku.

Z treści tegoż przepisu wynika, iż do rozliczeń związków typu konkubenckiego będzie on miał zastosowanie raczej wyjątkowo, a to z powodu tego, że zawiera łącznik „istniejącego między stronami stosunku”. Łącznik ten nie jest właściwy z aż dwóch powodów. Po pierwsze: konkubinatu nie jest stosunkiem prawnym, tylko faktycznym, a w przepisie chodzi o relację prawną. Nie sposób bronić poglądu, że w przepisie chodzi też o stosunek faktyczny, bo w wielu ustawodawstwach, podobnie jak w polskim, prawo w żaden sposób nie odnosi się bezpośrednio do konkubinatu i nie ma w ogóle czegoś takiego, jak prawo właściwe dla związku faktycznego. O prawie właściwym dla konkubinatu jako takiego można by mówić tylko wtedy, gdyby instytucja związków faktycznych została uregulowana w ustawodawstwie polskim bądź europejskim, ale póki co – nie jest<sup>21</sup>.

---

W. P. Statsky, *Family Law, Centage Learning*, fifth edition 2002, s. 95 – 100 ([http://books.google.pl/books?id=yPu10LxKfkEC&pg=PA95&lpg=PA95&dq=watts+v.+watts+wisconsin+unjust+enrichment+cohabitation&source=bl&ots=QXVNePBMWJ&sig=z42MT\\_Bg\\_YIMILTGp0o6j2A4Sbo&hl=pl&sa=X&ei=NIOPUi3CMT1sgbUiYCI&ved=0CCcQ6AEwAQ#v=onepage&q=watts%20v.%20watts%20wisconsin%20unjust%20enrichment%20cohabitation&f=false](http://books.google.pl/books?id=yPu10LxKfkEC&pg=PA95&lpg=PA95&dq=watts+v.+watts+wisconsin+unjust+enrichment+cohabitation&source=bl&ots=QXVNePBMWJ&sig=z42MT_Bg_YIMILTGp0o6j2A4Sbo&hl=pl&sa=X&ei=NIOPUi3CMT1sgbUiYCI&ved=0CCcQ6AEwAQ#v=onepage&q=watts%20v.%20watts%20wisconsin%20unjust%20enrichment%20cohabitation&f=false)).

<sup>21</sup> Pomysł o uregulowaniu tego zagadnienia na szczeblu unijnym przedstawiono w Zielonej Księdze w sprawie kolizji przepisów dotyczących majątkowego ustroju małżeńskiego, w tym zagadnienia właściwości i wzajemnego uznawania. Zawarto w niej pytania dotyczące tego, czy państwa członkowskie UE widzą potrzebę regulowania kwestii prawa właściwego w wypadku związków o charakterze faktycznym. Dokument ten opublikowany jest w Internecie pod adresem: <http://eur-lex.europa.eu/>; w chwili oddawania artykułu do druku – pod linkiem: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0400:FIN:PL:PDF>. Zielona Księga była aktem stanowiącym podstawę do rozpoczęcia prac nad projektami aktów prawnych wymienionych w przypisach 3 i 7.

Wyjątkiem w Europie jest Szkocja, w której w roku 2006 wydano *Family Law Act* (tj. Ustawę o prawie rodzinnym), w którym to akcie unormowano skutki konkubinatów, rozumianych jako trwałe związki nieformalne dwu- lub jedнопłciowe, różniące się od małżeństw i rejestrowanych związków partnerskich brakiem zawarcia związku w sposób sformalizowany<sup>22</sup>.

Ustawa szkocka przewiduje co prawda szczególne roszczenie o zapłatę sumy pieniężnej na wypadek separacji, nie wyklucza jednak roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia.

Wracając do rozważań nad art. 10 rozporządzenia stwierdzić należy, że jego ust. 1 może więc tylko wyjątkowo wskazywać prawo właściwe – w sytuacji, w której bezpodstawne wzbogacenie ma źródło w umowie (np. nieważnej) lub w czynie niedozwolonym.

Znacznie częściej podstawą wskazania prawa właściwego do rozliczeń konkubentów będzie art. 10 ust. 2 rozporządzenia nr 864/2007, zgodnie z którym w przypadku gdy prawa właściwego nie można ustalić na podstawie ust. 1, a strony mają, w chwili wystąpienia zdarzenia będącego źródłem bezpodstawnego wzbogacenia, miejsce zwykłego pobytu w tym samym państwie, stosuje się prawo tego państwa<sup>23</sup>. Ten łącznik jest „naturalny” dla rozliczania konkubentów, których najczęściej łączy wspólne miejsce zamieszkania. Należy jednak pamiętać o tym, że rozliczenia majątkowe o charakterze spornym, przy których ustala się prawo właściwe, odbywają się najczęściej między byłymi konkubentami, nie mającymi już wspólnego adresu. Różne adresy nie przeszkadzają w zastosowaniu omawianego łącznika pod warunkiem, że mieszczą się w tym samym państwie. Nie wchodzi on jednak w rachubę, gdy byli partnerzy w momencie wniesienia pozwu lub wniosku do sądu mieszkają w różnych krajach. Wówczas sięgnąć należy do trzeciej „kaskady”, czyli do prawa państwa, w którym nastąpiło bezpodstawne wzbogacenie (art. 10 ust. 3).

Może się jednak okazać, że mimo możliwości wskazania prawa właściwego na mocy ust. 1–3 ze wszystkich okoliczności sprawy wyraźnie wynika, że zobowiązanie pozaumowne z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia pozostaje w znacznie ściślejszym związku z państwem innym niż państwo wskazane tych przepisach. Wówczas sięgnąć należy do ust. 4, który w takiej sytuacji każe stosować prawo tego innego państwa. Wydaje się, że ust. 4 w wypadku konkubinatów może mieć zastosowanie stosunkowo często, korygując pozostałe łączniki w taki sposób, aby dostosować prawo właściwe do miejsca, w którym ześrodkowana była wspólna aktywność konkubentów. Na przykład roszczenie mające źródło w konkubinacie

<sup>22</sup> Szerzej na temat ustawy szkockiej: J. Pawliczak, *Szkocki model konkubinatu*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2010, z. 3, s. 695–716.

<sup>23</sup> Zwykłym pobytom jest miejsce, w którym ześrodkowana jest aktywność życiowa osoby fizycznej – tak M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2009, s. 53. Szczegółowe omówienie definicji zwykłego pobytu – tamże, s. 53–54.

nie dotyczy czynu niedozwolonego i nie ma źródła w umowie, a więc odpada łącznik z ust. 1. Jednocześnie byli konkubenci nie mieszkają już razem, a każde z nich ma miejsce zwykłego pobytu w innym kraju, a więc odpada łącznik z ust. 2. Właściwe byłoby więc prawo miejsca bezpodstawnego wzbogacenia z ust. 3, ale miejsce to ma niewiele wspólnego z życiem stron i jest dość przypadkowe. Wówczas można na podstawie art. 10 ust. 4 nie zastosować przepisu ust. 3 i wybrać inne prawo, np. prawo miejsca ostatniego wspólnego zwykłego pobytu lub jeszcze inne, właściwe ze względu na specyfikę sprawy.

Oprócz norm art. 10, opisanego powyżej, w rozporządzeniu nr 864/2007 jest jeszcze art. 14 ust. 1a, pozwalający stronom na dokonanie wyboru prawa – w drodze porozumienia zawartego po wystąpieniu zdarzenia powodującego szkodę. Wybór prawa musi być przy tym wyraźny lub w sposób dostatecznie pewny wynikać z okoliczności sprawy i nie może naruszać praw osób trzecich. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby z przepisu tego skorzystali byli konkubenci, rozliczający się wzajemnie na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Ust. 2 powołanego artykułu ogranicza zakres stosowania prawa wybranego w przypadku gdy wszystkie elementy stanu faktycznego w chwili wystąpienia zdarzenia powodującego szkodę zlokalizowane są w państwie innym niż państwo, którego prawo zostało wybrane. W takiej sytuacji dokonany przez strony wybór nie wyłącza stosowania przepisów prawa tego innego państwa, których nie można umownie wyłączyć. Dokonanie wyboru takiego prawa wbrew normie cytowanego przepisu uznać należy za nieskuteczne. Podobnie art. 14 ust. 3 omawianego rozporządzenia stanowi, iż w przypadku, gdy wszystkie elementy stanu faktycznego w chwili wystąpienia zdarzenia powodującego szkodę zlokalizowane są w jednym lub kilku państwach członkowskich, dokonany przez strony wybór prawa właściwego innego niż prawo państwa członkowskiego, nie wyłącza stosowania przepisów prawa wspólnotowego, w odpowiednich przypadkach w kształcie, w jakim zostały one wdrożone w państwie członkowskim sądu, których nie można umownie wyłączyć.

Przepis art. 14 adresowany jest do stron danego stosunku – w tym wypadku konkubentów lub byłych konkubentów, spośród których jedno zgłasza względem drugiego roszczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. Celem jego jest to, aby wybór prawa właściwego nie naruszał tzw. norm wymuszających swoje stosowanie, tj. takich, których stosowania nie można wyłączyć umownie.

Do konkubentów nie znajduje natomiast zastosowania art. 14 ust. 1 lit. b, zgodnie z którym strony mogą poddać zobowiązanie pozaumowne wybranemu przez siebie prawu w przypadku prowadzenia przez wszystkie strony działalności gospodarczej, również w drodze porozumienia swobodnie wynegocjowanego przed wystąpieniem zdarzenia powodującego szkodę. Przepis ten jednak odnosi się do stron, które prowadzą działalność gospodarczą. Może on mieć zastosowanie do sytuacji konkubentów prowadzących takową działalność, ale ich sytuacja praw-

na rozpatrywana być musi wówczas z punktu widzenia tejże działalności, w odezwaniu od łączącego ich stosunku konkubinatu. Z tego powodu przepis ten pozostaje poza zakresem tematyki niniejszej publikacji.

Podsumowując powyższe rozważania o zastosowaniu art. 10 rozporządzenia Rzym II do rozliczania konkubinatu, wskazać należy, że najczęściej znajdzie do nich zastosowanie ust. 2, nieco rzadziej – ust. 3, a wyjątkowo – ust. 1. Łączniki te korygowane mogą być dodatkowo poprzez zastosowanie art. 10 ust. 4 lub art. 14 tego rozporządzenia.

## **5. Przykładowe stany faktyczne, w których zastosowanie znaleźć mogą przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu i normy kolizyjnoprawne**

Opisane wyżej przepisy znaleźć mogą zastosowanie do coraz większej liczby stanów faktycznych – w miarę wzrastania intensywności przepływu osób w Unii Europejskiej oraz ich napływu do krajów wspólnoty i jednoczesnego odpływu poza jej terytorium. Powodować może to trudności w praktycznym stosowaniu prawa w poszczególnych sprawach. Dlatego też poniżej przedstawione zostaną przykładowe stany faktyczne z elementem międzynarodowym, które mogą być rozpoznawane przez polskie lub zagraniczne sądy z objaśnieniem kwestii jurysdykcji, a także propozycją zastosowania do nich konkretnej normy kolizyjnej.

### **Kazus 1**

#### **Stan faktyczny:**

Dwoje obywateli polskich: A i B wyjechało w celach zarobkowych do Wielkiej Brytanii, gdzie podjęli wspólne pożycie na zasadzie konkubinatu. Zamieszkali wspólnie w wynajętym mieszkaniu. Po jakimś czasie A wróciła do Polski, gdzie zamieszkała na stałe. Konkubenci uzgodnili, że po powrocie B do Polski wezmą ślub. Do czasu powrotu B miał wspomagać swoją konkubinę, co czynił w formie regularnych, comiesięcznych przekazów pieniężnych. A przyjmowała te pieniądze, pomimo że po kilku miesiącach związała się z innym mężczyzną. B dowiedział się o owym konkubencie A kilkanaście miesięcy później i zażądał od niej zwrotu wszystkich pieniędzy, które od niego otrzymała od dnia powrotu do kraju. A odmówiła, wobec czego B postanowił dochodzić swego roszczenia na drodze sądowej.

#### **Analiza kolizyjnoprawna:**

W przedstawionym stanie faktycznym strony łączył jedynie stosunek faktyczny, a więc wyłączony jest łącznik z art. 10 ust. 1 rozporządzenia Rzym II, tj. prawo właściwe dla określonego stosunku prawnego bądź czynu niedozwolonego. Strony nie mają już miejsca zwykłego pobytu w tym samym państwie, a więc odpada rów-

niez łącznik z art. 10 ust. 2. Prawem właściwym będzie zatem w przedmiotowym wypadku wskazane w art. 10 ust. 3 prawo miejsca bezpodstawnego wzbogacenia, a więc prawo polskie, ponieważ wzbogacenie nastąpiło na terytorium Polski.

## **Kazus 2**

### **Stan faktyczny:**

Dwoje obywateli polskich: A i B wyjechało w celach zarobkowych do Wielkiej Brytanii, gdzie podjęli wspólne pożycie na zasadzie konkubinatu. Zamieszkali wspólnie w wynajętym mieszkaniu w Londynie. B utrzymywał swoją konkubinę na bieżąco i inwestował w jej wykształcenie. Po jakimś czasie konkubinatu jednak się rozpadł jeszcze w Londynie, a A wróciła do Polski, gdzie zamieszkała na stałe. B zażądał od A zwrotu pieniędzy, które od niego otrzymała w trakcie trwania konkubinatu. A odmówiła, wobec czego B postanowił dochodzić swego roszczenia na drodze sądowej.

### **Analiza kolizyjnoprawna:**

W przedstawionym stanie faktycznym strony łączył jedynie stosunek faktyczny, nie prawny, a więc wyłączony jest łącznik z art. 10 ust. 1 rozporządzenia Rzym II, tj. prawo właściwe dla określonego stosunku prawnego bądź czynu niedozwolonego.

Prawem właściwym będzie w przedmiotowym wypadku prawo angielskie. Zastosowanie znajduje bowiem art. 10 ust. 2 rozporządzenia Rzym II, ponieważ strony miały miejsce zwykłego pobytu w tym samym państwie – Wielkiej Brytanii, na terenie będącej jej częścią Anglii. Taki sam efekt dałoby zastosowanie normy kolizyjnej z ust. 3, który wskazuje na prawo miejsca bezpodstawnego wzbogacenia, którym w tym wypadku również jest prawo angielskie. Do stosowania tejże normy nie ma jednak podstaw, a to z uwagi na pierwszeństwo ust. 2 w kolejności zawartych w art. 10 „kaskad”.

## **Kazus 3**

### **Stan faktyczny:**

Obywatelka polska: A i obywatel niemiecki B mieszkali razem, na zasadzie konkubinatu, przez 30 lat w Niemczech, gdzie dorobili się wspólnie znacznego majątku. Po przejściu na emerytury przeprowadzili się do Polski, gdzie zamieszkali na stałe. Przedmioty majątkowe, których się dorobili, pozostały w większości w Niemczech. W Polsce konkubinatu się rozpadł, a A zażądała od B znacznej sumy pieniężnej z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, które nastąpiło w Niemczech.

### **Analiza kolizyjnoprawna:**

W przedstawionym stanie faktycznym strony łączył jedynie stosunek faktyczny, a więc wyłączony jest łącznik z art. 10 ust. 1 rozporządzenia Rzym II, tj. prawo właściwe dla określonego stosunku prawnego bądź czynu niedozwolonego.

Przepis art. 10 ust. 2 pozwala na zastosowanie prawa niemieckiego, ponieważ obie strony miały w chwili wzbogacenia miejsca zamieszkania w Niemczech<sup>24</sup>.

Podobnie jak w wypadku kazusu nr 2 taki sam efekt dałoby zastosowanie normy kolizyjnej z ust. 3, który wskazuje na prawo miejsca bezpodstawnego wzbogacenia, którym w tym wypadku również jest prawo niemieckie. Do stosowania tejże normy nie ma jednak podstaw, a to z uwagi na pierwszeństwo ust. 2 w kolejności zawartych w art. 10 „kaskad”.

#### Kazus 4

##### Stan faktyczny:

Obywatelka polska A i obywatel niemiecki B mieszkali razem, na zasadzie konkubinatu, przez 30 lat w Niemczech, gdzie dorobili się wspólnie znacznego majątku. Po przejściu na emerytury przeprowadzili się do Polski, gdzie zamieszkali na stałe. Majątek znajdujący się w Niemczech spieniężyli i zainwestowali w Polsce w przedsięwzięcie jednego z nich – A, po czym konkubinatu się rozpadł. B zażądał sumy pieniężnej z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, które nastąpiło w Niemczech.

