

RODZINA I PRAWO

Nr 3 (6) 2007



Kwartalnik sędziów rodzinnych

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodnicząca

Dr Joanna Nowacka – ekspert Instytutu Badań DNA.

Członkowie:

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

REDAKCJA

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

Sekretarz Redakcji – Paweł Jagusiak, Instytut Badań DNA

Projekt okładki i opracowanie graficzne

Rafał Wiśniewski, Michał Pawlak

Skład i druk: NAJ-COMP s. j.

04-506 Warszawa, ul. Minerska 1

tel.: 0 22 812 70 39

Nakład: 1500 egz.

Wydawca, prenumerata: Instytut Badań DNA Sp. z o. o.

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

- Prof. dr Zbigniew Radwański, Przewodniczący Komisji Kodyfikacyjnej Prawa
Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości Rzeczypospolitej Polskiej
Prace nad kodyfikacją prawa cywilnego w Polsce 5
- Magdalena Arczewska
Społeczne role sędziów rodzinnych – wyniki badań własnych 9
- Anna Szwed
Rodzina – ujęcie socjologiczne i prawne 23
- Maciej Domański, asystent w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości,
doktorant w Katedrze Prawa Cywilnego WPIA UW
**Zaświadczenie o możliwości zawarcia małżeństwa przez obywatela
polskiego za granicą** 41

ORZECZNICTWO

- Wyrok TK z dnia 11 kwietnia 2006 r., SK 57/04 dot. art. 60 kro 56
- Robert Zegadło
**Uwagi na tle wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 września
2006 r. (sygn. akt SK 57/04)** 65
- Wyrok TK z dnia 16 lipca 2007 r., SK 61/06 dot. art. 76 kro 73

WARTO PRZECZYTAĆ

- Prof. dr hab. Elżbieta HOLEWIŃSKA-ŁAPIŃSKA, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości
Prezentacja książki Hanny Przybyły-Basisty, **Mediacje rodzinne
w konflikcie rozwodowym. Gotowość i opór małżonków
a efektywność procesu mediacji**, Wydawnictwo Uniwersytetu
Śląskiego, Katowice 2006, s. 393 83
- Prof. dr hab. Elżbieta HOLEWIŃSKA-ŁAPIŃSKA, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości
Recenzja książki Marka Andrzejewskiego, **Domy na piasku. Domy
dziecka. Od opieki nad dzieckiem do wspierania rodziny**, Media
Rodzina, Poznań 2007, s. 204 94

Prezentacja publikacji **Prawo w działaniu nr 2**

Elżbieta Holewińska-Łapińska, *Postępowanie ze skargi na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy cywilnej w postępowaniu rozpoznawczym przed sądami rejonowymi i okręgowymi bez nieuzasadnionej zwłoki, zakończone orzeczeniem merytorycznym.*

Anna Kucharska, *Przyczyny przewlekłości postępowań cywilnych w sądach rejonowych.* 100

Prezentacja artykułu T. Sokołowskiego, **Europejskie prawo**

rodzinne – pojęcie, zakres, źródła oraz wykładnia, Europejski

Przegląd Sądowy Nr 5 z 2006 r., s. 4 102

SPRAWOZDANIA I INFORMACJE

Robert Zegadło

Sprawozdanie z konferencji "Prawo rodzinne w Polsce i na Ukrainie – doświadczenia, zmiany, współpraca", Katolicki Uniwersytet Lubelski, 29-30 maja 2007 r. 105

.....

Informacja dla Autorów

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

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

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

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

Zbigniew Radwański

Prace nad kodyfikacją prawa cywilnego w Polsce

Przypomnę, że w Polsce ciągle obowiązuje Kodeks cywilny z 1964 roku, stanowiący twór epoki komunistycznej, aczkolwiek po 1990 roku wielokrotnie (ponad 50 razy) nowelizowany. Nowelizacje te usunęły z niego swoiste dla ustroju komunistycznego instytucje prawne i wprowadziły do niego wiele rozwiązań dostosowanych do współczesnych potrzeb gospodarki rynkowej i wzorców przejętych z Unii Europejskiej. Mimo to stan polskiego prawa cywilnego, a szerzej rzecz ujmując, prawa prywatnego nie jest zadowolający. Jego krytykę w nawiązaniu do stanowiska wyrażonego już w nauce sformułowała w szczególności Rada Legislacyjna przy Prezesie Rady Ministrów w swym raporcie z 2006 roku wskazując, że „jest niezmiernie ważne, aby kodeks cywilny odpowiadał wyzwaniom chwili bieżącej. Niestety jego stan obecny pozostawia wrażenie kodyfikacji częściowej i w znacznej mierze przestarzałej. Jest to wynikiem szeregu czynników, a w pierwszym rzędzie pochodzenia kodeksu z 1964 roku i jego oparcia na założeniach systemu socjalistycznego. Poważne zmiany w k.c. dokonane w ostatnim szesnastolecu nie zdołały usunąć pozostałości dawnego systemu. Ponadto zmiany te były dokonywane *ad casum* i brak w nich było spojrzenia na całość kodeksu. W takich warunkach występuje zjawisko dekodyfikacji materii, które powinny znajdować się w k.c. a zostały umieszczone poza kodeksem ze szkodą dla jego zupełności. W związku z tym palącą sprawą jest opracowanie nowego kodeksu cywilnego.” Jednakże stanowisko to nie jest jednomyślnie popierane w świecie prawników, znajdując tam także przeciwników z różnych zresztą powodów.

Natomiast Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego opowiedziała się za koncepcją tworzenia nowej kodyfikacji prawa cywilnego i przystąpiła do prac nad taką kodyfikacją. Doceniając doniosłość społeczną tego przedsięwzięcia oraz dążąc do uzyskania jak najszerszej opinii prawników w tym względzie – zwłaszcza w odniesieniu do podstawowych zagadnień kodyfikacyjnych – Komisja Kodyfikacyjna przygotowała i opublikowała Zieloną Księgę zawierającą optymalną wizję kodeksu cywilnego wraz z materiałami uzupełniającymi¹. W tym świetle kodeks cywilny ma mieć charakter podstawowego aktu prawnego dla całego prawa prywatnego, podzielonego wedle koncepcji pandektowej. Obejmowałby on swym zakresem

¹ Ministerstwo Sprawiedliwości Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, Zielona Księga, optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej, pod redakcją Zbigniewa Radwańskiego, Warszawa 2006 r., stron 602.

prawo rodzinne i opierał się na zasadzie jedności prawa cywilnego, a więc bez tworzenia odrębnego kodeksu handlowego, a tym bardziej kodeksu konsumenckiego. Aktualnie raczej nie proponuje się ujęcia w k.c. problematyki własności intelektualnej, jako odrębnej księgi, ale ostateczne rozstrzygnięcie tej kwestii zależy od tego, czy w tonie UE dojrzeje koncepcja spójnego uregulowania tego działu prawa.

Inkorporacja do k.c. problematyki prawa rodzinnego i opiekuńczego nie powinna nastroczać szczególnych trudności, ponieważ obowiązujący Kodeks rodzinny i opiekuńczy został w ostatnim czasie w szerokiej mierze znowelizowany i przystosowany do współczesnych potrzeb i postulatów społecznych.

Inaczej ma się rzecz z prawem spadkowym, które funkcjonalnie jest ściśle związane z prawem rodzinnym. Przepisy obowiązującego w tym zakresie prawa spadkowego (księga IV k. c.) sformułowane zostały bowiem na miarę ustroju socjalistycznego i już obecnie trwa proces nowelizacji instytucji dziedziczenia ustawowego. Zmierza on do radykalnego poszerzenia kręgu spadkobierców ustawowych. Także inne instytucje tego działu prawa wymagają szerokiej reformy.

W zakresie prawa rzeczowego przede wszystkim wymagają konsolidacji w kodeksie cywilnym przepisy dotyczące tych praw. Obecnie są one bowiem rozsiane w ustawach pozakodeksowych. Ponadto nowelizacji wymagają zwłaszcza przepisy regulujące zabezpieczenia realne, a niektóre instytucje, jak np. użytkowanie wieczyste należałoby w ogóle usunąć.

W części ogólnej, której poświęcona jest księga I k.c. istotnego rozwinięcia wymaga problematyka ochrony dóbr osobistych i synchronizacji tych przepisów z odpowiedzialnością deliktową uregulowaną w księdze III poświęconej zobowiązaniom, co zresztą też wymaga nowelizacji. Z kolei istotnej rozbudowy wymaga problematyka prawa intertemporalnego, ledwo zarysowana w obecnie obowiązującym art. 3; projektuje się, aby kwestii tej poświęcić odrębną (ostatnią) księgę k.c. Rozwinięcia i reformy wymagają także regulacje osób prawnych oraz instytucja przedawnienia. Z pewnością należy również pożegnać się z klauzulami generalnymi pochodzenia komunistycznego, jakimi są: zasady współżycia społecznego i społeczno-gospodarcze przeznaczenie prawa podmiotowego. Proponuje się zarazem powrót do klasycznych klauzul generalnych takich jak „dobre obyczaje” oraz „względy słuszności” – zapewne także przyjęcie klauzuli generalnej „rozsądku”.

Największe trudności w procesie tworzenia kodeksu cywilnego wywołuje określenie jego relacji do prawa Unii Europejskiej – w szczególności do dyrektyw odnoszących się do umów konsumenckich oraz do projektów Europejskiego prawa umów.

W zakresie transpozycji (implementacji) dyrektyw konsumenckich w Polsce funkcjonuje model mieszany. Część regulacji wprowadzona została do Kodeksu cywilnego (definicja konsumenta, klauzule abuzywne, odpowiedzialność za produkt niebezpieczny) a część w ustawach pozakodeksowych (sprzedaż konsu-

mencka, kredyt konsumencki, umowy zawierane na odległość i poza lokalem, time-sharing). Taka lokalizacja reguł konsumenckich była wymuszona brakiem odpowiedniego czasu na przygotowanie kompleksowej koncepcji regulacyjnej. Wiązały bowiem Polskę krótkie terminy dla implementacji norm UE, co stanowiło warunek przyjęcia Polski do tej organizacji.

Taka metoda nie sprawdziła się jednak w praktyce, prowadząc do dalszej dezintegracji polskiego prawa cywilnego. Dyrektywy konsumenckie UE nie stanowią bowiem jakiegos zwartego systemu prawnego regulującego określony obszar stosunków społecznych w sposób całościowy i uporządkowany. Mają one bowiem charakter „punktowy” w tym sensie, że odnoszą się tylko do pewnych fragmentów relacji społecznych i to wybranych nie wedle kryteriów prawnych, lecz ekonomicznych. Są to zarazem regulacje nader szczegółowe (kazuistyczne) obejmujące postanowienia zaliczane do różnych gałęzi prawa. Realizują pewne ogólne idee, które nie są ze sobą zsynchronizowane – zwłaszcza w zakresie postępowania się jednoznaczными pojęciami ogólnymi, a więc w sferze semantycznej. Nie służą bowiem realizacji jakiegos z góry założonego programu legislacyjnego, lecz wyrażają reakcję na konkretne pojawiające się w praktyce przeszkody w realizacji celów UE. Cechy te stwarzają szczególne trudności dla wchłonięcia ich w systemach prawa cywilnego opartych na kodeksie cywilnym, do których należy Polska.

Mimo to Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego zdecydowała się realizować koncepcję pełnej integracji dyrektyw konsumenckich do projektowanego kodeksu cywilnego w zakresie, w jakim odnoszą się one do relacji cywilnoprawnych. Przeważał bowiem pogląd, że zarówno mnożenie ustaw okołokodeksowych, jak i tworzenie odrębnych kodyfikacji konsumenckich nie sprzyja spójności polskiego prawa cywilnego i funkcjonalności jego stosowania, prowadząc do dekodyfikacji tego systemu i obniżenia rangi kodeksu, który powinien być podstawowym aktem prawnym na obszarze całego prawa prywatnego. Realizację tego zadania niewątpliwie ułatwią podejmowane w Unii Europejskiej działania zmierzające do uporządkowania *acquis communautaire* przez ustalenie Wspólnego Systemu Odniesień (common frame of reference). Zabiegi te mają polegać m.in. na ujednoczeniu, uproszczeniu i dokonaniu odpowiednich zmian dyrektyw UE. Prace te powinny się zakończyć w 2009 r., a więc jeszcze w toku przygotowywania projektu nowego polskiego kodeksu cywilnego.

Zamierzenia Komisji UE sięgają jednak znacznie dalej. Chodzi jej bowiem o stworzenie wspólnych, europejskich zasad zobowiązań umownych. Nie został jednak określony charakter prawny takich zasad, a w szczególności ich relacji do praw krajowych. Komunikat Komisji, a zwłaszcza drugi aneks do niej, wskazuje rozmaite warianty rozwiązania tej kwestii. Raczej dominuje w tej sprawie opinia opowiadająca się za opcjonalnym systemem i to w najbardziej liberalnej wersji tzw. „opt in”, to znaczy, że zasady te obowiązywałyby tylko na mocy decyzji stron umowy. Trzeba zarazem wyrazić wątpliwość, czy obecnie obowiązujące przepisy UE

dają kompetencję jej organom do wiążącego regulowania całej problematyki stosunków obligacyjnych w państwach członkowskich, sięgające niekiedy także do dziedziny praw rzeczowych.

Nie należy wszakże rezygnować z akceptowanego na ogół dążenia do przybliżania lub unifikowania reguł rządzących prawem zobowiązań w państwach członkowskich i to wedle wzorców opracowanych pod auspicjami UE. Jednakże realizacja tego zamiaru nie może zagrażać spójności polskiego systemu prawa cywilnego. Wydaje się, że najlepiej cel ten można osiągnąć przez włączenie do polskiego przyszłego kodeksu cywilnego przepisów odpowiadających wspomnianym wzorcom UE.

Natomiast zgłaszany niekiedy w literaturze postulat utworzenia wspólnego europejskiego kodeksu cywilnego – od czego Komisja się odżegnuje – nie jest realny w dającej się przewidzieć przyszłości.

Przedstawione w naszej Zielonej Księdze propozycje odnoszące się do przyszłego polskiego kodeksu cywilnego są przedmiotem dyskusji publicznej prowadzonej nie tylko w publikacjach ale i w bezpośrednich spotkaniach w szerokim gronie prawników. Biorąc pod uwagę ich wyniki oraz bacznie obserwując prace UE – zwłaszcza jej Komisji – nad ujednoczeniem prawa, polska Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego przystąpiła w swych zespołach problemowych do prac nad przygotowaniem tekstu projektowanego kodeksu cywilnego. Projektowane fragmenty kodeksu będą publikowane w Internecie i na łamach czasopism – tak aby były dostępne dla krytyki naukowej zanim jeszcze powstanie projekt całego kodeksu, co zamierzamy zrealizować w 2010 roku.

„Sędzia rodzinny jest jak okulista, który musi wykonać precyzyjny zabieg przy pomocy nożyczek i pilnika do paznokci, bo niczego innego nie ma, a zabieg wykonać trzeba. Materia, którą zajmują się sędziowie rodzinni – majsterkowanie w ludzkim życiu – w tak osobistej sferze, jest bardzo trudne. Skazani jesteśmy na to, co ludzie chcą nam powiedzieć lub na to, co nam wychodzi z mniej lub bardziej starannie wykonanej opinii fachowców – pedagoga, psychologa. I na tej podstawie musimy zdecydować. Zawsze mam taką świadomość, że decyduję źle, ale że muszę wybrać to zło najmniejsze.”

Fragment wywiadu przeprowadzony przez
Magdalenę Arczewską z sędzią wizytatorem
ds. rodzinnych i nieletnich (wywiad z SO 4)
w lutym 2007 r.

Magdalena Arczewska

Społeczne role sędziów rodzinnych – wyniki badań własnych

Założenia metodologiczne badań

1. Przedmiot badań

Przedmiotem badań było zbadanie procesu kształtowania roli społecznej sędziego rodzinnego. Rola społeczna jest jednym z kluczowych pojęć teorii socjologicznej. Odzwierciedla społeczne oczekiwania przypisane poszczególnym statusom lub pozycjom społecznym. Rozważania na temat roli spotyka się w dorobku przedstawicieli różnych orientacji teoretycznych. Teoria ról społecznych stanowi najlepiej opracowany fragment systematycznej socjologii Floriana Znanieckiego. Dokonana przez niego analiza stanowiła punkt wyjścia projektowania badań własnych.

W ujęciu Znanieckiego rola społeczna jest rozumiana jako dynamiczny wzór pochodzący ze środowiska otaczającego jednostkę, uwarunkowany przez system normatywnych stosunków występujących na linii jednostka – środowisko społeczne. Wzór ten jest szkieletem na podstawie którego jednostka buduje swoją indywidualną rolę, w oparciu o dążności osobotwórcze. Oznacza to, że z jednej strony rola społeczna jako pewien zewnętrzny wzór kształtuje jednostkę, a z drugiej strony, cechy i predyspozycje psychiczne w jakie wyposażona jest jednostka, wpływają na pełnioną przez nią rolę. To sprzężenie występujące między osobnikiem a powierzoną mu rolą, przesądza o zindywidualizowanym charakterze każdej osoby spo-

tecznej. Dlatego, podejmując się analizy ról społecznych sędziów rodzinnych, należało zbadać, jak oni sami je definiują oraz jaka jest ich opinia na temat zadanych im ról. Trzeba przy tym pamiętać o szczególnej pozycji sędziów rodzinnych. Orzekają oni o problemach, daleko wykraczających poza ramy prawe, ingerują w sprawy dotyczące życia rodzinnego, a wydawane przez nich orzeczenia częstokroć dotyczą losu dzieci – osób, które nie mogą same o sobie decydować. Punktem wyjścia dla podjętych badań empirycznych są wnioski wynikające z przeprowadzonej analizy teoretycznej. Pozwoliła ona na stworzenie katalogu ról społecznych, które sędziowie rodzinni powinni pełnić w świetle obowiązujących przepisów. Na jej podstawie podjęto również wstępną próbę ustalenia, jak role te są realizowane w praktyce. Analiza teoretyczna została przeprowadzona w oparciu o dostępną literaturę przedmiotu, akty prawne oraz wtórną analizę informacji już zebranych i opracowanych w toku badań przeprowadzonych w Polsce w latach 1978-2005. Wypada przy tym podkreślić, że żaden z dotychczas realizowanych projektów badawczych nie dotyczył wyłącznie zagadnienia roli społecznej sędziego rodzinnego. Przed przystąpieniem do badań własnych, dotychczas zgromadzony materiał – zarówno teoretyczny jak i empiryczny, potraktowano jako materiał wstępny, pozwalający na poszukiwanie obszarów badawczych oraz postawienie pytań badawczych weryfikowanych w toku badań własnych. Zebrany dotąd materiał źródłowy umożliwił przyjęcie określonych założeń i formułowanie częściowych wniosków przed przystąpieniem do własnych badań terenowych. Trzeba dodać, że różnorodny materiał badawczy, będący podstawą analizy teoretycznej spełniał założenia zasady triangulacji źródeł danych, pozwalającej na formułowanie wiarygodnych wniosków, a która polega na spojrzeniu na badany problem z kilku punktów widzenia. N. Denzin wyróżnił cztery typy triangulacji: triangulację danych, czyli użycie danych z różnorodnych źródeł, triangulację badacza, związaną z wprowadzeniem do badań wielu obserwatorów lub kontrolerów badań i wniosków, triangulację teoretyczną, polegającą na użyciu wielu perspektyw teoretycznych do zinterpretowania pojedynczego zestawu danych oraz triangulację metodologiczną wiążącą się z użyciem wielu metod dla zbadania pojedynczego problemu¹. Zróżnicowanie projektów badawczych, z których dorobku korzystano podczas analizy teoretycznej, spełnia założenia zasady triangulacji w odniesieniu do wszystkich jej typów.

2. Założenia badawcze

Wnioski, które sformułowano na podstawie analizy teoretycznej pozwalały na sformułowanie odpowiedzi na dwa istotne pytania:

*Jakie role są przypisywane sędziom rodzinnym?,
Jakie role sędziowie rodzinni pełnią?*

¹ K. Konecki: *Studia z metodologii badań jakościowych. Teoria ugruntowana*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2000, s. 86.

Obowiązujące przepisy kształtują role sędziego rodzinnego kontrolera, koordynatora oraz eksperta. Na etapie tworzenia sądownictwa rodzinnego w Polsce zakładano ponadto, że sędzia rodzinny będzie pełnił także rolę mediatora, jednak nie znajduje to odzwierciedlenia w przepisach. Mimo postulatów formułowanych w literaturze z końca lat siedemdziesiątych i osiemdziesiątych, sędzia rodzinny nie jest także partnerem rodziny w rozwiązywaniu jej problemów. Badania wskazują, że choć wynika to z przepisów, sędzia rodzinny nie pełni roli koordynatora systemu pomocy dziecku i rodzinie. Stanowi to poważny i dotychczas nierozwiązany problem. Długoletni system kształcenia nie przygotowuje sędziego do pełnienia roli eksperta, jednak problematyka powierzona jego kompetencji pełnienie tej roli wymusza.

3. Cel badań

Koncepcja badań to ogół ustaleń dotyczących celu i głównych ogniw procesu badań, łącznie z ustaleniami odnośnie sposobu wykorzystania wyników. Może mieć ona postać zarówno twierdzeń empirycznych, dyrektyw jak i pytań². W odniesieniu do koncepcji badań dotyczących społecznych ról sędziów rodzinnych, należy zaznaczyć, iż oparto ją na następujących pytaniach badawczych:

Jakie role społeczne sędziowie rodzinni realizują?,

Jaka jest opinia sędziów rodzinnych na temat zadanych im ról?

Celem badań była więc analiza procesu kształtowania roli społecznej sędziego rodzinnego oraz analiza opinii sędziów rodzinnych na temat zadanych im ról społecznych. Ważnym elementem procesu badawczego było zweryfikowanie opinii sędziów na temat problemów uprzednio zidentyfikowanych w wyniku przeprowadzonej analizy teoretycznej. Kwestie te dotyczą awansu zawodowego i prestiżu, pozaprawnych kwalifikacji sędziów rodzinnych oraz relacji sądu rodzinnego z instytucjami pomocy społecznej.

4. Uzasadnienie podjęcia problemu badawczego

W socjologii problematyka ról społecznych sędziów rodzinnych nie była dotychczas przedmiotem badań. Literatura przedmiotu dotycząca poruszonego zagadnienia nie jest obszerna i dotyczy najczęściej wątków ściśle prawnych. Podjęcie tej tematyki na gruncie socjologii jest ważne ze względu na zmiany społeczne, prawne i instytucjonalne, które następują w systemie opieki zastępczej nad dzieckiem. Trzeba zaznaczyć, że badania własne dotyczyły innych zagadnień niż kwestie diagnozowane dotychczas i odnosiły się do roli społecznej pełnionej przez sędziego rodzinnego. Wyniki badań własnych oraz sformułowane

² K. Lutyńska: *Wywiad kwestionariuszowy. Przygotowanie i sprawdzenie narzędzia badawczego*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1984, s. 13.

na ich podstawie rekomendacje, mogą zostać wykorzystane w przygotowaniu reformy systemu sądownictwa rodzinnego oraz zmian dotyczących kształcenia sędziów rodzinnych.

Badania zrealizowane zostały w okresie od stycznia do kwietnia 2007 roku. W ich toku przeprowadzono łącznie 40 wywiadów pogłębionych, z czego 34 wywiady przeprowadzono z sędziami rodzinnymi, w tym: 26 z sędziami sądów rejonowych, którzy orzekają w wydziałach rodzinnych i nieletnich oraz 8 wywiadów z sędziami sądów okręgowych, orzekającymi w wydziałach cywilnych, cywilnych – rodzinnych odwoławczych lub rodzinnych odwoławczych. Dwóch badanych sędziów okręgowych pełniło rolę wizytatora ds. rodzinnych i nieletnich. Badani sędziowie orzekali w 24 różnych sądach, w 15 miastach w całej Polsce. Warto zaznaczyć, że ponieważ środowisko sędziów rodzinnych jest sfeminizowane, wśród badanych 34 sędziów, byli jedynie dwaj mężczyźni.

Dobór sędziów rodzinnych do badań miał charakter celowy, a kryterium doboru stanowił staż pracy sędziego w wydziale rodzinnym i nieletnich. Wybór ten został podyktowany przekonaniem, że staż pracy jest decydującym czynnikiem, który wpływa na opinie sędziów rodzinnych na temat zadanych im ról społecznych oraz problemów dotyczących sądownictwa rodzinnego (awans zawodowy, system kształcenia sędziów rodzinnych, relacje sądu rodzinnego z instytucjami pomocy społecznej). Wypada podkreślić, że struktura sądownictwa rodzinnego oraz jego właściwość jest jednolita w skali kraju, dlatego inne czynniki demograficzne, społeczne i ekonomiczne mają w tym przypadku charakter zmiennych niezależnych.

Dodatkowych 6 wywiadów przeprowadzono z ekspertami, którzy znają problematykę sądownictwa rodzinnego. Wywiadów eksperckich udzielili: dr hab. prof. US Marek Andrzejewski, dr hab. prof. UW Elżbieta Holewińska-Łapińska, prof. dr hab. Marek Safjan, prof. dr hab. Adam Strzembosz, sędzia SN w stanie spoczynku Maria Teresa Romer oraz prof. dr hab. Feliks Zedler. Celem tych wywiadów było poznanie poglądów uznanych i opiniotwórczych przedstawicieli środowiska prawniczego na temat ról społecznych zadanych sędziom rodzinnym oraz problemów dotyczących sądownictwa rodzinnego. Eksperci proszeni byli także o komentowanie częściowych wniosków z badań. Opinie ekspertów zostały wykorzystane w treści raportu z badań – stanowiły one istotny materiał służący formułowaniu wniosków i rekomendacji. Wszystkie wywiady eksperckie zostały autoryzowane.

Wnioski z analizy badań jakościowych

Analiza wyników badań przedstawia szeroki zakres roli sędziego rodzinnego oraz pozwala na sformułowanie odpowiedzi na postawione – wyżej wymienione pytania badawcze.

Co istotne, badania zweryfikowały opinie sędziów na temat kwestii ich awansu zawodowego, systemu kształcenia ze szczególnym uwzględnieniem kwalifikacji

pozaprawnych oraz relacji sądu rodzinnego z instytucjami pomocy społecznej. Wnioski z analizy badań własnych sformułowano w oparciu o opinie sędziów rodzinnych oraz ekspertów.

1. Definiowanie roli sędziego rodzinnego

Respondenci udzielali spójnych odpowiedzi na pytanie, kim jest sędzia rodzinny, a staż pracy nie był tu czynnikiem jednoznacznie różnicującym. Badani definiowali rolę sędziego na dwa sposoby – wymieniali katalog spraw pozostających w kompetencji sędziego rodzinnego, bądź wskazywali na jej aspekt aksjologiczny, wynikający ze szczególnego charakteru. Zdaniem respondentów wynika to z faktu, iż sędzia rodzinny zajmuje się bardzo trudnymi, a często nawet dramatycznymi sprawami dotyczącymi losów dzieci i rodziny. Jego praca wymaga nie tylko literalnego stosowania prawa, ale też ogromnej wiedzy życiowej i doświadczenia zawodowego oraz zaangażowania. Badani podkreślali, że merytoryczne przygotowanie nie wystarcza do bycia sędzią rodzinnym. Sędzia ten powinien mieć bowiem nie tylko rozległą wiedzę prawniczą, ale także psychologiczną i pedagogiczną. Respondenci wskazywali też na znaczenie wycucia i odpowiednich predyspozycji. Także eksperci wyrażali w tej kwestii zbieżne opinie. Zdaniem Marka Safjana, sędziego rodzinnego: „(...) nie może na pewno działać w sposób rutynowy, musi przejawiać określoną wrażliwość. Ważna jest także wiedza, która uzupełnia znajomość prawa o elementy psychologii, pedagogiki, socjologii. Ten motyw towarzyszył przecież powołaniu sądów rodzinnych.(...) To się robi z zacięciem i wrażliwością, albo tego się w ogóle nie robi. Bo robienie tego w sposób formalny będzie przynosiło efekty gorsze, niż gdyby nic się nie robiło.” W opinii Feliksa Zedlera: „Sędzia rodzinny nie tylko powinien doskonale znać prawo, ale powinien mieć głębokie przygotowanie socjologiczne, psychologiczne, seksuologiczne, szerzej spoglądać na rodzinę, bo rola sędziego rodzinnego nie polega tylko na stosowaniu prawa w tym tradycyjnym tego słowa znaczeniu.” Zdaniem Adama Strzembosza: „Sędziowie rodinni to powinna być elita, ludzie dwu zawodowi, którzy są prawnikami, ale muszą mieć odpowiednie przygotowanie socjopedagogiczne.”

Za istotny element roli respondenci uznawali powołanie do zawodu. Mimo, że praktycznie wszyscy badani zadeklarowali, że o ich pracy w wydziale rodzinnym zadecydował przypadek, podkreślili jednocześnie, że powołanie jest niezbędne do orzekania w sprawach rodzinnych. Co ciekawe, respondenci, którzy początkowo nie byli zadowoleni z przydziału do wydziału rodzinnego, przyznawali, że z biegiem lat polubili swoją pracę i gdyby obecnie mieli dokonać wyboru, świadomie zdecydowaliby się na orzekanie w wydziale rodzinnym. Sędziowie podkreślali, że praca w wydziale rodzinnym obciąża psychicznie. Wymaga to od sędziego stabilności emocjonalnej i wypracowania dystansu, niezbędnego do normalnego funk-

cjonowania wobec natłoku ludzkich dramatów, z którymi styka się na co dzień. Co zrozumiałe, problem obciążenia psychicznego nie pojawiał się tak często w wypowiedziach młodych sędziów.

O znaczeniu wyczucia i wyjątkowej wrażliwości, którą można nazwać powołaniem mówili także eksperci. Zdaniem Marii Teresy Romer: „(...) być sędzią oznacza mieć powołanie do pełnienia tej najbardziej odpowiedzialnej w społeczeństwie funkcji. Dlatego nie lubię sprowadzania roli sędziego do wykonywania zawodu. Takie określenie nie oddaje istoty roli sędziego i jego pozycji społecznej. Sędzią nie przestaje się być po zdjęciu togi, bycie sędzią oznacza nie tylko rozstrzygnięcie spraw i wszystkie z tym związane obowiązki, oznacza to określony sposób zachowania, postępowania także w życiu prywatnym (...)”. Także Adam Strzembosz podkreślił w toku wywiadu, że powołanie jest potrzebne do wykonywania zawodu sędziego rodzinnego. Wskazał też na zainteresowanie problemami rodziny, zaangażowanie oraz wysoki poziom moralny i intelektualny. Z kolei w opinii Marka Andrzejewskiego, powołanie nie jest konieczne. Jego zdaniem od sędziego rodzinnego należy oczekiwać wyłącznie tego, aby był dobrym prawnikiem, posiadającym umiejętność korzystania z wiedzy ekspertów oraz: „(...) pułap wiedzy i pokory, który pozwoli mu uznać swą niekompetencję w kwestiach pozaprawnych.”

Autodefiniując rolę, respondenci uwzględniali wszystkie jej elementy jednak ich odpowiedzi wskazywały na jaźń społeczną jako dominantę. Treść jaźni zależy w znacznym stopniu od poglądów innych na temat jednostki, co w przypadku sędziów rodzinnych ma niebagatelne znaczenie. Otóż badani zgodnie twierdzili, że uznawani są za „boczny tor” systemu sądownictwa oraz że nie cieszą się uznaniem innych sędziów. W opinii respondentów panuje powszechne przekonanie, że w sądach rodzinnych orzekają sędziowie, którzy nie poradziłby sobie w wydziałach cywilnych czy karnych. Respondenci podkreślali, że w środowisku krąży opinia, zgodnie z którą w sądach rodzinnych rozpatrywane są jedynie proste pod względem merytorycznym sprawy, a pracy jest zdecydowanie mniej niż w innych wydziałach. Badani podkreślali, że w środowisku sędziowskim uważa się, że do pracy w sądach rodzinnych nie jest potrzebne ani dobre prawnicze przygotowanie, ani rozległa wiedza. Zjawisko deprecjonowania sędziów rodzinnych znane jest także ekspertom: „Panuje dosyć powszechnie znana mi opinia, że wydział rodzinny jest jednym z nisko usytuowanych w hierarchii ważności wśród innych wydziałów sądu rejonowego. Opinii tej nie weryfikowałam. Pośrednio potwierdza jej zasadność znana praktyka, że aplikant, który zdaje egzamin sędziowski z wynikiem bardzo dobrym ma pewne szanse na orzekanie w wydziale cywilnym (aktualnie, jak się wydaje, najbardziej atrakcyjnym dla przyszłego sędziego) i spore szanse na wydział karny. Natomiast im niższy jest wynik egzaminu sędziowskiego, tym większe prawdopodobieństwo, że będzie miał do wyboru wydział rodziny, (...) Jest to również, niestety, wyrazem dosyć powszechnego przeświadczenia (także w sądownictwie), że żeby uprawiać prawo rodzinne niekoniecznie trzeba

mieć wysokie kwalifikacje. Przyjmuje się, że problematyka prawnorodzinna jest łatwa, poprzeczka wiedzy jest ustawiona nisko, a na prawie rodzinnym wszyscy się znają.” [Elżbieta Holewińska-Łapińska].

Tak komentował to Marek Safjan: „(...) to jest po prostu niemądry przesąd i szkodliwy stereotyp. (...) Jest to sąd, w którym materia prawna rzeczywiście wydaje się nieskomplikowana (co jednak nie całkiem jest prawdziwe), bardziej skomplikowana jest materia życiowa i praktyczna. Predyspozycje muszą być inne, nie lepsze, ale inne.”

Odnosząc się do kwestii uznania społecznego, badani sędziowie oraz eksperci zasadniczo zgodnie twierdzili, że sędzia, bez względu na to, w którym wydziale pracuje, wzbudza respekt i cieszy się prestiżem. Sędziowie wskazywali jednak na zmiany nastawienia społecznego w stosunku do wykonywanego przez nich zawodu. Ich zdaniem, wynika to przede wszystkim z obrazu sędziego jaki kreowany jest przez media. Respondenci podkreślali też, że wymiarowi sprawiedliwości nie służą liczne wypowiedzi polityków na temat konkretnych spraw sądowych, co w konsekwencji prowadzi do ich upolitycznienia. Podobną opinię wyraziła Maria Teresa Romer: „(...) na sali sądowej sędzia zostawia tylko togę i nigdy nie przestaje być sędzią, (...) ocena społeczna sędziów zależy od wielu czynników. Składają się na nie różne elementy, a wśród nich nieprzemysłana i nie zawsze słuszna krytyka ze strony prasy czy polityków.”

2. Społeczne role sędziów rodzinnych

W toku badań zweryfikowano poglądy sędziów na temat ról społecznych jakie są im przypisane. Pozwoliło to na uzyskanie odpowiedzi, które z przypisywanych ról są przez sędziów rodzinnych rzeczywiście realizowane. Pytania stawiane respondentom dotyczyły ról koordynatora, kontrolera, mediatora, eksperta oraz partnera rodziny w zakresie rozwiązywania jej problemów.

Prawo nakłada na sędziego rodzinnego obowiązek współdziałania z organami, instytucjami i organizacjami społecznymi zajmującymi się na danym terenie problematyką rodziny, dzieci i młodzieży, sprawami oświaty i wychowania oraz zdrowia. Wszyscy badani sędziowie spójnie określali najbliższy krąg współpracy, wskazując na instytucje, które biorą udział w niesieniu pomocy dziecku i rodzinie. Szczególny nacisk respondenci kładli na znaczenie roli kuratora rodzinnego, który dostarcza sędziemu informacji niezbędnych w procesie decyzyjnym. Co istotne, sędziowie zdecydowanie niekorzystnie ocenili poziom współpracy z instytucjami pomocy społecznej. Wskazywali na brak kompetencji pracowników Powiatowych Centrów Pomocy Rodzinie oraz krytycznie wypowiadali się na temat szerokich uprawnień przysługujących dyrektorom PCPR-ów. Kadry zatrudnionej w tych strukturach zarzucali brak profesjonalizmu, bierność, formalizm oraz nierząd – podważanie orzeczeń sądu.

W odniesieniu do pełnienia przez sędziego rodzinnego roli koordynatora systemu pomocy rodzinie, sędziowie nie prezentowali w badaniach spójnego stanowiska. Większość respondentów uznała, że sędzia nie powinien pełnić tej roli. Badani o krótkim stażu pracy żywili przekonanie, że rola sędziego ogranicza się wyłącznie do wydania orzeczenia. Na podstawie opinii tych respondentów rysuje się obraz biernej i zachowawczej postawy sędziego. Respondenci wskazywali na instytucje pomocy społecznej jako na podmioty odpowiedzialne za ewentualną koordynację współpracy. Kilku badanych wyraziło opinię, że koordynatorem systemu pomocy dziecku i rodzinie jest kurator. Pojawiały się także wypowiedzi, z których wynikało, że jest to zbędny zabieg, ponieważ dla sprawnego funkcjonowania systemu wystarczy, by każdy z podmiotów wykonywał przypisane mu zadania. Jedynie kilku respondentów wyraziło pogląd, że sędzia pełni rolę koordynatora, wskazując przy tym na płynące z tego korzyści dla podsądnych. Takie opinie wyrażali sędziowie doświadczeni.

Opinie większości badanych sędziów potwierdzili eksperci. Ich stanowiska ilustrują następujące cytaty: „(...) koordynacją powinien zajmować się ktoś z ramienia sądu, ale niekoniecznie sędzia. Sędzia, który ma być jednocześnie koordynatorem, administratorem czy menadżerem nie będzie miał czasu na to, czym sędzia powinien się przede wszystkim zajmować – rozstrzyganiem sprawy z wnikliwym podejściem do problemów, które są pierwszorzędnej wagi.” [Marek Safjan], „Sędzia na podstawie wiedzy i możliwości (...) ostatecznie wybiera sposób postępowania, bo koordynować współpracę to powinien raczej kurator. Koordynacja jest jednak rolą, która powinna stale być pełniona i tu bym myślał raczej o kuratorze zawodowym czy społecznym, (...)” [Adam Strzembosz], „Przy takim obciążeniu funkcją orzeczniczą, jaką sędziowie mają w tej chwili, myślę, że to jest nierealistyczne podejście, bo sędzia nie dysponuje wystarczającym czasem. Dobre koordynowanie zakłada liczne i dosyć częste kontakty z tymi podmiotami, z którymi się współpracuje.” [Elżbieta Holewińska-Łapińska]

Badania pokazały, że sędziowie czują się kontrolerami procesu pomocy dziecku i rodzinie. Ich opinie na ten temat pokrywają się z dyspozycją wynikającą z przepisów. Co ważne, staż pracy nie różnicuje poglądów sędziów w tej kwestii. Opinie sędziów w tej kwestii podzielili eksperci za wyjątkiem Marii Teresy Romer, która rolę tę przypisała kuratorom. Znaczenie uprawnień kontrolnych kuratora podkreślił też Marek Andrzejewski. Eksperci postulowali wzmocnienie uprawnień kontrolnych sędziego. Tak ujęła to Elżbieta Holewińska-Łapińska: „(...) jedną z istotnych ról sędziego rodzinnego, która należy do istoty jego obowiązków, jest systematyczne sprawdzanie sytuacji w rodzinie, w szczególności z małoletnimi dziećmi, której problemy sędzia poznał rozpatrując już jakąś sprawę należącą do właściwości sądu rodzinnego. Sąd rodzinny powinien – w mojej ocenie, jeszcze bardziej kontrolować, jeszcze częściej niż obecnie sprawdzać jak wygląda sytuacja, np. jeśli orzekł o ograniczeniu władzy rodzicielskiej, niezależnie od środka ograniczenia.”

Odrębnym problemem, o którym mówili badani sędziowie, jest towarzyszące ich pracy poczucie bezradności, które wynika z niewykonywania orzeczeń z przyczyn, na które nie mają wpływu. W opinii Adama Strzembosza, problem ten towarzyszy sądownictwu rodzinnemu od chwili jego powstania: „(...) to, co było zawsze zabójcze w sądach dla nieletnich i sądach rodzinnych, to było poczucie nieskuteczności.”

Badani sędziowie w spójny sposób definiowali czym jest mediacyjna działalność sądu rodzinnego. W kwestii pełnienia przez sędziego rodzinnego roli mediatora, respondenci nie osiągnęli zgodności. Być może wynika z to faktu, iż z jednej strony przepisy zabraniają sędziemu by rolę tę pełnił, a z drugiej nakładają na niego dyspozycję nakłaniania stron do zawarcia ugody na każdym etapie postępowania, co może być rozumiane jako mediacja. Większość badanych sędziów korzystnie oceniła wprowadzenie z końcem 2005 roku do polskiego porządku prawnego instytucji mediacji zawodowej. Zdaniem sędziów, jest to bardzo ważny element prowadzenia postępowania w wielu sprawach rodzinnych, który może przynosić wymierne efekty. Respondenci podkreślali, że w toku kształcenia nie byli przygotowani do prowadzenia mediacji, a skuteczność w tym zakresie zależy wyłącznie od doświadczenia i osobistych predyspozycji oraz zdolności sędziego. Staż pracy nie różnicował poglądów badanych sędziów na powyższy temat.

Także eksperci nie osiągnęli zgodności w odniesieniu do pełnienia przez sędziego rodzinnego roli mediatora, rozróżniając mediację zawodową od „potocznej”. Tak ujęła to Maria Teresa Romer, która podkreśliła, że mediacja w sprawach rodzinnych jest najstarszą formą mediacji w naszym systemie prawnym: „Mediator jest mediatorem, sędzia pozostaje sędzią, ale czymże innym jak nie próbą mediacji jest to, co sędzia rodzinny robi w sprawach alimentacyjnych, sprawach o kontakty, w sprawach rozwodowych? Namawianie do ugody, mimo że sędzia nie jest mediatorem i nim być nie może, sprowadza się do osiągnięcia efektu podobnego do mediacji – do porozumienia i wzajemnych ustępstw.” Zdaniem Elżbiety Holewińskiej-Łapińskiej, ta niekonsekwencja w stosowaniu pojęcia mediacja oraz wynikająca z tego niezgodność w odniesieniu do pełnienia przez sędziego rodzinnego roli mediatora, ma swoje źródło w nieugruntowanym jeszcze w świadomości sędziów znaczeniu terminu „mediacja”. Eksperci podkreślili zgodnie możliwości jakie niesie mediacja: „Zalecałbym zawsze sędziom, a zwłaszcza sędziom rodzinnym, żeby dostrzegali mediację, jako dostępną metodę załatwienia sprawy. Mediacja prowadzona w warunkach nieformalnych, kameralnych i takich z mniejszym dystansem daje fantastyczne możliwości.” [Marek Safjan].

Większość badanych sędziów wyraziła opinię, że sędzia rodzinny w toku postępowania pełni rolę eksperta. Respondenci o długoletnim stażu podkreślali, że decyzje, które sędzia rodzinny musi podejmować, wymagają od niego doświadczenia oraz rozległej wiedzy – także pozaprawnej. Większość badanych ograniczała ekspercką rolę sędziego do znajomości prawa rodzinnego oraz umiejętności oce-

ny materiału dowodowego. Co ciekawe, respondenci którzy wyrazili pogląd, że sędzia rodzinny nie pełni roli eksperta i jednocześnie zadeklarowali, że sami takimi ekspertami nie są, często zaliczali się do osób doświadczonych zawodowo. Ich poglądy cechowało poczucie pokory wobec pełnionej służby sędziowskiej i świadomość, że nie wiedzą wszystkiego.

Opinie ekspertów w tej kwestii były podzielone. Zdaniem Adama Strzembosza i Marka Andrzejewskiego sędzia musi umieć podejmować decyzję i korzystać z wiedzy specjalistów, którzy sporządzają dla niego opinie. Elżbieta Holewińska-Łapińska zauważyła, że: „Byłoby dobrze, gdyby sędzia takim ekspertem był, ale zważywszy na ogrom wiedzy pozaprawnej, którą powinien posiadać, nie jest to wykonalne. Jestem przekonana, że są takie sfery, w których bardzo ambitny sędzia rodzinny jest w stanie zdobyć tak wielką wiedzę pozaprawną, że może kontrolować merytorycznie opinię biegłego.” Sędzia rodzinny pełni rolę eksperta w opinii Marka Safjana, Feliksa Zedlera oraz Marii Teresy Romer, która wyraziła obawę: „(...) czy sędziom rodzinnym zapewnia się taki poziom szkoleń, który umożliwi im wiedzę odpowiednią do stawianych przed nimi zadań, (...). Jeżeli sędzia rodzinny nie ma wiedzy specjalistycznej pozwalającej mu na bycie najwyższym biegłym, to nie z jego winy, ale dlatego, że nie zapewnia mu się odpowiednich szkoleń. Sędzia rodzinny zostaje ekspertem w sprawach, które sądzi, dzięki swojej ogólnej dużej wiedzy i temu co mu podpowiada sędziowskie sumienie oraz poczucie odpowiedzialności za ludzkie losy.”

Co bardzo istotne, podobnie jak doświadczeni sędziowie, także eksperci wskazywali na znaczenie pokory w prawidłowym wypełnianiu roli sędziego. Najpełniej ujęła to Maria Teresa Romer: „(...) pokora przychodzi z upływem czasu. Pokora powinna być od początku i ona w niczym nie uwłacza pozycji sędziego, uwłacza jej natomiast nadmierna pewność siebie i arogancja. Dotyczy to wszelkiego rodzaju spraw, a spraw rodzinnych o tyle w sposób szczególny, że są one dla uczestników postępowania niezwykle trudne. Gdy decydują się na to, aby ze swoim problemem pójść do sądu, to arogancja ze strony sędziego jest czymś szczególnie niedopuszczalnym. (...) Każdy sędzia rodzinny musi mieć świadomość, że ma do czynienia z niezwykle wrażliwymi dla każdego uczestnika sprawami, z materiałem nad wyraz delikatną. (...) Arogancji sędziego nie może usprawiedliwić nic, nigdy i w żadnej sprawie.”

Większość badanych sędziów wyraziła opinię, iż sędzia rodzinny nie pełni roli partnera rodziny w rozwiązywaniu jej problemów. Sędziowie używali przy tym wielu argumentów, odwołując się między innymi do władczych uprawnień sędziego czy dystansu, jaki dzieli go od stron. Przy okazji tych rozważań, respondenci wskazywali na dwa istotne problemy: roszczeniową postawę rodzin, których sprawy są przedmiotem postępowania oraz budzący kontrowersje kontakt ze stronami poza salą rozpraw. Wielu sędziów wyraziło pogląd, że partnerem rodziny jest kurator, ponieważ to on pracuje z rodziną i ma z nią bezpośredni kontakt. Tylko kilku sę-

dziów stwierdziło, że sędzia rodzinny jest partnerem rodziny. Decyduje o tym charakter problemów jakie pozostają w kompetencji sądu rodzinnego, a także zmniejszony dystans między sędzią a stronami.

Opinie ekspertów potwierdzają stanowisko większości badanych sędziów w tej sprawie. Eksperci byli zgodni, iż pozycja sędziego i powaga sprawowanej przez niego funkcji utrudniają partnerską relację. Jedynie Marek Safjan wyraził opinię, iż w niektórych rodzajach spraw sędzia jest partnerem rodziny. Ujął to w następujący sposób: „Sędzia, który potrafi stać się partnerem, wczuć się w sytuację, nie jako stojący na piedestale i podejmujący *a priori* decyzję, wczuwający się dobrze w sytuacji, może być partnerem.”

3. Samoorganizacja środowiska

Respondenci w podobny sposób uzasadniali potrzebę istnienia Stowarzyszenia Sędziów Rodzinnych. Podkreślali, że specyfika problemów z jakimi stykają się sędziowie w ramach swojej pracy, wymaga dyskusji, wymiany poglądów i doświadczeń. Respondenci tłumaczyli też, że podobne organizacje działają w wielu państwach, a inspiracją do założenia polskiego Stowarzyszenia Sędziów Sądów Rodzinnych była prężna działalność międzynarodowego stowarzyszenia, które ma swoją siedzibę w Szwajcarii. Opinie sędziów podzielili eksperci. Ich zdaniem, sędziowie rodzienni mają przeświadczenie, iż stanowią grupę zawodową o specyficznych problemach i potrzebach. „Łączy ich poczucie solidarności i potrzeba doskonalenia zawodowego” [E. H-Ł]

Jednak najciekawszym elementem analizy dotyczącej opinii respondentów na ten temat było zdiagnozowanie silnego poczucia „kompleksu sędziego rodzinnego” wśród badanych. Zdaniem badanych, Stowarzyszenie powstało w związku z towarzyszącym sędziom rodzinnym poczuciem kompleksu, którego źródłem jest zamknięta droga awansu zawodowego. Badani podkreślali, że działalność Stowarzyszenia niweluje kompleks sędziego rodzinnego i ma na celu udowodnienie innym sędziom, że sędziowie rodzienni są grupą zasługująca na uznanie i szacunek. Jak stwierdziła jedna z respondentek, kompleks sędziego rodzinnego nie wynika z rzeczywistego postrzegania sędziów rodzinnych przez środowisko sędziowskie jako gorszych czy mniej zdolnych. Źródłem tego zjawiska jest bowiem wewnętrzne przekonanie samych sędziów rodzinnych.

Warto zwrócić uwagę na opinię ekspertów w tej kwestii. Elżbieta Holewińska - Łapińska oraz Feliks Zedler podobnie jak badani sędziowie, jako źródło kompleksu sędziego rodzinnego wskazali zamkniętą drogę awansu zawodowego: „(...) jest to wina dwóch czynników: doboru osób na stanowiska sędziów rodzinnych oraz ich wynagrodzenia. (...) czynnikiem negatywnie wpływającym na prestiż sędziego rodzinnego jest czynnik finansowy. Obecnie sędzia rodzinny jest skazany na dożywotnią pensję sędziego rejonowego.” W opinii ekspertów poczucie kompleksu wśród sędziów rodzinnych jest zjawiskiem niepokojącym: „Nie jest rzeczą dobrą,

jeżeli sami sędziowie rodzinni mają takie wrażenie. Trzeba zrobić wszystko, aby „kompleks sędziego rodzinnego” zlikwidować jak najszybciej. Sędzia rodzinny to nie jest to gorszy „gatunek sędziego”. (...) skoro sędziowie rodzinni mają takie odczucia to być może coś tu jest na rzeczy i szkoda tylko, że nie sygnalizowano tego wcześniej.” [Maria Teresa Romer].

4. Awans zawodowy

Opinie respondentów na temat kwestii awansu zawodowego są zgodne i jednoznaczne. Badani podkreślali, że sędziowie rodzinni nie mają zapewnionej możliwości awansu, a ich kariera w sądownictwie rodzinnym zazwyczaj kończy się na poziomie sądu rejonowego. Zdaniem respondentów problem ten jest przyczyną deprecjonowania zawodu sędziego rodzinnego. Zamknięta ścieżka kariery jest też głównym źródłem frustracji i zdiagnozowanego w toku badań „kompleksu sędziego rodzinnego”. Kilku badanych zauważyło, że bez względu na możliwości, nie chcieliby awansować, ponieważ odpowiada im charakter pracy w sądzie rodzinnym. Podkreślali, że w pracy na poziomie sądu okręgowego przeszkadzałby im ograniczony kontakt ze stronami. Dwoje respondentów orzekających na poziomie sądu okręgowego wyraziło opinię, że problem awansu nie istnieje dla osób zdolnych i ambitnych.

Także eksperci byli zgodni w tej sprawie, choć zdaniem Marii Teresy Romer, droga awansu zawodowego sędziów rodzinnych nie jest zamknięta, ale utrudniona. W opinii Marka Sajfana jest to kwestia praktyki awansów: „Nie widzę powodu, aby do wydziału cywilnego drugiej instancji nie miał awansować sędzia rodzinny.” Pozostali eksperci jednoznacznie uznali, iż przebieg awansu w tej grupie zawodowej jest zaburzony, co ma swoje konsekwencje przede wszystkim w postaci negatywnej selekcji do pracy w wydziale rodzinnym.

5. System kształcenia sędziów rodzinnych

Reasumując wypada podkreślić, że sędziowie prezentowali spójne opinie na temat systemu kształcenia sędziów rodzinnych. Zdaniem badanych praca w wydziale rodzinnym wymaga znajomości psychologii i pedagogiki oraz doświadczenia zawodowego i życiowego. Badani wskazywali na dwa obszary, w których czują się szczególnie niepewnie – obejmują one problematykę uzależnień oraz psychologię dziecięcą. Doświadczeni respondenci pytani o subiektywne poczucie przygotowania do pracy w sądzie rodzinnym, gdy rozpoczynali swoją karierę zawodową, odpowiadali, że czuli się zagubieni oraz mieli trudności z podejmowaniem decyzji. Rozróżniali przy tym przygotowanie merytoryczne od psychicznego. Z kolei młodzi sędziowie przekonywali, że do orzekania w wydziale rodzinnym wystarcza jedynie znajomość przepisów. Ci respondenci od początku czuli się przygotowani do orzekania, byli pewni siebie i zdecydowani.

Także poglądy i opinie były zgodne w tej kwestii. Ich zdaniem pozaprawne kształcenie sędziów rodzinnych to „klucz to dobrego wykonywania tego zawodu” [E. Holewińska-Łapińska]. Eksperci podkreślali też, że funkcjonujący obecnie system kształcenia przyszłych sędziów nie przewiduje zajęć z zakresu nauk społecznych, co wymaga zmiany. Odwoływali się przy tym do tradycji funkcjonującego w końcu lat 70-tych podyplomowego studium dla sędziów rodzinnych. „W dotychczasowym modelu kształcenia aplikantów (...) brakuje miejsca dla psychologii, której podstawowa znajomość jest wręcz niezbędna dla każdego sędziego, a w sposób szczególny dla sędziego rodzinnego. Chodzi tu również o psychologię dziecka. O umiejętność oceny opinii biegłych, do których tak często sięga się w sprawach rodzinnych. Sędzia jako najwyższy biegły, aby ocenić wartość takiej opinii musi znać elementy psychologii.” [M. Teresa Romer]. Jedynym ekspertem, który zakwestionował konieczność pozaprawnego kształcenia sędziów rodzinnych był Marek Andrzejewski. Jego zdaniem, sędziowie rodzinni muszą jedynie umieć korzystać z wiedzy specjalistów, z którymi współpracują. W opinii Marka Andrzejewskiego: „Próbuje się uczynić z sędziego rodzinnego wszechwiedzącego, by odwrócić uwagę od postulatu (nigdy niespełnionego) obudowania sądów siecią instytucji eksperckich. I to jest szalenie istotne.”

Rekomendacje

Analiza opinii sędziów rodzinnych oraz postulaty ekspertów, pozwalają na sformułowanie kilku rekomendacji niezwykle istotnych dla przyszłości sądownictwa rodzinnego:

- Reformy wymaga system kształcenia przyszłych kadr sądowniczych. Już w toku uniwersyteckich studiów prawniczych istnieje konieczność wyodrębnienia obowiązkowego kursu prawa rodzinnego. Zajęcia dla aplikantów sędziowskich powinny być rozszerzone o psychologię, zarówno w odniesieniu do wiedzy teoretycznej jak i warsztatów praktycznych. Sędziowie, którzy swoją karierę zawodową wiązaliby z sądem rodzinnym, powinni być zobowiązani do ukończenia podyplomowego studium, które rozszerzałoby wiedzę prawniczą sędziów o istotne elementy nauk społecznych oraz medycznych. Kandydaci na sędziów sądów rodzinnych powinni przechodzić obowiązkowe badania psychologiczne, które weryfikowałyby ich predyspozycje do wykonywania tego zawodu.
- W sądach rodzinnych powinni orzekać sędziowie posiadający doświadczenie życiowe. Proponuje się zatem wprowadzeniem cezury wieku, tak jak postulowano to, gdy powstawały sądy rodzinne w Polsce. Równocześnie, w sądach rodzinnych powinni orzekać sędziowie, którzy mają doświadczenie orzecznicze

w innych wydziałach. Skomplikowana materia tej dziedziny uzasadnia poświęcenie się jej dopiero po pewnym czasie, a szersze spojrzenie na ludzkie problemy czyni wiedzę sędziego bardziej kompleksową.