##### Analiza kolizyjnoprawna:

W wypadku, w którym obie strony łączyła jakakolwiek umowa, na podstawie której współpracowały ze sobą w ramach prowadzonej przez jedno z nich działalności gospodarczej (wynika z jakiejś umowy łączącej strony, choćby była ona nieważna), zastosowanie znajdzie art. 10 ust. 1 i w grę wejdzie prawo właściwe dla tej umowy<sup>25</sup>.

Jeśli stron nie łączył żaden stosunek prawny, a jedynie, jak w kazusach wyżej opisanych, stosunki faktyczne, to zastosowanie znajdzie art. 10 ust. 2 rozporządzenia Rzym II, ponieważ strony miały miejsce zwykłego pobytu w tym samym państwie – Polsce.

Zauważyć należy, że w obu wypadkach w danym stanie faktycznym normy kolizyjne wskazują na prawo polskie. W wypadku umowy będzie to prawo polskie, ponieważ umowa reguluje działalność prowadzoną w Polsce, a w wypadku jej braku – również – z uwagi na miejsce zwykłego pobytu obu stron.

Na marginesie zauważyć należy, że taki sam efekt dałoby zastosowanie normy kolizyjnej z ust. 3, która nakazuje stosować prawo miejsca bezpodstawnego wzbogacenia, które nastąpiło na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

<sup>24</sup> W prawie niemieckim, odmiennie niż w prawie polskim, przyjęto jako zasadę rozliczanie byłych konkubentów w oparciu o przepisy regulujące spółkę cywilną. Konkubinatu rozlicza się bowiem jako tzw. spółkę faktyczną. Orzecznictwo dopuszcza jednakże stosowanie do tego typu rozliczeń również przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu – por. wyrok Bundesgerichtshof (Trybunału Federalnego) z dnia 9 lipca 2008 r. w sprawie XII ZR 179/05.

<sup>25</sup> Pod warunkiem jednakże, że podstawę prawną roszczenia stanowią przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, a nie np. przepisy kontraktowe.



### **Jurysdykcja:**

Jurysdykcję we wszystkich omawianych wyżej sprawach ma sąd polski – na zasadzie art. 2 ust. 1 rozporządzenia (WE) Parlamentu Europejskiego i Rady nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych – tzw. Bruksela I<sup>26</sup>. W myśl tego przepisu osoby mające miejsce zamieszkania na terytorium Państwa Członkowskiego mogą być pozywane, niezależnie od ich obywatelstwa, przed sądy tego Państwa Członkowskiego. Polski sąd nie może więc odrzucić powództwa opartego na tych stanach faktycznych na podstawie art. 1099 §1 k.p.c. i ma obowiązek rozpatrzyć ją co do meritum. Na podstawie tego przepisu jurysdykcję krajowa ma bowiem zawsze sąd państwa, na terytorium którego zamieszkuje pozwany. Gdyby w którymkolwiek z opisanych kazusów miejsce zamieszkania pozwanego w chwili wniesienia pozwu miało miejsce na obszarze innego państwa, sądy tego państwa miałyby jurysdykcję w sprawie z wyłączeniem sądów polskich, co skutkowałoby obowiązkiem odrzucenia pozwu na mocy art. 1099 §1 k.p.c.

Dla uporządkowania rozważań wyjaśnić należy jeszcze, czy podstawą jurysdykcji w sprawach „konkubentkich”, rozpatrywanych na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, może być art. 5 ust. 3 rozporządzenia nr 44/2001, w myśl którego osoba, która ma miejsce zamieszkania na terytorium Państwa Członkowskiego, może być pozwana w innym Państwie Członkowskim, jeżeli przedmiotem postępowania jest czyn niedozwolony lub czyn podobny do czynu niedozwolonego albo roszczenia wynikające z takiego czynu – przed sąd miejsca, gdzie nastąpiło lub może nastąpić zdarzenie wywołujące szkodę.

Rozpatrując to zagadnienie należy raczej zgodzić się ze stanowiskiem zajmowanym przez doktrynę polską i zagraniczną, że przepis ten nie powinien być wykładany rozszerzająco i w związku z tym nie ma zastosowania do spraw z zakresu bezpodstawnego wzbogacenia, ale też do spraw o prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia<sup>27</sup>.

## **6. Podsumowanie**

Niniejsze opracowanie jest próbą częściowego ujęcia w ramy prawne niezdefiniowanego w prawie i nieuregulowanego zjawiska społecznego w postaci konkubinatu. Zjawisko to nastręcza wielu problemów prawnikom, a zadaniem tej publika-

---

<sup>26</sup> Dz. U. UE L z 2001 r. nr 12, s. 1.

<sup>27</sup> Tak: U. Magnus, P. Mankowski, *European Commentaries on Private International Law, Brussels I Regulation*, München 2009, s. 187; angielski Sąd Najwyższy w sprawie *Kleinwort Benson v. Lincoln City Council*, orzeczenie dostępne na stronie internetowej Izby Lordów: <http://www.publications.parliament.uk>. Cytują je również, zgadzając się z orzeczeniem: M. Świerczyński, *Jurysdykcja krajowa w zakresie zobowiązań deliktowych*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 15, s. 695, a także A. Adamek, A. Frań, *Komentarz do art. 5 rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych*, LEX/el. 2004.

cji jest wskazanie w miarę spójnej i jednolitej koncepcji stosowania określonych instytucji prawnych do określonej grupy stanów faktycznych, z jakimi ma do czynienia praktyka. Z drugiej jednak strony przedstawiciele zawodów prawniczych, stykający się coraz częściej z konkubinami, nie uciekną od dokonywania każdorazowej indywidualnej oceny i subsumpcji poszczególnych zdarzeń prawnych i nie mogą pozwolić sobie w wypadku tego rodzaju spraw na podejście rutynowe. Jak to bowiem zwykle bywa, życie jest znacznie bogatsze od literatury prawniczej, która nigdy nie będzie w stanie przewidzieć wszystkich potencjalnych problemów i wyzwań, które ono z sobą niesie.

# PRAWO RODZINNE W EUROPIE

## Współpraca międzynarodowa sądów

Robert Zegadło

### Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 26 kwietnia 2012 r. [C 92/12 (PPU)]

W wyroku z dnia 26 kwietnia 2012 r. [C 92/12 (PPU)] Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej przypomniał o przepisie art. 56 rozporządzenia dotyczącego jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylającego rozporządzenie (WE) Nr 1347/2000 (tzw. rozporządzenie Bruksela 2 bis). Przepis ten pozwala sądomi mającemu jurysdykcję w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej umieścić dziecko w placówce opiekuńczej lub rodzinie zastępczej w innym państwie członkowskim za zgodą właściwego organu tego ostatniego uzyskaną przed wydaniem orzeczenia. Art. 56 ust. 1 rozporządzenia nakłada na sąd, który zamierza umieścić dziecko w innym państwie członkowskim, obowiązek konsultacji z odpowiednim organem państwa przyjmującego, jeżeli jego interwencja jest wymagana w tym państwie w analogicznych sprawach, zaś w ust. 2 jest mowa o wspomnianej zgodzie, która jest wymagana w każdym przypadku. Zgodnie z ust. 3, procedura konsultacji i wyrażania zgody jest regulowana w prawie państwa przyjmującego.

Z wnioskiem o wydanie wyroku w trybie prejudycjalnym wystąpił irlandzki *High Court*, przed którym toczyło się zainicjowane przez irlandzki organ ds. opieki nad dziećmi postępowanie dotyczące umieszczenia 17-letniej obywatelki Irlandii w placówce. Małoletnia prowadziła destrukcyjny tryb życia, miała za sobą próby samobójstwa. Sąd irlandzki orzekł umieszczenie małoletniej w prywatnej placówce terapeutyczno-wychowawczej w Wielkiej Brytanii po uzyskaniu zgody tej placówki. Już po przystąpieniu do wykonania tego orzeczenia sąd irlandzki powziął jednak wątpliwości, czy spełnione zostały wymagania art. 56 powołanego rozporządzenia i wystąpił do Trybunału w trybie prejudycjalnym o ich rozstrzygnięcie.

W omawianym wyroku Trybunał orzekł, co następuje:

- 1) *Orzeczenie sądu jednego państwa członkowskiego przewidujące umieszczenie dziecka w zamkniętej placówce opiekuńczo-wychowawczej położonej w innym państwie członkowskim, wiążące się z pozbawieniem wolności na określony czas w celu ochrony tego dziecka, wchodzi w materialny zakres zastosowania rozporządzenia Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczącego-*

go jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1347/2000.

- 2) Zgoda, o której mowa w art. 56 ust. 2 rozporządzenia nr 2201/2003, powinna zostać udzielona – przed wydaniem orzeczenia o umieszczeniu dziecka poza rodziną – przez właściwy organ prawa publicznego. Nie wystarczy, by zgodę wyraziła placówka, w której dziecko ma zostać umieszczone. W okolicznościach takich jak w sprawie głównej, gdy sąd państwa członkowskiego, który zarządził umieszczenie dziecka w placówce, ma wątpliwości, czy w wezwanym państwie członkowskim zgoda została udzielona w sposób ważny – gdyż nie było możliwe ustalenie w sposób pewny, jaki organ jest w tym ostatnim państwie właściwy – usunięcie braku jest możliwe w celu zapewnienia, że wymóg uzyskania zgody z art. 56 rozporządzenia nr 2201/2003 był w pełni przestrzegany.
- 3) Wykładni rozporządzenia nr 2201/2003 należy dokonywać w ten sposób, że orzeczenie sądu państwa członkowskiego nakazujące przymusowe umieszczenie dziecka w zamkniętej placówce położonej w innym państwie członkowskim powinno – zanim zostanie wykonane w wezwanym państwie członkowskim – uzyskać stwierdzenie wykonalności w tym państwie członkowskim. Aby nie pozbawiać rozporządzenia jego skuteczności (*effect utile*), orzeczenie sądu wezwanego państwa członkowskiego dotyczące wniosku o stwierdzenie wykonalności powinno być wydane szczególnie szybko, a środki zaskarżenia wnoszone na takie orzeczenie sądu wezwanego państwa członkowskiego nie mogą mieć skutku zawieszającego.
- 4) Jeżeli zgoda w trybie art. 56 ust. 2 rozporządzenia nr 2201/2003 na umieszczenie dziecka poza rodziną została wydana na określony czas, nie ma ona zastosowania do orzeczeń przedłużających ten okres umieszczenia. W takich okolicznościach należy wystąpić o nową zgodę. Orzeczenie o umieszczeniu dziecka poza rodziną wydane w jednym państwie członkowskim i którego wykonalność stwierdzono w innym państwie członkowskim może być wykonywane w tym ostatnim państwie członkowskim jedynie przez okres wskazany w orzeczeniu o umieszczeniu dziecka poza rodziną.

Podsumowując, w ocenie Trybunału organem, o którym mowa w art. 56 ust. 2 rozporządzenia, powinna być instytucja publiczna, zgoda samej placówki lub rodziny zastępczej nie jest wystarczająca. Zgoda powinna być udzielona przed wydaniem orzeczenia o umieszczeniu, niemniej jednak Trybunał dopuścił wyjątkowo możliwość udzielenia takiej zgody *ex post*, jak w okolicznościach sprawy, na tle której wydano omawiane orzeczenie, a mianowicie dla usunięcia wątpliwości, czy pierwotna zgoda była udzielona prawidłowo. Trybunał orzekł także, co istotne, że wspomniana zgoda nie zwalnia ze stwierdzenia wykonalności jako warunku wykonania orzeczenia, o którym mowa w art. 56, z tym, że już po stwierdzeniu

wykonalności w pierwszej instancji mogłoby nastąpić wykonanie, czyli umieszczenie dziecka. Punkt 4 wskazuje, że zgoda może być udzielona na czas oznaczony. Wówczas po upływie tego czasu konieczna jest kolejna zgoda. Z tezy tej jednocześnie wynika, że umieszczenie w pieczy zastępczej, o którym mowa w art. 56 rozporządzenia, może nastąpić tak na czas nieokreślony, jak i na czas oznaczony.

Dotychczas nie było wystąpień zagranicznych sądów i innych właściwych organów, w tym także zagranicznych organów centralnych wyznaczonych na podstawie przepisów powołanego rozporządzenia, dotyczących potencjalnego umieszczenia dziecka w polskiej placówce lub rodzinie zastępczej. Niemniej jednak wnioski takie mogą się wkrótce pojawić, zwłaszcza po omawianym orzeczeniu, w którym Trybunał przypomniał o art. 56 rozporządzenia.

Wydaje się jednak, że wobec braku szczególnych ale niezbędnych unormowań w prawie polskim umieszczenie dziecka w Polsce, na podstawie art. 56 rozporządzenia jest obecnie niemożliwe. W chwili obecnej prawo polskie nie zawiera bowiem wymaganej przez Trybunał procedury konsultacji i wyrażania zgody. Ministerstwo Sprawiedliwości wraz z Ministerstwem Pracy i Polityki Społecznej opracowują założenia takiej regulacji.

W świetle dotychczasowych ustaleń wydaje się, że organem właściwym do wyrażania zgody, o której mowa w art. 56 ust. 2 rozporządzenia, będzie w Polsce sąd opiekuńczy, ale umieszczenie takie byłoby możliwe tylko po uzyskaniu pozytywnej opinii właściwego starosty w związku z jego kompetencjami wynikającymi z ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz. U. Nr 149, poz. 887, z późn. zm.). Przesłanki materialnoprawne udzielenia zgody na umieszczenie (jak np. dobro dziecka, jego związek z Polską) znalazłyby się w tej właśnie ustawie, a procedura sądowa – w Kodeksie postępowania cywilnego.

Sąd opiekuńczy orzekałby na posiedzeniu niejawnym. Postępowanie powinno toczyć się bez udziału uczestników postępowania przed sądem lub innym organem obcego państwa. Postanowienie doręczane byłoby sądowi lub innemu organowi państwa obcego, a także staroście, który wydał wspomnianą opinię. Sąd opiekuńczy mógłby zwrócić się do sądu lub innego organu państwa obcego o wszelkie niezbędne dokumenty, opinie i informacje. W szczególności sąd opiekuńczy zwracałby się o wskazanie sposobu i zasad pokrycia kosztów sprowadzenia dziecka do Polski, a jeżeli umieszczenie miałoby nastąpić na czas określony – także zasad pokrycia kosztów powrotu dziecka.

Celowe wydaje się też uzupełnienie Regulaminu urzędowania sądów powszechnych o uprawnienie sądów opiekuńczych do wszczynania nowej sprawy „Opm” w odniesieniu do dziecka umieszczonego w polskiej rodzinie zastępczej, czy w polskiej placówce opiekuńczo-wychowawczej na podstawie orzeczenia sądu innego państwa członkowskiego UE. Objęcie umieszczenia nadzorem przez sąd

polski wydaje się być bowiem niezbędne w każdym wypadku, niezależnie od nabycia przez nasz sąd jurysdykcji „merytorycznej”, tj. do orzekania w sprawach odpowiedzialności rodzicielskiej. W przypadku bowiem, gdy umieszczenie następowaloby na czas określony, przejście tej jurysdykcji byłoby wątpliwe.

Stwierdzenie zawarte w tezie pierwszej omawianego wyroku wykracza poza zagadnienia uregulowane w art. 56 rozporządzenia, gdyż dotyczy zakresu zastosowania całego rozporządzenia. Trybunał stwierdził, że umieszczenie dziecka w zamkniętej placówce opiekuńczo-wychowawczej położonej w innym państwie członkowskim, wiążące się z pozbawieniem wolności na określony czas w celu ochrony tego dziecka, wchodzi w materialny zakres zastosowania rozporządzenia. Tego rodzaju sprawy nie są objęte wyłączeniem z art. 1 ust. 3 lit. g rozporządzenia, zgodnie z którym rozporządzenie nie ma zastosowania do środków podejmowanych na skutek czynów karalnych popełnianych przez dzieci. Wyłączenie to obejmuje nawet takie same środki, jakie w Polsce orzeka się w ramach ingerencji we władzę rodzicielską, np. umieszczenie w rodzinie zastępczej. Warunkiem wyłączenia jest to, że środki te podjęto w reakcji na popełnienie przez dziecko czynu karalnego. Nie jest zaś istotne, czy środek stosuje sąd, czy też inny organ, a także, czy podstawa prawna jest kwalifikowana jako prawo prywatne, czy też jako prawo publiczne. Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 listopada 2007 r. (C-435/06) rozporządzenie znajduje zastosowanie także do środków, które w danym państwie członkowskim mogą należeć do prawa publicznego. Orzeczenie to zostało wydane w sprawie, w której o umieszczeniu dzieci w rodzinie zastępczej zadecydowała szwedzka komisja ds. opieki społecznej.

Teza pierwsza omawianego wyroku może w Polsce otworzyć dyskusję, czy w zakresie zastosowania rozporządzenia nie wchodzi środki orzekane na podstawie u.p.n. w związku ze stwierdzeniem demoralizacji.

## **Założenia projektu ustawy o zmianie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich i ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych**

### **I. Cel projektowanej ustawy**

Projektowana ustawa dokonuje niezbędnych zmian w ustawie z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz. U. z 2010 r. Nr 33, poz. 178, z późn. zm.), zwanej dalej „upn”, polegających na dostosowaniu obowiązującego prawa nieletnich do orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego oraz regulacji i zaleceń prawno międzynarodowych, służących upodmiotowieniu nieletniego i podwyższeniu gwarancji procesowych zarówno na etapie postępowania rozpoznawczego, jak i postępowania wykonawczego.

Opracowanie zmian w ustawie w niezbędnym zakresie jest również wynikiem wniosków Rzecznika Praw Obywatelskich, kierowanych do Ministra Sprawiedliwości w związku z realizacją Krajowego Mechanizmu Prewencji w policyjnych izbach dziecka, zakładach poprawczych, schroniskach dla nieletnich oraz młodzieżowych ośrodkach wychowawczych. Rzecznik wskazywał na brak regulacji zapobiegającej przedłużaniu pobytu nieletnich w policyjnych izbach dziecka po ogłoszeniu im postanowienia o umieszczeniu w schronisku dla nieletnich lub młodzieżowym ośrodku wychowawczym, jak również na brak regulacji w przedmiocie środków dyscyplinarnych i nagród dla nieletnich umieszczonych w schroniskach dla nieletnich i zakładach poprawczych na poziomie ustawowym.

Dokonanie proponowanych zmian stanowi ingerencję w treść ustawy w koniecznym zakresie i nie stoi na przeszkodzie dalszym pracom nad wypracowaniem nowego modelu postępowania z nieletnimi.

### **II. Zakres projektowanej regulacji**

#### **1) zmiany dotyczące zarządzenia obserwacji psychiatrycznej nieletniego**

Projektowana ustawa zmierza do realizacji wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 lipca 2007 r. (sygn. akt SK 50/06), który odnosząc się do art. 203 § 1 i 2 k.p.k., zmienionego już w 2008 r., zachował aktualność w odniesieniu do postępowania w sprawach nieletnich. Obecny przepis art. 25a upn przewiduje instytucję

---

zarządzenia obserwacji psychiatrycznej nieletniego, uregulowaną w sposób analogiczny do zakwestionowanego przez Trybunał Konstytucyjny w przepisach Kodeksu postępowania karnego.

Proponuje się wprowadzenie regulacji instytucji obserwacji psychiatrycznej nieletniego w sposób zbliżony do regulacji zawartej w obecnym art. 203 § 1 i 2 k.p.k.

## **2) oznaczenie maksymalnego dopuszczalnego czasu pobytu w policyjnej izbie dziecka**

Istotnym mankamentem obecnych unormowań jest brak mechanizmu zapobiegającego wydłużonym pobytom nieletnich zatrzymanych w policyjnych izbach dziecka.

Proponuje się uzupełnienie przepisu określającego podstawy i zasady pobytu w policyjnych izbach dziecka (obecnie art. 40 upn) o regulację, że nieletni w razie ogłoszenia mu 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, może przebywać w policyjnej izbie dziecka przez czas niezbędny do przekazania go do właściwego ośrodka, schroniska dla nieletnich itp., nie dłużej jednak niż przez okres dalszych 5 dni.

## **3) wykonanie orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 2 marca 2010 r. w sprawie Adamkiewicz przeciwko Polsce (skarga nr 54729/00)**

W powołanym wyroku Trybunał stwierdził naruszenie przez Polskę art. 6 § 1 Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności m.in. w zakresie wymogu rozpatrywania sprawy przez sąd bezstronny w postępowaniu poprawczym.

U źródeł wyroku Trybunału legło ujawnienie przez sędziego w treści postanowienia o rozpoznaniu sprawy, wydanego na podstawie art. 42 upn, przekonania o tym, że nieletni popełnił czyn karalny, choć kwestia ta powinna być dopiero rozstrzygana w postępowaniu poprawczym lub opiekuńczo-wychowawczym. Środowisko sędziowskie od lat podaje w wątpliwość sens wydawania postanowienia o rozpoznaniu sprawy, traktując je jako czynność w gruncie rzeczy zbędną, przedłużającą postępowanie, skutkującą wielokrotnym i niepotrzebnym rejestrowaniem tej samej sprawy w kilku repertoriach, powtarzaniem czynności, koniecznością doręczania nieistotnych w przekonaniu stron pism przy jednoczesnym niebezpieczeństwie wydania przedwczesnego rozstrzygnięcia, czego dobitnym przykładem była sytuacja opisana przez Europejski Trybunał Praw Człowieka.

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie wskazuje *in concreto* przepisów ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, które jego zdaniem naruszają Konwencję i wymagają korekty. Jak słusznie stwierdził Trybunał, „do (jego) zadań nie



należy badanie w sposób abstrakcyjny ani ustawodawstwa, ani praktyki krajowej (...), należy do nich natomiast sprawdzenie, czy w konkretnej sprawie zostały one zastosowane względem skarżącego w sposób naruszający art. 6 ust. 1 Konwencji.”.

W badanej sprawie Trybunał dostrzegł naruszenie Konwencji (art. 6 § 3c) z powodu nieuzyskania przez skarżącego odpowiedniej pomocy adwokackiej w trakcie postępowania wyjaśniającego oraz ze względu na dopuszczenie przez sąd dowodu z przesłuchania nieletniego, przeprowadzonego niezgodnie z przepisem art. 39 upn.

W tych przypadkach naruszenie Konwencji było następstwem wadliwego procedowania przez sąd, w tym zakresie ustawa nie wymaga zatem korekty.

Trybunał, stwierdzając naruszenie art. 6 § 1 Konwencji, zauważył jednocześnie nieprawidłowość polegającą na stwierdzeniu przez sędziego przed wydaniem orzeczenia kończącego postępowanie, że „okoliczności ujawnione w toku postępowania wyjaśniającego wskazują na skarżącego jako na sprawcę”. Trudno uznać, zdaniem Trybunału, by sędzia ten nie miał już wyrobionego zdania w przedmiocie zagadnienia, którego rozstrzygnięcia miał w późniejszym terminie dokonać. Trybunał stwierdził też, że „sam fakt podjęcia przez sędziego decyzji przed rozpoczęciem postępowania poprawczego nie może uzasadnić, sam w sobie, formułowania ocen co do bezstronności tego sędziego.”.

Przytoczone *in extenso* wypowiedzi Trybunału wskazują, że sam model sądowego procedowania przez sąd, w tym przez tego samego sędziego, przed wydaniem orzeczenia o zastosowaniu środka, nie został zakwestionowany.

W projektowanej ustawie przewiduje się wprowadzenie rozwiązania, które utrzymuje utrwaloną w polskim systemie prawnym zasadę, iż gospodarzem postępowania w sprawach nieletnich niezależnie do jego fazy jest sąd rodzinny, nie wykluczając tożsamości personalnej sędziego.

Ponieważ dotychczasowy dwuetapowy model procedowania w sprawie nieletniego przed wydaniem orzeczenia merytorycznego dawał podstawy do formułowania wątpliwości, czy sędzia rodzinny po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, kierując sprawę nieletniego do określonego trybu dalszego postępowania rozpoznawczego, nie ma już wyrobionego poglądu co do środków, które należy wobec nieletniego zastosować, proponuje się wprowadzenie zunifikowanego postępowania w sprawach nieletnich, polegające na rezygnacji z podziału tego postępowania na etap postępowania wyjaśniającego i postępowania rozpoznawczego: opiekuńczo-wychowawczego albo poprawczego.

Taki zabieg pozostaje w zgodzie ze stanowiskiem wyrażonym przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w cytowanym wyżej wyroku, który stwierdził, że to w konkretnej, badanej przez Trybunał sprawie dotychczasowe regulacje zostały zastosowane względem skarżącego w sposób naruszający art. 6 ust. 1 Konwencji. Należy wyraźnie podkreślić, że Trybunał podzielił pogląd, że ze względu na szczególny charakter zagadnień pozostających w gestii wymiaru sprawiedliwości dla nielet-

---

nich, ten ostatni musi w sposób konieczny przedstawiać pewne różnice w stosunku do postępowania karnego w sprawach dorosłych. Sam fakt podjęcia przez sędziego decyzji przed rozpoczęciem postępowania poprawczego również nie może uzasadniać sam sobie formułowania ocen co do bezstronności sędziego, natomiast w konkretnej sprawie, w przypadku, gdy sędzia w postanowieniu o rozpoznaniu sprawy ujawnił swój pogląd, Trybunał stwierdził naruszenie zasady rzetelnego procesu w toku postępowania wyjaśniającego.

Projektowane rozwiązanie, znosząc m.in. obowiązek wydawania orzeczenia o rozpoznaniu sprawy w określonym trybie, uniemożliwi powielanie złych praktyk, polegających na wydawaniu przez sędziego rodzinnego orzeczenia, w którym wyraża on swoje przekonanie o sprawstwie nieletniego przed rozpoznaniem sprawy na rozprawie lub posiedzeniu.

Realizację celu proponuje się przez zastąpienie dotychczasowych przepisów art. 33–55 upn nowym rozdziałem, normującym w całości przebieg postępowania, w którym wskazuje się organ prowadzący postępowanie (sąd rodzinny), cele postępowania (gromadzenie danych o nieletnim, jego warunkach wychowawczych, zdrowotnych i bytowych oraz przeprowadzanie innych dowodów) i najistotniejsze czynności (w tym przede wszystkim wysłuchanie nieletniego, jego rodziców lub opiekuna, a w miarę potrzeby innych osób), uprawnienie stron, obrońców i pełnomocników do zgłaszania wniosków dowodowych, a także pokrzywdzonego do zgłaszania takich wniosków do czasu rozpoczęcia rozprawy, określenie praw nieletniego, w tym prawa do posiadania obrońcy i przesłanek do przyznania mu obrońcy z urzędu, a także zasady zlecania czynności kuratorowi lub Policji, możliwość przekazania sprawy nieletniego, za jego zgodą, szkole, do której nieletni uczęszcza, albo organizacji młodzieżowej, sportowej, kulturalno-oświatowej lub innej organizacji społecznej, do której nieletni należy.

Uregulowania tego rozdziału co do treści powinny odpowiadać dotychczasowym rozwiązaniom zawartym w przepisach art. 33–55 upn.

Odstępstwa od dotychczasowych regulacji są przede wszystkim następstwem ujednolicenia postępowania. Ponieważ nie przewiduje się wydawania postanowienia o rozpoznaniu sprawy, którego treść w obecnym stanie prawnym decyduje o tym, na jakich zasadach będzie procedował sąd przed wydaniem rozstrzygnięcia kończącego postępowanie w sprawie, proponuje się, by w przypadku, gdy okoliczności i charakter sprawy, a także celowość zastosowania i dobór środków wychowawczych nie budzą wątpliwości, sąd rodzinny mógł wydać postanowienie o zastosowaniu środków wychowawczych, o których mowa w art. 6 pkt 1–8 upn, na posiedzeniu, także niejawnym, przy czym odpis postanowienia wydanego na posiedzeniu niejawnym wraz z uzasadnieniem doręcza się stronom, którym przysługuje apelacja.

W pozostałych przypadkach przewiduje się wyznaczenie rozprawy, odbywającej się przy drzwiach zamkniętych, chyba że jawność rozprawy jest uzasadniona ze względów wychowawczych.

W postanowieniu kończącym postępowanie w sprawie nieletniego sąd rodzinny stwierdza, czy nieletni popełnił czyn karalny lub wykazuje przejawy demoralizacji oraz orzeka w przedmiocie zastosowania środków określonych w art. 6, art. 7 § 1 lub art. 12.

Poza zmianami wynikającymi z unifikacji postępowania, proponuje się w przepisie regulującym zasady zatrzymania nieletniego, który zastąpi obecną regulację z art. 40 upn, w związku z ujawnionymi w praktyce organów ścigania wątpliwościami, wskazać, na wzór podobnego rozwiązania z Kodeksu postępowania karnego, iż uprawnienia Policji do zatrzymania nieletniego przysługują także organom Straży Granicznej, w zakresie ich właściwości. Z tych samych przyczyn proponuje się doprecyzowanie uprawnienia do zatrzymania nieletniego, który samowolnie przebywa poza schroniskiem dla nieletnich, młodzieżowym ośrodkiem wychowawczym lub zakładem poprawczym, w sytuacji, która obecnie jest uregulowana w przepisie art. 40 § 7 upn oraz rozszerzenie możliwości umieszczenia nieletniego w policyjnej izbie dziecka w sytuacji określonej obecnie w przepisie art. 40a § 1 pkt 1 upn w razie potrzeby jego doprowadzenia.

Konsekwencją ujednoczenia postępowania powinna być rezygnacja z odesłania w przypadku stosowania środka poprawczego do przepisów Kodeksu postępowania karnego (art. 20 upn), a nadto uchylenie art. 13 oraz modyfikacja (dostosowanie) art. 21, art. 22 § 1, art. 24 § 1, art. 30 § 3 i 5 ustawy.

Jedną z niezwykle istotnych, akcentowanych również w cytowanym wyżej wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, gwarancji procesowych nieletniego jest jego prawo do obrony. W projektowanym modelu, tak jak obecnie, już od chwili wszczęcia postępowania, nieletni będzie mógł mieć obrońcę. Proponuje się również utrzymanie zasady, że z chwilą umieszczenia w schronisku dla nieletnich nieletni musi mieć ustanowionego obrońcę. Jeżeli interesy nieletniego i jego rodziców albo opiekuna pozostają w sprzeczności oraz w przypadku obrony obowiązkowej, gdy nieletni nie ma obrońcy, prezes sądu wyznaczy mu obrońcę z urzędu. Nieletni będzie mógł również złożyć wniosek o ustanowienie obrońcy z urzędu. Prezes sądu uwzględni wniosek, jeżeli udział obrońcy w sprawie uzna za potrzebny a nieletni lub jego rodzice nie są w stanie ponieść kosztów wynagrodzenia obrońcy z wyboru bez uszczerbku utrzymania koniecznego dla siebie i rodziny. Dla pełniejszego zaakcentowania prawa do obrony nieletniego proponuje się również wyraźne wskazanie w ustawie, że obrońca nieletniego może przedsięwziąć czynności procesowe jedynie na korzyść nieletniego, uwzględniając jego najlepszy interes.

Zmian o charakterze dostosowawczym będzie wymagać również rozdział regulujący postępowanie odwoławcze.

Następstwem rezygnacji z odesłania do stosowania przepisów Kodeksu postępowania karnego w postępowaniu poprawczym, w konsekwencji rezygnacji z wyodrębniania takiego postępowania, powinna być również nowelizacja ustawy

---

z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. Nr 98, poz. 1070, z późn. zm.), polegająca na odstąpieniu od wyłączenia z kognicji wydziałów cywilnych sądów okręgowych spraw przeciwko nieletnim o popełnienie czynu karalnego, jeżeli wobec nieletniego zastosowano środek poprawczy lub gdy środek odwoławczy zawiera wniosek o orzeczenie środka poprawczego.

#### **4) uregulowanie w ustawie zasad stosowania nagród i środków dyscyplinarnych wobec nieletnich umieszczonych w zakładach poprawczych i schroniskach dla nieletnich**

W dniu 28 lutego 2012 r., sygn. akt U 1/12, Rzecznik Praw Obywatelskich wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności § 65, § 66, § 70, § 71, § 72, § 73, § 74, § 90, § 91, § 93, § 94 i § 95 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 października 2001 r. w sprawie zakładów poprawczych i schronisk dla nieletnich (Dz. U. Nr 124, poz. 1359, z późn. zm.) z art. 95 § 3 upn oraz z art. 92 ust. 1 zd. 1 Konstytucji, podnosząc że system kar i nagród stosowanych wobec nieletnich przebywających w schroniskach dla nieletnich i zakładach poprawczych został stworzony na poziomie rozporządzenia wydanego w tym zakresie bez wyraźnego umocowania ustawowego, a ponadto kwestie objęte zakwestionowanymi przepisami stanowią materię ustawową.

Podzielając powyższe stanowisko proponuje się dodanie nowego rozdziału w dziale IV ustawy, zawierającego szczegółowe uregulowania kwestii przyznawania nagród i stosowania środków dyscyplinarnych wobec nieletnich umieszczonych w zakładach poprawczych i schroniskach dla nieletnich.