- Koniecznością jest utworzenie wydziałów rodzinnych odwoławczych w jak największej ilości sądów okręgowych w Polsce, tak by w sprawach rodzinnych orzekali specjaliści – doświadczeni sędziowie rodinni. Zabieg ten otworzyłby równocześnie drogę awansu zawodowego dla tej grupy sędziów. Ponadto istotne w systemie sądownictwa rodzinnego jest wykorzystanie awansu poziomego, wiążącego się z przyznawaniem sędziemu orzekającemu w sądzie rejonowym gratyfikacji finansowej, adekwatnej do stażu zawodowego i doświadczenia.
- Współpraca sądów rodzinnych z instytucjami pomocy społecznej wymaga usprawnienia. W związku z powyższym należy wziąć pod uwagę zwiększenie uprawnień kontrolnych sędziego oraz rozszerzenie kompetencji kuratora, tak, by to on pełnił rolę koordynatora systemu pomocy dziecku i rodzinie. Pozwoliłoby to równocześnie na odciążenie sędziów i zapewnienie im prawidłowych warunków orzekania.
- Wiedza doświadczonych sędziów rodzinnych powinna być wykorzystywana w ramach opracowywania nowych rozwiązań systemowych i normatywnych.

Rodzina – ujęcie socjologiczne i prawne

1. Uwagi wstępne

Rodzina jest elementarną jednostką organizmu społecznego, w obrębie którego jej członkowie zaspokajają swoje podstawowe potrzeby i wypełniają swoje funkcje (role społeczne)¹. Rodzina jest środowiskiem naturalnym, bardzo potrzebnym w życiu każdego człowieka, ponieważ wpływa na formowanie się jego osobowości poprzez przekazywanie podstawowych wartości moralnych i przygotowuje jednostkę do pełnienia wielu ról społecznych. Małżeństwo i rodzina zajmowały i zajmują wysoką pozycję w hierarchii wartości pokoleń. Rodzina jest zatem bardzo istotnym elementem życia społecznego.

Rodzina pełni także ważną rolę gospodarczą oraz jest „spoiwem solidarności międzypokoleniowej”². Stabilność rodziny jest ważnym czynnikiem ładu społecznego. Zainteresowanie problematyką rodziny występuje we wszystkich systemach społecznych i prawnych³. Znaczenie rodziny dla społeczeństwa podkreślał już w starożytności Platon, który uważał rodzinę za podstawową komórkę życia społecznego i główną instytucję wychowawczą⁴.

Badania nad rodziną podejmowane są z punktu widzenia socjologii, prawa, psychologii, katolickiej nauki społecznej, filozofii, ekonomii i pedagogiki. W niniejszym artykule skoncentrowano się na ujęciu socjologicznym i prawnym rodziny, a także w świetle nauki społecznej Kościoła Katolickiego.

Pojęcie rodziny jak wiele pojęć oczywistych i powszechnie znanych jest trudne do zdefiniowania. W różnych społeczeństwach określenie to może mieć inne znaczenie. Zwraca się często uwagę na to, że „idea rodziny ma podłoże subiektywne, oddające wyobrażenie różnych osób o życiu rodzinnym lub życiu w rodzinie”⁵.

¹ J. Winiarz: Rodzina i dziecko w prawie polskim (w:) *Rodzina i dziecko*, red. M. Ziemska, Warszawa 1986, s. 439.

² C. Mik, *Zbiorowe prawa człowieka*, Toruń 1992, s. 200.

³ Badania naukowe nad rodziną rozpoczęły się już w XIX w. i prowadzili je tacy myśliciele jak L. Morgan (*Spółczesność pierwotne*, 1887), F. Engels (*Pochodzenie rodziny, własności prywatnej i państwa*, Warszawa, 1884), E. A. Westermarck (*The History of Human Marriage*, London-New York, 1881), J. J. Bachofen (*Das Mutterrecht*, Stuttgart, 1861).

⁴ Takie stanowisko skłoniło go do wysunięcia postulatu wprowadzenia nadzoru publicznego nad wychowaniem w rodzinie, ponieważ uważał rodzinę za niedoskonałe środowisko rozwoju jednostki. Podobnie sądzili Jean Jaques Rousseau, Karol Marks, Fryderyk Engels, jednak nie możliwe okazało się zastąpienie tradycyjnej formy rodziny przez nowe instytucje.

⁵ B. Balcerzak-Paradowska, *Rodzina i polityka rodzinna na przełomie wieków*, Warszawa 2004, s. 32.

Najogólniej rzecz ujmując rodzina jest to „grupa społeczna złożona z małżonków i ich dzieci, także osoby związane pokrewieństwem, powinowactwem, krewni, powinowaci”⁶.

2. Rodzina w ujęciu socjologicznym

Definicje rodziny mogą się znacznie różnić od siebie, w zależności od celów, dla których są sformułowane. W ujęciu socjologicznym rodzina jest podstawową grupą społeczną (instytucją społeczną), najstarszą i najtrwalszą formą organizacji społecznej⁷. Najczęściej rodzina traktowana jest jako jedna z najmniejszych mikrostruktur społecznych, jako mała (nuklearna) grupa społeczna składająca się z dwóch lub jednego wspólnie mieszkającego pokolenia, obejmująca męża i żonę pozostających ze sobą we współżyciu małżeńskim oraz ich małoletnie dzieci będące na utrzymaniu rodziców – rodzina mała. Niekiedy rodzina traktowana jest jako rodzina rozszerzona, zwana czasem wielką, która obejmuje więcej niż dwa pokolenia żyjące razem, czyli składa się z kilku rodzin małych, tworzonych przez dziadków, rodziców i dzieci⁸. Z. Tyszka postrzega rodzinę jako podstawową mikrostrukturę i najbardziej znaczącą dla człowieka grupę społeczną. Jego zdaniem rodzina jest zarówno małą grupą społeczną, jak też i instytucją, która powinna być ujmowana w kontekście pewnego tła kulturowo – społecznego, w którym się znajduje⁹. L. Dyczewski, po dokonaniu szerokiej i wieloaspektowej analizy rodziny, określił ją jako: „wspólnotę osób i instytucję społeczną opartą na miłości i wolnym wyborze kobiety i mężczyzny połączonych małżeństwem, którzy odpowiadając wzajemnie za siebie, rodzą i wychowują następane pokolenie w taki sposób, aby ono także rodiło i wychowywało nowe

⁶ *Słownik języka polskiego*, PWN, R-Z, red. M. Szymczak, t. III, Warszawa 1996, s. 64.

⁷ Grupa społeczna jest to jedno z podstawowych pojęć w socjologii. Jest zbiorem osób, którego członkowie współdziałają ze sobą w celu zaspokajania własnych potrzeb, charakteryzujący się trwałą strukturą i względnie jednolitym systemem wartości. Definiowana jest przez socjologów w różny sposób, ale wśród różnych definicji istnieje wspólny mianownik obejmujący trzy elementy: „zbiór osób wchodzących ze sobą we wzajemne interakcje, element czy wielość elementów łączących ich oraz świadomość tego co łączy tworzące grupę jednostki”. Tak więc grupa społeczna jest zbiorem osób pozostających we wzajemnych interakcjach i relacjach, posiadających wzajemne interesy, wartości i wspólne cele. Ponadto każda grupa społeczna może mieć swoją podgrupę, które są częścią struktury większych grup, czyli są elementem szerszego systemu społecznego. Rodzina w ujęciu socjologicznym jest więc grupą społeczną opartą na więzach pokrewieństwa oraz więzach społecznych. W. Majkowski: *Rodzina między grupą a instytucją* (w:) *Nauki o Rodzinie*, red. J. Klys, Szczecin 1998, s. 82. Por. F. Adamski, *Socjologia małżeństwa i rodziny*, Warszawa 1984; Bielicki T., *Struktura rodziny ludzkiej w perspektywie antropologicznej* (w:) E. Hatoń (red.), *Rodzina – jej funkcje przystosowawcze i ochronne*, Warszawa 1995; A. Reader, *The Sociology of the family*, Allan G. (red.), Oxford 1999.

⁸ Szerzej o innych typach rodzin: T. Szlendak: *Rodzina* (w:) *Encyklopedia socjologii*, t. 3, Warszawa 2000, red. H. Domański, W. Morawski, J. Mucha, M. Ofierska, J. Szacki, M. Ziółkowski, s. 313 i nast.

⁹ Z. Tyszka: *Stan i przeobrażenia współczesnych rodzin polskich. Centralny Program Badań Podstawowych 09.02* (w:) *Poznańska Szkoła Badań nad Rodziną (Metodologia i jej zastosowania)*, Warszawa 1998, s. 252–253.

pokolenie”¹⁰. Wskazuje on też najbardziej istotne cechy rodziny, które wyróżniają ją od innych grup społecznych. Po pierwsze określa, że rodzina jest naturalną (ponieważ występuje od początku istnienia człowieka i we wszystkich społeczeństwach), pierwotną (nikt jej nie organizuje i zawiązuje się ona w wyniku rozwoju człowieka), podstawową i powszechną grupą społeczną. Po drugie posiada ona wyodrębnioną przestrzeń własną i własne gospodarstwo domowe. Po trzecie jest zróżnicowana wewnątrz, ponieważ występuje w niej duża różnorodność pozycji i ról społecznych. Po czwarte cechuje ją różnorodność kontaktów, która stanowi podstawę dla dynamiki przebiegającej w niej komunikacji społecznej. Po piąte jest naturalnym środowiskiem narodzin i rozwoju człowieka, dzięki czemu kształtuje osobowość człowieka i obraz jego świata, zaspokaja wszystkie potrzeby jego egzystencji oraz ukierunkowuje go ku podstawowym wartościom¹¹.

B. Balcerzak-Paradowska wyróżnia cechy, które najczęściej stanowią podstawę definiowania rodziny. Są nimi: stosunki małżeńskie lub quasi-małżeńskie między dorosłymi; obecność dzieci, które są lub były na utrzymaniu dorosłych; korzystanie ze wspólnych zasobów, takich jak przestrzeń życiowa (mieszkanie, środki finansowe); trwanie w czasie. Najbardziej naturalną formą współżycia jest rodzina w ujęciu tradycyjnym składająca się z dwojga małżonków i ich dzieci¹².

Cz. Strzeszewski definiuje rodzinę jako „grupą naturalną, gdyż powołana jest przez prawo natury, jest konieczna, bo bez niej społeczność ludzka nie tylko nie mogłaby się rozwijać, ale wymarłaby w krótkim czasie. Jest jednak niedoskonała, gdyż nie zaspokaja wszystkich potrzeb ludzkich”¹³ i dlatego musi odnieść się do pomocy innych społeczności doskonałych: kościoła i państwa. Podobnie uważa B. Kiereś, która także uznaje rodzinę za społeczność naturalną, czyli postulowaną przez społeczną naturę człowieka, który dla pełnego rozwoju musi zaistnieć i rozwijać się w rodzinie oraz społeczność konieczną, która jest instytucją trwałą, zawsze towarzyszącą człowiekowi¹⁴.

F. Adamski uważa, że rodzina jest grupą zarazem zinstytucjonalizowaną i nieformalną, ponieważ z jednej strony posiada cechy małej grupy społecznej, a z drugiej strony ma cechy organizacji dotyczącej jej powstania, rozpadu, chociaż nie dąży – jak większość współczesnych instytucji – do coraz głębszej formalizacji wewnętrznej¹⁵.

¹⁰ L. Dyczewski, *Rodzina, społeczeństwo, państwo*, Lublin 1994, s. 27. W ramach socjologii została wyodrębniona osobna subdyscyplina – socjologia rodziny. Zob. Z. Tyszcza, *Geneza i rozwój socjologii rodziny*, RPEiS, 1973/1.

¹¹ L. Dyczewski: *Kreatywna rola rodziny w kształtowaniu dziedzictwa kulturowego i w rozwoju społeczności lokalnej* (w:) *Rodzina. Myśl i działanie*, pr. zbior. pod red. G. Soszyńskiej, Lublin 2004, s. 72-76.

¹² B. Balcerzak-Paradowska, *Rodzina i polityka rodzinna...*, op. cit., s. 32.

¹³ Cz. Strzeszewski, *Katolicka Nauka Społeczna*, Lublin 1994, s. 52.

¹⁴ Zob. więcej: B. Kiereś: *Rodzina wobec wyzwań współczesności* (w:) *Rodzina. Myśl i działanie...*, op. cit., s. 196-197.

¹⁵ F. Adamski, *Socjologia...*, op. cit., s. 23-24. Obecnie rodzina ma coraz więcej cech grupy nieformalnej: bliskość przestrzenna, mała liczba członków, nieformalne stosunki łączące członków rodziny.

Przytoczone definicje rodziny wskazują, że w socjologii ujmuje się rodzinę nie tylko w kategoriach społecznych jako grupę, ale także jako instytucję społeczną powiązaną więzami krwi, małżeństwa lub adopcji, która w każdym społeczeństwie posiada właściwą sobie strukturę i jest społecznie uznana. Jeśli zatem traktuje się rodzinę jako instytucję społeczną, to bierze się pod uwagę jej formalne ustanowienie i funkcjonowanie według określonych norm społecznych w ramach danego systemu społecznej kontroli. Instytucjonalny charakter rodziny przejawia się w tym, że opiera się na związku małżeńskim i jest jednostką prawną, ekonomiczną i społeczną¹⁶. Sens rodziny jako instytucji sprowadza się również do pełnienia przez nią funkcji niezbędnych dla rozwoju jednostek będących jej członkami oraz społeczeństwa. Z. Tyszka definiuje funkcje rodziny jako „wyspecjalizowane oraz permanentne działanie i współdziałanie członków rodziny, wynikające z bardziej lub mniej uświadomionych sobie przez nich zadań, podejmowanych w ramach wyznaczonych przez obowiązujące normy i wzory, a prowadzące do określonych efektów głównych i pobocznych”¹⁷. Wśród funkcji rodziny wymienia się przede wszystkim funkcję prokreacyjną i socjalizacyjną oraz funkcję miłości¹⁸. Rodzinę przedstawia się jako wspólnotę osób, wspólnotę funkcji, wspólnotę odpowiedzialności i obowiązków oraz wspólnotę praw. Wśród socjologów panuje zgodna opinia, że rodzina jest instytucją pierwszą chronologicznie i logicznie, ponieważ dostarcza członków dla każdej innej zbiorowości. Rodzina jest mikrostrukturą i instytucją społeczną, która oddziałuje na strukturę i instytucjonalny układ makrospołeczny i ich zmiany.

Rodzina może być również rozpatrywana w innych kategoriach: wspólnoty oraz zrzeczenia. Rodzina jako wspólnota opiera się na miłości i wypływa z natury ludzkiej. Wymaga od swoich członków integralności i zespolenia celów i dążeń. Rodzina jest wspólnotą naturalną, niezastępowalną oraz pierwotną (podstawową, pierwszorzędną). Amerykański socjolog Charles H. Cooley do cech rodziny jako grupy pierwotnej zaliczył: względną trwałość, niewielką liczebność, wielofunkcyjność,

¹⁶ Por. B. Balcerzak-Paradowska, *Rodzina i polityka rodzinna...*, op. cit., s. 162 – 163.

¹⁷ Z. Tyszka, *Socjologia rodziny*, Warszawa 1979, s. 137-138

¹⁸ F. Adamski, *Socjologia...*, op. cit., s. 22. Funkcja socjalizacyjna wprowadza młode pokolenia w normy i mechanizmy życia społecznego, w kulturę społeczeństwa i przygotowuje do pełnienia ról społecznych, uczy zachowania się według przyjętych wzorów. W ramach socjalizacji odbywa się przekazywanie wiedzy oraz wdrażanie określonego systemu wartości, który stymuluje działanie i wyznacza cele życiowe. Funkcje rodziny wobec jednostki polegają przede wszystkim na zaspokajaniu jej potrzeb biologicznych, ekonomicznych, natomiast realizacja funkcji wobec społeczeństwa odbywa się poprzez realizację zadań ogólnospołecznych. Szerzej o funkcjach rodziny: A. Kwak: *Uniwersalność instytucji rodziny i kierunku jej przemian* (w:) *Życie rodzinne – uwarunkowania makro i mikrostrukturalne*, red. Z. Tyszka, tom 14, 2002, *Roczniki Socjologii Rodziny*, Poznań 2003, s. 16 i nast.; Cz. Strzeszewski, *Katolicka Nauka...*, op. cit., s. 53; Z. Tyszka, *Funkcja rodziny – funkcje rodziny. Osiągnięcia teoretyczno metodologiczne* (w:) Tyszka Z. (red.), *Analiza wybranych funkcji rodzin wielkomięjskich*, CPBP09.02, Poznań 1990, s. 11-19; *Słownik społeczny*, pr. zbior. pod red. B. Szlachta, wyd. WAM, Kraków 2004, s. 1117 i następnne; M. Pacholski, A. Staboń, *Słownik pojęć socjologicznych*, Kraków 2001, s. 162 i nast., K. Ostrowska: *Aksjologiczne podstawy „wychowania do życia w rodzinie”* (w:) *Rodzina. Myśl i działanie...*, op. cit., s. 178-191.

wież społeczną opartą na stosunku *face-to-face*, czyli na kontaktach bezpośrednich oraz osobisty lub intymny charakter kontaktów między uczestnikami. Rodzina jest pierwszą agendą socjalizacji dzieci, dlatego jest grupą pierwotną¹⁹. Natomiast rodzina jako zrzeszenie ma określoną strukturę prawną, organizację wewnętrzną i realizuje wiele celów drugorzędowych²⁰.

U podstaw grupy rodzinnej leży małżeństwo, dlatego rodzina kojarzy się z małżeństwem i najczęściej bywa na nim oparta. Małżeństwo jest traktowane „jako początkowa faza rodziny, jako związek partnerski, jako zespół realizujący role rodzinne”²¹. W jednej z definicji określa się „małżeństwo jako zinstytucjonalizowany proces, w trakcie którego mężczyzna i kobieta rozpoczynają w sposób ceremonialny, a następnie utrzymują wzajemne stosunki w celu założenia i podtrzymania rodziny”²².

Podjęcie socjologiczne wskazuje na aspekt społeczny małżeństwa i rodziny, jednak dla pełnego obrazu tych układów należy ukazać inne aspekty tych dwóch rzeczywistości, aspekt nauki społecznej Kościoła Katolickiego i aspekt prawny. Dopiero powiązanie tych aspektów z ujęciem socjologicznym pozwala na pełniejsze wyjaśnienie pojęcia rodziny.

3. Małżeństwo i rodzina w świetle nauki społecznej Kościoła Katolickiego

Małżeństwo i rodzina zajmują centralne miejsce w nauce Kościoła Katolickiego, zarówno w rozważaniach czysto teologicznych i etycznych oraz w katolickiej nauce społecznej. Kościół podkreśla wielkie znaczenie małżeństwa i rodziny dla człowieka i jego istnienia. Są one w centrum zainteresowania współczesnego Kościoła i są obiektem jego szczególnej troski. Nauka Kościoła koncentruje się głównie na sakramentalnym charakterze małżeństwa, które pochodzi z ustanowienia Bożego, na małżeństwie jako przymierzu i powołaniu oraz rodzinie jako wspólnotcie życia i miłości oraz domowym kościele. Dokumenty Kościoła, opierając się na wiekowej tradycji jego nauczania, wiele miejsca poświęcają małżeństwu i rodzinie. Opracowano kilkadziesiąt dokumentów (encyklik, instrukcji, listów) dotyczących problematyki rodzinnej²³.

¹⁹ Zob. więcej: Cooley Ch. H.: *Grupy pierwotne* (w:) J. Mucha, Ch. H. Cooley, Angell R. C., Carr L. J., *Introductory Sociology*, Warszawa 1992, New York 1933. Grupa pierwotna charakteryzuje się częstymi kontaktami, powiązaniem emocjonalnym i poczuciem solidarności między jej członkami, a jest określana jako pierwotna, ponieważ jej powstanie następuje już we wczesnym cyklu życia ludzkiego, tzn. w fazie socjalizacji i kształcenia osobowości młodego człowieka. Zob. W. Piwowarski: *Grupa społeczna* (w:) *Słownik Katolickiej Nauki Społecznej*, red. W. Piwowarski, Warszawa 1993, s. 58-59.

²⁰ F. Adamski, *Socjologia...*, op. cit., s. 25-26.

²¹ M. Gębka: *Małżeństwo jako wspólnota i instytucja w nauce Kościoła Katolickiego* (w:) *Blaski i cienie życia rodzinnego*, red. Z. Tyszko, Roczniki Socjologii Rodziny. Studia socjologiczne oraz interdyscyplinarne, UAM, Poznań 2004, T XV (2003), s. 14.

²² Na podstawie: Hault T. F., *Dictionary of Modern Sociology*, Totowa, New York 1969.

²³ Zob. np. List Apostolski Pawła VI *Octogesima adveniens*.

Prawo kanoniczne rozstrzyga tylko kwestie o największym znaczeniu, natomiast większość zagadnień jest rozstrzygana w dokumentach pastoralnych Kościoła. Pierwszym ważnym dokumentem, w którym zwrócono uwagę na rolę rodziny była Encyklika *Rerum novarum* Leona XIII z 1891 r., gdzie rodzina została przedstawiona jako naturalna i podstawowa społeczność. Myśli Leona XIII powtarzali i rozwijali następnii papieże: Pius XI w Encyklikach dotyczących życia małżeńskiego i wychowania (Encyklika *Casti connubii* o małżeństwie chrześcijańskim z 1930 i Encyklika *Divini Illius Magistrii* o chrześcijańskim wychowaniu młodzieży 1929). Troska Kościoła o rodzinę jest widoczna także w encyklice *Summi Pontificatus* z 1939 r., w której Pius XII podkreślił, że „rodzina to pierwsze i istotne źródło z którego wypływa społeczeństwo. Człowiek i jego rodzina z samej natury są czymś pierwszym niż państwo” (nr 50).

Katolicka koncepcja małżeństwa i rodziny była rozwijana przez naukę Soboru Watykańskiego II m.in. w Konstytucji Duszpasterskiej o Kościele w świecie współczesnym „*Gaudium et spes*”, a także w encyklice Pawła VI *Humanae vitae* i *Populorum progressio*²⁴. Dokumentami posoborowymi dotyczącymi problemu małżeństwa i rodziny i wydanymi przez Stolicę Apostolską są Adhortacja Apostolska *Familiaris consortio* (dalej: FC) ogłoszona przez Jana Pawła II w 1981 r.²⁵, Karta Praw Rodziny ogłoszona przez Stolicę Apostolską 22 X 1983 r., Katechizm Kościoła Katolickiego oraz List apostolski do Rodzin Ojca Świętego Jana Pawła II z 2 II 1994.

Kościół podkreśla znaczenie rodziny i uznaje ją za wspólnotę naturalną, pierwotną w stosunku do państwa i innych społeczności. Nauka Kościoła Katolickiego nawiązuje również do socjologicznego ujęcia małżeństwa i rodziny, poprzez postrzeganie rodziny jako wspólnoty, w której małżonkowie wzajemnie się uzupełniają i służą sobie pomocą oraz dążą do wspólnego celu. Kościół Katolicki naucza, że rodzinę stanowi mężczyzna i kobieta powiązani węzłem małżeńskim wraz ze swoimi dziećmi. Akcentowana jest konieczność ochrony rodziny i jej praw oraz udzielania jej skutecznej pomocy.

Święty Tomasz z Akwinu nazywa rodzinę „naturalną wspólnotą dnia codziennego czyli wspólnotą pracy przy zajęciach domowych, wspólnotą posiłków i ogniska domowego”, a „małżeństwo stanowi naturalną podstawę rodziny”, ponieważ życie rodzinne zaczyna się od związku pomiędzy mężczyzną a kobietą, a celem tego związku jest założenie rodziny²⁶.

²⁴ Zob. Paweł VI, *Humanae vitae*, Kraków 1968; Sobór Watykański II, *Konstytucje – dekrety – deklaracje*, tekst polski, Warszawa 1968.

²⁵ Jan Paweł II: *Familiaris Consortio* (w:) *Adhortacje apostolskie Ojca Świętego Jana Pawła II*, Kraków 1997, s. 110.

²⁶ Cz. Strzeszewski, *Katolicka...*, op. cit., s. 405-406. Św. Tomasz z Akwinu sformułował tezę, że rodzina jest społecznością naturalną, tzn. opartą na naturze ludzkiej człowieka i jest związkiem koniecznym (tzn. koniecznym do urzeczywistnienia pełni człowieczeństwa i pełnego rozwoju duchowego dziecka), trwałym i stałym. Zob. szerzej: Wł. Piwowarski: *Rodzina jako społeczność naturalna według św. Tomasza z Akwinu*, *Roczniki Filozoficzne*, 8 (1960) 2, s. 89-90.

Jan XXIII podkreślał, że rodzina jest podstawową społecznością i wskazywał na istnienie w niej odrębnej instytucji, jaką jest małżeństwo. W encyklice *Pacem in terris* (16) pisał: „Rodzinę, opartą na związku małżeńskim zawartym dobrowolnie, jedynym i nierozzerwalnym, należy uznać za pierwszy i naturalny związek społeczności ludzkiej”. Jan XXIII ujmuje małżeństwo i rodzinę jako „autonomiczne instytucje, ale istotowo ze sobą związane: są one nierozzerwalne, ale istniejąc samodzielnie są niepełne, niedoskonałe”²⁷.

Rodzina ma w małżeństwie „swój początek i oparcie”²⁸. Małżeństwo jest zatem niekwestionowanym fundamentem i źródłem rodziny, dlatego wiele dokumentów Kościoła Katolickiego dotyczy małżeństwa. „Małżeństwo jest aktem osobowym, w którym partnerzy przez osobistą zgodę oddają się sobie, jest związkiem trwałym ze względu na dobro obu stron, ich potomstwa i samego społeczeństwa”²⁹. Małżeństwo jest wspólnotą kobiety i mężczyzny zawiązaną w celu przekazywania wzajemnej miłości małżeńskiej oraz zrodzenia i wychowania dzieci. Małżeństwo i rodzina jest instytucją naturalną, małżonkom przysługuje naturalne prawo do założenia rodziny, do prokreacji³⁰.

Instytucja małżeństwa jest przedmiotem zainteresowania Kościoła i państwa. Na gruncie prawa państwowego i prawa kanonicznego małżeństwo posiada swój sformalizowany kształt. Podkreślany jest często w nauce Kościoła Katolickiego aspekt instytucjonalny związku małżeńskiego. Odnosi się on do obiektywnych ram, jakie wyznacza prawo kanoniczne małżeństwu, w obrębie których przebiega życie małżonków i gdzie jest wyznaczony zakres ich uprawnień i obowiązków³¹.

Nauka Kościoła Katolickiego i wspólnoty wyznaniowe szeroko zajmują się problematyką rodzinną, ponieważ „rodzina jest pierwszą i żywotną komórką społeczeństwa, kolebką i najskuteczniejszym narzędziem humanizacji i personalizacji społeczeństwa” (FC 42, 43), „jest drogą pierwszą i z wielu względów najważniejszą”³². Zdaniem Jana Pawła II „rodzina, założona i ożywiana przez miłość, jest wspólnotą osób: mężczyzny i kobiety jako małżonków, rodziców, dzieci i krewnych”³³, a związek małżeński jest początkiem i podstawą społeczności ludzkiej. W centrum rozważań

²⁷ L. Dyczewski: *Rodzina i społeczeństwo*, Roczniki Nauk Społecznych, tom XIX – XX, z. 1, 1991-1992, s. 85.

²⁸ Leon XIII, *Arcanum Divinae Sapientiae*, 10 XI 1980, tłum. pl. (w:) Chrześcijanin w świecie, Warszawa 1985, nr 5/140, s. 86.