Niezbędne jest wprowadzenie zastrzeżenia, że stosowanie nagród i środków dyscyplinarnych nie może prowadzić do upokarzającego i poniżającego traktowania.

W odniesieniu do nagród zakłada się przyjęcie, że dyrektor zakładu poprawczego lub schroniska dla nieletnich może stosować wobec wychowanka nagrody i środki dyscyplinarne oraz przewiduje się określenie przesłanek stosowania nagród.

W odniesieniu do środków dyscyplinarnych przewiduje się wyraźne określenie przypadków ich stosowania, obowiązku wcześniejszego wysłuchania nieletniego i zasięgnięcia opinii zespołu diagnostyczno-korekcyjnego lub zespołu diagnostycznego. Odnośnie do decyzji o zastosowaniu środka przewiduje się obowiązek jej sporządzenia na piśmie, podania do wiadomości wychowankowi i włączenia do jego akt osobowych, uwzględnienia w szczególności rodzaju i okoliczności zachowania nieletniego, jego stosunku do tego zachowania, dotychczasowej postawy, cech osobowości i stanu zdrowia nieletniego oraz wskazania przyczyn jego zastosowania.

Ponadto wyraźnie wskazuje się, że za jedno przewinienie stosuje się jeden środek dyscyplinarny, a w przypadku popełnienia przez nieletniego większej liczby przewinień, stosuje się jeden środek dyscyplinarny odpowiednio surowszy.

Przewiduje się ponadto szczegółową procedurę mającą zastosowanie w przypadku ujawnienia nowych faktów wskazujących na niezasadne zastosowanie wobec nieletniego środka dyscyplinarnego. Jednocześnie proponuje się, w uzasadnionych przypadkach, możliwość zawieszenia wykonania środka dyscyplinarnego, zamiany na inny, jego skrócenia lub darowania. W przypadku ponownego przewinienia nieletniego, zawieszony środek dyscyplinarny podlega wykonaniu, chyba że dyrektor postanowi inaczej ze względów wychowawczych.

Decyzja o zastosowaniu środka dyscyplinarnego podlegać będzie zaskarżeniu do sądziego nadzorującego placówkę.

### **5) uzupełnienie ustawowej regulacji w zakresie stosowania środków przymusu bezpośredniego wobec nieletnich**

Wnioskiem z dnia 28 stycznia 2012 r., sygn. K 3/12, Prokurator Generalny wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie, że przepis art. 95c § 1 upn w brzmieniu nadanym przez art. 205 pkt 20 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz. U. Nr 149, poz. 887), jest niezgodny z art. 92 ust. 1 oraz z art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

W ocenie Prokuratora Generalnego, ustawodawca poza regulacją ustawową pozostawił istotne kwestie dotyczące stosowania wobec nieletnich środków przymusu bezpośredniego, pozostawiając wbrew unormowaniom Konstytucji uregulowanie tej problematyki organowi władzy wykonawczej.

Podzielając te wątpliwości proponuje się uzupełnienie regulacji ustawowej w dziale 4 rozdziału IV ustawy o materię do tej pory objętą rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 22 lutego 2011 r. w sprawie szczegółowych warunków i sposobu użycia środków przymusu bezpośredniego wobec nieletnich umieszczonych w zakładach poprawczych, schroniskach dla nieletnich, młodzieżowych ośrodkach wychowawczych i młodzieżowych ośrodkach socjoterapii (Dz. U. z 2011 r. Nr 48, poz. 248).

Rozporządzenie to utraciło moc dnia 1 stycznia 2012 r., z dniem wejścia w życie ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz. U. Nr 149, poz. 887, z późn. zm.),

Regulację należy uzupełnić o wyraźne zastrzeżenie, że stosowanie środków przymusu bezpośredniego nie może zmierzać do poniżenia lub upokorzenia nieletniego oraz o wyraźne wskazanie, na czym polega stosowanie poszczególnych środków przymusu i przesłanek ich stosowania.

W ustawie należy również wskazać, że nieletniego, wobec którego zastosowano środki przymusu bezpośredniego, należy objąć wzmożonym oddziaływaniem psychologiczno-pedagogicznym.

Na dyrektora zostanie nałożony obowiązek prowadzenia rejestru zastosowanych wobec nieletniego środków przymusu bezpośredniego, obejmujący imię, nazwisko oraz imię ojca nieletniego, datę, rodzaj, przyczynę oraz godzinę zastosowania i czas stosowania środka. W ustawie winien znaleźć się również przepis przy-

---

znający nieletniemu prawo złożenia skargi na zastosowanie wobec niego środka przymusu bezpośredniego oraz zobowiązujący dyrektora do niezwłocznego jej przedstawienia, wraz z protokołem zastosowania środka przymusu bezpośredniego, sędziemu sprawującemu nadzór nad zakładem lub ośrodkiem.

Jednocześnie przewiduje się upoważnienie Ministra Sprawiedliwości do określenia w drodze rozporządzenia szczegółowych warunków, jakim powinny odpowiadać izby izolacyjne, sposobu sprawdzania warunków pobytu nieletniego w tych izbach, szczegółowych warunków sprawowania opieki nad stanem zdrowia fizycznego i psychicznego nieletniego, wobec którego zastosowano środek oraz szczegółowych warunków prowadzenia dokumentacji związanej z zastosowaniem środków przymusu bezpośredniego, uwzględniając cel stosowania środków, formy, w jakich mogą być one stosowane, związaną z ich stosowaniem potrzebę doboru właściwych metod oddziaływania wychowawczego na nieletniego oraz mając na uwadze konieczność poszanowania praw i godności nieletniego oraz zapewnienia bezpieczeństwa zakładów, schronisk i placówek. Konsekwencją projektowania zmian będzie uchylene art. 95c § 1 upn w obecnym brzmieniu.

#### **6) zmiana treści upoważnienia ustawowego z art. 70e upn**

W toku prac legislacyjnych nad projektem rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie zasad i trybu wykonywania nadzoru nad nieletnim przez kuratorów sądowych, sposobu wykonywania obowiązków przez organizacje młodzieżowe lub inne organizacje społeczne, zakłady pracy i osoby godne zaufania oraz sposobu kontrolowania obowiązków nałożonych na rodziców lub opiekuna nieletniego, zgłoszono zastrzeżenia do treści przepisu upoważniającego do wydania tego aktu. Upoważnienie zawiera zwrot „rozporządzenie określi zasady i tryb wykonywania nadzoru”, który nie spełnia wymogu szczegółowego określenia spraw przekazanych do uregulowania i może powodować problemy w ocenie kontroli zgodności przepisów aktu wykonawczego z przepisem upoważniającym (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 lipca 2007 r., U 7/06). Proponuje się dostosowanie treści tego upoważnienia do wymogów art. 92 ust. 1 Konstytucji, który przewiduje, że upoważnienie powinno być szczegółowe i powinno pozwalać na wydanie rozporządzenia w celu wykonania ustawy.

Należy przy tym zauważyć, że zasady i tryb, o których mowa w upoważnieniu, zostały określone w przepisach art. 70a i n. upn, zatem akt wykonawczy powinien uzupełniać tę regulację przez określenie szczegółowych warunków wykonywania nadzoru.

#### **7) uchylene art. 83 § 3 upn**

W związku z wejściem w życie art. 15 ust. 10 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277, z późn. zm.) w brzmieniu nadanym przepisami ustawy z dnia 31 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o bezpieczeństwie im-

prez masowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 217, poz. 1280), a nadto – wejściem w życie rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 4 czerwca 2012 r. w sprawie pomieszczeń przeznaczonych dla osób zatrzymanych lub doprowadzonych w celu wytrzeźwienia, pokoi przejściowych, tymczasowych pomieszczeń przejściowych i policyjnych izb dziecka, regulaminu pobytu w tych pomieszczeniach, pokojach i izbach oraz sposobu postępowania z zapisami obrazu z tych pomieszczeń, pokoi i izb (Dz. U. poz. 638), proponuje się uchylenie przepisu art. 83 § 3 upn, który w związku z opisanymi wyżej zmianami staje się zbędny.

Powołany wyżej przepis art. 15 ust. 10 ustawy o Policji upoważnił ministra właściwego do spraw wewnętrznych do określenia w drodze rozporządzenia warunków, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia w jednostkach organizacyjnych Policji dla osób zatrzymanych lub doprowadzonych w celu wytrzeźwienia, zakres prowadzonej dokumentacji oraz wzory dokumentów wchodzących w jej skład, a także warunki, jakim powinny odpowiadać pokoje przejściowe w jednostkach organizacyjnych Policji, w których można umieścić osoby zatrzymane lub doprowadzone na czas wykonania czynności służbowych, oczekiwania na przewóz do pomieszczenia dla osób zatrzymanych lub doprowadzonych w celu wytrzeźwienia albo do policyjnej izby dziecka lub doprowadzenie do jednostki penitencjarnej, warunki, jakim powinny odpowiadać tymczasowe pomieszczenia przejściowe, które mogą być tworzone poza jednostkami organizacyjnymi Policji, w których można umieścić osoby zatrzymane lub doprowadzone w związku z naruszeniem porządku prawnego, na czas niezbędny do podjęcia decyzji co do dalszego zakresu i charakteru realizowanych wobec tych osób czynności służbowych, warunki, jakim powinny odpowiadać policyjne izby dziecka, regulamin pobytu osób w pomieszczeniach, pokojach i izbach, uwzględniając ich lokalizację, wyposażenie, warunki techniczne pomieszczeń i niezbędne części składowe, sposób przechowywania i niszczenia zapisów obrazu z pomieszczeń, pokoi i izb oraz udostępniania ich uprawnionym podmiotom oraz warunki właściwego zabezpieczenia utrwalonego obrazu przed utratą, zniekształceniem lub nieuprawnionym ujawnieniem.

Jednocześnie zgodnie z art. 83 § 3 upn minister właściwy do spraw wewnętrznych w porozumieniu z Ministrem Sprawiedliwości określa, w drodze rozporządzenia, szczegółowe zasady pobytu nieletnich w policyjnych izbach dziecka, mając na uwadze stworzenie właściwych warunków pobytu nieletnich i przestrzeganie ich praw, względy bezpieczeństwa, a także sprawność postępowania oraz odpowiednie rozdzielanie nieletnich ze względu na charakter czynów, których się dopuścili, i stopień ich demoralizacji,

Pomimo odmiennej redakcji upoważnień, analiza aktów prawnych wydanych na ich podstawie pozwala na stwierdzenie, że obejmują one tę samą materię. W szczególności istotne znaczenie odgrywa załącznik nr 12 do rozporządzenia z dnia 4 czerwca 2012 r., zawierający regulamin pobytu w policyjnej izbie dziecka, który określa czynności związane z przyjmowaniem nieletniego do izby i zwalnia-

---

niem go z niej, z prowadzeniem depozytu, sposoby zapewnienia bezpieczeństwa w izbie, zaspokojenia potrzeb edukacyjnych, bytowych i żywnościowych nieletniego oraz zasady kontaktu z bliskimi i obrońcą.

### III. Wyniki konsultacji społecznych

Projekt został przekazany do zaopiniowania Pierwszemu Prezesowi Sądu Najwyższego, Krajowej Radzie Sądownictwa, prezesom sądów apelacyjnych, Prokuratorowi Generalnemu, Krajowej Radzie Kuratorów. Rzecznikowi Praw Dziecka, dyrektorom zakładów poprawczych i schronisk dla nieletnich, Stowarzyszeniu Sędziów „Themis”, Stowarzyszeniu Sędziów Polskich „Iustitia”, Stowarzyszeniu Sędziów Sądów Rodzinnych w Polsce, Fundacji Dzieci Niczyje, Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka oraz Fundacji Mamy i Taty. Projekt przekazano również Rzecznikowi Praw Obywatelskich do wiadomości.

Projekt został pozytywnie zaopiniowany przez Krajową Radę Sądownictwa.

W większości udzielonych odpowiedzi (Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, prezesi sądów apelacyjnych w Lublinie, Wrocławiu i Poznaniu. Prezes Sądu Okręgowego w Gliwicach. Młodzieżowy Ośrodek Adaptacji Społecznej w Koszalinie) informowano o braku uwag.

Część zgłoszonych uwag uwzględniono, jak np. uwagę Prezesa Sądu Apelacyjnego w Krakowie, proponującego, by rozpoznawanie zażaleń na zastosowanie środków dyscyplinarnych pozostawało w kompetencji sędziego wizytującego placówkę.

Uwzględniono propozycję Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych i doprecyzowano zakres danych osobowych, gromadzonych w rejestrze środków przymusu bezpośredniego, stosowanych wobec nieletnich.

Podzielić należy pogląd Wiceprezesa Sądu Apelacyjnego w Warszawie, że obserwacja psychiatryczna nieletniego powinna być dopuszczalna nie tylko w przypadku nieletniego podejrzanego o popełnienie czynu karalnego, ale również w odniesieniu do nieletniego wykazującego przejawy demoralizacji. Jest to uwaga trafna, jeśli mieć na uwadze treść art. 12 upn.

Nie podzielono wątpliwości Prezesa Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, w którego ocenie pięciodniowy okres pobytu nieletniego w policyjnej izbie dziecka po ogłoszeniu mu postanowienia o zastosowaniu środków z art. 26 lub 27 upn może okazać się niewystarczający. Liczba miejsc w schroniskach dla nieletnich pozwala bowiem na wykonanie wszystkich niezbędnych czynności związanych z umieszczeniem nieletniego w schronisku w okresie 5 dni. Podobnie elektroniczny system kierowania do młodzieżowych ośrodków wychowawczych umożliwia sprawne wykonanie orzeczenia. W takich przypadkach przedłużający się pobyt nieletnich w izbach jest wynikiem nieprawidłowości w poszczególnych postępowaniach, nie zaś oznaką braku miejsc.



Odnosnie do obaw Prezesa Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, związanych ze zwiększeniem wpływu do wydziałów cywilnych sądów okręgowych, należy zauważyć, że obecnie liczba załatwień w postępowaniu poprawczym w sadach rejonowych nie przekracza 1000 spraw i maleje. Jeśli założyć, że nawet w co trzeciej sprawie wnoszony jest środek odwoławczy, wpływ spraw z tej kategorii nie przekroczy 6 promili całego wpływu tych sądów.

Część uwag dotyczyła możliwości wydawania orzeczenia w sprawie nieletniego na posiedzeniu niejawnym. W opinii sędziego wizytatora, nadesłanej przez Prezesa Sądu Okręgowego w Katowicach wskazano, że procedowanie w tym trybie mogłoby naruszyć dobro nieletniego. Z kolei Wiceprezes Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie podnosił, że sporządzenie uzasadnienia postanowienia wydanego na posiedzeniu niejawnym z urzędu może spowodować znaczne obciążenie sędziów.

Należy zauważyć, iż wybór, czy w sprawie wyznaczyć posiedzenie jawne, czy niejawne, będzie zawsze należeć do sędziego. Wydaje się, że w niektórych przypadkach lepszy efekt wychowawczy zostanie osiągnięty bez udziału nieletniego, choć należy przychylić się do poglądu, że tego rodzaju sytuacje będą i powinny zdarzać się sporadycznie. Szczególne znaczenie będą mieć w tym wypadku pisemne motywy rozstrzygnięcia. Należy zresztą zauważyć, że obowiązek uzasadniania z urzędu orzeczeń wydanych na posiedzeniu niejawnym w jeszcze większym stopniu niż obecnie zbliża to postępowanie do zasad obowiązujących w postępowaniu cywilnym.

Propozycja Sądu Okręgowego w Katowicach, by zamiast ujednolicenia postępowania wprowadzić odejście od zasady terytorialnego podziału pracy w sądach i w domyśle przekazać prowadzenie postępowania rozpoznawczego, następującego po fazie postępowania wyjaśniającego, innemu sędziemu, nie została uwzględniona. Przede wszystkim należy mieć na uwadze utrwaloną i powszechnie akceptowaną zasadę tożsamości personalnej sędziego prowadzącego konkretną sprawę nieletniego. Po drugie, w chwili obecnej brak jest możliwości kadrowych w sądownictwie rodzinnym, które w każdą sprawę nieletniego – abstrahując od krytykowanego powszechnie zbędnego i kosztownego dublowania czynności – angażowałoby co najmniej dwóch sędziów bez szczególnie uzasadnionej potrzeby.

Krajowa Rada Kuratorów negatywnie oceniła propozycję uzależnienia możliwości przekazania sprawy nieletniego szkole, do której nieletni uczęszcza, albo organizacji młodzieżowej, sportowej itp. od zgody nieletniego, w sytuacji, gdy nieletni pokazał już, że nie potrafi podejmować odpowiedzialnych decyzji.