²⁹ F. Adamski, *Socjologia...*, op. cit., s. 175. W KPK umieszczono nową definicję małżeństwa: „wspólnota trwała, wspólnota całego życia” (kan. 1055 par. 1).

³⁰ F. J. Mazurek: *Prawa rodziny w świetle katolickiej nauki społecznej* (w:) *Zagadnienie praw rodziny, XII Dni Praw Człowieka w KUL*, red. J. Rebeta, Lublin 1997, s. 90. Naturalny charakter społeczności rodzinnej podkreślają nie tylko dokumenty kościoła, ale również akty prawa międzynarodowego, np.: MPPOiP – art. 23, Amerykańska Konwencja Praw Człowieka – art. 17.

³¹ M. Gębka: *Małżeństwo jako wspólnota i instytucja w nauce Kościoła Katolickiego* (w:) *Blaski i cienie życia rodzinnego*, red. Z. Tyszka, Roczniki Socjologii Rodziny. Studia socjologiczne oraz interdyscyplinarne, UAM, Poznań 2004, T XV (2003), s. 19-20.

³² *Redemptor Hominis* 1979, nn 1-2.

³³ Jan Paweł II: *Familiaris Consortio*, op. cit., Kraków 1997, s. 111

Jana Pawła II na temat małżeństwa i rodziny pozostaje jednak osoba ludzka. Papież podkreślał, że celem małżeństwa i społeczności rodzinnej jest osoba i jej wszechstronny rozwój. Widoczna jest ewolucja społecznego nauczania Kościoła na temat rodziny od ujmowania jej jako społeczności opartej na układzie hierarchicznym z dominującą pozycją męża nad żoną i rodziców nad dziećmi (instytucjonalna koncepcja rodziny), do widzenia jej jako wspólnoty osób opartej na równości praw męża i żony (wspólnotowa koncepcja rodziny)³⁴. Akcentowane są również prawa rodziny – czasem wyraźniej, a czasem wynika to z treści normy, choć nie używa się terminu rodzina, najczęściej są podkreślane prawa rodziców. Na szczególną uwagę zasługuje Karta Praw Rodziny wydana przez Stolicę Apostolską³⁵.

Rodzina jest strukturą zaplanowaną, której członkowie mają wyznaczone przez Stwórcę swoje miejsce i zadania. Rodzina jest otwarta na nowe życie, dlatego często rodzina określana jest jako „wspólnota życia i miłości”³⁶. W koncepcji katolickiej rodzina jest nadrzędna w stosunku do państwa, ponieważ posiada cele i zadania wyższe niż te, dla których istnieje państwo i ma prawa, które nie mogą być podporządkowane instytucji państwowej. Natomiast podejście laickie do małżeństwa i rodziny nie mówi o nadrzędności w stosunku do państwa i społeczeństwa. Rodzina otrzymuje od państwa prawne możliwości funkcjonowania i dlatego jej cele muszą być zharmonizowane z celami państwa laickiego³⁷.

4. Ujęcie prawne małżeństwa i rodziny

4.1. Rodzina w świetle prawa krajowego

Małżeństwo i rodzina są też przedmiotem zainteresowania nauk prawnych, a ustawodawca kształtuje prawny model małżeństwa obowiązujący w danym państwie. Jednak w przeciwieństwie do prawa kanonicznego nie ma w tekstach praw-

³⁴ L. Dyczewski, *Rodzina i społeczeństwo...*, op. cit., s. 86-87.

³⁵ Zob. Stolica Apostolska, *Karta Praw Rodziny*, „Chrześcijanin w świecie”, 1994, nr 4, s. 57 – 65. KPR z 1983 nie ma mocy aktu prawa międzynarodowego i nie ma mocy prawnie wiążącej, ale może być uznawana za propozycję takiego aktu, bo prezentowany w niej model rodziny ma charakter uniwersalny. Adresatami Karty są: rządy, organizacje pozarządowe, rodziny, oraz mężczyźni i kobiety je tworzące. Celem Karty jest przedstawienie wszystkim, nie tylko chrześcijanom, ale i niechrześcijanom katalogu podstawowych praw rodziny. W doktrynie pastoralnej Kościoła – występuje zarówno uznanie praw rodziny, jak i uznane jej podmiotowości prawnej. W nauczaniu Kościoła rodzina jest podmiotem uprawnień i obowiązków. Zawiera katalog praw rodziny opracowany na podstawie dokumentów międzynarodowych o prawach człowieka. Prawie wszystkie wyrażone w Karcie zasady można odnaleźć w innych dokumentach Kościoła i dokumentach prawa międzynarodowego. Stanowi apel do wszystkich państw, organizacji międzynarodowych, instytucji o szanowanie praw rodziny. Dokument ten zawiera zasady i postulaty, jakie powinny być realizowane w celu ochrony i rozwoju polityki rodzinnej. Wartością dodaną Karty jest całościowe ujęcie problemów rodziny w ramy prawne. Celem Karty było przedstawienie w całości usystematyzowanego katalogu praw. Ogłoszenie KPR zainicjował Synod Biskupów w Rzymie w 1980, a opracowana została przez Stolicę Apostolską

³⁶ www.absolteol.cal.pl/wladyslawchalupka.html

³⁷ F. Adamski, *Socjologia...*, op. cit., s. 205.

nych wyrażonej *expressis verbis* definicji małżeństwa i rodziny oraz jednolicie ustalonego ich znaczenia.

Podejście socjologiczne i prawne do rodziny różni się pod pewnymi względami. W ujęciu socjologicznym rodzina jest grupą społeczną zorganizowaną, natomiast w ujęciu prawnym nie można mówić o rodzinie jako zorganizowanej grupie, jak np. spółce. Nie jest zorganizowanym podmiotem praw i obowiązków, ponieważ podmiotami stosunków prawnych są członkowie rodziny: małżonkowie i dzieci, czyli osoby fizyczne, a nie rodzina jako taka. Prawo jedynie normuje stosunki w obrębie rodziny oraz stosunki z innymi społecznościami, czyli rodzina w rozumieniu prawnym jest grupą społeczną opartą na więzach sankcjonowanych przez prawo.

Prawo uznaje jednak rodzinę jako najmniejszą i podstawową komórkę życia społecznego, która zaspokaja potrzeby i chroni interesy jej członków, a także działa w interesie społecznym. Stąd przyjmuje się, że stanowi ona ugrupowanie, szczególnie zbiorowość – tzw. grupę rodzinną³⁸.

Podstawą rodziny i życia rodzinnego zdaniem A. Grześkowiak jest prawo naturalne jako prawo przyrodzone i pierwotne przed każdym innym prawem. Uznaje ona podmiotowość rodziny jako „wspólnoty podstawowej i pierwotnej w stosunku do państwa czy narodu” i w ten sposób rodzina jest usytuowana jako integralna całość i autonomiczny podmiot, który jest elementem strukturalnym państwa i jest „elementem naturalnym i pierwotnym przed wszelką społecznością”³⁹.

Ustalenie prawnej definicji rodziny nie jest zadaniem prostym, ustawodawca w aktach prawnych unika jednoznacznego określenia rodziny. Nie ma zatem przyjętej powszechnie definicji rodziny w znaczeniu prawnym⁴⁰. Ustawodawca niekiedy odwołuje się do innych dyscyplin naukowych. Najbliższe prawnemu pojmowaniu rodziny jest jej socjologiczne określenie jako zbiorowości ludzi powiązanych ze sobą więzią małżeństwa, powinowactwa, pokrewieństwa lub adopcji, która zaspokaja potrzeby i chroni interes swoich członków⁴¹. Doktryna polskiego prawa rodzinnego wskazuje, że rodzina jest przede wszystkim zjawiskiem socjologicznym i jest pojmowana głównie jako rodzina mała oparta na formalnym związku małżeńskim. W naukach prawnych traktuje się zatem rodzinę jako „wąską grupę społeczną,

³⁸ J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne*, wyd. 5, Warszawa 2001, s. 24-26.

³⁹ A. Grześkowiak: *Rodzina w projektach konstytucji (w:) Zagadnienie praw rodziny, XII Dni Praw Człowieka w KUL*, red. J. Rebeta, Lublin 1997, s. 13 i 17.

⁴⁰ Niekiedy pojęcie rodziny jest zdefiniowane na potrzeby konkretnej ustawy. Według polskiej ustawy o pomocy społecznej przez rodzinę rozumie się osoby spokrewnione i niespokrewnione pozostające w faktycznym związku, wspólnie zamieszkujące i gospodarujące. Mimo istniejących rozbieżności w definiowaniu rodziny pozostałe państwa podejmują również wysiłki w tym zakresie i np. w Wielkiej Brytanii oficjalna definicja brzmi: „Rodziną jest związek małżeński lub kohabitacyjny z dziećmi, bez względu na ich wiek, niepozostającymi w związkach małżeńskich, a także związki bezdzietne oraz samotni rodzice z dziećmi”. Na podstawie: Pahl J.: *The Family and the Production of Welfare (w:) Baddock J., Manning N., Miller S., Vickerstaff S., ed., Social Policy*, Oxford-New York 1999.

⁴¹ por. Z. Tyszka, *Socjologia rodziny*, Warszawa 1979; F. Adamski, *Socjologia...*, op. cit.; *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. S. Piątkowski, s. 67.

opartą w zasadzie na formalnym związku mężczyzny i kobiety, które łączą osobiste więzy uczuciowe, kulturowe, socjalne i majątkowe⁴². Rodziną są również małżonkowie, którzy nie posiadają dzieci.

W polskim prawie rodzinnym rodzina definiowana jest jako „mała grupa społeczna, oparta na trwałym, złączonym więzią uczuciową i gospodarczą, monogamicznym związku małżeńskim, który został zawarty dobrowolnie i z zachowaniem świeckiej formy. W związku tym równouprawnieni partnerzy (małżonkowie) obowiązani są do wspólnego pożycia, wzajemnej pomocy i wierności oraz do współdziałania dla dobra założonej przez siebie rodziny (...)”⁴³. W rodzinie powstają określone stosunki prawne między jej członkami. Są to stosunki o charakterze moralnym, jak np. władza rodzicielska lub stosunki majątkowe, jak np. prawo spadkowe. Dzięki przynależności do rodziny (jako grupy społecznej) jednostka może korzystać z pewnych praw, a także wiele swoich praw indywidualnych realizuje w rodzinie, we współdziałaniu z jej członkami.

Rodzina powstaje poprzez zawarcie małżeństwa. Pojęcie małżeństwa nie jest również prawnie zdefiniowane, nawet kodeks rodzinny i opiekuńczy nie zawiera definicji małżeństwa. Przepisy polskiego prawa rodzinnego ograniczają się jedynie do określenia przesłanek jego zawarcia, praw i obowiązków małżonków, warunków dotyczących unieważnienia małżeństwa lub ustania. Małżeństwo jest jednak instytucją prawną i można je określić na drodze systemowej wykładni. T. Smoczyński definiuje małżeństwo jako „stosunek prawny o charakterze wzajemnym powstały w rezultacie swobodnie i dobrowolnie wyrażonej woli przez mężczyznę i kobietę”⁴⁴. Związek osób tej samej płci (pary homoseksualne) nie może być uznany za małżeństwo ze względu na przeszkody do zawarcia małżeństwa i nie podlega w tym zakresie ochronie konstytucyjnej. Specyfika natury ludzkiej powoduje, że małżeństwem może być tylko związek kobiety i mężczyzny, ze względu na funkcje przypisane małżeństwu. Również konkubinaty (czyli faktyczny i trwały związek kobiety i mężczyzny) nie korzysta ze statusu prawnego małżeństwa i nie tworzy stosunku prawnorodzinny między konkubentami (ale ma wpływ na stosunki z ich wspólnymi dziećmi), ponieważ przesłanką uznania związku za małżeństwo jest jego zawarcie w ustalonej prawem formie⁴⁵.

⁴² C. Mik: *Ochrona rodziny w europejskim prawie wspólnotowym* (w:) *Prawa rodziny – prawa w rodzinie w świetle standardów międzynarodowych: materiały krajowej konferencji naukowej*, Toruń, 22-23 X 1998 r., red. T. Jasudowicz, Toruń 1999, s. 136-137.

⁴³ J. Winiarz: *Rodzina w przepisach prawa polskiego* (w:) *Rodzina...*, op. cit., s. 438.

⁴⁴ T. Smoczyński: *Ochrona rodziny w konstytucji RP*, PiP 1994, z. 2 (576), s. 7. Kontynuując tę myśl należy podkreślić, że małżeństwo jest dobrowolnym związkiem dwojga osób różnej płci i polega on na istnieniu wspólnoty małżeńskiej poprzez wspólne pożycie, wspólnoty gospodarczej przejawiającej się we wspólnym mieszkaniu, we wzajemnym współdziałaniu dla dobra rodziny oraz wspólnocie duchowej poprzez istnienie więzi uczuciowej. Por. W. Wałachowski, *Małżeństwo w świetle prawa*, Warszawa 1975, s. 6.

⁴⁵ Cz. Strzeszewski, *Katolicka...*, op. cit., s. 419. Podobnie: T. Smoczyński: *Rodzina i prawo w świetle nowej Konstytucji*, PiP, 1997, z. 11-12, s. 187-188. Konkubinaty może powodować np. cywilnoprawne skutki o charakterze majątkowym.

Związek małżeński jest traktowany jako pewien stan społeczny i stanowi określoną wartość chronioną wieloma prawami przysługującymi małżonkom i dzieciom. Prawom tym odpowiadają obowiązki po stronie państwa, w szczególności zapewnienia ochrony rodzinie i dziecku.

Małżeństwo jest dobrowolną umową, która rodzi prawa i obowiązki, jest to „trwały stosunek prawny, łączący zwykle dożywotnio mężczyznę i kobietę, którzy z zachowaniem konstytucyjnych przesłanek przewidzianych w przepisach prawa rodzinnego dokonali czynności prawnej zawarcia związku małżeńskiego, stając się w następstwie jej dokonania równouprawnionymi podmiotami kompleksu praw i obowiązków małżeńskich w celu optymalnej realizacji funkcji społecznych przez założoną przez ich związek rodzinę”⁴⁶. Instytucja małżeństwa jest szczególnie doniosła dla państwa i ustawodawcy ze względu na funkcję stabilizatora stosunków rodzinnych poprzez, m.in. ułatwienie ustalenia pochodzenia członków rodziny⁴⁷. Małżeństwo jest zatem czynnikiem ładu moralnego, porządku społecznego i prawnego, stąd państwo jest zainteresowane małżeństwem jako sposobem powstania rodziny. W doktrynie prawa polskiego wyrażony jest pogląd, że „rodzina jest wspólnotą osób, którą zakładają małżonkowie (mężczyzna i kobieta- A. Sz.), ale której głównym twórcą jest dziecko”⁴⁸.

C. Mik stwierdza, że „rodzina jest (...) najbliższą człowiekowi wspólnotą (...), jako najważniejszy element struktury społecznej jest jej fundamentem. Społeczeństwo demokratyczne nie może istnieć i rozwijać się bez zdrowej moralnie i społecznie rodziny, podobnie jak człowiek, którego integralny rozwój jest do pomysłenia jedynie w silnej rodzinie”⁴⁹. Istotą rodziny jest wspólne prowadzenie gospodarstwa domowego, wspólne wychowywanie dzieci i wprowadzanie jej członków do życia społecznego. Rodzina jest pierwszym miejscem uspołeczniania się człowieka.

Reasumując, prawo nie tworzy rodziny, lecz uznaje jej istnienie i znaczenie. Rodzina jako termin pojawia się w różnych działach prawa (np. prawo rodzinne, które w szczególny sposób interesuje się rodziną i stosunkami między jej członkami), nie jest jednak legalnie zdefiniowana⁵⁰. Ustawodawca rzadko używa terminu „rodzina”, większość norm adresuje do określonych członków rodziny, a ten termin można jedynie określić na podstawie wykładni w kontekście innych norm. Brak wyraźnie zawartej w tekście prawnym definicji małżeństwa i rodziny nie sprzyja ich ochronie.

⁴⁶ J. Winiarz: *Rodzina w przepisach prawa polskiego* (w:) *Rodzina...*, op. cit., s. 441.

⁴⁷ T. Smoczyński: *Małżeństwo „konkordatowe” a konstytucja* (*O prawie i zakresie nowelizacji Kodeksu Rodzinnego i Opiekuńczego*), PiP, 1997, z. 5, s. 31.

⁴⁸ A. Grześkowiak: *Rodzina...*, op. cit., s. 20.

⁴⁹ C. Mik, *Zbiorowe...*, op. cit., Toruń 1992, s. 201.

⁵⁰ Tenże: *Ochrona rodziny w europejskim prawie wspólnotowym* (w:) *Prawa rodziny – prawa w rodzinie...*, op. cit., s. 136.

4.2. Rodzina w świetle prawa międzynarodowego

Prawo międzynarodowe odgrywa istotną rolę w ochronie małżeństwa i rodziny, przede wszystkim poprzez ustanowienie minimalnego standardu ochrony praw i wolności, który musi być zapewniony przez państwa–strony konwencji międzynarodowych. Powszechnie przyjmuje się, że rodzina wymaga ochrony prawnej stąd znajduje się pod „międzynarodowym parasolem ochronnym”⁵¹ jako całość lub jej członkowie podlegają ochronie.

Koncepcja ochrony małżeństwa i rodziny opiera się na szerokich podstawach aksjologicznych dotyczących praw i wolności obywatelskich i jest związana z koncepcją praw jednostki jako człowieka i obywatela. Należy zauważyć, że w centrum zainteresowania instrumentów międzynarodowych o prawach człowieka jest jednostka – podkreśla to indywidualistyczne podejście do praw człowieka. Akcentowanie praw jednostki powoduje w konsekwencji pomijanie praw rodziny. Jednak jednostka często funkcjonuje jako członek określonej (konkretnej) grupy społecznej, korzysta z jej praw i realizuje swoje prawa indywidualne w ramach tej grupy, we współdziałaniu z jej członkami.

Człowiek ze swej natury jest istotą społeczną i jako „istota społeczna jest on wpisany w losy innych ludzi, a nawet odpowiedzialny za nich. Te związki człowieka z rodziną, szerszą społecznością lokalną (...) powodują, że prawa człowieka należy rozpatrywać na tle jego społecznej rzeczywistości, tj. z uwzględnieniem jego praw, ale i obowiązków względem innego człowieka”⁵². Człowiek i jego egzystencja są wpisane w struktury społeczne, które są niezbędne do osiągnięcia jego własnych celów. Jedną z takich koniecznych dla rozwoju człowieka struktur społecznych jest państwo i rodzina.

Ze względu na fakt, że rodzina jest naturalnym środowiskiem bytowania ludzi społeczność międzynarodowa dostrzega również wagę rodziny jako samoistnego bytu społecznego i dlatego odnoszą się do niej dokumenty z zakresu międzynarodowej ochrony praw człowieka. Słabością systemu prawa międzynarodowego dotyczącego rodziny jest jej postrzeganie głównie przez jednostkowe prawa człowieka jako członka rodziny – rzadko uznaje się przyrodzone prawa rodziny jako odrębnego podmiotu. Dokumenty międzynarodowe odnoszą się do rodziny w kontekście jej ochrony, ale na jej prawa składają się przede wszystkim jednostkowe prawa człowieka. Ma to poważne konsekwencje prawne. Chociaż społeczność międzynarodowa uznaje społeczny wymiar i znaczenie rodziny, uregulowania jej dotyczące nie są przedmiotem odrębnych postanowień konwencji międzynarodowych⁵³.

⁵¹ R. Mizerski: *Rodzina w perspektywie zasady solidarności* (w:) *Prawa rodziny – prawa w rodzinie...*, op. cit., s. 166.

⁵² T. Smyczyński: *Integralność człowieka w świetle jego statusu rodzinnego*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, rok L – zeszyt 2 – 1988, s. 24.

⁵³ A. Grześkowiak: *Rodzina...*, op. cit., s. 9.

Liczne konwencje międzynarodowe dotyczące praw człowieka zawierają modelowe unormowania dotyczące człowieka jako członka rodziny, jednak nie ma w nich postanowień, które wskazywałyby jak należy rozumieć rodzinę. Postanowienia najważniejszych dokumentów międzynarodowych „sytuują rodzinę we wspólnocie państwowej jako jej konieczne i główne ogniwo”⁵⁴. Z uwagi na społeczną i indywidualną doniosłość małżeństwa i rodziny akty międzynarodowe poświęcają im swoją uwagę i we wszystkich dokumentach prawa międzynarodowego dziecko i rodzina podlegają szczególnej ochronie prawnej.

Większe zainteresowanie problematyką rodziny w prawie międzynarodowym pojawiło się na początku lat 90. ubiegłego stulecia wraz z umacniającym się przekonaniem o: „wzrastającej roli rodziny we wszechstronnym rozwoju i postępie społecznym i o tym, że w interesie jednostek i społeczeństw leży promowanie demokratycznych rodzin i życzliwego rodzinie społeczeństwa”⁵⁵. Takie podejście zaowocowało ogłoszeniem przez ONZ roku 1994 Międzynarodowym Rokiem Rodziny oraz przyjęciem przez międzynarodowe konferencje licznych deklaracji i rezolucji⁵⁶, w których wyraźnie podkreślono konieczność ochrony rodziny i jej praw.

Ranga rodziny została zaakcentowana zarówno w dokumentach wiążących, jak i aktach nie mających mocy wiążącej. Postanowienia dotyczące problematyki rodzinnej zawarte są we wszystkich traktatach ogólnych (generalnych), ale także wiele traktatów szczegółowych zajmuje się rodziną i jej ochroną. Konwencje międzynarodowe akcentują ochronę rodziny i opierają się na fundamentalnych zasadach trwałości rodziny i dobra dziecka.

Podstawę międzynarodowej ochrony rodziny stanowią postanowienia art. 16 i 25 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 10 grudnia 1948 (dalej: PDPCz)⁵⁷. Są one inspiracją dla paktów i traktatów regionalnych. W art. 16 zawarto podstawowe zasady dotyczące ochrony rodziny i jej określenie jako naturalnej i podstawowej komórki społeczeństwa. To sformułowanie jest powtórzone w wielu dokumentach praw człowieka i wyraźnie podkreśla, że rodzina jest częścią struktury społecznej i jest uprawniona do ochrony ze strony państwa i społeczeństwa. PDPCz formułuje również prawo pełnoletnich mężczyzn i kobiet do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny bez ograniczeń ze względu na rasę, naród, religię i zaznacza, że małżonkowie korzystają z równych praw co do zawarcia małżeństwa, w czasie jego

⁵⁴ Ibidem, s. 10.

⁵⁵ *Raport Sekretarza Generalnego ONZ z obchodów Międzynarodowego Roku Rodziny*, Narody Zjednoczone, Nowy Jork 1995 (tłum. i druk: Biuro Pełnomocnika Rządu ds. Rodziny i Kobiet, Warszawa 1995).

⁵⁶ Np. Światowa Deklaracja na temat Przeżycia, Ochrony i Rozwoju Dzieci oraz Plan Działania na rzecz realizacji Światowej Deklaracji przyjęte przez Światowy Szczyt na rzecz Dzieci (1990); Agenda 21 przyjęta na konferencji Narodów Zjednoczonych – Środowisko i Rozwój (1992); Deklaracja Wiedeńska i Program Działania, przyjęte przez Światową Konferencję Praw Człowieka (1993); Program Działania Międzynarodowej Konferencji ds. Ludności i Rozwoju (1994); Deklaracja Kopenhaska i Program Działania, przyjęte przez Światowy Szczyt Rozwoju Społecznego (1995) – na podstawie: *United Nations 1995*.

⁵⁷ Tekst PDPCz (w.): *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, oprac. A. Przyborowska-Klimczak, Lublin 2006, s. 134-138.

trwania i na wypadek jego rozwiązania (art. 16). Ponadto Deklaracja formułuje prawo do wynagrodzenia za pracę zapewniającego odpowiedni byt rodzinie (art. 23. u. 3) oraz prawo do odpowiedniego poziomu życia rodziny, prawo do opieki i pomocy w czasie macierzyństwa, jednakową ochronę socjalną dzieci małżeńskich i pozamałżeńskich (art. 25) oraz prawo rodziców do wykształcenia dzieci i pierwszeństwo w wyborze tego wykształcenia (art. 26).

W poszczególnych artykułach deklaracji brakuje jednak konkretnych form, środków i sposobów urzeczywistnienia proklamowanych w niej praw. PDPCz jako rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nie ma mocy prawnie wiążącej, ale wiele jej postanowień zostało inkorporowanych do postanowień traktatowych.

Podobne brzmienie do art. 16 PDPCz mają art. 23 u. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (dalej: MPPOiP)⁵⁸ i 10 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (dalej: MPPGSK)⁵⁹ przyjętych 16 grudnia 1966 r. MPPOiP gwarantuje prawo mężczyzn i kobiet w wieku małżeńskim do zawarcia związku małżeńskiego i założenia rodziny (art. 23 u. 2) – żaden związek nie może być zawarty bez swobodnie wyrażonej i pełnej zgody przyszłych małżonków (art. 23. u. 3). Dokument ten formułuje zasadę swobody przy zawieraniu małżeństw⁶⁰ oraz równe prawa i obowiązki małżonków w odniesieniu do zawarcia małżeństwa, podczas jego trwania i na wypadek rozwiązania. MPPOP podkreśla, że rodzina jest naturalną i podstawową komórką społeczeństwa i ma prawo do ochrony ze strony społeczeństwa i państwa (art. 23 u. 1). Ochrona rodziny i jej członków jest gwarantowana także przez inne postanowienia Paktu⁶¹. Rozwinięciem postanowień Paktu są Komentarze Ogólne Komitetu Praw Człowieka wydawane do poszczególnych artykułów Paktu. W jednym z Komentarzy⁶² Komitet zajmuje się pojęciem rodziny i podkreśla, że przedmiotem ochrony przewidzianej w art. 23 Paktu jest rodzina w rozumieniu ustawodawstwa poszczególnych państw, zatem Komitet odwołuje się do rozumienia rodziny w poszczególnych państwach i takiej rodzinie gwarantuje ochronę.

Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych gwarantuje prawo wszystkich pracowników do wynagrodzenia zapewniającego godne warunki życia dla nich samych oraz dla ich rodzin, co oznacza obowiązek państwa-strony do zapewnienia odpowiedniego standardu życia dla każdego człowie-

⁵⁸ Dz. U. 1977 r., nr 38, poz. 167.

⁵⁹ Dz. U. 1977 r., nr 38, poz. 169.

⁶⁰ Aktem międzynarodowym precyzującym te zasady jest Konwencja w sprawie zgody na małżeństwo, minimalnego wieku małżeńskiego oraz rejestracji małżeństw z 1962. Dz. U. 1965, nr 9, poz. 53.

⁶¹ art. 17 formułuje zakaz arbitralnej lub bezprawnej ingerencji w życie rodzinne i zapewnia każdemu prawo do ochrony prawnej przed tego rodzaju ingerencją lub zamachami. Art. 24 zapewnia każdemu dziecku, bez jakiegokolwiek dyskryminacji, środki ochrony, jakich wymaga status małoletniego ze strony rodziców, społeczeństwa i państwa, Dziecko na prawo do ochrony, do posiadania nazwiska, do nabycia obywatelstwa. Natomiast art. 18 gwarantuje poszanowanie wolności rodziców w zakresie wychowania religijnego i moralnego dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami.

⁶² General Comment Komitetu Praw Człowieka z 24.07.1990.

ka i jego rodziny oraz takie samo wynagrodzenie za taką samą pracę (art. 7 a, i, ii). Ponadto MPPGSK również określa rodzinę jako naturalną i podstawową komórkę społeczeństwa i statuuje obowiązek państwa do udzielania pomocy rodzinie w celu jej założenia i w okresie trwania odpowiedzialności rodziny za opiekę i wychowanie dzieci pozostających na jej utrzymaniu (art. 10 u. 1), a zwłaszcza matkom przed i po urodzeniu dziecka (u. 2), dzieciom i młodzieży przed wyzyskiem gospodarczym i społecznym (u. 3). Gwarantuje prawo każdej osoby do dostatecznego poziomu życia dla niej samej i dla jej rodziny: wyżywienia, odzienia, mieszkania (art. 11) oraz poszanowanie wolności rodziców w zakresie wyboru dla swoich dzieci szkół i wychowania religijnego zgodnie z własnymi przekonaniami (art. 13). Należy jednak podkreślić, że postanowienia zawarte w MPPGSK są sformułowane ogólnie i wymagają konkretyzacji w normach prawa wewnętrznego. Pakt ustala ogólne założenia polityki państwa w dziedzinie gospodarczej, społecznej i kulturalnej, natomiast urzeczywistnienie tych praw jest przeniesione na poziom poszczególnych państw i to od nich zależy, jak te prawa będą przestrzegane.