Należy przede wszystkim zauważyć, iż tego rodzaju przekazanie sprawy jest traktowane jako zakończenie postępowania alternatywnego wobec stosowania środków wychowawczych, w tym środków z art. 6 pkt 4, 6 lub 11 upn, podobnie jak alternatywnym w istocie sposobem zakończenia postępowania jest skierowanie sprawy do postępowania mediacyjnego, które jest możliwe również wyłącznie

---

za zgodą nieletniego. Niekiedy lepsze efekty wychowawcze przynieść może obdarzenie nieletniego zaufaniem i nawiązanie z nim współpracy – takim właśnie sytuacjom ma służyć proponowane rozwiązanie.

W toku konsultacji społecznych zgłoszono również szereg propozycji zmierzających do głębszych niż założone w projekcie zmian o charakterze systemowym. Wiele interesujących propozycji w tym zakresie zgłosiła Krajowa Rada Kuratorów, jak wyraźne określenie organów postępowania wykonawczego i zakresu ich kompetencji, obniżenie górnej granicy wykonywania niektórych środków do 18 lat czy wprowadzenie nowych środków wychowawczych. Charakter dostosowawczy projektowanych zmian i wyraźne zawężenie zakresu regulacji do niezbędnych korekt nie pozwala na uwzględnienie tych propozycji.

Z tych samych przyczyn nie uwzględniono propozycji Fundacji Dzieci Niczyje, zmierzających do przemodelowania pozycji procesowej pokrzywdzonego w postępowaniu w sprawach nieletnich. Zwiększenie uprawnień pokrzywdzonego w tym postępowaniu musi być rozważane przede wszystkim z uwzględnieniem specyficznego charakteru postępowania w sprawach nieletnich: dyskusyjna jest również teza, iż w obecnym stanie prawnym zakres uprawnień pokrzywdzonego jest nadmiernie ograniczony.

Helsińska Fundacja Praw Człowieka zaproponowała nowelizację przepisów upn, a także ustaw procesowych i Kodeksu karnego w związku z ujawnionymi nieprawidłowościami, polegającymi na pociąganiu nieletnich do odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań. Propozycji tej nie uwzględniono, dotyczy bowiem kwestii nie wadliwych czy nieprecyzyjnych przepisów, ale błędów w praktyce orzeczniczej. Nie ulega bowiem wątpliwości, że w związku z niemożnością pouczenia nieletniego o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań nie jest możliwe przypisanie nieletniemu popełnienia czynu karalnego, przewidzianego w art. 233 k.k. Brak takiej możliwości w żadnym wypadku nie oznacza jednak przyzwolenia na posługiwanie się kłamstwem. Nie uwzględniono również propozycji, zmierzającej do zmiany zasad określonych w art. 40 § 7 upn i powrót do stanu prawnego sprzed nowelizacji tego przepisu w 2011 r. Dokonana wówczas korekta, pozwalająca na umieszczaniu w policyjnych izbach dziecka nieletnich, którzy samowolnie opuścili młodzieżowy ośrodek wychowawczy, była realizacją powszechnego w tym czasie postulatu wprowadzenia takiej regulacji. Rozwiązanie to sprawdza się w praktyce i dotyczy – co należy wyraźnie podkreślić – tych nieletnich, co do których sąd uznał za uzasadnione stosowanie najsurowszego środka wychowawczego wobec spełnienia przesłanek z art. 2 upn, nie sposób zatem podzielać obaw o zagrożenie tych nieletnich demoralizacją.

W związku z tym, że poza ustawą o postępowaniu w sprawach nieletnich w projekcie przewiduje się dokonanie zmian w ustawodawstwie jedynie w niezbędnym zakresie, pozostającym w ścisłym związku z tą ustawą, nie uwzględniono propo-zy-

cji Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, by dokonać rozszerzenia przedmiotowego w obrębie art. 3 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki (Dz. U. Nr 179, poz. 1843, z późn. zm.).

W najbliższym czasie przewiduje się rozpoczęcie prac legislacyjnych nad modernizacją rozwiązań ustawowych dotyczących funkcjonowania zakładów poprawczych i schronisk dla nieletnich w zakresie przekraczającym niezbędną interwencję ustawodawcy. W ramach tych prac rozważone zostaną propozycje Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, dotyczące m.in. problemu monitoringu w tych placówkach.

## **Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 2012 r. (III CZP 21/12)\***

Na pytanie Sądu Okręgowego w B., dot. zagadnienia prawnego: „Czy sprawa z wniosku jednego z rodziców o ustalenie miejsca pobytu dziecka może być rozpoznana łącznie – w składzie jednego sędziego i dwóch ławników ze sprawą z wniosku drugiego z rodziców o ograniczenie władzy rodzicielskiej tego pierwszego nad małoletnim na podstawie art. 107 § 2 k.r.o. ?” Sąd Najwyższy

podjął uchwałę:

**Nie jest dopuszczalne zarządzenie przez sąd połączenia w celu łącznego rozpoznania sprawy z wniosku o ustalenie miejsca pobytu dziecka ze sprawą o ograniczenie władzy rodzicielskiej.**

### **Uzasadnienie**

Sąd Rejonowy w B., po łącznym rozpoznaniu – w składzie jednego sędziego i dwóch ławników – spraw z wniosku Z. z udziałem E. o ustalenie miejsca pobytu małoletniej W. oraz z wniosku E. z udziałem Z. o pozbawienie go władzy rodzicielskiej nad małoletnią, postanowieniem z dnia 30 września 2011 r. oddalił wniosek Z. oraz ograniczył jego władzę rodzicielską nad małoletnią do prawa współdecydowania w istotnych sprawach dziecka, dotyczących zasad wychowania, zmiany miejsca stałego pobytu, kierunku i zakresu kształcenia.

Przy rozpoznaniu apelacji Z. od tego orzeczenia Sąd Okręgowy w B. powziął poważną wątpliwość prawną, sprowadzającą się do kwestii możliwości łącznego rozpoznania tych spraw i zagadnienie to przedstawił postanowieniem z dnia 23 lutego 2012 r. do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu.

W ocenie Sądu Okręgowego, za łącznym rozpoznaniem spraw przemawia ich zębiający się zakres, względy ekonomii procesowej oraz dobro dziecka. Jest to szczególnie widoczne w okolicznościach sprawy, w której spór co do wykonywania władzy rodzicielskiej dotyczy w przeważającej mierze właśnie kwestii ustalenia miejsca stałego pobytu dziecka. Ten spór sprawia, że rodzice nie mogą władzy rodzicielskiej wykonywać wspólnie. Konflikt jest nasilony tak dalece, że gdyby E. nie złożyła wniosku o pozbawienie ojca władzy rodzicielskiej, sąd byłby zmuszony wszcząć z urzędu po-

\* Uchwała jest opublikowana m.in. w: Biul. SN 2012/5/11, Lex nr 1168715.

stępowanie w tym przedmiocie na podstawie art. 107 k.r.o. Rozstrzygnięcie o władzy rodzicielskiej sprawia, że nie ma już odrębnego rozstrzygnięcia o istotnej sprawie dziecka, jaką jest ustalenie miejsca jego pobytu, bowiem kwestia ta stanowi integralny element orzeczenia o władzy rodzicielskiej i sposobie jej wykonywania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Przepisy prawa określające skład sądu mają charakter ustrojowy, a o ich wadze świadczy sankcja nieważności postępowania w wypadku ich naruszenia (art. 379 pkt 4 k.p.c.). Zasadą wynikającą z art. 47 § 1 k.p.c., który ma zastosowanie także w postępowaniu nieprocesowym poprzez odesłanie z art. 13 § 2 k.p.c., jest rozpoznawanie spraw w składzie jednego sędziego. Rozpoznanie sprawy w innym składzie może nastąpić, jeżeli stanowi tak przepis szczególny. Przepisem takim jest art. 509 k.p.c., wskazujący sprawy rozpoznawane przez sąd w pierwszej instancji w składzie jednego sędziego i dwóch ławników, w tym sprawę o pozbawienie lub ograniczenie władzy rodzicielskiej. O tym zatem, w jakim składzie sąd rozpoznaje sprawę, decyduje jej przedmiot, a nie okoliczności faktyczne.

Rozpoznanie obu spraw mogłoby nastąpić łącznie przy założeniu, że ustalenie miejsca pobytu dziecka stanowi składnik władzy rodzicielskiej. Takie założenie jednak nie ma podstawy prawnej. O tym, jakie prawa i obowiązki mieszczą się w pojęciu władzy rodzicielskiej decydują przepisy prawa materialnego, a przede wszystkim przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (art. 95 § 1, 96, 98, 101). Wynika z nich, że do władzy rodzicielskiej zalicza się prawa i obowiązki w zakresie pieczy nad dzieckiem, zarządu jego majątkiem i reprezentowania go. Kodeks rodzinny i opiekuńczy osobno reguluje kontakty z dzieckiem, wyraźnie wskazując w art. 113 § 1 w brzmieniu zmienionym ustawą z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 220, poz. 1431), że prawo i obowiązek rodziców oraz dziecka do utrzymywania ze sobą kontaktów jest niezależne od władzy rodzicielskiej. W § 2 tego przepisu określone zostało pojęcie kontaktów z dzieckiem, które w szczególności obejmuje przebywanie z nim, bezpośrednie porozumiewanie się, utrzymywanie korespondencji, korzystanie z innych środków porozumiewania się na odległość, w tym ze środków komunikacji elektronicznej. Przebywanie zaś obejmuje odwiedziny, spotkania, zabieranie dziecka poza miejsce jego stałego pobytu. Niewątpliwie zatem ustalenie miejsca pobytu dziecka łączy się ze sferą kontaktów z nim, a ta, jak wskazano, jest niezależna od władzy rodzicielskiej. Wniosek taki wynika także z brzmienia art. 445<sup>1</sup> k.p.c., dotyczący postępowania w sprawie o rozwód lub separację, który wyraźnie rozdziela pojęcia władzy rodzicielskiej i ustalenia kontaktów z dzieckiem.

Samo ustalenie miejsca pobytu dziecka przy jednym z rodziców nie pozbawia drugiego władzy rodzicielskiej ani jej nie ogranicza. Stanowisko to jest ugruntowane w orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. zwłaszcza uchwałę Sądu Najwyższe-

---

go z dnia 20 maja 2011 r., III CZP 20/11, OSNC 2012, Nr 1, poz. 4 i przytoczone w niej wcześniejsze orzeczenia). Rozstrzygnięcie o miejscu pobytu dziecka jest zatem rozstrzygnięciem o istotnej sprawie dziecka (art. 582 k.p.c.), a nie rozstrzygnięciem o pozbawieniu lub ograniczeniu władzy rodzicielskiej, nawet w sytuacji, w której brak porozumienia rodziców w tej kwestii stanowi główne zarzewie konfliktu. Sprawa taka nie mieści się więc w wyczerpującym wyliczeniu spraw rozpoznawanych w sądzie pierwszej instancji w składzie jednego sędziego i dwóch ławników. Kwestia ta nie może budzić wątpliwości wobec brzmienia art. 582<sup>1</sup> k.p.c., który w sprawach o kontakty z dzieckiem nakazuje odpowiednie stosowanie art. 582.

Połączenie oddzielnych spraw w celu łącznego rozpoznania lub także rozstrzygnięcia może nastąpić, jak wynika z art. 219 k.p.c., jeżeli są one ze sobą w związku lub mogły być objęte jednym pozwem. O tym, kiedy roszczenia mogą być objęte jednym pozwem, rozstrzyga art. 191 k.p.c. Przepisy te mają zastosowanie w postępowaniu nieprocesowym poprzez art. 13 § 2 k.p.c. Chodzi o roszczenia jednego rodzaju, a więc takie, które należą do jednego trybu postępowania (postępowanie procesowe lub nieprocesowe), rodzaju postępowania (zwykłe lub odrębne), dla których zachodzi ta sama właściwość sądu i jego skład. Sprawy, dla których właściwy jest różny skład sądu, nie mogą być zatem rozpoznawane łącznie, chyba że pozwala na to przepis szczególny. Taki wyjątek zawiera art. 47 § 2 pkt 1 k.p.c., dotyczący spraw z zakresu prawa pracy, a w sprawach o rozwód i separację art. 445<sup>1</sup> k.p.c., zawierający zakaz wytoczenia odrębnej sprawy m.in. o ustalenie kontaktów, co oznacza, że rozstrzygnięcie w tym przedmiocie zapada w orzeczeniu o rozwodzie lub separacji, a więc w składzie ławniczym. Po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 26 maja 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 44, poz. 854) taki wyjątek zawiera też art. 445<sup>3</sup>. Poza postępowaniem o rozwód lub separację sprawy te nie mogą być, z uwagi na różny skład sądu, rozpoznawane łącznie. Naruszenia przepisów o składzie sądu nie uzasadnia, wbrew obawom Sądu Okręgowego, wzgląd na dobro dziecka ani na ekonomię procesową. Nie ma przeszkód, aby sprawy te zostały rozpoznane w zbliżonym czasie, a nawet w tym samym dniu, w składzie sądu właściwym dla każdej z nich.

Z tych względów podjęto uchwałę, jak na wstępie.

---

## **Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2012 r. (III CZP 72/11)**

Po rozstrzygnięciu zagadnienia prawnego przedstawionego przez Rzecznika Praw Dziecka we wniosku z dnia 26 sierpnia 2011 r., ZSR/500/12/2011/AK: „Czy zgodne ustalenie kontaktów rodziców z dzieckiem w sprawie o rozwód, w tym także w porozumieniu „zatwierdzonym” przez sąd, zwalnia sąd z obligatoryjnego orzekania o kontaktach z dzieckiem na zgodny wniosek rodziców o zaniechanie orzekania o kontaktach?”, Sąd Najwyższy

podjął uchwałę:

**Porozumienie małżonków o sposobie utrzymywania kontaktów z dzieckiem po rozwodzie nie zwalnia sądu z obowiązku orzeczenia o tych kontaktach w wyroku rozwodowym (art. 58 § 1 k.r.o. ).**

### **Uzasadnienie**

Rzecznik Praw Dziecka, powołując się na art. 10 ust. 1 pkt 2b ustawy z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka (Dz. U. Nr 6, poz. 69 ze zm.), wystąpił do Sądu Najwyższego o rozstrzygnięcie rozbieżności wykładni art. 58 § 1 k.r.o. przez udzielenie odpowiedzi na wskazane pytanie.

Zagadnienie przedstawione do rozstrzygnięcia Rzecznik połączył z treścią art. 58 § 1 k.r.o. w brzmieniu nadanym przez art. 1 pkt 3 a ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 220, poz. 1431 – dalej: „ustawa z dnia 6 listopada 2008 r.”), która weszła w życie z dniem 13 czerwca 2009 r. Powołanym przepisem wprowadzony został obowiązek orzeczenia w wyroku orzekającym rozwód także o sposobie utrzymywania kontaktów rodziców z dzieckiem. Zdaniem Rzecznika, od wejścia w życie wymienionej ustawy niejednocie jest rozstrzygany problem, czy w sprawie o rozwód zgodne ustalenie przez rodziców kontaktów z dzieckiem, w tym także w porozumieniu „zatwierdzonym” przez sąd, zgodny wniosek rodziców może spowodować zaniechanie orzekania przez sąd o tych kontaktach. Rzecznik podniósł, że analiza prawomocnych wyroków sądów powszechnych orzekających rozwód wskazuje, iż pomijały one rozstrzygnięcie o kontaktach rodziców z dzieckiem, odsyłając do porozumienia zawartego przez rodziców lub powierzając władzę rodzicielską obojgu rodzicom odstępowały od orzekania o sposobie utrzymywania kontaktów, albo szczegółowo określały te kontakty lub ustalały, że prawo rodziców do kontaktów z dzieckiem jest nieograniczone. Zdaniem Rzecznika, wykładnia ję-

---

zykowa art. 58 § 1 k.r.o. prowadzi do wniosku, że na sądy orzekające rozwód nałożony został obowiązek orzekania o kontaktach rodziców z dzieckiem, co jest zgodne także z zamierzonym dążeniem do uregulowania w tym orzeczeniu wszystkich spraw związanych z rodziną. Kontakty z dzieckiem ujęte zostały nie tylko jako uprawnienie, ale także obowiązek rodziców i dziecka, co oznacza, że nie podlegają one swobodnej dyspozycji rodziców. Stanowisko rodziców nie może wpływać na zakres obligatoryjnej kognicji sądu, która nie jest uzależniona od szczegółowości i zgodności określenia przez nich kontaktów, może być natomiast przesłanką oceny zdolności rodziców do współdziałania w przyszłości dla dobra dziecka oraz decyzji o pozostawieniu władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom. Ponadto, skoro plan wychowawczy, będący najbardziej pożądaną formą aktywności rodziców, dotyczącą określenia stosunków rodzinnych na wypadek rozwodu, nie wpływa na zakres kognicji sądu, to tym bardziej nie powinien być skuteczny zgodny wniosek rodziców o zaniechanie orzekania o kontaktach z dzieckiem. Nie uchyla także tego obowiązku sądu dalsze wspólne zamieszkiwanie rodziców, tak jak nie ma podstaw do pomijania rozstrzygnięć o władzy rodzicielskiej oraz o alimentach. Rzecznik zwrócił uwagę, że orzeczenie o kontaktach rodziców z dzieckiem stanowi minimum gwarancji ich realizowania, co nie stoi jednak na przeszkodzie szerszym kontaktom w odniesieniu do miejsca, czasu i częstotliwości. Waga i społeczna doniosłość funkcji opiekuńczych wskazuje na potrzebę całościowego ich regulowania na wypadek rozwodu małżeństwa rodziców, natomiast w praktyce podnoszone jest, że zgodne stanowisko rodziców w kwestii kontaktów z dzieckiem nie wymaga ingerencji sądu w stosunki rodzinne, co jest przyczyną odstępowania od orzekania o tych kontaktach.