W uniwersalnym systemie ochrony praw człowieka uchwalonych zostało wiele konwencji odnoszących się pośrednio też do rodziny lub jej członków. Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 1979 r.⁶³ gwarantuje m.in. wspólną odpowiedzialność kobiet i mężczyzn za wychowanie i rozwój dzieci (art. 5). Przewiduje również, iż małżeństwo z cudzoziemcem ani zmiana obywatelstwa przez męża podczas trwania małżeństwa nie powinny powodować automatycznie zmiany obywatelstwa żony (art. 9). Konwencja zakazuje dyskryminacji kobiet w związku z ich zamążpójściem lub macierzyństwem (art. 11 u. 2). Najważniejszy jednak z punktu widzenia ochrony rodziny jest art. 16 Konwencji, który odnosi się do wyeliminowania dyskryminacji kobiet we wszystkich sprawach odnoszących się do małżeństwa, w szczególności nakazuje zagwarantowanie takiego samego prawa do zawarcia związku małżeńskiego (lit. a), równych praw dla obojga małżonków w odniesieniu do własności, nabywania, rozporządzania, zarządzania, użytkowania i dysponowania mieniem, zarówno odpłatnie, jak i bezpłatnie (lit. h); takich samych praw i obowiązków w czasie trwania małżeństwa oraz w związku z jego rozwiązaniem (lit. c); tych samych praw i obowiązków rodzicielskich, niezależnie od statusu małżeńskiego, w sprawach dotyczących ich dzieci (lit. d); tych samych praw i obowiązków w zakresie opieki, kurateli, nadzoru i adopcji dzieci (lit. f), takie same prawa osobiste męża i żony, łącznie z prawem do wyboru nazwiska, zawodu, zajęcia (lit. g). Artykuł ten ma na celu likwidację dyskryminacji kobiet we wszystkich sprawach odnoszących się do małżeństwa i stosunków rodzinnych. Ochronę praw kobiet w rodzinie zapewnia też Konwencja o obywatelstwie kobiet zamężnych 1957 r.⁶⁴, która formułuje zasadę, że ani rozwiązanie małżeństwa, ani zmiana obywatelstwa przez męża nie wpływa automatycznie na obywatelstwo żony.

⁶³ Dz. U. 1982 r. Nr 10, poz. 71.

⁶⁴ Dz. U. 1959 r., nr 56, poz. 334.

Odniesienia do ochrony rodziny zawarto też w Konwencji o prawach dziecka z 1989 r.⁶⁵ (art. 9, 18), Konwencji o ochronie dzieci oraz o współpracy w dziedzinie przysposobienia międzynarodowego z 1993 r.⁶⁶ i wielu innych.

Standardy europejskie odnoszące się do rodziny są podobne do standardów uniwersalnych. Europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolnościach z 4 listopada 1950 r.⁶⁷ (dalej: EKPCz) nie formułuje *stricte* definicji, ale zawiera kilka artykułów związanych z szeroko rozumianą sferą życia rodzinnego, tj. art. 8, 12, i 5 Protokołu 7. Art. 8 gwarantuje prawo do poszanowania życia rodzinnego, z tym, że gwarancje te mają charakter względny, co podkreśla brzmienie ustępu 2, który zezwala państwu na ingerencję w korzystanie z tych praw, gdy jest to przewidziane przez prawo i konieczne w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na interesy bezpieczeństwa narodowego, bezpieczeństwa publicznego itd. Artykuł ten nie czyni różnicy pomiędzy rodziną powstałą przez małżeństwo, a rodziną faktyczną, co oznacza ich zrównanie w kontekście konwencyjnej ochrony⁶⁸. We wszystkich sprawach dotyczących rodziny Europejski Trybunał Praw Człowieka opierał się na szerokim znaczeniu rodziny, nieograniczonej tylko do małżonków i ich dzieci. Z powyższego wynika, że nie tylko rodzina oparta na związku małżeńskim jest chroniona przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, ale faktyczne regularne kontakty są przejawem życia rodzinnego i tworzą faktyczne więzi rodzinne (Kroon i inni przeciwko Holandii, wyrok z 27 X 1994, ser. A, nr 297-C, par. 40) i obejmują one więzi także pomiędzy bliskimi krewnymi, np. między dziadkami i wnukami (Marckx przeciwko Belgii, par. 45; X, Y i Z przeciwko Wielkiej Brytanii, wyrok z 22 IV 1997, RJD 1997). ETPCz rozpatrywał wiele spraw dotyczących art. 8 ETPCz i wynikającego z niego prawa do poszanowania życia rodzinnego⁶⁹. We wszystkich sprawach Trybunał opierał się na szerokim znaczeniu rodziny nieograniczonej tylko do małżonków i ich dzieci. W art. 12 konwencji ochronie podlega prawo do zawarcia małżeństwa w związku z art. 5 Protokołu nr 7, który gwarantuje równe prawa i obowiązki małżonków we wzajemnych stosunkach i w stosunkach z dziećmi w związku z zawarciem małżeństwa, jego trwaniem i rozwiązaniem. Art. 12 odnosi się wyłącznie do par, które zawarły związek małżeński i chroni małżeństwo w tradycyjnym znaczeniu, jako związek osób przeciwnej płci⁷⁰. Zakres gwarancji przewidzianej w KE niewiele różni się od uregulowań przewidzianych w Paktach i innych Konwencjach regionalnych, co oznacza, że akty te są oparte na tej samej koncepcji praw człowieka⁷¹.

⁶⁵ Dz. U. 1991 r., nr 120, poz. 526.

⁶⁶ Dz. U. 2000, nr 39, poz. 448.

⁶⁷ Dz. U. 1993 r., nr 61, poz. 284.

⁶⁸ Orzeczenie ETPCz Marckx przeciwko Belgii, wyrok z 13 VI 1979, ser. A, nr 31, par. 31.

⁶⁹ M. in. Keegan przeciwko Irlandii, wyrok z 26 V 1994, ser. A, nr 290; Gul przeciwko Szwajcarii, wyrok z 19 II 1996, RJD 1996; Riksson przeciwko Szwecji, wyrok z 22 VI 1989, ser. A, nr 156; H. Przeciwko W. Bryt., wyrok z 8 VII 1987, ser. A, nr 120; W przeciwko W. Bryt., wyrok z 8 VII 1987, ser. A, nr 121; Hokkanen przeciwko Finlandii, wyrok z 23 IX 1994, ser. A, nr 299-A; Nielsen przeciwko Danii, wyrok z 26 IX 1989, ser. A, nr 144.

⁷⁰ Sprawa Cossey przeciw Zjednoczonemu Królestwu z 27 X 1990, A/184 par. 43, 46.

⁷¹ Podobnie: P. Hoffmański, *KE a prawo karne*, Toruń 1995, s. 26 i inna cytowana tam literatura.

Należy też zwrócić uwagę na uregulowania dotyczące rodziny zawarte w Europejskiej Karcie Społecznej⁷² (dalej: EKS). Rodziny dotyczą z części I art. 16 i 17, a z części II 17 i 19. EKS jest przede wszystkim dokumentem gwarantującym ochronę praw społecznych zatrudnionych i członków ich rodzin oraz nakłada na państwa-strony Karty obowiązek prowadzenia rzeczywistej polityki rodzinnej. Oprócz wskazanych artykułów EKS zawiera więcej odniesień do rodziny i podkreśla w art. 2, że rodzina jest podstawową komórką społeczną. EKS gwarantuje prawo rodziny do ochrony gospodarczej, prawnej i socjalnej i wymienia różne środki, które powinny być przyznane rodzinie, takie jak: zasiłki rodzinne, ulgi podatkowe, zasiłki dla nowożeńców itp. Duży nacisk Karta kładzie na szczególną ochronę matek i dzieci, migrantów i ich rodzin oraz nakłada na państwo obowiązek udzielania pomocy rodzinie. Podkreślono też konieczność zagwarantowania praw dzieci, młodzieży, kobiet do ochrony.

Oprócz ww konwencji obowiązuje kilkadziesiąt dokumentów, które pośrednio odnoszą się do rodziny i jej ochrony⁷³. Ratyfikując powyższe akty państwa-strony zobowiązały się do stworzenia warunków i zagwarantowania środków, które umożliwią wykonywanie zagwarantowanych w nich praw.

5. Uwagi końcowe

W czasach kryzysu tradycyjnego modelu małżeństwa i rodziny troska o małżeństwo i rodzinę jest szczególnie pożądana. Rodzina nie jest w bezpośrednim kręgu zainteresowania prawa międzynarodowego. Nie ma w prawie międzynarodowym osobnego działu w postaci prawa rodzinnego, przepisy dotyczące rodziny są rozproszone w wielu dokumentach i orzecznictwie Strasburskim. Akty prawa międzynarodowego nie podają również legalnej definicji małżeństwa i rodziny. Nie odnajdziemy żadnego przepisu określającego rodzinę, jej istotę, tożsamość czy funkcję.

Analiza dokumentów prawa międzynarodowego pozwala jednak na stwierdzenie, że określenia małżeństwa i rodziny w dokumentach międzynarodowych są podobne, jak ich określenia w prawach krajowych państw. Małżeństwo rozumiane jest jako prawnie usankcjonowany związek mężczyzny i kobiety, natomiast pojęcie rodziny jest bardziej skomplikowane i zbliżone do jej ujęcia socjologicznego jako wspólnoty rodziców i dzieci, w której rodzice są związani węzłem małżeńskim.

⁷² Dz. U. 1999 r., nr 8, poz. 67.

⁷³ Są nimi m.in. Europejska Konwencja w sprawie adopcji dzieci z 1996, Europejska Konwencja o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego z 1996, Europejska Konwencja w sprawie uznawania i wykonywania decyzji w sprawie opieki nad dziećmi i przywrócenia opieki nad dziećmi z 1995, Europejska Konwencja w sprawie dochodzenia praw dzieci z 1997, Konwencja MOP nr 100 (z 1951) dotycząca jednakowego wynagrodzenia dla pracowników mężczyzn i kobiet za prace jednakowej wartości, Konwencja MOP nr 102 (z 1952) dotycząca minimalnych norm zabezpieczenia społecznego, Konwencja MOP nr 103 (z 1952) dotycząca ochrony macierzyństwa, Konwencja MOP nr 111 (z 1958) dotycząca dyskryminacji w zakresie zatrudnienia i wykonywanego zawodu, Konwencja o ochronie praw wszystkich pracowników – migrantów i członków ich rodzin z 1990. Wybrane artykuły konwencji można znaleźć (w:) *Prawa rodziny – prawa w rodzinie w świetle standardów międzynarodowych. Zbiór dokumentów*, red. T. Jasudowicz, Toruń 1999.

W prawie międzynarodowym przyjmuje się, że rodzina jest podstawową komórką społeczeństwa. Stwierdzenie to daje wyraz przekonaniu społeczności międzynarodowej, że człowiek jest ze swej natury istotą rodzinną oraz że rodzina jest zasadniczym elementem struktury społecznej⁷⁴.

U podstaw rodziny tradycyjnie rozumianej i preferowanej przez międzynarodowe organy ochrony praw człowieka leży faktyczna więź uczuciowo emocjonalna pomiędzy członkami rodziny, której ważnym dopełnieniem jest wspólnota majątkowa i gospodarcza⁷⁵. Orzecznictwo strasburskie uznaje za rodzinę nie tylko tę, która jest powiązana więzami formalnymi, ale również tę, która jest oparta o więzy nieformalne. Ta naturalna więź między członkami rodziny wymaga także ochrony prawnej.

W dokumentach międzynarodowych brakuje jednoznacznego uznania rodziny za uprawniony podmiot w dziedzinie praw człowieka. Brakuje również możliwych środków dla rodziny do wypełniania jej zadań. Zakres międzynarodowej ochrony rodziny jest w obecnej sytuacji społecznej niewystarczający. Istnieje zatem potrzeba stworzenia nowych uregulowań prawnych, na miarę obecnych potrzeb.

Podsumowując należy jeszcze raz podkreślić, że rodzina odgrywa istotną rolę i życie rodzinne jest ściśle związane z życiem społecznym. Niestety w rzeczywistości we współczesnym świecie coraz rzadziej rodzinę traktuje się jako podstawową komórkę społeczną, jak to jest zapisane w dokumentach międzynarodowych. Od lat 60. ubiegłego stulecia dostrzegane jest zjawisko prywatyzacji i deinstytucjonalizacji życia małżeńskiego i rodzinnego. Coraz częściej w praktyce podważane są tezy na temat trwałości małżeństwa i rodziny i ich niezastąpionej roli w społeczeństwie. Współczesna rodzina jest coraz mniej stabilna. Istnieje duże niebezpieczeństwo, że tradycyjna rodzina będzie stopniowo znikać. Kształtują się nowe formy życia rodzinnego, substytuty rodziny oparte przede wszystkim na związkach nieformalnych, takie jak np. kohabitacja⁷⁶. W związku z powyższym konieczne jest znalezienie rozwiązania, jak w nowych warunkach społecznych umocnić rodzinę. Wielość i alternatywność form życia rodzinnego prowadzi do nieokreśloności charakteru rodziny i prowokuje dyskusję nad potrzebą nowego zdefiniowania pojęcia rodziny. Pożądane jest podjęcie debaty na temat rodziny i małżeństwa we współczesnym świecie. Konieczna jest również reforma prawna i uchwalenie nowych aktów (także międzynarodowych) odnoszących się do małżeństwa i rodziny, które będą odzwierciedlały aktualne stosunki społeczne.

⁷⁴ R. Mizerski: *Rodzina...*, op. cit., s. 166; Zob. W. Michalski, K. Krzekotowska: *Prawna ochrona rodziny*, RPEiS 1980, z. 1, s. 147.

⁷⁵ B. Gronowska: *Poszanowanie życia rodzinnego osób pozbawionych wolności z perspektywy europejskich standardów ochrony praw człowieka* (w:) *Prawa rodziny – prawa w rodzinie...*, op. cit., s. 211.

⁷⁶ W piśmiennictwie pojawiają się głosy jeszcze bardziej radykalne, które mówią, że także kohabitacja będzie z czasem zastępowana nową formą związku, w którym dwoje ludzi pozostaje w stałych stosunkach emocjonalnych, lecz mieszkają osobno i są od siebie niezależni. Por. Hoffmann-Nawrotny H. J.: *The Future of the Family* (w:) *European Population Conference*, Helsinki 1987. Więcej na ten temat zob.: K. Slany, *Alternatywne formy życia małżeńskiego – rodzinnego w ponowoczesnym świecie*, Kraków 2002.

Zaświadczenie o możliwości zawarcia małżeństwa przez obywatela polskiego za granicą

I. Wstęp

Artykuł 18 Konstytucji RP stanowi, iż małżeństwo znajduje się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej. Zasada ochrony małżeństwa w najważniejszym polskim akcie prawnym została więc silnie zaakcentowana¹. Nakłada ona na ustawodawcę obowiązek podejmowania działań protekcyjnych w odniesieniu do małżeństwa². Jednym z aspektów ochrony małżeństwa jest umożliwienie jego ważnego zawarcia. Należy więc stwierdzić, iż podejmowanie działań ustawodawczych, mających tworzyć mechanizmy, które umożliwiają wykluczenie przeszkód małżeńskich jeszcze przed zawarciem związku, za realizację obowiązku wynikającego z art. 18 Konstytucji RP.

Zagadnienie oceny możliwości zawarcia małżeństwa, a więc także instrumentów służących tej ocenie, jest szczególnie istotne w sytuacjach, gdy nupturienti są obywatelami różnych państw lub małżeństwo jest zawierane poza ich krajem ojczystym. Większość systemów prawnych przyjmuje zasadę oceny możliwości wstąpienia w związek małżeński na podstawie prawa ojczystego zawierających małżeństwo³. W konsekwencji możliwość zawarcia małżeństwa przez obywatela polskiego będzie oceniana na podstawie polskiego prawa materialnego. Istnieją jednak poważne trudności w dokonaniu takiej oceny przez organy innych państw. Wiąże się ona bowiem z koniecznością poznania zarówno treści polskiego prawa, jak i praktyki jego stosowania. Ponadto, powstać mogą problemy z ustaleniem stanu faktycznego, przykładowo, dowodów występowania przeszkód małżeńskich po stronie polskiego obywatela, najczęściej należy poszukiwać w Polsce.

Zdecydowanie należy stwierdzić, iż w interesie Państwa Polskiego jest to, aby związki małżeńskie zawierane przez obywateli polskich były ważne i nie obciążone wadami prawnymi, bez względu na miejsce ich zawarcia. Stwarza to stabilną sytuację prawną dla obywateli, jak również minimalizuje problemy związa-

¹ Na temat zasady ochrony małżeństwa w Konstytucji RP zob.: L. Garlicki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom III*, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 2 i nast.

² B. Banaszkiewicz, *Problem konstytucyjnej oceny instytucjonalizacji związków homoseksualnych*, KPP, 2/2004, s. 380.

³ M. Sośniak [w:] *Międzynarodowe prawo rodzinne*, red. B. Walaszek, Wrocław – Warszawa – Kraków 1969, s. 7.

ne chociażby z uznawaniem małżeństw zawartych za granicą. Realizacja tego interesu, oraz wzgląd na wskazane problemy związane z oceną możliwości wstąpienia w związek małżeński przez organy innych państw, skłaniają do stwierdzenia, że ocena możliwości zawarcia małżeństwa przez obywateli polskich powinna być dokonywana w Polsce. Służy temu instytucja zaświadczeń o możliwości zawarcia małżeństwa za granicą zgodnie z prawem polskim, uregulowana w art. 71 p.a.s.c.⁴.

Zaświadczenia są dokumentami o niezwyklej doniosłości praktycznej. Spełniają one kilka funkcji: stanowią, wraz z innymi dokumentami przedstawianymi w celu zawarcia małżeństwa, dowód stanu cywilnego oraz stwierdzają treść właściwego prawa. Ponadto, wynika z nich, iż małżeństwo jest dopuszczalne według prawa właściwego oraz, że zasadniczo powinno być uznane za ważne w państwie wystawiającym⁵. Przedstawienie zaświadczenia, w wielu państwach, otwiera drogę do zawarcia małżeństwa, a także w zasadzie, wyłącza dalsze badanie możliwości wstąpienia w związek przez osobę posiadającą taki dokument. Od poprawności konstrukcji zaświadczenia, rzetelności przeprowadzenia badania możliwości zawarcia małżeństwa, oraz wypełnienia dokumentu, zależy bezpośrednio ważność zawartego związku małżeńskiego. Nie ma potrzeby wyjaśniania jak daleko idące komplikacje może powodować małżeństwo obciążone wadami prawnymi zarówno dla nupturientów jak i międzynarodowego obrotu prawnego.

I. Historia regulacji zaświadczeń w Polsce

Instytucja zaświadczeń ma długą tradycję w polskim ustawodawstwie. Przewidywał ją już dekret z 25 września 1945 r. Prawo o aktach stanu cywilnego⁶. Artykuł 35 stanowił, że obywatel polski może otrzymać potrzebne do sporządzenia aktu stanu cywilnego za granicą zaświadczenie o tym, że ma zdolność prawną wymaganą według prawa polskiego do sporządzenia danego aktu. Podobne rozwiązanie przyjął dekret z 8 czerwca 1955 r. Prawo o aktach stanu cywilnego⁷. Zgodnie z art. 60 ust. 1, w celu sporządzenia aktu stanu cywilnego za granicą, obywatel polski mógł otrzymać zaświadczenie stwierdzające, że posiada zdolność prawną wymaganą według prawa polskiego dla dokonania czynności stanowiącej podstawę do sporządzenia aktu. Zaświadczenie wydawał organ nadzoru właściwy ze względu na miejsce ostatniego zamieszkania w Polsce osoby zainteresowanej,

⁴ Instytucja zaświadczeń jest stosowana w wielu krajach. Wykaz państw, które przewidują wydawanie takich dokumentów zawarty został w publikacji J. Ciszewskiego, *Obrót prawny za granicą w sprawach cywilnych i karnych*, wyd. 6, Warszawa 2007, s. 783.

⁵ Tak: K. Pietrzykowski, *Zawarcie małżeństwa i przestanki jego ważności w prawie międzynarodowym prywatnym*, Warszawa 1985, s. 74, w odniesieniu do funkcji zaświadczeń wydawanych przez inne kraje. Wydaje się, iż tak samo należy scharakteryzować cechy polskiego zaświadczenia

⁶ Dz. U. 1945, nr 48, poz. 272.

⁷ Dz. U. 1955, nr 25, poz. 272.

jeżeli osoba ta wyjechała z kraju po ukończeniu 16 lat lub polski urząd konsularny, w wypadku, gdy brak było ostatniego miejsca zamieszkania w Polsce, lub gdy osoba ta wyjechała z kraju przed ukończeniem 16 lat.

Podobną koncepcję zaświadczenia przyjęto w ustawie z 29 września 1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego⁸. Artykuł 71 ust. 1 p.a.s.c., w pierwotnym brzmieniu, był dokładnym powtórzeniem art. 60 Dekretu z 1955 r. Nieco odmiennie uregulowano właściwość organu uprawnionego do jego wydawania. Zgodnie z ust. 2, zaświadczenie wydawał kierownik urzędu stanu cywilnego miejsca zamieszkania osoby, której zaświadczenie dotyczyło. Stosowne zaświadczenie wydawał również konsul, w sytuacji braku możliwości ustalenia ostatniego miejsca zamieszkania w kraju osoby zainteresowanej, lub gdy osoba zainteresowana nie miała w kraju miejsca zamieszkania albo miała, ale wyjechała z kraju przed ukończeniem 16 roku życia.

Sformułowanie art. 71 p.a.s.c., w pierwotnym brzmieniu, budziło jednak zastrzeżenia. Podstawowym problemem był brak harmonizacji art. 71 p.a.s.c. z art. 14 p.p.m., stanowiącym, iż materialne wymogi ważności małżeństwa ocenia się na podstawie praw ojczystych nupturientów. W tym ostatnim przepisie użyto pojęcia „możność zawarcia małżeństwa”. Artykuł 71 p.a.s.c. posługiwał się natomiast pojęciem „zdolności prawnej” wymaganej do dokonania konkretnej czynności. Pojęcie możliwości zawarcia małżeństwa jest, w doktrynie polskiej, rozumiane zdecydowanie szerzej niż zdolności prawna do zawarcia małżeństwa. Możliwość ta obejmuje wszelkie przesłanki ważnego zawarcia małżeństwa, podczas gdy zdolność prawna jest jedynie wycinkiem możliwości zawarcia małżeństwa⁹. Zdolność prawna do zawarcia małżeństwa jest oceniana abstrakcyjnie dla każdej osoby, niezależnie od ewentualnego drugiego nupturienta. Możliwość wstąpienia w związek małżeński można ustalić jedynie relatywnie w stosunku do konkretnej osoby, z którą związek ma być zawarty. Ustawa z 1986 r. zmieniła treść artykułu stanowiącego o obowiązku przedstawienia stosownego dokumentu przez cudzoziemca zamierzającego zawrzeć małżeństwo w Polsce (art. 56 stanowiący odpowiednik art. 46 wcześniejszej regulacji Dekretu Prawo o aktach stanu cywilnego). Jego treść została dostosowana do art. 14 p.p.m. Przepis stanowił, że cudzoziemiec obowiązany był przedłożyć dokument stwierdzający możliwość zawarcia małżeństwa. W wyniku uchwalenia ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego, przynajmniej formalnie powstała sytuacja, w której cudzoziemiec musiał przedstawić dokument stwierdzający szeroko rozumianą możliwość zawarcia małżeństwa według prawa ojczystego, natomiast obywatel polski, mógł otrzymać jedynie dokument stwierdzający zdolność prawną według prawa polskiego. Kolejnym

⁸ Dz. U. 1986, nr 36, poz. 180.

⁹ Zagadnienie zakresu pojęcia zdolności prawnej do zawarcia małżeństwa, jest różnie interpretowane w doktrynie zob.: M. Sośniak [w:] *Międzynarodowe prawo rodzinne...*, s. 8, J. Litwin, *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz*, Warszawa 1961, s. 431 i nast., S. Szer, *Prawo rodzinne*, Warszawa 1966, s. 46 i nast., Niektórzy autorzy negują nawet potrzebę wyodrębnienia tego pojęcia zob.: J. Winiarz [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, pod. Red. J. St. Piątowskiego, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1985, s. 168 i nast.

problemem było pominięcie możliwości wydawania zaświadczeń bezpieczeństwa, mającym miejsce zamieszkania w Polsce. Zgodnie z art. 3 p.p.m., jeżeli ustawa przewiduje właściwość prawa ojczystego, a obywatelstwa danej osoby ustalić nie można albo osoba ta nie ma obywatelstwa żadnego państwa, stosuje się prawo państwa, w którym znajduje się jej miejsce zamieszkania. Oznacza to, że do oceny możliwości zawarcia małżeństwa przez apatrydów mających miejsce zamieszkania w Polsce właściwe jest prawo polskie. Mimo to, osoby takie, na podstawie art. 71 p.a.s.c., nie mogły uzyskać analogicznego do obywateli polskich zaświadczenia.

Jako dalsze mankamenty pierwotnej treści art. 71 p.a.s.c. należy wskazać brak ustawowo określonego terminu ważności zaświadczenia. Podobnie nie został określony powszechnie obowiązujący wzór dokumentu wydawanego na podstawie art. 71 p.a.s.c., ani zakres informacji jakie powinien zawierać. Wskazane powyżej niedoskonałości zostały dostrzeżone przez ustawodawcę i wpłynęły na zmianę treści przepisu. Artykułem 3 Ustawy z dnia 24 lipca 1998 r. o zmianie ustaw – kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks postępowania cywilnego, Prawo o aktach stanu cywilnego, ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw¹⁰, art. 71 p.a.s.c. został znowelizowany i w ustalonej tą nowelizacją treści obowiązuje do dzisiaj.

Zgodnie z art. 71 ust. 1 p.a.s.c., w obecnym brzmieniu, obywatel polski lub zamieszkały w Polsce cudzoziemiec nie mający obywatelstwa żadnego państwa, zamierzający zawrzeć małżeństwo za granicą, może otrzymać zaświadczenie stwierdzające, że zgodnie z prawem polskim może on zawrzeć małżeństwo. Zaświadczenie takie wydaje kierownik urzędu stanu cywilnego miejsca zamieszkania wnioskodawcy. Wyjątkowo zaświadczenie wydać może również konsul, jeżeli obywatel polski, zamieszkały za granicą, nie miał miejsca zamieszkania w Polsce albo nie można ustalić tego ostatniego miejsca zamieszkania albo wyjechał z Polski przed ukończeniem 16 roku życia i stale przebywa za granicą. Zaświadczenie, zgodnie z art. 41 § 2 k.r.o., podobnie jak zaświadczenie stwierdzające brak okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa, wydawane w celu zawarcia go w formie wyznaniowej ze skutkiem cywilnym, zachowuje ważność przez 3 miesiące od chwili wydania. Artykuł 71 p.a.s.c. podobnie jak art. 14 p.p.m. i 56 p.a.s.c. posługuje się szerokim pojęciem możliwości zawarcia małżeństwa. Zgodnie z poglądem prezentowanym w doktrynie, przed wydaniem zaświadczenia kierownik USC powinien przeprowadzić postępowanie wyjaśniające, celem ustalenia czy wnioskodawca ma możliwość zawarcia małżeństwa¹¹.