Prokurator Generalny opowiedział się za stanowiskiem, że w sprawie o rozwód zgodne ustalenie kontaktów rodziców z dzieckiem, w tym także w formie porozumienia uwzględnionego w całości przez sąd, nie zwalnia sądu z obowiązku orzekania w wyroku rozwodowym o tych kontaktach.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

W art. 58 § 1 k.r.o. , zarówno w poprzednio obowiązującym brzmieniu, zwłaszcza po nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz Kodeksu postępowania cywilnego dokonanej ustawą z dnia 19 grudnia 1975 r. o zmianie ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. Nr 45, poz. 234), jak i nadanym mu przez ustawę z dnia 6 listopada 2008 r., mającą zastosowanie do stosunków w niej unormowanych, chociażby powstały przed dniem jej wejścia w życie (art. 9), ustanowiona została zasada integralności wyroku orzekającego rozwód. Oznacza ona, że sąd ma obowiązek rozstrzygnięcia o wszystkich sprawach dotyczących rodziny, które są ściśle ze sobą powiązane. Mimo rozwiązania małżeństwa, trwa stosunek pokrewieństwa względem wspólnych dzieci i nie zmienia się charakter władzy ro-



dzicielskiej, ale może dojść do zmiany sposobu jej wykonywania, trwa prawo i obowiązek do utrzymywania przez rodziców kontaktów ze wspólnym dzieckiem. Te skutki rozwodu wiążą się z nakazem określenia przez sąd obowiązków i uprawnień rodziców względem dziecka. Wyrazem koncentracji całokształtu spraw dotyczących rodziny w sprawie o rozwód są między innymi art. 58 k.r.o., art. 444, 445, 445<sup>1</sup>, 445<sup>2</sup> oraz 730 k.p.c. Podobne stanowisko wyrażone zostało w orzecznictwie Sądu Najwyższego, także w okresie obowiązywania art. 32 ustawy z dnia 27 czerwca 1950 r. – Kodeks rodzinny (Dz. U. Nr 34, poz. 308) (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 5 stycznia 1953 r., C 688/51, OSN 1954, Nr II, poz. 26; postanowienie z dnia 15 kwietnia 1967 r., III CR 307/65, OSNCP 1967, Nr 10, poz. 188). Później wskazywano na potrzebę konkretyzowania rozstrzygnięć o władzy rodzicielskiej i sposobie jej wykonywania w razie powierzenia wykonywania jej jednemu z rodziców i ograniczenia tej władzy drugiego rodzica oraz uwzględniania możliwości, wprowadzonej w art. 58 k.r.o., powierzenia tej władzy obojemu rodzicom (por. uchwała pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 1968 r., III CZP 70/66, OSNCP 1968, Nr 5, poz. 77). Zmiana art. 58 k.r.o., wiążąca się z ustawą z dnia 6 listopada 2008 r., nie wprowadziła zmiany zasad orzekania przez sąd rozwodowy o sprawach rodziny, która trwa po rozwiązaniu małżeństwa, a nawet sprecyzowała zakres obligatoryjnej kognicji sądu.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego ukształtowało się jednolite stanowisko, wywodzone z wykładni językowej art. 113 § 1 k.r.o., że prawo do utrzymywania przez rodziców kontaktów z dzieckiem nie należy do sfery sprawowania władzy rodzicielskiej (por. uchwały z dnia 18 marca 1968 r., III CZP 70/66; z dnia 26 września 1983 r., III CZP 46/83, OSNCP 1984, Nr 4, poz. 49, z dnia 14 czerwca 1988 r., III CZP 42/88, OSNCP 1989, Nr 10, poz. 156, z dnia 21 października 2005 r., III CZP 75/05, OSNC 2006, Nr 9, poz. 142, z dnia 8 marca 2006 r., III CZP 98/05, OSNC 2006, Nr 10, poz. 158 oraz postanowienia z dnia 5 maja 2000 r., II CKN 761/00, nie publ., z dnia 7 listopada 2000 r., I CKN 115/00, OSNC 2001 Nr 3, poz. 50). Wskazane zostało, że jest to uprawnienie odrębne od władzy rodzicielskiej, wynikające z najbliższego pokrewieństwa, ale ściśle z tą władzą związane i służy dobru dziecka. Przyjęte zostało również w judykaturze, na gruncie art. 58 § 1 k.r.o. w brzmieniu sprzed 13 czerwca 2009 r., że sąd rozwodowy, ograniczając władzę rodzicielską jednego z małżonków do określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do dziecka, może określić wykonywanie prawa do osobistych kontaktów tego rodzica z dzieckiem (por. uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 1968 r., III CZP 70/66; z dnia 20 marca 1992 r., III CZP 16/92, OSNCP 1992, Nr 9, poz. 162 i z dnia 21 października 2005 r., III CZP 75/05). Mimo niewymienienia wprost w art. 58 § 1 k.r.o. konieczności uregulowania w wyroku orzekającym rozwód utrzymywania osobistych kontaktów rodziców z dzieckiem przyjmowano, że jest ono objęte kognicją sądu rozwodowego ze względu na ścisły związek pomiędzy władzą rodzicielską a kontaktami osobistymi, na co wskazy-

---

wała również wykładnia funkcjonalna, systemowa i historyczna. Drugą zmianą art. 58 § 1 k.r.o. wprowadzono obowiązek zamieszczenia w takim wyroku orzeczenia o kontaktach rodziców z dzieckiem oraz możliwość zawarcia przez małżonków porozumienia o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywania kontaktów z dzieckiem, które sąd uwzględnia, jeżeli jest zgodne z dobrem dziecka (art. 58 § 1 k.r.o. ). Możliwość pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom uzależniona została od ich zgodnego wniosku, przedstawienia porozumienia oraz stwierdzenia przez sąd, że zasadne jest oczekiwanie, iż będą oni współdziałać w sprawach dziecka (art. 58 § 1 a k.r.o. ). Nowelizacja art. 113 § 1 k.r.o. jednoznacznie określiła, że prawo i obowiązek rodziców i dziecka do utrzymywania ze sobą kontaktów jest niezależne od władzy rodzicielskiej.

Nowa treść tych przepisów nie daje podstaw do przyjęcia, że sąd został zwolniony z obowiązku objęcia wyrokiem całokształtu spraw dotyczących rodziny, które zostały w nich wymienione. Nie może wpłynąć na zaniechanie rozstrzygnięcia tych kwestii również zgodny wniosek rozwodzących się małżonków. Na takie rozumienie art. 58 § 1 i § 1 a k.r.o. wskazuje wykładnia językowa, a w jej ramach użycie zwrotu „rozstrzyga”, który nie pozostawia wątpliwości, że ustanawia obowiązek sądu. Taki sam wniosek wynika z wykładni systemowej i funkcjonalnej; skupienie w jednym orzeczeniu wszystkich kwestii dotyczących rodziny uwzględnia skutki rozwodu małżonków i ukształtowanie spraw rodziny w zakresie, w jakim ona będzie trwać po rozwiązaniu małżeństwa. Na systemową zgodność wskazuje również zmieniona treść art. 445<sup>1</sup> k.p.c., dająca pierwszeństwo postępowaniu w sprawie o rozwód do rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem oraz art. 441 i 442 k.p.c., wymagające prowadzenia dowodów dla wyjaśnienia sytuacji dzieci stron. Tylko w jednym wyjątkowym wypadku, przewidzianym w art. 57 § 2 k.r.o. , wola stron wpływa na orzeczenie sądu. Istotne i celowe jest stworzenie tytułu egzekucyjnego możliwego do wykorzystania w razie braku zgody lub woli do respektowania praw rodziców względem dziecka, określonych wyrokiem rozwodowym. W uzasadnieniu projektu ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. podkreślono, że obligatoryjna część wyroku rozwodowego zostaje rozszerzona na orzekanie o kontaktach z dzieckiem (Sejm VI kadencji, druk Nr 629). Oznacza to, że wykładnia art. 58 § 1 k.r.o. , ukształtowana w orzecznictwie w okresie poprzedzającym tę zmianę, uzyskała normatywny wyraz.

Poza sprawami, które zostały objęte art. 58 § 1 k.r.o. w poprzednim brzmieniu, zmiana obowiązująca od dnia 13 czerwca 2009 r. spowodowała obligatoryjne objęcie wyrokiem orzekającym rozwód rozstrzygnięcia o kontaktach rodziców z dzieckiem, wyodrębniając je obok rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej. Jednocześnie przewidziana została możliwość uzgodnienia przez nich spraw związanych ze sposobem wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem, które mogą być określone w porozumieniu. W razie zgodnego wniosku rodziców o pozostawienie im obojgu władzy rodzicielskiej, sporządzenie przez nich porozumie-

nia jest obligatoryjne. W obu wypadkach porozumienie podlega ocenie sądu, w odniesieniu do zgodności z dobrem dziecka, a w drugim przyjęcie go za podstawę orzeczenia jest uzależnione także od stwierdzenia, że są przesłanki do uznania, iż rodzice będą współdziałać w sprawach dziecka. Oznacza to, że od oceny sądu uzależnione jest, czy porozumienie może być podstawą orzeczenia („uwzględnienia porozumienia”) oraz pozostawienia obojgu rodzicom władzy rodzicielskiej. W treści wyroku musi być zamieszczone określenie powierzenia władzy rodzicielskiej, sposobu jej wykonywania oraz kontaktów z dzieckiem. Niedopuszczalne jest natomiast odwołanie się do treści porozumienia jako swoistego załącznika. Nawet w razie uznania porozumienia za miarodajnie określające sposób wykonywania władzy rodzicielskiej i kontakty z dzieckiem, sąd powinien przenieść jego treść do sentencji wyroku. Porozumienie nie może być traktowane jak ugoda, a zatem nie może doprowadzić do umorzenia postępowania w tym zakresie, nie stanowi tytułu egzekucyjnego. Tytułem takim jest orzeczenie sądu podlegające przymusowemu wykonaniu, a zatem konieczne jest dokładne sprecyzowanie uprawnień i obowiązków każdego z rodziców. Jeśli rodzice nie dojdą do porozumienia tam, gdzie jest ono obligatoryjne, to sąd orzeka o władzy rodzicielskiej przez powierzenie jej jednemu z rodziców i ograniczeniu władzy drugiego z nich do określonych uprawnień i obowiązków względem dziecka. Stosownie do art. 113 § 1 k.r.o., w brzmieniu nadanym przez ustawę z dnia 6 listopada 2008 r., utrzymywanie kontaktów rodziców z dzieckiem jest prawem i obowiązkiem zarówno rodziców, jak i dziecka. Znaczenie tych kontaktów dla rozwoju dziecka wskazuje na potrzebę ich należytego określenia. Powierzenie rodzicom dokonania tego określenia w porozumieniu, polegającego na sprecyzowaniu uprawnień wymienionych przykładowo w art. 113 § 2 k.r.o., może wpłynąć na wyszczególnienie ich, stosownie do realnych możliwości rodziców, jak też powinno ułatwiać respektowanie przyjętych zobowiązań będących wynikiem przeprowadzonych negocjacji. Przepis art. 58 § 1 k.r.o. nie przewiduje możliwości zaniechania rozstrzygnięcia przez sąd orzekający rozwód o władzy rodzicielskiej nad wspólnym małoletnim dzieckiem obojga małżonków i o kontaktach rodziców z dzieckiem, nawet w razie złożenia przez nich zgodnego wniosku w tym kierunku.

Z tych względów Sąd Najwyższy podjął powyższą uchwałę na podstawie art. 1 pkt 1 lit. b w związku z art. 60 § 2 i art. 61 § 1 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz. U. nr 240, poz. 2052 ze zm.).

Grażyna Nauka

## **Doktrynalne podstawy i prawne uwarunkowania ochrony życia ludzkiego w fazie prenatalnej – perspektywa międzynarodowa**

**(Warszawa, dnia 24–25 września 2012 r.)**

Międzynarodowa konferencja prawnicza poświęcona doktrynalnym podstawom i prawnym uwarunkowaniom ochrony życia ludzkiego w fazie prenatalnej odbyła się na Uniwersytecie Warszawskim. Dostojny patronat nad konferencją objęła Jej Królewska Wysokość Maria Teresa Wielka Księżna Luksemburga, a także: Jego Książęca Wysokość Paul von Oldenburg oraz Minister Sprawiedliwości Rzeczypospolitej Polskiej dr Jarosław Gowin

Uczestników konferencji przywitał dr hab. Aleksander Stępkowski z Uniwersytetu Warszawskiego i Centrum Prawnego Ordo Iuris, podkreślając, że jest to spotkanie teoretyków i praktyków zajmujących się prawami człowieka z różnych perspektyw, tak teoretycznych, jak i praktycznych. Następnie dr Tomasz Sieniow z Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II przybliżył informacje o Fundacji – Instytut na rzecz Państwa i Prawa, której celem jest promowanie świadomości publicznej i wspieranie osób narażonych na wykluczenie społeczne oraz tych, którzy nie mogą sami się bronić. List od Prymasa Polski Arcybiskupa Józefa Kowalczyka, z życzeniami owocnych obrad naukowych, odczytał ks. dr Maciej Olczyk z Prymasowskiego Wyższego Seminarium Duchownego w Gnieźnie.

Sesja pierwszego dnia konferencji oscylowała wokół problematyki zatytułowanej „Prenatalna faza życia ludzkiego w krajowych systemach prawnych”.

Pierwszy wykład pt. „Niemieckie prawo konstytucyjne a ochrona życia ludzkiego w fazie prenatalnej” wygłosił prof. Christian Hillgruber z Uniwersytetu w Bonn. Prezentując krajowe przepisy na poziomie prawa konstytucyjnego podkreślił, że współczesna biomedycyna może być błogosławieństwem i przekleństwem dla ludzkości, ponieważ postęp w naukach medycznych umożliwił ingerencję w proces powstawania i przemijania życia ludzkiego, co powoduje realne niebezpieczeństwo, że człowiek a nie los (przeznaczenie) będzie decydował o prawie do życia i śmierci. Dlatego też prezentowana tematyka, dotycząca ludzkiego zarodka, wymaga refleksji.

Niemiecki Trybunał Konstytucyjny (*Verfassungsgerichtshof*) dwukrotnie wypowiedział się na temat ochrony życia nienarodzonego, uznając prawo do życia jako

wartość autoteliczną. W 1993 r. pozostawił bez odpowiedzi pytanie o to, czy zarodek jest człowiekiem oraz czy stosowany w normach Konstytucji RFN, chroniących godność człowieka oraz gwarantujących prawo do życia i nietykalności osobistej, zaimek „każdy” obejmuje też zarodek. Ch. Hillgruber zauważył jednak, że z tego orzeczenia federalnego TK można wyprowadzić wnioski, że zarodek powstały w drodze *in vitro* podlega ochronie prawnej dot. poszanowania godności i prawa do życia. Dalej idące orzeczenie FTK z 1999 r. dotyczyło aborcji i w jego wyniku podkreślono, że *nasciturisowi* przysługuje ochrona prawna do życia i godności, ale Trybunał nie rozstrzygnął definitywnie o statusie zarodka. Ostateczny wniosek brzmi, że wszędzie, gdzie istnieje ludzkie życie, przysługuje mu godność ludzka i każde życie, niezależnie od kondycji, jest równe z mocy konstytucji, która nie wartościuje tego życia. FTK wyraźnie opowiedział się przeciwko koncepcji stadialnej ochrony życia i różnicowania stopnia ochrony ze względu na wiek czy stadium rozwoju. W konsekwencji państwo niemieckie jest zobowiązane szanować i bronić życie ludzkie przed urodzeniem tak samo jak po urodzeniu. Niemiecki TK podniósł, że obowiązek ochrony nie ma charakteru absolutnego, ale nie można go ustanowić na zbyt niskim poziomie.