Wzór zaświadczenia wydawanego na podstawie art. 71 został określony w Załączniku nr 11 do Rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 26 października 1998 r.¹² Powszechnie obowiązujący formularz, oprócz szczegółowych

¹⁰ Dz. U. 1998, nr 117, poz. 757.

¹¹ A. Czajkowska [w:] *Prawo o aktach stanu cywilnego, Komentarz, Orzecznictwo, Wzory dokumentów i pism*, Warszawa 2005, s. 188.

¹² W sprawie szczegółowych zasad sporządzania aktów stanu cywilnego, sposobu prowadzenia ksiąg stanu

danych dotyczących wnioskodawcy i stwierdzenia, że może on zgodnie z prawem polskim zawrzeć małżeństwo, zawiera również informacje o osobie drugiego nupturienta. Zostały one jednak ograniczone do jej imienia, nazwiska i obywatelstwa.

Forma i charakter zaświadczenia o możliwości zawarcia małżeństwa według prawa polskiego, pomimo usunięcia wymienionych wcześniej niedoskonałości, może jednak nadal budzić wątpliwości z punktu widzenia samej koncepcji przyjętej przez polskiego ustawodawcę. Zaświadczenie jest wydawane jedynie w języku polskim. Z założenia jest to dokument przeznaczony dla zagranicznych władz i urzędów. Konieczne jest więc, w każdym przypadku, jego tłumaczenie, co rodzi dodatkowe koszty, a także niesie ryzyko ewentualnych pomyłek czy nieścisłości tłumaczenia. Dokument zawiera ponadto jedynie informacje, jakie wydają się istotne z punktu widzenia polskiego ustawodawcy. Skoro ma on służyć polskim obywatelom (i bezpaństwowcom) za granicą, forma i charakter dokumentu powinien być dostosowany do wymagań stawianych przez inne państwa. Wymienione argumenty wskazują, że standaryzacja i harmonizacja dokumentów stwierdzających możliwość zawarcia małżeństwa na poziomie ponadnarodowym, jest szczególnie istotna i pożądana.

II. Regulacja wydawania zaświadczeń na podstawie Konwencji Międzynarodowej Komisji Stanu Cywilnego

W prawie międzynarodowym istnieje od wielu lat sprawdzony instrument służący wymienionym powyżej celom. Jest nim konwencja Międzynarodowej Komisji Stanu Cywilnego (MKSC)¹³ podpisana w Monachium 5 września 1980 r. dotycząca wydawania zaświadczenia o zdolności prawnej do zawarcia małżeństwa¹⁴. Przewiduje ona wydawanie zaświadczeń o zdolności prawnej do zawarcia małżeństwa, w zunifikowanej i wielojęzycznej formie. Konwencja została zgłoszona do ratyfikacji przez Przewodniczącą Polskiej Sekcji MKSC już 7 listopada 2000 r.¹⁵ Do chwili obecnej akt ten nie został jednak ratyfikowany przez Polskę.

W preambule do przedstawionej Konwencji znalazło się stwierdzenie, że została ona przyjęta, ponieważ państwa sygnatariusze pragnęły ustalić wspólne regulacje dotyczące wydawania zaświadczeń o zdolności prawnej do zawarcia małżeństwa dla obywateli, którzy mają zamiar zawrzeć małżeństwo za granicą. Zgodnie z Raportem wyjaśniającym, przyjętym przez Zgromadzenie Ogólne MKSC w Mona-

cywilnego, ich kontroli, przechowywania i zabezpieczenia oraz wzorów aktów stanu cywilnego, ich odpowiedzi, zaświadczeń i protokołów, Dz. U. 1998, nr 136, poz. 884.

¹³ Szerzej na temat działalności MKSC zob. E. Wojnicka, *Międzynarodowa Komisja Stanu Cywilnego. Historia, osiągnięcia oraz znacznie jej konwencji dla prawa polskiego*. KPP 1998, nr 2, s. 269.

¹⁴ Tekst konwencji dostępny na stronach internetowych MKSC <http://www.ciec1.org/ListeConventions.htm>, polski przekład został opublikowany: Technika i USC, 2001, nr 2 (27), s. 13 i nast.

¹⁵ Wystąpienie o wszczęcie procedury ratyfikacyjnej zostało opublikowane: Technika i USC, 2001, nr 2 (27), s. 4.

chium 3 września 1980 r.¹⁶, celem przyjęcia konwencji jest ułatwienie dowodu, że osoby zainteresowane spełniają warunki konieczne do zawarcia związku małżeńskiego. Regulacje konwencyjne umożliwiają zastosowanie przewidzianych w niej norm również w państwach, które same zaświadczeń nie wymagają.

Kluczowy dla całego aktu art. 1 Konwencji, nakłada na każdy nią związany obowiązek wydawania zaświadczeń o zdolności prawnej do zawarcia małżeństwa, na żądanie swojego obywatela, chcącego zawrzeć związek małżeński za granicą. Zaświadczenie ma być wydawane według wzoru, stanowiącego załącznik do Konwencji. Przepis nakłada obowiązek wydania zaświadczenia jeżeli wnioskodawca spełnia warunki konieczne do zawarcia tego małżeństwa, zgodnie z wymaganiami prawa państwa wystawiającego.

Najważniejszym postanowieniem art. 1 jest obowiązek niejako automatycznego wydania stosownego zaświadczenia, jeżeli obywatel spełnia według prawa tego państwa warunki wstąpienia w związek małżeński. Nie ma w tym zakresie miejsca na pozostawienie organowi wydającemu luzu decyzyjnego. Dopuszczalne jest jednak w krajach, w których obowiązkowo należy opublikować zamiar zawarcia małżeństwa, nawet jeżeli ma być ono zawarte za granicą, uzależnienie wydania zaświadczenia od dopełnienia obowiązku publikacji. Raport wyjaśniający zawiera stwierdzenie, że ocena spełnienia warunków koniecznych do zawarcia małżeństwa, będzie dokonywana na podstawie dokumentów przedstawionych przez osobę chcącą otrzymać zaświadczenie. Takie sformułowanie wydaje się zakładać, że organ wydający nie będzie prowadził, z własnej inicjatywy, postępowania mającego wyjaśnić zdolność wnioskodawcy.

Istotnym jest fakt, iż Konwencja nie nakłada na odpowiednie organy państwowe obowiązku umożliwienia zawarcia związku małżeńskiego osobie (osobom), która legitymuje się zaświadczeniem wydanym na jej podstawie. Postanowienia Konwencji dotyczą wydawania zaświadczeń, a nie ich respektowania, czy umożliwienia na ich podstawie zawarcia związku małżeńskiego. Autorzy Raportu wyrażają jednak przekonanie, że w praktyce zaświadczenia wydane na podstawie Konwencji będą uznawane w innych krajach, które wydają takie same zaświadczenia na jej podstawie. Ponadto, zakłada się, że związane Konwencją państwa nie będą odmawiały możliwości zawarcia związku małżeńskiego osobom legitymującym się zaświadczeniami wydanymi na jej podstawie.

Brak normatywnie wyrażonego obowiązku respektowania zaświadczeń i umożliwienia na ich podstawie wstąpienia w związek małżeński, nie wyklucza również możliwości wymagania przez państwa dodatkowych informacji i dokumentów, od których przedstawienia może być uzależnione umożliwienie wstąpienia w związek małżeński.

Artykuł 2 Konwencji stanowi, iż bezpaństwowcy i uchodźcy, których status osobowy podlega prawu umawiającego się państwa, dla celów Konwencji, będą traktowani jak obywatele tego państwa. U podstaw takiego rozwiązania, leży idea

¹⁶ Tekst Raportu wyjaśniającego dostępny na stronach internetowych MKSC, zob. przyp. 14.

zrównania statusu obywateli państw związanych Konwencją z uchodźcami i bezpaństwowcami, których miejsce zamieszkania lub pobytu znajdują się w tym państwie¹⁷. Zrównanie statusu tych dwóch kategorii osób z obywatelami, oznacza rozciągnięcie obowiązku wydawania dla nich stosownych zaświadczeń. Bezpaństwowcy i uchodźcy, których status osobowy jest regulowany prawem państwa związanego konwencją, będą mieli możliwość otrzymania zaświadczenia stwierdzającego zdolność prawną do zawarcia małżeństwa, zgodnie z prawem państwa wydającego, na zasadach takich jak obywatele tego państwa.

Artykuł 1 i 2 są podstawowymi przepisami regulującymi obowiązki państw związanych konwencją. Pozostałe przepisy mają charakter bardziej techniczny, choć często nie mniej ważny¹⁸.

Integralnym i niezwykle istotnym elementem konwencji jest formularz jaki ma znaleźć zastosowanie przy wydawaniu dokumentu. W treści zaświadczenia mają znaleźć się dokładne dane dotyczące obydwu nupturientów, oraz stwierdzenie, iż te konkretne osoby mogą zawrzeć związek małżeński za granicą¹⁹.

¹⁷ Różne państwa i akty prawa międzynarodowego regulują tę kwestię za pomocą różnych łączników

¹⁸ Istotne są zwłaszcza postanowienia dotyczące języków sporządzania zaświadczeń. Zgodnie z art. 6 Konwencji, z wyjątkiem stałych symboli dotyczących dat, określonych w art. 4, stałe zapisy umieszczone na pierwszej stronie dokumentu powinny być wydrukowane w minimum 2 językach, w tym oficjalnym języku (jednym z oficjalnych języków) państwa wystawiającego i języku francuskim. Znaczenie symboli określonych w art. 4 (dotyczących m. in. sposobu ustania poprzedniego małżeństwa, statusu uchodźcy czy bezpaństwowca) musi być wyjaśnione w języku oficjalnym (jednym z języków oficjalnych) każdego państwa, które w chwili podpisania Konwencji są członkami MKSC oraz w języku angielskim. Załączony do Konwencji wzór wydawanego zaświadczenia, podobnie jak cała konwencja został sporządzony w języku francuskim. Każde tłumaczenie musi zostać zaakceptowane przez Biuro MKSC. Procedura taka ma zapewnić spójność i poprawne brzmienie wszystkich wersji językowych. Dotyczy to tłumaczenia nie tylko wersji językowych umawiających się państw, ale także państw, które później przystąpią do Konwencji. Istotne postanowienie zawiera art. 7, ograniczający ważność zaświadczeń wydawanych na podstawie Konwencji do 6 miesięcy od daty wystawienia. W momencie przystąpienia do Konwencji, państwa muszą wskazać władze upoważnione do wydawania zaświadczeń. Zgodnie z Raportem należy przyjąć, że władze te mogą zostać wskazane jedynie spośród służb stanu cywilnego, organów je nadzorujących, oraz profesjonalnych przedstawicieli służby dyplomatycznej lub konsularnej, którzy są upoważnieni do wykonywania funkcji rejestracji stanu cywilnego. Konwencja przewiduje również, w art. 9, procedurę dokonywania zmian we wzorach zaświadczeń wydawanych przez państwa. Każda taka zmiana wymaga akceptacji MKSC. Z jednej strony, ma to umożliwić poprawienie nieścisłości czy pomyłek jakie mogą znaleźć się w przyjętych formularzach, z drugiej, mechanizm znajdzie zastosowanie, gdy do konwencji przystępować będą nowe państwa, z nowymi oficjalnymi językami. Ostatnią sytuacją przewidywaną możliwości zastosowania procedury z art. 9, są zamiany w prawie wewnętrznym państw związanych Konwencją. Istotne postanowienie zawarte zostało także w art. 10, który przewiduje, że zaświadczenia mają być zwolnione z obowiązku legalizacji lub innych równoważnych formalności w państwach związanych konwencją. Ponadto w Raporcie zostało wyrażone oczekiwanie, iż państwa będą dążyły do rezygnacji lub przynajmniej zminimalizowania opłat za wydawanie zaświadczeń.

¹⁹ Zgodnie z załącznikiem do Konwencji, muszą się tam znaleźć dokładne dane dotyczące wnioskodawcy: imię, nazwisko obywatelstwo, data i miejsce urodzenia, miejsce zamieszkania, miejsce i numer rejestru rodzinnego (instytucja nie znana w Polsce), dokładna informacja na temat poprzedniego małżeństwa: imię i nazwisko poprzedniego małżonka, datę, miejsce, oraz sposób ustania poprzedniego małżeństwa. Na dole pierwszej strony dokumentu zamieszczone zostały informacje o dacie jego wydania, pieczęć urzędu wydającego i podpis osoby wydającej. Na formularzu zaświadczenia znajdują się również tłumaczenia

III. Problemy związane z ratyfikacją Konwencji MKSC przez Polskę

Przedstawionym aktem prawnym związane są następujące państwa: Niemcy, Austria, Belgia, Hiszpania, Grecja, Włochy, Luksemburg, Holandia, Portugalia, Szwajcaria oraz Turcja²⁰. Jak wynika z zestawienia jest to umowa, która znalazła dość powszechne zastosowanie w Europie, w tym obowiązuje w państwach, z którymi Polska i polscy obywatele pozostają w ścisłych stosunkach. Już chociażby z tego powodu należy poważnie rozważyć przystąpienie Polski do Konwencji.

Rozważając wprowadzenie Konwencji do polskiego porządku prawnego, w pierwszej kolejności należy ocenić poziom zgodności jej postanowień z obowiązującymi rozwiązaniami wewnętrznymi²¹.

symboli na języki wszystkich państw, które w chwili podpisania konwencji były członkami MKSC. Na rewersie zaświadczenia ma znaleźć się konkretne odwołanie do Konwencji, tłumaczenia stałych zapisów umieszczonych na awersie, streszczenie wskazanych artykułów konwencji. Zagadnienie treści drugiej strony zaświadczenia reguluje art. 6 Konwencji.

²⁰ Dane pochodzą z oficjalnej strony MKSC: <http://www.ciec1.org/SignatRatif.htm>.

²¹ Wstępna lektura tej umowy międzynarodowej wskazuje na pewną rozbieżność terminologiczną. Konwencja już w tytule, określając charakter wydawanego dokumentu, posługuje się sformulowaniem *capacité matrimoniale* lub w wersji anglojęzycznej *legal capacity to marry*. Ścisłe tłumaczenie wskazywałoby więc, iż konwencja stanowi o wydawaniu zaświadczeń o zdolności prawnej do zawarcia małżeństwa (tak też w tłumaczeniu zaprezentowanym w: Technika i USC 2001, nr 2 (27), s. 13). Obecnie obowiązujący art. 71 p.a.s.c. stanowi o dokumencie stwierdzającym, iż określona osoba może zawrzeć małżeństwo. Przepis posługuje się więc kategorią „możności zawarcia małżeństwa”, w przeciwieństwie do poprzednich regulacji, które stanowiły o wydawaniu dokumentów stwierdzających zdolność prawną wymaganą do dokonania określonej czynności (np. zawarcia małżeństwa). Powyżej podkreślona została już zasadnicza różnica pomiędzy tymi pojęciami na gruncie prawa polskiego. Możliwość zawarcia małżeństwa, zgodnie z poglądami polskiej doktryny, jest pojęciem zdecydowanie szerszym od zdolności do zawarcia małżeństwa. Prawna zdolność do zawarcia małżeństwa jest jedynie wycinkiem możliwości wstąpienia w związek małżeński. Zmiana treści art. 71 p.a.s.c. w 1998 r. była świadomym zabiegiem ustawodawcy i miała spowodować zmianę charakteru dokumentu wydawanego na jego podstawie. Rozciągało to, przynajmniej teoretycznie, zakres badanych okoliczności przed wydaniem właściwego dokumentu. Doktryna przyjęła, że wnioskodawca może otrzymać zaświadczenie jeżeli spełnia wszystkie warunki określone w art. 10 – 15 k.r.o. (tak A. Czajkowska [w:] *Prawo o aktach stanu cywilnego...*, s. 188) Wcześniej przyjmowano, że wystarczające jest posiadanie zdolności prawnej i brak tzw. przeszkód jednostronnych (tak: J. Litwin, *Prawo o aktach stanu cywilnego...*, s. 512). Powstaje więc wątpliwość, czy zaświadczenie w rozumieniu Konwencji jest równoważnym dokumentem jaki przewiduje prawo polskie, czy też Konwencja i prawo polskie przyjmują różne koncepcje zaświadczeń. Rozważając treść całej Konwencji i załączonego do niej formularza można zaryzykować stwierdzenie, że nie istnieje zasadnicza różnica, dogmatyczna sprzeczność między założeniami polskiej regulacji i Konwencji. Wzór formularza konwencyjnego wskazuje, że chodzi o relatywną możliwość zawarcia związku małżeńskiego pomiędzy konkretnymi osobami, a nie jedynie abstrakcyjną zdolność. Formularz zawiera szczegółowe dane dotyczące obojga nupturientów. W treści znajduje się również sformułowanie, że wymienione osoby mogą zawrzeć małżeństwo (wersji anglojęzycznej, sformułowanie to brzmi „brak przeszkód do zawarcia małżeństwa”). Podsumowując, wydaje się, że należy uznać tożsamość zakresu pojęcia „*capacité matrimoniale*” na gruncie konwencji i „możliwości zawarcia małżeństwa” w prawie polskim. Należy w związku z tym rozważyć możliwość odejścia od literalnego tłumaczenia Konwencji i zamiast dosłownego „zaświadczenia o zdolności prawnej do zawarcia małżeństwa” zastosować sformułowanie o „możliwości” zawarcia małżeństwa, które wydaje się lepiej oddawać istotę charakteru dokumentu w polskim języku prawnym.

1. Termin ważności zaświadczenia

Pierwszym problemem, jaki można dostrzec porównując te systemy, jest termin ważności zaświadczenia. Zgodnie z art. 71 ust. 1 p.a.s.c. w zw. z art. 4¹ §2 k.r.o., zaświadczenie wydawane obecnie traci ważność po upływie trzech miesięcy od dnia jego wydania. Termin ten, ustalony nowelizacją z 1998 r., został ujednoczony z zaświadczeniem wydawanym osobom zamierzającym zawrzeć małżeństwo wyznaniowe ze skutkiem cywilnym, stwierdzające brak okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa. Dostosowanie terminu do wymaganych przez Konwencję 6 miesięcy nie byłoby jednak skomplikowane. Możliwe wydają się w tym zakresie 2 rozwiązania. Pierwszym jest dodanie paragrafu do art. 71 p.a.s.c. stanowiącego, że zaświadczenie traci moc po upływie 6 miesięcy od daty jego wydania. Jednocześnie należałoby wykreślić odwołanie do art. 4¹ k.r.o. z ust. 1 art. 71 p.a.s.c. Wprowadzenie takiej zmiany skutkowałoby tym, iż zaświadczenie o możliwości zawarcia małżeństwa wydawane na podstawie art. 71 p.a.s.c. i zaświadczenie stwierdzające brak okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa na podstawie art. 4¹ §1 k.r.o. miałyby odmienne terminy ważności. Drugim możliwym rozwiązaniem dostosowującym prawo polskie do wymagań konwencyjnych jest wydłużenie terminu określonego w art. 4¹ §2 k.r.o. do 6 miesięcy. Termin ten odnosiłby się od obydwu rodzajów zaświadczeń.

2. Wydawanie zaświadczeń uchodźcom i bezpaństwowcom

Kolejnym zagadnieniem rodzącym problemy jest zawarty w art. 2 Konwencji przepis zrównujący w zakresie wydawania zaświadczeń bezpaństwowców i uchodźców, których status osobowy jest regulowany przez prawo państwa związanego konwencją, z jego obywatelami. Analizując obecną polską regulację należy stwierdzić, że wymaganie to jest spełnione w odniesieniu do bezpaństwowców. Zgodnie z art. 3 p.p.m., jeżeli ustawa przewiduje właściwość prawa ojczystego a osoba nie ma obywatelstwa żadnego państwa, stosuje się prawo państwa, w którym znajduje się jej miejsce zamieszkania. Odnosząc tę regulację do art. 14 p.p.m., przy ocenie możliwości zawarcia związku małżeńskiego bezpaństwowca mającego miejsce zamieszkania w Polsce, właściwe jest prawo polskie. Jak wynika z cytowanych przepisów możliwość zawarcia małżeństwa bezpaństwowców mających miejsce zamieszkania w Polsce jest regulowana przez prawo polskie. Stan taki znajduje odzwierciedlenie w art. 71 ust. 1 p.a.s.c., który *expressis verbis* przewiduje wydawanie zaświadczeń o możliwości zawarcia małżeństwa według prawa polskiego bezpaństwowcom mającym miejsce zamieszkania w Polsce.

Zdecydowanie bardziej skomplikowana jest sytuacja uchodźców. Ustawa Prawo prywatne międzynarodowe nie przewiduje żadnych specjalnych regulacji dotyczących statusu osobowego uchodźców. W zakresie możliwości zawarcia małżeń-

stwa, jeżeli mają obywatelstwo jakiegoś państwa, właściwe jest prawo ojczyste. Jeżeli natomiast nie mają obywatelstwa żadnego państwa (nie można go ustalić) właściwe jest prawo ich miejsca zamieszkania. Prawo polskie reguluje więc jedynie możliwość zawarcia małżeństwa uchodźcy, który nie ma obywatelstwa żadnego państwa i ma miejsce zamieszkania w Polsce. Analogicznie do rozwiązań przyjętych w ustawie Prawo prywatne międzynarodowe, regulacja Prawa o aktach stanu cywilnego nie przewiduje wydawania zaświadczeń specjalnej kategorii uchodźców. Status ten jest obojętny z punktu widzenia wydawania zaświadczeń.

Status prawny uchodźców w świetle polskiego prawa jest jednak bardziej skomplikowany. Polska ratyfikowała Konwencję dotyczącą statusu uchodźców, sporządzoną w Genewie 28 lipca 1951 r. Konwencja weszła w życie w stosunku do Polski 26 grudnia 1991 r.²² Zgodnie z art. 12 Konwencji, status osobowy każdego uchodźcy określa prawo państwa stałego zamieszkania, a jeżeli uchodźca nigdzie nie ma miejsca stałego zamieszkania, prawo państwa w którym przebywa. Zgodnie z tym przepisem, status osobowy uchodźców mających miejsce stałego zamieszkania w Polsce lub przy braku miejsca stałego zamieszkania, mających miejsce pobytu w Polsce, bez względu na obywatelstwo, jest regulowany przez prawo polskie²³. Należy przypomnieć, iż art. 1 p.p.m., stanowi, że przepisów ustawy niniejszej nie stosuje się, jeżeli umowa międzynarodowa, której Polska jest stroną, postanawia inaczej. Artykuł 91 ust. 2 Konstytucji zawiera normę przewidującą, że umowa międzynarodowa ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową²⁴.

Konwencja przewiduje, że prawu miejsca stałego zamieszkania / pobytu podlega status osobowy uchodźców. Pojęcie to na gruncie Konwencji należy rozumieć szeroko. Pomimo różnego jego rozumienia w różnych państwach, w każdej sytuacji obejmuje ono m. in. wiek pełnoletności, prawa osób niepełnoletnich, zdolno-

²² Dz. U. 1991, nr 119, poz. 515.

²³ J. Białocerkiewicz, *Status prawny cudzoziemca w świetle standardów międzynarodowych*, Toruń 1999, s. 177, M. Czepelak, *Przepisy stare ale wystarczające*, „Rzeczpospolita” z 11.08.2006, nr 187., K. Zawada, *O projekcie nowej kodyfikacji prawa prywatnego międzynarodowego*, KPP 2006, nr 4, s. 1085.

²⁴ Regulacja art. 91 ust. 2 Konstytucji dotyczy umów międzynarodowych ratyfikowanych za uprzednią zgodą Sejmu wyrażoną w ustawie. Konwencja dotycząca statusu uchodźców została ratyfikowana przed wejściem w życie Konstytucji RP z 1997 r. Przyjmuję, że w stosunku do niej znajdzie zastosowanie art. 241 ust. 1 Konstytucji, stanowiący, iż „Umowy międzynarodowe ratyfikowane dotychczas przez Rzeczpospolitą Polską na podstawie obowiązujących w czasie ich ratyfikacji przepisów konstytucyjnych i ogłoszone w Dzienniku Ustaw uznaje się za umowy ratyfikowane za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie i stosuje się do nich przepisy art. 91 Konstytucji, jeżeli z treści umowy międzynarodowej wynika, że dotyczą one kategorii spraw wymienionych w art. 89 ust. 1 Konstytucji.”. Na charakter Konwencji dotyczącej statusu uchodźców, jako umowy międzynarodowej ratyfikowanej za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie wskazała A. Wyrozumka, *Prawo międzynarodowe oraz prawo Unii Europejskiej a konstytucyjny system źródeł prawa*, [w:] *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, red. K. Wójtowicz, Warszawa 2006, s. 35, tak też: M. Czepelak, *ibidem*., choć odmienne stanowisko zajął NSA w wyroku z 26 sierpnia 1999 r., V SA 708/99, OSP 9/2000, poz. 134.

ści do zawarcia małżeństwa²⁵. Pojęcie to będzie więc obejmowało również możliwość zawarcia małżeństwa. Reasumując, zgodnie z konwencją dotyczącą statusu uchodźców, możliwość zawarcia małżeństwa przez uchodźców mających miejsce stałego zamieszkania w Polsce lub jeżeli nie mają miejsca stałego zamieszkania, a ich miejsce pobytu znajduje się w Polsce, ocenia się według prawa polskiego. Skoro status osobowy tej kategorii uchodźców jest regulowany przez prawo polskie, art. 2 Konwencji nakładałby obowiązek wydawania zaświadczeń o zdolności prawnej do zawarcia małżeństwa tym osobom.

Obecne rozwiązania prawa o aktach stanu cywilnego nie przewidują wydawania tego typu zaświadczeń uchodźcom, którzy nie są bezpaństwowcami, mającymi miejsce zamieszkania w Polsce. Wydaje się więc, iż ratyfikacja konwencji zmuszałaby do zmiany art. 71 p.a.s.c. także w tym zakresie. Należy ponadto zwrócić uwagę, iż zgodnie z cytowanym art. 12 Konwencji dotyczącej statusu uchodźców, prawo polskie reguluje nie tylko status osobowy uchodźców, którzy mają w Polsce miejsce stałego zamieszkania, (jak czyni to ustawa prawo prywatne międzynarodowe w stosunku do bezpaństwowców, posługując się jednak łącznikiem miejsca zamieszkania), ale także tych, którzy w braku miejsca zamieszkania mają w Polsce miejsce pobytu. Pełne dostosowanie polskiego prawa do regulacji Konwencji MKSC, wymagałoby wprowadzenia możliwości wydawania zaświadczeń także w odniesieniu do tej ostatniej grupy uchodźców.

IV. Ocena możliwości zawarcia małżeństwa według obowiązującej polskiej regulacji

Jak wynika z przedstawionych rozważań, Konwencja ma głównie znaczenie „techniczne”. „Przyjęcie wzoru (...) dotyka jedynie formy, nie naruszając materii prawa, a zatem nie narzuca żadnych zasad ustalania zdolności prawnej do zawarcia małżeństwa...”²⁶. Konwencja ingeruje jedynie w regulacje o charakterze formalnym. W polskim prawie jest to zasadniczo materia objęta ustawą Prawo o aktach stanu cywilnego oraz rozporządzeniami do tej ustawy. Rozważania dotyczące Konwencji można byłoby zakończyć stwierdzeniem o zgodności koncepcji zaświadczeń wydawanych na gruncie prawa polskiego i przewidzianych w konwencji oraz wskazaniem zmian w polskim prawie koniecznych do właściwego przyjęcia rozwiązań konwencyjnych. Analiza rozwiązań międzynarodowych powinna jednak skłaniać do głębszej refleksji nad istotą i konstrukcją zaświadczeń na gruncie prawa krajowego. Podstawowym zagadnieniem w tym zakresie jest pytanie o to, co stwierdza zaświadczenie, a więc, co powinno podlegać badaniu i w jakim zakresie.

²⁵ *The Refugee Convention, 1951: The Travaux Preparatoires Analysed, with a Commentary by Paul Weis*, Cambridge, New York 1995, p. 107.

²⁶ Tak w uzasadnieniu wystąpienia o wszczęcie procedury ratyfikacyjnej, *Technika i USC 2001*, nr 2 (27), s. 6.