Prawo niemieckie pozwala na pozyskiwanie i selekcję komórek ludzkich (zarodków), ale jedynie w celu wywołania ciąży oraz zapewnienia ochrony prawa do urodzenia i wychowania. Niemieckie ustawodawstwo dopuszcza sztuczne wytworzenie trzech embrionów, które mogą być przeniesione do ciała kobiety jedynie za wiedzą i wolą dawców. Dawczyni i dawca ponoszą odpowiedzialność, ponieważ przyjęto, że rodzicielstwo nie jest spadkiem, który można przyjąć lub odrzucić, lecz prawem i obowiązkiem. Uszanowano również pogląd, że prawo zarodka do życia nie może być uzależnione od swobodnej oceny jakiegokolwiek osoby trzeciej i wbrew woli kobiety nie można usunąć komórek. Prawo to nakierowane jest na ochronę dobra dziecka i przewiduje również sytuację przeniesienia zarodka do ciała matki zastępczej w przypadku śmierci matki lub innych medycznych wypadków za zgodą rodzica biologicznego. Odrzucono możliwość wykorzystania „osieroconych zarodków” w badaniach naukowych i eksperymentach. Życie ludzkie nie może stanowić środka do innego celu. Prawo dziecka może być wykonywane tylko dla jego dobra i nie może być inaczej wykorzystywane. Państwo broni przed diagnostyką zarodka, z uwagi na naruszenie nietykalności a także ze względu na to, że nie jest to zabieg leczniczy i zachodzi niebezpieczeństwo jego uśmiercenia na skutek badań selekcyjnych, ujawniających wady. Prawo rodziców do opieki nad dziećmi i ich wychowania ma charakter fiducyjny i może być wykonywane tylko dla ich dobra, zgodnie z art. 6 ust. 2 niemieckiej ustawy zasadniczej, a tym samym nie jest prawem rozporządzania godnością i życiem potomstwa. Ch. Hillgruber wskazał, że należy pamiętać o absolutnie chronionej godności ludzkiej, której nie można naruszać nawet w wypadku ograniczenia prawa do życia. Na pytanie, czy zygota i blastocysta przypo-

minają człowieka Ch. Hillgruber odpowiedział, że tak, tak właśnie wszyscy wyglądaliśmy na początku, a wiedza ta powinna kształtować naszą etykę i prawo, oddając szacunek życiu zarodka.

Ch. Hillgruber dodał także, że w kontekście zasad konstytucyjnych, niestety, stan prawny, wynikający z obowiązującego w Niemczech ustawodawstwa jest zupełnie inny w zakresie diagnostyki prenatalnej i przedimplantacyjnej. W praktyce sprowadza się do dopuszczenia aborcji lub rezygnacji z implantacji. To jest – jego zdaniem – niezgodność między stanem pożądanym oraz między normatywnie nadrzędnym prawem konstytucyjnym a zwykłym ustawodawstwem.

Tematykę orzecznictwa sądowego dotyczącego ochrony życia nienarodzonego w Stanach Zjednoczonych przybliżył William Saunders z Americans United for Life w wykładzie przeprowadzonym za pomocą teletransmisji. Na wstępie wyraził wielką radość, że konferencja ta odbywa się w Warszawie, która – jako miejsce doświadczone zaprzeczeniem wszelkich form ochrony życia – powinna początkować i propagować ochronę życia w całym świecie. Następnie zauważył, że w Konstytucji USA, ani żadnym ustawodawstwie nie pojawia się słowo aborcja, której prawne dopuszczenie wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego USA. Zaznaczył przy tym, że separacja władzy wykonawczej i sędziowskiej na poziomie federalnym i stanowym miała stanowić platformę, której celem było ograniczenie niektórych złych i absurdalnych praw ustanowionych przez egzekutywę. Czternasta poprawka konstytucyjna stanowi, że nie można zabierać życia bez właściwego postanowienia prawnego. SN USA odrzucił koncepcję nadania zarodkowi osobowości prawnej w 1973 r., przyznając kobiecie prawo do aborcji w każdym czasie i bez żadnych przyczyn. W kolejnych sprawach SN USA wskazał, że szeroka definicja zdrowia zezwala na aborcję. Potwierdził to następnie w 1992 r. właśnie z powołaniem się na czternastą poprawkę i prawo do wolności. W. Saunders podkreślił, że w Konstytucji USA nie ma przyzwolenia na aborcję, ale ta Konstytucja stała się elementem gry politycznej. Dlatego, aby chronić życie, ta ochrona musi być sformułowana jasnymi i precyzyjnymi słowami, ponieważ zawsze zachodzi pokusa gier interpretacyjnych i politycznych. Brak precyzyjnego ustawodawstwa w USA powoduje, że z embrionami można robić rzeczy niewyobrażalne co powoduje, że naukowe fakty mówiące o tym, że dziecko poczęte jest dzieckiem można ignorować z przyczyn politycznych. W ocenie W. Saundersa, SN USA zwrócił się niejako przeciwko Konstytucji. Zauważył, że Polacy i Europejczycy stają wobec tego samego problemu i zagrożenia.

O zasadach ochrony życia ludzkiego i rodziny w świetle Konstytucji Węgier (weszła w życie 1.01.2012 r.) i nowej ustawy o ochronie rodziny mówił György Ciráki z Ministerstwa Zasobów Ludzkich. Wyjaśnił tło społeczno-polityczne towarzyszące przyjęciu na Węgrzech Konstytucji odnoszącej się do chrześcijaństwa, w tym spadek populacji oraz duże zróżnicowanie społeczne. Państwo węgierskie dało wyraz, że wraz z Kościołem podejmuje się ochrony życia i wartości istotnych

dla narodu węgierskiego, czego oznaką jest odniesienie się w preambule do Króla Stefana, który zbudował państwo oparte na wartościach chrześcijańskich. Na podobnych wartościach wyrażonych w ustawie zasadniczej opiera się ustrój Irlandii, Bułgarii i Grecji. G. Ciráki zaznaczył, że Konstytucja węgierska wpisuje się w pewną tradycję Europy, wspólne dziedzictwo wartości duchowych i moralnych, podkreślając, że Traktat Lizboński odnosi się do podobnych źródeł. Konstytucja węgierska proklamuje prawo do życia i ochronę zarodka od momentu poczęcia. Rodzina jest niezależną wspólnotą, mającą swe źródło w historii ludzkości przed powstaniem idei państwowości, dlatego Węgry zdecydowały chronić prawa rodzinne i prawo do życia w kontekście narodu. Tym samym państwo węgierskie uznaje zastane fakty i promuje – za instrumentami międzynarodowymi – podejście prorodzinne w perspektywie społecznej i ekonomicznej.

Po tym nastąpiła ożywiona dyskusja. Szereg pytań dotyczyło eugeniki, m.in. podnoszono problem pogodzenia zakazu eugeniki z prawem do aborcji. Ch. Hillgruber poinformował, że jego wykład dotyczył regulacji konstytucyjnej, ale według ustawy uchwalonej w ubiegłym roku diagnostyka preimplantacyjna jest dopuszczalna. Jest też diagnostyka prenatalna, która umożliwia aborcję w niektórych przypadkach. W kwestii zapłodnienia *in vitro* powiedział, że czasami zdarzają się przypadki, że kobieta już po powstaniu embrionu zmienia zdanie i nie można jej przymuszać do implantacji. W sprawie aborcji tylko kobieta podejmuje decyzję.

Kolejny panel poświęcony był karnoprawnej ochronie życia. Tematykę „Polskie prawo karne a ochrona osób nienarodzonych” przybliżyła dr Małgorzata Gałązka z KUL. Konstytucja RP stanowi standardy ochrony życia, dając tym samym podstawy do kształtowania dalszych, szczegółowych przepisów prawnych. M. Gałązka podniosła, że nie można się zgodzić z poglądem, że milczenie Konstytucji w zakresie ochrony prenatalnej jest zgodą na jej zupełny brak. Również Trybunał Konstytucyjny dnia 28 maja 1997 r. (K. 26/96) stwierdził, że nie można różnicować wartości życia ze względu na jego fazy rozwojowe lub inne powody. Życie ludzkie jest dobrem chronionym przez prawo karne ale polskie prawo karne różnicuje zakres tej ochrony prawnej – podniosła M. Gałązka – w zależności od stadium rozwoju; istnieją odrębne przepisy penalizujące czyny przeciwko życiu ludzkiemu ale zagrożone różnymi sankcjami. Podkreśliła również, że słownikowe znaczenie „poczęcia” jest równe „zapłodnieniu” a także przywołała uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 26 października 2006 r. (I KZP 18/06), z której wynika, że jest „dziecko poczęte” a po narodzeniu (od chwili porodu) – „człowiek, dziecko”, oceniając taką interpretację jako prawidłową.

Z kolei dr hab. Michał Królikowski – Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości przedstawił rozważania o przenoszeniu argumentów bioetycznych do figur prawnych. Podkreślił, że Trybunał Konstytucyjny rozstrzygnął, iż co się tyczy zasady godności i jej ochrony nie stosuje się przepisów konstytucyjnych o zasadzie proporcjonalności. Godność człowieka albo się szanuje, albo się jej nie sza-

nuje, narażając na odpowiedzialność prawną. Delikatność materii wymusza zastosowanie zasady ostrożności w kwestii oceny momentu rozpoczęcia ochrony życia ludzkiego, zakładającej, że jeśli się nie wie, kiedy coś się zaczęło, to lepiej sięgnąć wcześniej. M. Królikowski odniósł się także do przywołanego przez M. Gałązkę orzeczenia TK, wykazującego spór między dwoma poglądami dotyczącymi podmiotowej czy przedmiotowej ochrony życia człowieka (człowieka jako podmiotu praw czy życia ludzkiego jako wartości konstytucyjnej).

Przedstawiona problematyka wywołała ożywioną dyskusję, w ramach której zaproponowano m.in. narzucenie ram prawnych dla technik medycznych, bowiem obecnie prawo najczęściej sankcjonuje tylko już zastany stan faktyczny wynikający z możliwości medycznych, np. handlu środkami wczesnoporonnymi, komórkami rozrodczymi etc. Podniesiono, że prawa dziecka, na straży których stoi Rzecznik Praw Obywatelskich, są wartością konstytucyjną. Zadano również pytanie, które pozostało bez czytelnej odpowiedzi: jak to jest możliwe, że życie ludzkie w fazie prenatalnej w prawie karnym nie jest życiem człowieka? Zauważono również i podkreślono, że w sprawie Tysiąc przeciwko Polsce Europejski Trybunał Praw Człowieka zbudował prawo proceduralne matki pomijając kwestię prawa podmiotowego dziecka (skarga Nr 5410/03 dostępna na <http://bip.ms.gov.pl/pl/prawaczlowieka/europejski-trybunal-praw-czlowieka/orzecznictwo-europejskiego-trybunalu-praw-czlowieka/orzeczenia-w-sprawach-dotyczacych-polski/rok-2007>).

Prof. José Miguel Serrano-Ruiz Calderon z University Complutense w Madrycie omówił problematykę eugeniki prenatalnej i jej prawną argumentację. Na wstępie przypomniał proces *Roe przeciwko Wade*, który został rozstrzygnięty na początku lat 70-tych przez Sąd Najwyższy USA. W wyniku tej sprawy aborcja została uznana w USA za legalną przez cały okres ciąży (z niewielkimi dopuszczalnymi ograniczeniami w ostatnich trzech miesiącach ciąży), co oznacza do dziś, iż w wyniku tej decyzji USA mają najbardziej liberalne przepisy dotyczące legalności przerywania ciąży w zachodnim świecie. Sąd uznał, że większość przepisów zakazujących aborcji stanowi naruszenie konstytucyjnego prawa do ochrony prywatności (to znaczy sprzeciwił się ingerencji państwa w tej dziedzinie, decyzję o aborcji pozostawiając kobiecie), co spowodowało zmianę przepisów w 48 na 50 stanów USA. Decyzja SN uczyniła prawo do aborcji „fundamentalnym prawem konstytucyjnym” każdej kobiety, co oznacza, że żaden przepis prawa nie może się temu prawu sprzeciwiać, ani go ograniczać ale w praktyce wprowadzono jednak szereg ograniczeń, takich jak np. wycofanie finansowania aborcji z większości funduszy stanowych. Następnie wyraził pogląd, że filozofia eugeniki, wyrażana przez sukcesorów poglądu naturalnej selekcji znajduje swe podstawy w darwinizmie i zakłada ulepszenie rodzaju ludzkiego poprzez eliminację słabych jednostek. Wydawałoby się, że podejście do eugeniki zmieniło się po doświadczeniach II wojny światowej. Sprawa *Costa i Pavan przeciwko Włochom* (skarga nr 54270/10), włoskiej pary, która chciała zgody we Włoszech na procedurę *in vitro* i selekcję zarodków przed



zabiegiem, żeby następane dziecko urodziło się zdrowe (powodowie mieli jedną córkę chorą na mukowiscydozę), została rozstrzygnięta przez ETPCz na korzyść włoskiej pary. ETPCz stwierdził naruszenie art. 8 EKOPC, zwracając uwagę na nie-spójność prawa włoskiego, które dopuszczało *in vitro* w ściśle określonych wypadkach (m. in. niepiłodność), ale pozbawiło tę parę uzyskania zgody na zabieg *in vitro* połączony z eliminacją zarodków-nosicieli choroby. Jednym z argumentów skarżących było to, że włoskie prawo dopuszcza aborcję terapeutyczną ze względów zdrowotnych. Mogliby więc, choć brzmi to okrutnie, starać się o zdrowe dziecko do skutku, dokonując kolejnych aborcji, podczas gdy oni chcieli zgody na inną, znacznie mniej drastyczną drogę. W konsekwencji sąd włoski wyraził zgodę na jednorazową selekcję zarodków na potrzeby *in vitro* w przypadku pary, która cierpiała na ciężką wadę genetyczną.

Powyższą tematykę rozwinął dr Olgierd Pankiewicz z Centrum Prawnego – Ordo Iuris, odnosząc się do Konstytucji RP i przepisów ustawowych. Zauważył, że hasło zwolenników eugeniki: „cierpienie jest złem, więc wyeliminujmy cierpienie” wprost prowadzi do eliminacji człowieka, który cierpi. Rodzicielstwo zakłada rezygnację rodziców z własnych dóbr na rzecz dobra wspólnych dzieci i taką postawę powinno wspierać społeczeństwo poprzez zapewnienie pomocy, opieki zdrowotnej.

Dr Thomas Piskernigg z Biura Rzecznika Praw Obywatelskich w Austrii przybliżył źródła koncepcji *wrongful birth*, *wrongful concetion* i *wrongful life* w austriackim systemie prawnym, zadając na wstępie pytania: 1/ co będzie gdy upośledzone dziecko urodzi się czy zostanie poddane aborcji, jeśli diagnoza okazałaby się błędna; 2/ jakie będą skutki poczęcia dziecka mimo nieskutecznej antykoncepcji lub sterylizacji oraz 3/ czy w takim przypadku rodzicom przysługuje odszkodowanie w wyniku doznania szkody (w prawie austriackim: każdy uszczerbek w prawach majątkowych lub osobistych). Kwestie te omówił na kanwie wyroku austriackiego Sądu Najwyższego (*Oberster Gerichtshof*) z dnia 25 maja 1999 r. (1Ob 91/99k), zgodnie z którym sąd nakazał osobom, odpowiedzialnym za błędną diagnozę i niezastosowanie aborcji upośledzonego dziecka, zadośćuczynienie, zasądzając rekompensatę za dodatkowe wysiłki rodziców związane z niepełnosprawnością dziecka. Wyrok ten oparł na uznaniu, że utrzymanie dziecka należy postrzegać jako szkodę w rozumieniu austriackiego Kodeksu cywilnego oraz, że aborcja niepełnosprawnego dziecka, zapobiegająca „obciążeniom związanym z utrzymaniem”, była możliwa do przeprowadzenia zgodnie z prawem ale nie została dokonana ze względu na błędną diagnozę. Z kolei w innej sprawie SN wyrokiem z dnia 14 września 2006 r. odrzucił powództwo rodziców o odszkodowanie za utrzymanie narodzonego dziecka, stwierdzając, że utrzymania dziecka nie można było postrzegać jako szkodę w rozumieniu austriackiego Kodeksu cywilnego.