Doktryna, jak już zostało podkreślone, przyjęła, iż zaświadczenie ma stwierdzać szeroko rozumianą, relatywną możliwość zawarcia, zgodnie z prawem polskim, małżeństwa przez obywatela polskiego (lub inną osobę, której zaświadczenie się wydaje) z konkretną osobą. Podkreślenia wymaga fakt, że dokument stwierdzać ma możliwość zawarcia małżeństwa tylko przez obywatela polskiego (czy też ogólnie wnioskodawcę), a nie cudzoziemca z którym zamierza on zawrzeć małżeństwo

Polskie prawo, zgodnie z zasadą przewidzianą w art. 14 p.p.m., przewiduje zasadę dystrybutywnego stosowania praw ojczystych przy ocenie możliwości zawarcia małżeństwa. Oznacza to, iż materialne przesłanki ważności związku małżeńskiego należy oceniać oddzielnie w stosunku do każdego z przyszłych małżonków, według właściwego prawa. Prawo polskie, zgodnie z tą zasadą, będzie właściwe tylko do oceny tej możliwości po stronie obywatela polskiego, a nie cudzoziemca²⁷.

W doktrynie prawa międzynarodowego wskazana zasada nie jest jednak uznawana za bezdyskusyjną. Zagadnienie wpływu przeszkód funkcjonujących w jednym prawie, na drugiego z nupturientów było wyjaśniane za pomocą podziału na przeszkody jednostronne i dwustronne. Przeszkody jednostronne mają dotyczyć tylko strony, której prawo właściwe je przewiduje. Dwustronne natomiast, mają być respektowane bez względu na to czy prawo właściwe drugiego nupturienta uznaje je, czy nie²⁸. Skutkiem przyjęcia takiego podziału jest dystrybutywne stosowanie prawa właściwego do przeszkód jednostronnych i kumulatywne stosowanie w przypadku dwustronnych. Jednostronny charakter tradycyjnie nadaje się np. przesłance wieku, natomiast dwustronny przesłance pokrewieństwa, pozostawania w związku małżeńskim. Działanie przeszkody dwustronnej w przypadku pozostawania w związku małżeńskim, można zobrazować następująco: obywatelka polska nie może wyjść za mąż za mężczyznę pozostającego już w związku małżeńskim, nawet jeżeli jego prawo ojczyste na to zezwala²⁹. Należy więc przyjąć, iż nie ma ona możliwości wstąpienia w taki związek bez względu na postanowienia prawa obcego. Zaakceptowanie istnienia przeszkód dwustronnych oznaczałoby, iż aby stwierdzić możliwość zawarcia małżeństwa, zgodnie z prawem polskim, należałoby badać występowanie przeszkód dwustronnych po stronie cudzoziemca. Konsekwentne przyjęcie konieczności wykluczenia wszystkich przeszkód znanych prawu polskiemu przed wystawieniem zaświadczenia, zmuszałoby kierownika urzędu stanu cywilnego do badania pewnych elementów możliwości zawarcia małżeństwa przez cudzoziemca według prawa polskiego.

Koncepcja przeszkód jednostronnych i dwustronnych została jednak odrzucona przez niektórych Autorów. Zarzucono jej, iż podział nie znajduje potwierdzenia w treści art. 14 ppm, który przewiduje zasadę dystrybutywnego stosowania praw właściwych bez wyjątku. Ponadto podział nie opiera się na niezawodnym kryterium

²⁷ M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2003, s. 201.

²⁸ Podział przyjmują m. in.: M. Sośniak [w:] *Międzynarodowe prawo rodzinne*, red. B. Walaszek, Wrocław – Warszawa – Kraków 1969, s. 13, J. Litwin, *Prawo o aktach stanu cywilnego...*, s. 433 i nast.

²⁹ M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe...*, s. 202.

i różni Autorzy dowolnie przyjmują jedno lub dwustronność poszczególnych przeszkód. Podziałowi temu zarzuca się również brak praktycznego znaczenia, ponieważ podobne skutki można osiągnąć stosując klauzulę porządku publicznego³⁰.

Konsekwentnie, odrzucając koncepcję przeszkód jedno i dwustronnych i przyjmując dystrybutywne stosowanie prawa polskiego w zakresie możliwości zawarcia związku małżeńskiego obywateli polskich (czy osób, których status osobowy podlega prawu polskiemu) należy, badając możliwość wstąpienia w związek małżeński po stronie obywatela polskiego, stosować polskie prawo jedynie do oceny tej możliwości wnioskodawcy.

Pomimo dystrybutywnego stosowania prawa polskiego tylko do oceny możliwości zawarcia małżeństwa przez obywatela polskiego, nie można uniknąć oceny pewnych elementów stanu faktycznego po stronie drugiego nupturienta. Przeszkody powinowactwa czy przysposobienia wynikają ze stosunków prawnych wiążących obie strony. Nie można ocenić ich występowania w oderwaniu od drugiej strony zamierzonego małżeństwa. Zaświadczenie ma stwierdzać możliwość zawarcia związku według prawa polskiego, a więc występowanie również wymienionych powyżej przeszkód powinno być wykluczone. Skłania to do stwierdzenia, że kierownik urzędu stanu cywilnego, aby ocenić możliwość zawarcia małżeństwa przez obywatela polskiego powinien mieć pewien zakres informacji dotyczących drugiego nupturienta. Z tym wiąże się zakres dokumentów jakie powinien uzyskać kierownik urzędu stanu cywilnego, przed wydaniem zaświadczenia.

V. Zakres dokumentów wymaganych do otrzymania zaświadczenia

Obowiązująca polska regulacja w żaden sposób nie określa jakie dokumenty powinny zostać złożone przez wnioskodawcę, w celu otrzymania zaświadczenia stwierdzającego możliwość zawarcia związku małżeńskiego za granicą. Zgodnie z poglądami doktryny wystarczające są takie dokumenty, jakie wymagane byłyby od wnioskodawcy jeżeli chciałby zawrzeć związek małżeński w Polsce³¹ (a więc przewidziane w art. 54 p.a.s.c.) Praktyka jest z nimi zgodna. Do wniosku o wydanie zaświadczenia należy dołączyć: dokument stwierdzający tożsamość, odpis skrócony aktu urodzenia wnioskodawcy, ew. dowód ustania poprzedniego małżeństwa wnioskodawcy, pisemne zapewnienie wnioskodawcy, że nie wie o istnieniu okoliczności wyłączających zawarcie związku małżeńskiego. W powszechnie obowiązujących aktach prawnych nie został przewidziany również wzór wniosku jaki powinien zostać wypełniony, w celu uzyskania zaświadczenia. W praktyce funkcjonują różne wzorce, w różnych urzędach stanu cywilnego.

³⁰ K. Pietrzykowski, *Zawarcie małżeństwa...*, s. 27 i nast., podobnie A. Mączyński, *Rozwód w prawie prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 1983, s. 124 i nast, zasadność krytyki koncepcji przeszkód jedno i dwustronnych dostrzega również M. Pazdan, *Prawo międzynarodowe prywatne...*, s. 202.

³¹ A. Czajkowska [w:] *Prawo o aktach stanu cywilnego...*, 188.

Należy zwrócić uwagę na brak wymogu przedstawienia jakiegokolwiek dokumentu dotyczącego cudzoziemca. Nie podlega ustaleniu nawet tożsamość cudzoziemca nie wspominając o stanie cywilnym. Jedyne informacje zawarte w zaświadczeniu: imię, nazwisko i obywatelstwo ustala się wyłącznie na podstawie informacji podanych przez wnioskodawcę, bez jakiegokolwiek ich weryfikacji. Powstaje więc wątpliwość, czy rzeczywiście kierownik urzędu stanu cywilnego, na tej podstawie, ma możliwość wykluczenia występowania wszystkich przeszkód przewidzianych przez polskie prawo.

Organ wystawiający zaświadczenie nie ma możliwości zbadania jakichkolwiek okoliczności dotyczących osoby, z którą wnioskodawca zamierza zawrzeć związek małżeński. Nie może nawet ustalić czy osoba taka istnieje. W literaturze podkreśla się, że przed wydaniem zaświadczenia kierownik „przeprowadzi postępowanie wyjaśniające w celu ustalenia czy osoba może otrzymać zaświadczenie”³². Brak wymogu przedstawienia jakichkolwiek dokumentów dotyczących drugiego nupturienta przesądza, że ewentualne badanie może dotyczyć tylko wnioskodawcy i to w zakresie jego zdolności do zawarcia małżeństwa i ewentualnie przeszkód związanych tylko z jego osobą. Paradoksalnie więc faktyczny zakres zaświadczenia nie różni się od wydawanego w poprzednim stanie prawnym. Sposób wydawania dokumentu również może budzić pewne wątpliwości. W zaświadczeniu kierownik USC stwierdza możliwość zawarcia konkretnego małżeństwa nie mając nawet pewności, że dane personalne cudzoziemca są prawdziwe. Należy również zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 56 p.a.s.c., w przypadku braku dokumentu stwierdzającego możliwość zawarcia małżeństwa przez cudzoziemca zgodnie z jego prawem ojczyzmy, sąd w postępowaniu ustala czy zgodnie z właściwym prawem cudzoziemiec może zawrzeć małżeństwo. Sąd dokonuje wszechstronnego badania tej możliwości, oceniając czy nie występują przewidziane w prawie właściwym przeszkody do zawarcia małżeństwa. Leksykalne brzmienie art. 71 p.a.s.c. jest identyczne z treścią art. 56 p.a.s.c. Tutaj również stwierdza się możliwość zawarcia małżeństwa. W praktyce jednak zakres badania jest zupełnie inny. W postępowaniu sądowym, prowadzonym z udziałem obydwu nupturientów i stosowaniem różnych środków dowodowych, przynajmniej teoretycznie, bada się wszystkie aspekty możliwości wstąpienia w związek małżeński. Kierownik USC natomiast, wydaje zaświadczenie właściwie identycznej treści, jedynie na podstawie kilku dokumentów dotyczących wnioskodawcy, bez udziału cudzoziemca. Faktyczna wartość zaświadczeń wydawanych przez kierownika USC jest wątpliwa.

Na marginesie, należy zauważyć, iż wzór polskiego zaświadczenia wydaje się być nie do końca spójny z koncepcją zaświadczeń przyjętą przez polskiego ustawodawcę. Nowelizacja art. 71 p.a.s.c. z 1998 r. pociągnęła za sobą wprowadzenie powszechnie obowiązującego formularza, mającego realizować nową koncepcję za-

³² A. Czajkowska, *ibidem*.

świadczenia, stwierdzającego relatywną możliwość zawarcia małżeństwa z konkretną osobą, a nie jedynie abstrakcyjną zdolność. Dlatego w treści obowiązującego formularza znalazły się dane określające osobę, z którą wnioskodawca zamierza zawrzeć związek małżeński. W treści wzorca odnaleźć można stwierdzenie, że wymieniona osoba może zawrzeć małżeństwo za granicą zgodnie z prawem polskim. Po tym stwierdzeniu wymienione są dokładne dane wnioskodawcy. Co ciekawe, zaświadczenie nie stwierdza, że wnioskodawca może zawrzeć związek małżeński z konkretną osobą (tak jak jest to sformułowane we wzorcu który przewiduje konwencja). Dane o osobie, z którą wnioskodawca zamierza zawrzeć małżeństwo, są tylko dodatkową rubryką i wydają się spełniać jedynie funkcję informacyjną. Biorąc pod uwagę, iż informacje znajdujące się tam są zamieszczone jedynie na podstawie oświadczenia wnioskodawcy, rubryki dotyczące cudzoziemca spełniają wyłącznie taką rolę, iż nie można wykorzystać zaświadczenia do zawarcia małżeństwa z inną osobą.

Formularz przewidziany przez Konwencję jest zdecydowanie bardziej rozbudowany, niż obowiązujący w polskim prawie. Dane dotyczące osoby, z którą występujący o zaświadczenie ma zamiar zawrzeć związek małżeński, są tak samo szczegółowe jak odnoszące się do wnioskodawcy. Tym bardziej aktualne staje się pytanie o zakres dokumentów dotyczących drugiego nupturienta, jakie powinny zostać przedstawione w celu otrzymania zaświadczenia.

VI. Podsumowanie

Jak wynika z powyższych rozważań, szczegółowe przeanalizowanie procedury wydawania zaświadczeń, zakresu czynności kierownika urzędu stanu cywilnego, i być może uregulowanie tych zagadnień na poziomie rozporządzenia, jest zadaniem nie mniej istotnym niż formalne dostosowanie rozwiązań materialnych do wymagań konwencyjnych. Pomimo iż Konwencja jest aktem niezbyt rozbudowanym i mającym charakter bardziej „techniczny”, z jego ewentualną ratyfikacją wiąże się szereg problemów wymagających rozpoznania i rozwiązania. Celem niniejszego opracowania jest próba zwrócenia uwagi na przynajmniej niektóre z nich, oraz zachęcenie do dyskusji nad zasygnalizowanymi zagadnieniami.

Kontrowersje czy wątpliwości nie zmieniają jednak, moim zdaniem, zdecydowanie pozytywnej oceny rozwiązań konwencyjnych. Ratyfikacja tego aktu prawa międzynarodowego w dobie integracji europejskiej, oraz licznych migracji obywateli polskich wydaje się być wskazana. Wpłynęłoby to na uporządkowanie zagadnień związanych z wydawaniem zaświadczeń i ułatwiło procedurę zawierania małżeństw obywatelom polskim (uchodźcom, bezpaństwowcom), którzy chcą dokonać tego za granicą. Prace nad ratyfikacją muszą być jednak poprzedzone gruntowną analizą zagadnienia, uwzględniając także konstrukcyjne i fundamentalne kwestie instytucji zaświadczeń.

Wyrok TK z dnia 11 kwietnia 2006 r., SK 57/04*

Art. 60 § 3 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. Nr 9, poz. 59 ze zm.) w zakresie, w jakim stanowi, że wynikający z art. 60 § 1 tego kodeksu obowiązek dostarczania przez rozwiedzionego małżonka, który został uznany za winnego rozkładu pożycia, środków utrzymania drugiemu rozwiedzionemu małżonkowi, nie wygasa wskutek upływu czasu, jest zgodny z art. 64 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i z nakazem urzeczywistnienia zasad sprawiedliwości społecznej wyrażonym w art. 2 Konstytucji.

Wyciąg z uzasadnienia:

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Skardze konstytucyjnej, której przedmiotem skarżący uczynił cały art. 60 k.r.o., został nadany bieg tylko w zakresie obejmującym art. 60 § 1 i 3 k.r.o. Przepisy te stanowią: „§ 1. Małżonek rozwiedziony, który nie został uznany za wyłączanie winnego rozkładu pożycia i który znajduje się w niedostatku, może żądać od drugiego małżonka rozwiedzionego dostarczania środków utrzymania w zakresie odpowiadającym usprawiedliwionym potrzebom uprawnionego oraz możliwościom zarobkowym i majątkowym zobowiązanego; § 3. Obowiązek dostarczania środków utrzymania małżonkowi rozwiedzionemu wygasa w razie zawarcia przez tego małżonka nowego małżeństwa. Jednakże gdy zobowiązanym jest małżonek rozwiedziony, który nie został uznany za winnego rozkładu pożycia, obowiązek ten wygasa także z upływem pięciu lat od orzeczenia rozwodu, chyba że ze względu na wyjątkowe okoliczności sąd, na żądanie uprawnionego, przedłuży wymieniony termin pięcioletni”.

Art. 60 k.r.o. został zamieszczony poza działem III k.r.o., grupującym przepisy regulujące obowiązek alimentacyjny (art. 128-144), ale ze względu na podobieństwo przedmiotu obowiązku ustanowionego w art. 60 § 1 k.r.o. i obowiązku alimentacyjnego dopuszczalne jest określenie pierwszego z nich za pomocą nazwy „obowiązek alimentacyjny rozwiedzionego małżonka”. Tożsamość przedmiotu obu obowiązków potwierdza unormowanie zawarte w art. 130 k.r.o.

* Sentencja została ogłoszona dnia 18 kwietnia 2006 r. w Dz. U. Nr 64, poz. 457.

Przystąpienie do merytorycznej oceny postawionych w skardze zarzutów wymaga dokładnego określenia przedmiotu niniejszego postępowania. Z treści skargi konstytucyjnej wyraźnie wynika, że skarżący kwestionuje tylko niektóre normy wynikające z art. 60 § 1 i 3 k.r.o. Wskazuje mianowicie nałożenie na małżonka, który został uznany za winnego rozkładu pożycia małżeńskiego, obowiązku alimentacyjnego nieograniczonego w czasie. Zgodnie z kwestionowanym w skardze unormowaniem jedynym zdarzeniem, które skutkuje wygaśnięciem tego obowiązku, jest zawarcie nowego związku małżeńskiego przez „rozwidzonego małżonka, który nie został uznany za winnego rozkładu pożycia”. Poza zakresem skargi pozostaje zatem problem obowiązku alimentacyjnego rozwiedzionych małżonków, którzy nie zostali uznani za winnych rozkładu pożycia, oraz problem zawarcia nowego małżeństwa jako zdarzenia powodującego wygaśnięcie obowiązku alimentacyjnego wobec byłego małżonka niezależnie od okresu, który upłynął od orzeczenia rozwodu, a także problem stosowania art. 60 k.r.o. w razie unieważnienia małżeństwa (art. 21 k.r.o.) i w razie orzeczenia separacji (art. 614 § 4 k.r.o.).

Ponadto pewne trudności w określeniu przedmiotu sprawy wiążą się także z tym, że regulacja kwestionowana w skardze konstytucyjnej nie została wyrażona *expressis verbis* w art. 60 § 3 k.r.o., ale wynika z jego interpretacji a contrario. Jeżeli bowiem ustawodawca oznaczył zakres czasowy obowiązku alimentacyjnego rozwiedzionego małżonka, który nie został uznany za winnego rozkładu pożycia, ale nie wspominał o analogicznym ograniczeniu w przypadku małżonka winnego rozkładu pożycia, to należy przyjąć, iż takiego ograniczenia nie ma.

Powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, że przedmiotem skargi jest art. 60 § 3 zd. 2 k.r.o. w zakresie, w jakim stanowi, że oparty na art. 60 § 1 tego kodeksu obowiązek dostarczania środków utrzymania małżonkowi rozwiedzionemu przez małżonka, który został uznany za winnego rozkładu pożycia, nie wygasa z upływem określonego terminu. Art. 60 § 1 k.r.o. ma w sprawie znaczenie jedynie jako przepis związkowy, ustanawia bowiem samą instytucję prawną obowiązku alimentacyjnego między byłymi małżonkami, która – jako taka – nie została wprost zakwestionowana w rozpatrywanej skardze konstytucyjnej.

2. Merytoryczną ocenę zarzutów zawartych w skardze konstytucyjnej należy rozpocząć od problemu zgodności art. 60 § 3 zd. 2 w zw. z art. 60 § 1 k.r.o. z art. 64 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Należy zaznaczyć, że mimo wskazania w skardze konstytucyjnej całego art. 64 Konstytucji jako wzorca kontroli, zarzuty skarżącego nie dotyczą naruszenia istoty prawa własności (art. 64 ust. 3 Konstytucji).

Realizacja obowiązku ustanowionego w art. 60 § 1 k.r.o. polega przede wszystkim na spełnianiu świadczeń pieniężnych albo – wyjątkowo – świadczeń w naturze. Generalnie oznacza to ingerencję w prawo własności, którego istotnym elementem jest uprawnienie do swobodnego korzystania z przedmiotu własności i rozporzą-

dzania nim. Dotyczy to również środków pieniężnych. Nie można jednak wykluczyć, że wykonywanie obowiązku alimentacyjnego łączyć się będzie z ingerencją także w inne prawa majątkowe (np. w prawo do wynagrodzenia za pracę, w sytuacji, gdy świadczenie jest przymusowo egzekwowane z wynagrodzenia za pracę, albo – jak w niniejszej sprawie – prawo do zabezpieczenia społecznego przez ograniczenie wysokości otrzymywanego świadczenia emerytalno-rentowego). Kwestia, czy chodzi o ingerencję w prawo własności, czy w inne prawa majątkowe, ma – przede wszystkim z uwagi na to, iż w sprawie nie pojawia się problem naruszenia istoty prawa własności (art. 64 ust. 3 Konstytucji) – drugorzędne znaczenie. Można powiedzieć ogólnie, że mamy tu do czynienia z ingerencją w prawa majątkowe (mienie) byłego małżonka. Powstaje pytanie, czy ingerencja ta mieści się w granicach wyznaczonych przez Konstytucję.

2.1. Dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy istotne są dwie kwestie.

Po pierwsze, chodzi o kwestię przesłanek ustania obowiązku alimentacyjnego między byłymi małżonkami. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, stanowisko skarżącego zakładające, że jedynie zawarcie nowego związku małżeńskiego przez małżonka uprawnionego do świadczeń alimentacyjnych oznacza zwolnienie z obowiązku tych świadczeń małżonka, który został uznany za winnego rozkładu, nie jest w pełni trafne. Utrwalone orzecznictwo Sądu Najwyższego przyjmuje bowiem, że dopuszczalna jest taka wykładnia odpowiednich przepisów k.r.o., która dopuszcza oddalenie powództwa o świadczenie pomocy materialnej członkom rodziny „na zasadzie sprzeczności z zasadami współżycia społecznego” (uchwała SN z 17 grudnia 1991 r., III CZP 131/91, OSNC 6/1992, poz. 107 i powołane tam wcześniejsze orzeczenia). Sąd Najwyższy podkreślił przy tym, że „sprzeciw ze strony zasad współżycia społecznego” może budzić obarczenie małżonka rozwiedzionego obowiązkiem niesienia pomocy materialnej byłemu małżonkowi, który pozostaje w faktycznej wspólnocie małżeńskiej z inną osobą. Wskazał także, że sąd winien „baczyć”, żeby dochodzenie roszczenia alimentacyjnego nie było „szykaną wymierzoną przeciwko byłemu małżonkowi lub postępowaniem zmierzającym do jego wyzyskania”. Tak więc można stwierdzić, iż oprócz zawarcia nowego związku małżeńskiego inną przesłanką powodującą ustanie obowiązku alimentacyjnego jest sprzeczność roszczenia o dostarczanie środków utrzymania z zasadami współżycia społecznego (art. 5 k.c.).

Po drugie, w niniejszej sprawie należy uwzględnić charakter prawny obowiązku wzajemnej alimentacji między byłymi małżonkami. W uchwale Sądu Najwyższego z 16 grudnia 1987 r. (III CZP 91/86, OSNC 4/1988, poz. 42) stwierdzono, że świadczenie alimentacyjne między byłymi małżonkami stanowi „kontynuację obowiązku wzajemnej pomocy w zakresie utrzymania” powstałego przez zawarcie małżeństwa. Obowiązek ten trwa mimo rozwodu, choć „w postaci zmodyfikowanej”. Stanowisko to należy uznać za utrwalone w judykaturze i doktrynie (por. B. Czech [w:]

Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Komentarz, red. K. Piasecki, Warszawa 2005, s. 454). Niezależnie od tego, że stanowisko to nie jest aprobowane przez część doktryny (zob. Z. Krzemiński, *Rozwód. Komentarz do przepisów*, wyd. III, Zakamycze 2001), nie można zaprzeczyć, że obowiązek alimentowania byłego małżonka stanowi instytucję prawną pozostającą w ścisłym związku z obowiązkiem przyczyniania się do zaspokojenia potrzeb materialnych rodziny. Uprzednie zawarcie związku małżeńskiego jest konieczną przesłanką dochodzenia alimentów w razie ewentualnego rozwodu. Ustalenie, iż materialną podstawą obowiązku alimentacyjnego między rozwiedzionymi małżonkami są obowiązki istniejące w czasie trwania małżeństwa, a nie jest to zupełnie nowa powinność, ma istotne konsekwencje, jeśli chodzi o ocenę tej instytucji z punktu widzenia Konstytucji.

2.2. Oceniając zakwestionowaną regulację z punktu widzenia art. 31 ust. 3 Konstytucji, należy stwierdzić, że ograniczenia konstytucyjnych praw jednostki zostały wprowadzone w ustawie. Oznacza to spełnienie formalnego warunku dopuszczalności ograniczeń praw jednostki. Kwestia precyzji i określoności ograniczeń (przede wszystkim zwrotów: „niedostatek”, „usprawiedliwione potrzeby”) pozostaje poza granicami niniejszego postępowania.

Jeśli chodzi o kwestię warunków materialnych dopuszczalności ograniczeń praw jednostki, to zakwestionowana regulacja podyktowana została w pierwszej kolejności potrzebą ochrony praw innych osób (tj. konkretnie byłego małżonka osoby obciążonej obowiązkiem dostarczenia środków utrzymania). Oznacza to, że problem podniesiony w skardze konstytucyjnej analizowany być powinien pod względem konstytucyjnoprawnym z punktu widzenia zakresu koniecznej ochrony praw majątkowych rozwiedzonego małżonka. Dokonując oceny z punktu widzenia zasady proporcjonalności niezbędne jest porównanie zakresu legitymowanej konstytucyjnie ochrony praw jednego z małżonków z zakresem obowiązków drugiego z małżonków po ustaniu małżeństwa w wyniku orzeczonego przez sąd rozwodu. To ochrona praw jednego z małżonków jest elementem, który podlega w niniejszej sprawie porównaniu z wprowadzoną przez ustawodawcę ingerencją w prawa majątkowe drugiego małżonka.

Pewne znaczenie w niniejszej sprawie ma również przesłanka ochrony moralności publicznej, ponieważ w istocie rzeczy tutaj tkwi konstytucyjna podstawa do zróżnicowania statusu małżonka winnego rozkładu pożycia i małżonka, który takiej winy nie ponosi.

Ochrona roszczeń rozwiedzonego małżonka o dostarczanie mu przez drugiego z małżonków środków utrzymania wynika z charakteru małżeństwa jako instytucji objętej ochroną konstytucyjną. Z punktu widzenia przedmiotu niniejszej sprawy istotne jest stwierdzenie, że z natury rzeczy zawarcie małżeństwa stanowi podstawę do ograniczenia przysługujących indywidualnie każdemu z małżonków praw majątkowych. Chodzi tu nie tylko o instytucję małżeńskiego ustroju

majątkowego, ale również – a nawet przede wszystkim – o obowiązki majątkowe wobec drugiego małżonka i innych członków rodziny założonej przez małżonków. Obowiązek wzajemnej pomocy – również materialnej (finansowej) – należy do koniecznych elementów małżeństwa. Należy przy tym podkreślić, że charakterystyczną cechą stosunków między małżonkami jest założenie oparcia ich na zaufaniu (wierności) oraz wspólnym decydowaniu o sprawach życia rodzinnego. Mamy tu więc do czynienia ze złożonym kompleksem wzajemnych praw i obowiązków, które w zakresie majątkowym mają także swój wymiar prawny. Z praw przysługujących małżonkom wynika między innymi także możliwość żądania, aby drugi z małżonków przyczyniał się do zaspokojenia materialnych potrzeb rodziny oraz prawo do pomocy (również materialnej) ze strony drugiego małżonka. Wskazuje się, że wspólne pożycie stanowiące jeden z podstawowych elementów małżeństwa wymaga w zasadzie jednakowej stopy życiowej obojga małżonków (por. M. Sychowicz [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2006, s. 114).

Mimo że art. 18 i art. 47 Konstytucji nie stanowią wzorców kontroli w niniejszej sprawie, to jednak ich treść nie pozostaje bez wpływu na ocenę zasadności rozpatrywanej skargi konstytucyjnej. W aspekcie zasad wyrażonych w tych przepisach Konstytucji małżeństwo stanowi złożoną instytucję prawną. Zawarcie małżeństwa i pozostawanie w związku małżeńskim jest bowiem z jednej strony wyrazem przysługującej człowiekowi wolności (por. także art. 23 Międzynarodowego Paktu Praw Politycznych i Obywatelskich i art. 12 europejskiej Konwencji praw człowieka i podstawowych wolności), z drugiej – rodzi określone obowiązki, którym odpowiadają uprawnienia drugiego z małżonków, w tym także roszczenia natury majątkowej. Roszczenia te nie wynikają jedynie z ustaw (choć to one go konkretyzują), ale także z art. 18 Konstytucji, stanowiąc pewien element realizacji nakazu gwarantowanej przez ten przepis ochrony małżeństwa i rodziny. Nakazana przez Konstytucję ochrona małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny oznacza bowiem również ochronę praw małżonków w ich wzajemnych stosunkach.