Powyższe sprawy doprowadziły do dualizmu linii orzeczniczych, przyczyniając się do prezentowania różnych poglądów prawnonaukowych, na które największy wpływ miał spór między pozytywizmem prawniczym a zwolennikami prawa natury.

Dyskusje prowadzone są szczególnie w konstytucyjnoprawnej literaturze. W Konstytucji austriackiej brak jest ogólnej zasady ochrony godności ludzkiej i nie ma mowy o prawie podstawowym chroniącym godność człowieka. Można znaleźć tylko odniesienia do godności człowieka. Ze względu jednak na obowiązywanie również dokumentów międzynarodowych dotyczących praw człowieka, które wymieniają godność człowieka jako założenie podstawowe, nie można podważać zasadniczego znaczenia ochrony godności człowieka dla regulacji ustawowych, takich jak np. prawo do odszkodowania. Austriacki Trybunał Konstytucyjny (*Verfassungsgerichtshof*) określił (VfSlg 13635/1993), że „żaden człowiek nie może być nigdy postrzegany i traktowany jak zwykły środek do osiągnięcia jakichkolwiek celów”, a godność ludzką określił jako „ogólną zasadę wyznaczającą system wartości porządku prawnego”. W niedawnym orzeczeniu VfGH (U 466/11 ua, Abschnitt 5.5.) stwierdzono, że „również prawa gwarantowane przez Kartę Praw Podstawowych mogą być dochodzone przez Trybunałem Konstytucyjnym jako prawa gwarantowane w konstytucji oraz, że w zakresie obowiązywania Karty Praw Podstawowych stanowią miernik w procedurze generalnej kontroli norm.”. Dotyczy to na pewno przypadków, w których gwarancja wynikająca z Karty Praw Podstawowych cechuje się podobnym sposobem sformułowania i stopniem precyzji co konstytucyjnie gwarantowane prawa w Austrii.

Zdaniem referenta, w prawie austriackim nie można ustanowić odpowiedzialności odszkodowawczej za utrzymanie dziecka wynikającej z błędnej diagnozy prenatalnej, nieskutecznej aborcji, sterylizacji czy antykoncepcji, bowiem wzbudzałoby to co najmniej wątpliwości z perspektywy ochrony godności ludzkiej. Według austriackiego Kodeksu cywilnego nawet dziecko nienarodzone ma od momentu poczęcia prawo do ochrony i posiada podmiotowość prawną na równi z dzieckiem narodzonym. Dominuje pogląd, że państwo nie może płacić odszkodowania np. za przeprowadzenie sterylizacji, ale istnieje możliwość odpowiedzialności prawnej i obciążenia odszkodowaniem z tytułu utrzymania urodzonego dziecka w niektórych, precyzyjnie określonych przypadkach, np. lekarza za błąd w sztuce lekarskiej lecz nie za urodzenie dziecka. W prawie austriackim najważniejsze jest poczęcie i w tym momencie dziecko uzyskuje podmiotowość prawną. W latach 2006 i 2010 w Austrii podjęto inicjatywy ustawodawcze dążące do kategorycznego wykluczenia roszczeń odszkodowawczych za utrzymanie dziecka.

T. J. Piskernigg przybliżył również ostatnio wydany wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 18 października 2011 r. z wniosku złożonego w trybie prejudycjalnym przez *Bundesgerichtshof* w Niemczech w sprawie *Oliver Brüstle przeciwko Greenpeace eV* (C-34/10, publ. w Dz. U. UE z 10.12.2011, 2011/C 362/07), dotyczący odczytania pojęcia „embrion” w rozumieniu art. 6 (2) lit. c dyrektywy 98/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 lipca 1998 r. w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych (Dz. U. UE L 213, s. 13). Z motywów wstępnych dyrektywy TSUE wywiódł, że pojęcie „embrion” należy in-

terpretować szeroko, także ze względu na godność człowieka. TSUE uznał, że embrionem ludzkim jest każda ludzka komórka jajowa począwszy od jej zapłodnienia, każda niezapłodniona ludzka komórka jajowa, w którą wszczepiono jądro komórkowe pochodzące z dojrzałej komórki ludzkiej oraz każda niezapłodniona komórka jajowa, która została pobudzona do podziału i dalszego rozwoju w drodze partenogenezy, stwierdzając, że zapłodnienie, klonowanie, ale także sama partenogeneza może „zapoczątkować proces rozwoju jednostki ludzkiej”. Z tego wyprowadził konkretne zakazy mające chronić embrion. W zakresie powyższej dyrektywy dozwolone są wyłącznie działania dla celów terapeutycznych lub diagnostycznych, które są stosowane do embrionu ludzkiego i są dla niego użyteczne. Wyłączone są natomiast działania, które obejmują wykorzystanie embrionów ludzkich do celów przemysłowych, handlowych lub naukowych oraz gdy procedura techniczna będąca przedmiotem wniosku patentowego wymaga uprzedniego zniszczenia embrionów ludzkich lub ich użycia jako materiału wyjściowego, bez względu na stadium, w którym do tego dochodzi.

Tematyka wykładów drugiego dnia konferencji odnosiła się do początkowej fazy życia ludzkiego w perspektywie filozoficzno-międzynarodowej.

Pierwszy wykład wygłosiła prof. Paloma Durán y Lalaguna z University Complutense w Madrycie, za pośrednictwem teletransmisji, na temat pojęcia „Gender” i ochrony praw człowieka. *Gender* (ang.) odnosi się do kwestii płci kulturowej lub płci społecznej, gdzie sprawa płci biologicznej pozostaje na uboczu. *Gender*, nazywany społeczno-kulturową tożsamością płciową, oznacza role społeczne, zespół cech i zachowań, ról płciowych i stereotypów przypisanych kobietom i mężczyznom przez społeczeństwo oraz kulturę. Idea ta związana jest z ruchem feministycznym, w pewnym sensie promującym równość między kobietą a mężczyzną. Historycznie feminizm w początkach XX w. i wcześniej był ruchem bardzo radykalnym oraz agresywnym z uwagi na znaczną nierówność między kobietą a mężczyzną. W następnym etapie, nazywany umiarkowanym, skupił się na poszukiwaniu równości by w aktualnych czasach podejmować konkretne polityki zmierzające do łączenia zatrudnienia i aktywnego udziału kobiet w społeczeństwie z rolą (macierzyństwem) kobiety. W tym okresie w politykach krajowych, ale także międzynarodowych, na postulat równości mogą powoływać się tak mężczyźni jak i kobiety. W XX w. przeważało jednak przekonanie, że np. aborcja stanowi realizację praw kobiety i mężczyzna pozostawał na boku. Unia Europejska próbuje wprowadzić mężczyzn do debaty na temat równości – podkreśliła P. D. Lalaguna, ponieważ w świetle praw człowieka nie ma odrębnych, specyficznych praw dla kobiet, które powinny być tylko np. objęte większą ochroną zdrowia z uwagi na macierzyństwo.

Dr hab. A. Stępkowski dokonał krytycznej analizy m.in. filozofii Petera Singera i jego następców relatywizujących ochronę prawa do życia dziecka także po urodzeniu. Podkreślił, że akceptacja takich stanowisk oznacza, że cele i interesy ludzi

mogą stanowić usprawiedliwienie przemocy wobec słabszych, co prowadzi do depersonalizacji, dehumanizacji człowieka, i takie poglądy we współczesnym świecie, po doświadczeniach minionego wieku są przerażające.

Nicolas T. Nikas JD – Prezes Fundacji Bioetycznej w USA, nawiązując do nauki Kościoła Katolickiego (Jana Pawła II i Benedykta VI) podkreślił, że demokracja bez wartości zamienia się w zawołowany totalitaryzm.

Dr Jane Adolphe z Ave Maria School of Law w USA, członek adwokatury w Nowym Yorku (USA) oraz w Albercie (Kanada), działała przy ONZ oraz Międzynarodowym Trybunale Karnym – zaprezentowała antropologiczne uwarunkowania sposobu pojmowania praw człowieka oraz rodziny na gruncie prawa międzynarodowego.

Na uwagę zasługuje również komentarz byłego sędziego Europejskiego Trybunału Praw Człowieka Javiera Borrego z Hiszpanii do linii orzeczniczej ETPCz w zakresie prawa do aborcji w oparciu o reguły dotyczące prawa do prywatności kobiety a nie prawa do życia i wykluczenie roli ojca. Zwrócił uwagę, że Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka tworzy pewien system ochrony z Europejskim Trybunałem, odpowiedzialnym za interpretowanie jej zapisów i jest instrumentem żywym, zapewniającym dostęp do Trybunału przeciętnemu obywatelowi. Są jednak sprawy stanowiące próby wpływania organizacji na interpretację zapisów Konwencji przez Trybunał, wyszukujących skrajne przypadki, w celu niejako wymuszenia zmian prawa krajowego w wyniku orzecznictwa ETPCz. Trybunał jednak stoi na stanowisku, że nie może zastępować parlamentów krajowych w zakresie stanowienia prawa i może jedynie interpretować prawa krajowe w kontekście i duchu Konwencji o Ochronie Praw Człowieka.

J. Borrego przypomniał, że ETPCz rozpatrywał sprawy dot. życia nienarodzonego w konfrontacji z innymi prawami matki. W 2004 r. rozstrzygał w sprawie *Vo przeciwko Francji* (skarga Nr 53924/00) z punktu widzenia przestrzegania standardu prawa do życia. W sprawie tej lekarz rozpoczął czynności zmierzające do usunięcia mechanicznego środka antykoncepcyjnego, ale omyłkowo podjął te czynności wobec innej kobiety, która będąc w ciąży zgłosiła się na badania kontrolne i tylko nosiła to samo nazwisko co kobieta oczekująca w tym samym czasie na wykonanie tej usługi. W toku zabiegu doszło do nieodwracalnego uszkodzenia płodu, które spowodowało jego śmierć. Rodzice doprowadzili do wszczęcia dwóch postępowań przeciwko lekarzowi: cywilnego (o zadośćuczynienie i odszkodowanie) oraz karnego (domagając się skazania lekarza za nieumyślne zabójstwo). Sądy francuskie nie skazały lekarza w postępowaniu karnym za nieumyślne zabójstwo stwierdzając, że francuska ustawa karna nie określa jednoznacznie, czy „nieumyślnym zabójstwem” jest także doprowadzenie do śmierci płodu. Sąd francuski podkreślił, że podstawową zasadą rządzącą ponoszeniem odpowiedzialności karnej jest to, że w czasie popełnienia danego czynu musi istnieć przepis precyzyjnie określający czyn zabroniony. Vo wystąpiła do Trybunału

ze skargą przeciwko Francji twierdząc, że wyłączenie we francuskim porządku prawnym możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej lekarza, który spowodował śmierć płodu, narusza obowiązek wynikający z art. 2 Konwencji. Trybunał wziął pod uwagę fakt, że na gruncie art. 2 Konwencji nie sposób jednoznacznie przyjąć, by płód podlegał takiej samej ochronie, jak człowiek od chwili narodzin oraz to, iż istniały rozbieżności między zakresami ochrony płodu ludzkiego, określanymi w porządkach prawnych Państw-Stron EKOPCz. Trybunał nie uznał się jednak właściwym do ustanawiania jednolitych standardów moralnych dla całej Europy i nie znalazł argumentów, aby jednoznacznie rozstrzygnąć wątpliwości w tej mierze. W dalszej kolejności Trybunał podkreślił, że co prawda sprawca czynu nie został skazany w postępowaniu karnym, ale rodzice dziecka mieli realną możliwość dochodzenia odszkodowania i zadośćuczynienia w postępowaniu cywilnym. To zaś wyczerpywało w wystarczający sposób – zdaniem Trybunału – obowiązek ochrony płodu, wynikający z art. 2 EKOPCz.

Później podobny problem rozpatrywany był w sprawie Tysiąc przeciwko Polsce z punktu widzenia prawa do prywatności (art. 8 EKOPCz). ETPCz rozpatrywał również w 2010 r. sprawę *A.B.C. przeciwko Irlandii* (skarga nr 25579/05). Konstytucja Republiki Irlandii chroni prawo do życia płodu i zgodnie z orzeczeniem irlandzkiego Sądu Najwyższego z 1992 r. aborcja jest dopuszczalna wyjątkowo, w przypadkach, gdy ciążą stanowi realne zagrożenie dla życia matki. Skarżącymi w tej sprawie były trzy kobiety, które przeprowadziły zabieg usunięcia ciąży w Wielkiej Brytanii: A – z powodów ekonomicznych, B – z powodu braku gotowości psychologicznej na macierzyństwo oraz C – ze względu na zagrożenie życia (choroba nowotworowa). Odnosnie dwóch pierwszych skarżących Trybunał zauważył, że spośród 47 państw-stron Konwencji, aborcja dostępna jest: na życzenie w 30 z nich, z powodów zdrowotnych w blisko 40 z nich, z powodów ekonomicznych zaś w ok. 35 z nich. Istnieje zatem relatywnie szeroki europejski konsensus co do dostępności aborcji. Z drugiej jednak strony nie ma zgody co do naukowej i prawnej definicji początku życia człowieka a egzystencja płodu i matki są ze sobą nierozłącznie powiązane. Jeżeli zatem przyjmuje się, że państwu przysługuje szeroki margines oceny co do określania w swoim systemie prawnym momentu początku życia ludzkiego, to tym samym przysługuje mu podobnie szeroki margines oceny i ustalanie proporcji ochrony interesów kobiety i płodu, gdy pozostają ze sobą w konflikcie. Biorąc pod uwagę istnienie głębokiego, tradycyjnego przekonania Irlandczyków na temat konieczności ochrony życia poczętego, Trybunał nie dopatrywał się naruszenia granic tego marginesu oceny przez Irlandię w przypadku dwóch pierwszych skarżących, którym prawo krajowe nie pozwalało na przeprowadzenie aborcji. W przypadku trzeciej skarżącej ETPCz zauważył, że co prawda orzeczenie Sądu Najwyższego z 1992 r. dawało jej podstawę do ubiegania się o przeprowadzenie aborcji ale z drugiej strony wciąż obowiązywał przepis ustawy karnej z 1861 r., przewidujący odpowiedzialność karną kobiety spędzają-

cej płód. W prawie irlandzkim nie istniała efektywna i dostępna procedura pozwalająca na ustalenie prawa trzeciej skarżącej do aborcji w sytuacji, gdy nie można było wykluczyć, czy ciąża nie spowoduje nawrotu choroby nowotworowej. W związku z tym – biorąc pod uwagę, że w świetle orzeczenia SN z 1992 r. aborcja w takiej sytuacji byłaby dozwolona – Trybunał stwierdził naruszenie art. 8 Konwencji (prawo do prywatności).

Natomiast w sprawie *Evans przeciwko Wielkiej Brytanii* (skarga nr 6339/05) Trybunał, a następnie Wielka Izba, poszukiwał odpowiedzi na pytanie, jaką ochronę gwarantuje EKOPCz embrionom powstałym w wyniku zapłodnienia *in vitro* i rozwijającym się poza organizmem kobiety. Skarżąca zarzuciła, że brytyjska ustawa o ludzkim zapłodnieniu i embriologii, dopuszczająca w przypadku wycofania zgody partnera na zapłodnienie (w tym przypadku byłego męża) arbitralną możliwość unicestwienia embrionów powstałych *in vitro*, narusza przepisy Konwencji (art. 2 – prawo embrionów do życia, art. 8 – prawo skarżącej do poszanowania jej życia prywatnego i rodzinnego oraz art. 14 – zakaz dyskryminacji). Trybunał nie uznał by w tej sprawie doszło do naruszenia Konwencji, wskazując na obowiązywanie w tym zakresie tych samych zasad co w przypadku spraw kobiet ciężarnych. Z tego wyroku wynika także, że zakres ochrony embrionu nie zmienia się z uwagi na to czy rozwija się on *in vivo*, czy *in vitro*. Państwo-Strona dysponuje pewną swobodą uznania co do stopnia intensywności prawnej ochrony płodu ludzkiego, lecz ta ochrona powinna być jednakowa dla wszystkich embrionów, niezależnie od tego, czy powstały one z pomocą biotechnologii. W orzeczeniu w sprawie *Evans* Trybunał rozwija tezę, zaprezentowaną w sprawie *Vo przeciwko Francji*, zgodnie z którą brak ochrony prawa do życia płodu w ustawodawstwie krajowym nie powoduje sprzeczności z art. 2 Konwencji nawet w sytuacji, gdy embrion powstał *in vitro* i nie jest chroniony dzięki ochronie życia matki. Ze sprawy tej również wynika, że embrion wszczepiony do ciała matki staje się jej sprawą, jest przez nią chroniony i od niej zależy, ale przed zabiegiem wszczepienia należy do praw kobiety i mężczyzny.



---

## **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](mailto: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.