Konstytucyjny aspekt obowiązków jednego małżonka wobec drugiego oddziałuje również na kwestię ich zakresu czasowego. Otóż z samego założenia małżeństwo jest stosunkiem prawnym o nieokreślonym czasie trwania. Niezależnie od instytucji rozwodu i separacji (a także zmian obyczajowych i towarzyszących im zmian świadomości społecznej) zasadniczą przyczyną ustania małżeństwa jest i pozostaje śmierć jednego z małżonków. Takie jest założenie regulacji ustawowej. Wobec tego należy przyjąć, że pewne formy ochrony roszczeń majątkowych wobec współmałżonka mogą nie tylko trwać nadal mimo rozwodu, ale i mieć charakter z założenia „dożywotni”. Gdyby nie doszło do rozwodu, małżonkowie mieliby prawo oczekiwania od siebie nawzajem wsparcia, jak również pomocy materialnej w zaspokajaniu swoich uzasadnionych potrzeb. Regulacja prawna sytuacji rozwiedzionych małżonków winna to oczekiwanie chronić, bowiem jako prawo o charak-

terze majątkowym podlega ono również ochronie konstytucyjnej. Ustawodawca, wprowadzając instytucje rozvodu i separacji, winien uwzględnić potrzebę ochrony usprawiedliwionych potrzeb byłego małżonka.

Orzeczenie rozvodu zasadniczo przekreśla istnienie więzi rodzinnej między małżonkami, ale nie unicestwia faktu, że małżonkowie w przeszłości tworzyli rodzinę. Jeśli atrybutem rodziny jest wspólne przyczynianie się do zaspokajania jej potrzeb, to z punktu widzenia rozwiedzionego małżonka roszczenie o dostarczenie środków utrzymania stanowi *sui generis* kontynuację ochrony jednego z istotnych elementów jego życia rodzinnego. Stanowi przedłużenie tej ochrony w czasie.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że zgodnie z tym, co zostało powiedziane w końcowym zdaniu wstępu do Konstytucji powszechny obowiązek solidarności z innymi jest jedną z zasad obowiązujących wszystkich stosujących Konstytucję. Obowiązek ten ma naturalnie różny charakter w zależności od relacji między określonymi osobami. Niewątpliwie jednak stosunki między małżonkami winny opierać się również na szczególnie pojmowanej solidarności. Prawo może wprowadzać pewne, a zwłaszcza materialne, aspekty obowiązku solidarności między byłymi małżonkami w interesie tej strony, której sytuacja uległa w wyniku rozvodu pogorszeniu.

Z powyższych względów prawo rozwiedzionego małżonka do alimentacji ma wymiar konstytucyjny, stanowiąc prawo majątkowe w rozumieniu art. 64 Konstytucji. Konieczność ochrony tego prawa może uzasadniać ingerencję w prawo własności i inne prawa majątkowe drugiego z rozwiedzionych małżonków.

Jak już wspomniano, istotne znaczenie ma spojrzenie na zakres obowiązków rozwiedzionego małżonka także z punktu widzenia zasad moralności publicznej. Wywodząca się jeszcze z prawa rzymskiego jedna z klasycznych zasad moralnych i prawnych: *nemo turpitudinem suam allegans audiat*, zachowuje aktualność także współcześnie. Stwierdzenie winy rozkładu pożycia stanowi podstawę do przyjęcia, że do rozvodu doszło w wyniku bezprawnych lub co najmniej niezgodnych z zasadami moralnymi zachowań małżonka winnego. Jest to zatem wyraz moralnej oceny zachowania się małżonka, która ma istotne konsekwencje prawne. Powoduje bowiem, że dopuszczalne są ograniczenia jego konstytucyjnych praw i wolności podyktowane właśnie wymogami moralności publicznej. Wymogi te mogą uzasadniać stosowanie również pewnych sankcji, które nie tylko mają uwidaczniać negatywną ocenę zachowania się danej osoby. W takiej sytuacji należy stwierdzić, że jeżeli miałby on możliwość uwolnienia się wraz z upływem czasu ze swoich zobowiązań alimentacyjnych wobec drugiego małżonka powstałych przez zawarcie małżeństwa, byłoby to z kolei pewną preferencją dla niego – swego rodzaju polepszeniem własnej sytuacji materialnej związanym z uwolnieniem się od obowiązku przyczyniania się do zaspokojenia potrzeb rodziny, w tym drugiego współmałżonka.

Należy zaznaczyć, że podstawy ograniczeń praw majątkowych rozwiedzionych małżonków wskazane w powyższych wywodach wyznaczają także granice ingerencji. Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 60 § 3 zd. 2 k.r.o. obowiązek alimentacyjny

między byłymi małżonkami wygasa zasadniczo po upływie 5 lat od orzeczenia rozwodu. Oznacza to, że ustawodawca chroni co do zasady wspomnianą wcześniej ekspektatywę tylko przez pewien czas od ustania małżeństwa w wyniku orzeczenia rozwodu. Jednak bardzo istotne jest ustawowe zastrzeżenie polegające na tym, że sąd może w wyjątkowych okolicznościach na żądanie uprawnionego przedłużyć ten termin i to bez żadnych ograniczeń czasowych (art. 60 § 3 *in fine* k.r.o.). Kwestia zasadności przyjęcia akurat pięcioletniego okresu trwania obowiązku wykracza poza ocenę Trybunału Konstytucyjnego w niniejszej sprawie, tym niemniej ma znaczenie dla oceny proporcjonalności rozwiązań dotyczących małżonka winnego rozkładu pożycia. Powoduje bowiem, że nie mamy do czynienia tylko z dwiema możliwymi sytuacjami, tj. terminem pięcioletnim, jeśli zobowiązanym jest małżonek, który nie został uznany za winnego rozkładu pożycia, oraz z brakiem ograniczenia czasowego, jeśli zobowiązanym jest małżonek winny rozkładu pożycia. Jest jeszcze możliwość trzecia, a mianowicie obciążenie małżonka, który nie ponosi winy za rozkład pożycia, dłuższym, a potencjalnie nawet dożywotnim, obowiązkiem alimentacyjnym, jeżeli zachodzą wyjątkowe okoliczności. Regulacja ta osłabia zarzut oparty na tym, że małżonek uznany za winnego rozkładu pożycia traktowany jest nadmiernie surowo w stosunku do małżonka, który takiej winy nie ponosi.

Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego zasada proporcjonalności, wyznaczająca dopuszczalny zakres ograniczeń korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, wymaga zbadania, czy kwestionowana norma spełnia trzy wymagania: przydatności, konieczności i proporcjonalność w ścisłym tego słowa znaczeniu. Wymaganie przydatności ograniczeń jest w niniejszej sprawie spełnione. Świadczenia alimentacyjne ze strony byłego małżonka służą bowiem zaspokojeniu potrzeb materialnych, które – gdyby nie doszło do rozwodu – byłyby zaspokajane w ramach rodziny. Również problem wymagania konieczności rysuje się w sposób niebudzący istotnych wątpliwości. Jedyną bowiem drogą do zabezpieczenia określonego poziomu życia rozwiedzionych małżonków jest nałożenie na nich obowiązku alimentacyjnego. Trudno przyjąć, że obowiązki te miałyby przejść w tej sytuacji władze publiczne albo krewni osoby uprawnionej.

Istotny problem pojawia się przy ocenie proporcjonalności w ścisłym znaczeniu tego słowa. Rzeczywiście nałożenie na rozwiedzionego małżonka obowiązku „dostarczania środków utrzymania w zakresie odpowiadającym potrzebom uprawnionego” trwającego bez ograniczenia żadnym terminem mogłoby być ocenione jako nieproporcjonalne obciążenie, nawet jeżeli obciąża on małżonka winnego rozkładu pożycia. Jednak należy podkreślić, że Trybunał Konstytucyjny rozpatruje w niniejszej sprawie kwestię zgodności art. 60 § 3 k.r.o. w zakresie, w jakim odnosi się on do świadczenia alimentacyjnego opisanego w art. 60 § 1 k.r.o., a ten przepis zastrzega, że uprawnionym do alimentacji jest małżonek, który „znajduje się w niedostatku”. Roszczenie alimentacyjne, o którym mowa w art. 60 § 2 k.r.o., pozostaje wprawdzie poza ramami niniejszego postępowania, jednak należy zwrócić uwagę,

że z formuły: „a rozwód pociąga za sobą istotne pogorszenie sytuacji materialnej małżonka” wynika również poważne ograniczenie skali roszczeń. Poza tym zakres świadczeń alimentacyjnych uzależniony jest nie tylko od potrzeb uprawnionego, ale i od możliwości zarobkowych i majątkowych zobowiązanego. Oprócz tego ograniczeniem obowiązku alimentacyjnego jest wspomniana wcześniej możliwość oddalenia przez sąd powództwa rozwiedzionego małżonka ze względu na sprzeczność z zasadami współżycia społecznego. Rozwiązania te w poważny sposób łagodzą brak oznaczonego kalendarzowo, terminu wygaśnięcia obowiązku alimentacyjnego. Można stwierdzić, że ustawodawca dokonał wyważenia interesów rozwiedzionych małżonków i ograniczył również prawa małżonka uprawnionego do alimentacji, przede wszystkim przez zastrzeżenie przesłanki pozostawania w niedostatku. Ta ustawowa regulacja powoduje przy tym, że choć brak jest w przypadku małżonka winnego rozkładu pożycia określonego kalendarzowo terminu ograniczającego zakres czasowy jego obowiązku alimentacyjnego, to jednak obowiązek ten nie powstaje lub wygasa, jeżeli drugi z małżonków nie jest w niedostatku. Pozwala to zachować zasadę, że za materialny poziom życia po rozwodzie zasadniczo odpowiedzialni są indywidualnie sami byli małżonkowie, a obowiązek drugiego małżonka ma charakter subsydiarny, tj. powstaje tylko w sytuacji niedostatku.

Konkludując tę część rozważań, Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że regulacja ustawowa zakwestionowana w skardze konstytucyjnej nie narusza wynikającej z art. 31 ust. 3 Konstytucji zasady proporcjonalności jako ograniczenie w zakresie konstytucyjnych wolności i praw człowieka i obywatela, w szczególności nie stanowi ona nadmiernej ingerencji we własność ani w inne prawa majątkowe, których ochrona poręczona została w art. 64 Konstytucji.

3. Jeżeli chodzi o art. 2 Konstytucji, to skarżący nie podaje argumentów, które wskazywałyby na naruszenie konkretnego prawa podmiotowego przysługującego skarżącemu i znajdującego oparcie w tym przepisie Konstytucji. Art. 2 Konstytucji nie stanowi samoistnej podstawy wolności ani praw podlegających ochronie realizowanej za pomocą skargi konstytucyjnej. Nie może on zatem stanowić samoistnego wzorca sprawowanej w tym trybie kontroli konstytucyjności prawa. Podniesiony przez skarżącego zarzut niezgodności z tym przepisem może być jednak rozpatrywany przez Trybunał Konstytucyjny wówczas, gdy skarżący zarzuca jednocześnie niezgodność z przepisem Konstytucji stanowiącym podstawę konstytucyjnych wolności lub praw, np. art. 64 Konstytucji. W niniejszej sprawie art. 2 Konstytucji w części wyrażającej nakaz urzeczywistnienia zasad sprawiedliwości społecznej został powołany przez skarżącego przede wszystkim dla wzmocnienia argumentacji. Można jedynie zauważyć, że wskazywane przez skarżącego okoliczności – większy stopień akceptacji społecznej dla instytucji rozwodu i wzrost odsetka rozwodzących się małżeństw – nie wpływają bezpośrednio na ocenę sytuacji tego z małżonków, którego zawinione zachowanie spowodowało rozkład pożycia. Ni-

niejsza sprawa dotyczy zaś obowiązków alimentacyjnych tylko tej grupy. Zawinione przyczynienie się do rozkładu własnego małżeństwa jest niewątpliwie działaniem, które musi być ocenione negatywnie nie tylko z punktu widzenia drugiego małżonka, ale jest również niekorzystne dla życia społecznego, którego ważnym elementem jest małżeństwo i oparta na nim rodzina. Dlatego odpowiednio – w świetle regulacji materialnych Konstytucji – „surowsze” traktowanie tej kategorii małżonków nie może być uznane za założenia za niesprawiedliwe społecznie, a charakter prawny i społeczna ocena samej instytucji rozwodu ma w tym zakresie uboczne znaczenie.

4. Na zakończenie należy podkreślić, że rozważania Trybunału Konstytucyjnego w niniejszej sprawie dotyczą zakwestionowanych norm prawnych rozumianych w sposób abstrakcyjny. Nie można wykluczyć, że ze względu na konieczną w przypadku przepisów prawa generalizację pewnych typów sytuacji faktycznych w praktyce może wystąpić sytuacja, w której rozstrzygnięcia spraw indywidualnych będą uważane za niesprawiedliwe lub niezgodne z Konstytucją. Nie jest również wykluczone, iż określone przepisy będą w pewnych sytuacjach stosowane w sposób niezgodny z zasadami, normami i wartościami konstytucyjnymi. Jednak ocena konstytucyjności prawa nie polega na wykazaniu, że takie sytuacje mogą wystąpić, ale że ich przyczyną jest sama treść określonych przepisów. Inaczej mówiąc, podkreślana w skardze konstytucyjnej kwestia okoliczności faktycznych konkretnej sprawy, będącej podłożem wystąpienia do Trybunału Konstytucyjnego, nie ma rozstrzygającego znaczenia, nawet gdyby faktycznie (czego Trybunał nie może oceniać) doszło do naruszenia konstytucyjnego prawa lub wolności skarżącego. Niekonstytucyjność norm prawnych nie polega bowiem na tym, że mogą zdarzyć się sytuacje, gdy ich stosowanie doprowadzi do naruszenia Konstytucji, lecz polega na tym, że możliwość tych naruszeń jest niejako wpisana w treść danej normy i powoduje w konsekwencji jej niezgodność z Konstytucją.

Zważywszy powyższe okoliczności, Trybunał Konstytucyjny orzekł jak w sentencji.

Uwagi na tle wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 kwietnia 2006 r. (sygn. akt SK 57/04)

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego dotyczący art. 60 k.r.o. jest godny zainteresowania zarówno teoretyków jak i praktyków prawa, bowiem odniesienie obowiązku alimentacyjnego do wzorca konstytucyjnego ustanowionego w art. 64 Konstytucji wydaje się być bez precedensu w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Zakładając zasadność takiego odniesienia, należałoby przyjąć, że jakkolwiek obowiązek alimentacyjny stanowi ingerencję we własność osoby zobowiązanej do alimentów. Przy tym założeniu przepisy dotyczące obowiązku alimentacyjnego, tak jak wszystkie inne przejawy ingerencji w prawo własności, mogłyby znajdować uzasadnienie tylko jako ustawowe ograniczenie tego prawa w ramach dyspozycji art. 64 ust. 3 Konstytucji.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreśla się, iż prawo własności nie ma charakteru absolutnego i może podlegać ograniczeniom. Konstytucyjną podstawę tych ograniczeń stanowi art. 64 ust. 3 Konstytucji, natomiast zakres ograniczeń określony jest treścią art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ograniczenia te muszą zatem spełniać warunek konieczności w demokratycznym państwie i nie mogą naruszać istoty prawa własności.

W myśl art. 31 ust. 3 Konstytucji, mogą być one ustanawiane tylko w ustawie i jedynie wówczas, gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. W niniejszej sprawie relevantna jest ostatnia z wymienionych przesłanek. Realizacja tego ograniczenia następuje zarówno poprzez działanie ustawodawcy, którego skutkiem jest obowiązywanie zakwestionowanej normy, jak i przez faktyczne czynności sądów, które mają za przedmiot orzekanie na podstawie tego przepisu.

Przedmiotem analizy Trybunału musiała być więc kwestia, czy zakwestionowane „ograniczenie własności” jest uzasadnione koniecznością ochrony praw innych osób i czy nie przekracza granic konieczności (proporcjonalności). Przy tym najpierw należało odpowiedzieć na pytanie, czy prawa te znajdują oparcie w innych wartościach konstytucyjnie chronionych, następnie zaś, czy ograniczenie własności w imię ochrony tych praw jest konieczne.

Dlatego też, dla rozstrzygnięcia o konstytucyjności zaskarżonych norm zasadnicze znaczenie ma najpierw odpowiedź na pytanie, czy kwestionowana regulacja znajduje uzasadnienie w wartościach proklamowanych w art. 18 Konstytucji, gdyż

– jak się wydaje -to one są realizowane przez art. 60 k.r.o. Ponieważ art. 18 Konstytucji dotyczy ochrony rodziny, zasadnicze znaczenie ma stwierdzenie, iż świadczenia alimentacyjne między rozwiedzionymi małżonkami stanowią kontynuację powstałego przez zawarcie małżeństwa obowiązku wzajemnej pomocy w zakresie utrzymania i trwają mimo rozwodu, aczkolwiek w postaci zmodyfikowanej. Teza ta jest zgodnie przyjmowana przez judykaturę i orzecznictwo poczynając od uchwały Sądu Najwyższego z 2 lipca 1955 r. (sygn. akt I CO 27/55-OSN 1956, poz. 33).

Alimenty porozwodowe są zatem nie tyle konsekwencją rozwodu, ile konsekwencją małżeństwa -kontynuacją wynikających zeń zobowiązań. Rozwód zmniejsza zakres tych zobowiązań – po rozwodzie zwykły obowiązek alimentacyjny ogranicza się do sytuacji, gdy małżonek uprawniony znajduje się w niedostatku. Także kwalifikowany obowiązek małżonka uznanego za wyłącznie winnego rozkładu pożycia jest mniejszy od alimentów między małżonkami, których celem jest wyrównanie stopy życiowej małżonków.

Wskazanie na powyższy charakter świadczeń alimentacyjnych między rozwiedzionymi małżonkami przesądza o zgodności art. 60 k.r.o. z art. 18 Konstytucji. Naruszenie tej normy konstytucyjnej zostało pierwotnie podniesione w skardze konstytucyjnej, jednakże w późniejszym piśmie procesowym zarzut ten został cofnięty. Godzi się zauważyć, że skarżący powoływał w skardze tę normę konstytucyjną w zupełnie innym kontekście.

Skarżący podnosił bowiem, że obowiązek alimentacyjny po rozwodzie zniechęca do zawarcia nowego małżeństwa, gdyż w takim wypadku ustaje obowiązek alimentacyjny wynikający z poprzedniego związku i dlatego były małżonek -uprawniony do alimentów – woli pozostać w związku nieformalnym. Argumentacja taka nie jest przekonująca, brzmi ona dość przewrotnie szczególnie w przypadku rozwiedzionych osób w podeszłym wieku. Takich osób dotyczy zaś w większości wypadków – jak wskazuje na to praktyka sądowa – uprawnienie z art. 60 k.r.o..

Jak pisze prof. T. Smoczyński, nawiązując do wytycznych Sądu Najwyższego zawartych w uchwale z dnia 16 grudnia 1987 roku: „... wspomniany szerszy obowiązek alimentacyjny małżonka wyłącznie winnego pojawia się zwłaszcza w razie długiego czasu trwania małżeństwa. Wtedy bowiem małżonek w starszym wieku (najczęściej kobieta), która poświęciła wiele lat na wychowywanie dzieci, nie będzie mogła zapewnić sobie dobrze płatnej pracy ani podwyższyć swoich kwalifikacji zawodowych. Sytuacja taka może pojawić się także wówczas, gdy małżeństwo trwało kilka lat, w których żona wychowywała małe dzieci i po rozwodzie nadal nie ma możliwości zapewnienia sobie odpowiedniego poziomu życia...”¹.

Analizowany obowiązek alimentacyjny jest bowiem w obecnych realiach prawnych i społecznych jedynym instrumentem prawnym ochrony interesów rozwiedzionego małżonka, którego sytuacja życiowa ulega pogorszeniu w wyniku roz-

¹ T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze. Analiza i wykładnia*. C.H. Beck, Warszawa 2001, s. 212).

wodu, zwłaszcza rozvodu niezawinionego przez siebie. Wspomniany kontekst społeczny polega na tym, że nadal dominującym w Polsce modelem podziału funkcji w rodzinie jest model, w którym główny ciężar utrzymania rodziny spoczywa na mężczyźnie, zaś prowadzenia gospodarstwa domowego i wychowania dzieci spoczywa na kobiecie. Nawet zresztą w sytuacji, gdy oboje małżonkowie pracują, to w świetle badań dochody małżonków nie są z reguły jednakowe. Podnosi się, że w omawianych realiach preferowany jest mężczyzna. Wprawdzie jego dochody wchodzi z reguły do majątku wspólnego, niemniej nie dotyczy to w większości wypadków wypracowania uprawnień emerytalno-rentowych, gdyż podstawowe i obowiązkowe składki z tzw. 1. filaru ubezpieczeń, jak również należne z tego tytułu świadczenia nie podlegają repartycji między małżonkami (w świetle znowelizowanego ostatnio art. 31 § 2 pkt 3 k.r.o., do majątku wspólnego wchodzi środki zgromadzone na rachunku otwartego lub pracowniczego funduszu jednego z małżonków). Brak jest mechanizmu, który funkcjonuje w niektórych krajach Europy, w szczególności w Niemczech (*Versorgungsausgleich*), który pozwalałby na wyrównanie wszystkich uprawnień emerytalnych między rozwodzającymi się małżonkami. Mechanizm ten polega z reguły na równym podziale między nimi składek płaconych przez nich z tytułu ubezpieczenia społecznego a później – także świadczeń z tego tytułu (lub jednego z nich, gdy drugi zajmował się domem) w czasie małżeństwa. Brak takiego mechanizmu musi być rekompensowany przez inne instrumenty. W Polsce cel ten jest realizowany przez omawiany obowiązek alimentacyjny.

W art. 60 § 1 k.r.o. (zwykły obowiązek alimentacyjny) ochrona praw byłego małżonka nie wykracza poza zapewnienie minimum socjalnego, nie wydaje się więc, aby w tym zakresie ustawodawca wykroczył poza granice „konieczności”, o których mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Art. 60 § 2 k.r.o. nie był już objęty zakresem skargi, niemniej należy wskazać, że również w tym wypadku należy brać pod uwagę funkcjonujące relacje społeczne. Nie odpadły bowiem przyczyny ochronnego unormowania art. 60 § 2 k.r.o., nawet mimo istotnych zmian społeczno-gospodarczych określanych mianem transformacji.

Zdaniem T. Sokołowskiego, potrzeba stosowania tej regulacji nawet wzrosła: „Zwracając [...] większą uwagę na strukturalnie ujmowane ekonomiczne konsekwencje rozvodu, opowiedzieć się należy za szerszym stosowaniem przepisu art. 60 § 2 k.r.o. w sposób uwzględniający istotne zmiany sytuacji społecznej, jakie dokonują się w grupie rozwiedzionych małżonków... Wiele bowiem kobiet pracuje intensywnie zawodowo zarówno przed, jak i po rozwodzie, jednak konieczność samodzielnej egzystencji wraz z dziećmi powoduje często bardzo znaczne obniżenie poziomu życia takiej rodziny niepełnej, aczkolwiek jeszcze powyżej poziomu niedostatku, co uniemożliwia zastosowanie przepisu art. 60 § 1 k.r.o. Uzasadnione jest także stosowanie przepisu art. 60 § 2 k.r.o. jako pod-

stawy prawnej alimentacji na rzecz rozwiedzionych ojców samotnie wychowujących dzieci, zwłaszcza -co zdarza się już obecnie -gdy w chwili rozwodu przebywają oni na urlopie wychowawczym.”²

Uzasadnienie ochrony udzielonej w art. 60 § 1 i 2 k.r.o. dotyczy także czasu trwania omawianego obowiązku alimentacyjnego, który jest określony w art. 60 § 3 k.r.o.³ Zarzut skargi dotyczył braku limitu czasowego w zakresie obowiązku byłego małżonka uznanego za winnego rozkładu pożycia. Zarzut ten był o tyle nieprecyzyjny, o ile pomijał, że w razie zmiany okoliczności wysokość tego zobowiązania może ulec modyfikacji, zaś w razie całkowitego ustąpienia podstaw obowiązku alimentacyjnego (przesłanek z art. 60 § 1 lub 2 k.r.o.), może on zostać uchylony, gdyż art. 138 k.r.o. znajduje tu oczywiście zastosowanie. Ponadto Trybunał zwrócił uwagę na możliwość oddalenia żądania na podstawie art. 5 k.c. W związku z tym należy zauważyć, że w praktyce sądowej wspomniane zróżnicowanie sytuacji małżonka winnego i niewinnego rozkładu pożycia ulega pewnemu zatarciu. Po pierwsze dotyczy to zmiany sytuacji zobowiązanego. Jeżeli utraci on dotychczasowe możliwości płatnicze, jego obowiązek ulegnie zmniejszeniu lub uchyleniu, niezależnie od tego, czy ponosił winę za rozkład pożycia. Z drugiej strony perspektywa zmniejszenia lub nawet uchylenia obowiązku alimentacyjnego zajdzie w sytuacji, gdy elementem tej sytuacji po stronie uprawnionego jest konieczność wychowania dzieci lub brak stosownych kwalifikacji zawodowych. Okoliczności te mogą być bowiem przejściowe. Jeżeli sąd ustali, że dzieci się usamodzielnily lub ustali, że uprawniony zdobył lub powinien był zdobyć określone możliwości zarobkowe, to wówczas może orzec o zmniejszeniu lub nawet wygaśnięciu zobowiązania, niezależnie od tego, czy do danego stosunku prawnego znajduje zastosowanie ograniczenie czasowe z art. 60 § 3 k.r.o..

Art. 60 § 3 k.r.o. o tyle uprzywilejowuje małżonka niewinnego, że po upływie 5 lat, jego obowiązek automatycznie wygasa, ale i to traci na znaczeniu wobec możliwości przedłużenia tego obowiązku przez sąd ze względu na wyjątkowe okoliczności.

Nie ulega jednak wątpliwości, że na gruncie art. 60 k.r.o. istnieje zróżnicowanie sytuacji małżonka winnego i niewinnego. Ponieważ jest to realnie jedyna istotna konsekwencja orzeczenia o winie za rozkład pożycia, zniwelowanie lub zatarcie w art. 60 k.r.o. różnic w sytuacji małżonka winnego i niewinnego oznaczałoby pozbawienie orzekania o winie w wyroku rozwodowym praktycznego znaczenia. W istocie więc ciężar przyszłej dyskusji powinien być przesunięty na zasadność utrzymania regulacji dotyczącej orzekania o winie za rozkład pożycia.

² T. Sokołowski, Charakter szerszej postaci obowiązku alimentacyjnego względem rozwiedzonego małżonka. *Studia Prawnicze z. 1 z 1991 s. III*).

³ Art. 60 § 3 k.r.o. ogranicza do lat pięciu (co do zasady) czas trwania obowiązku alimentacyjnego małżonka nieuznanego za winnego rozkładu pożycia.

Dotykamy tu bardzo istotnego aksjologicznie aspektu omawianego zagadnienia.

Wskazując na zmiany społeczne osłabiające instytucję małżeństwa, skarga zawierała bowiem ukrytą konkluzję, że dewaluacja instytucji małżeństwa nie uzasadnia dalszego utrzymywania dotychczasowej ochrony tej instytucji.

W istocie omawiane zagadnienie ma silne konotacje społeczne i moralne. W orzecznictwie i piśmiennictwie niejednokrotnie zwracano uwagę, że na gruncie art. 60 k.r.o. mamy do czynienia ze szczególnym przenikaniem regulacji prawnej i moralnej (zasady współżycia społecznego). Gdyby przyjąć (za skarżącym), że od czasu uchwalenia Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nastąpiły istotne dla stosowania zaskarżonej regulacji zmiany społeczne i aksjologiczne, to wydaje się, że jest to przesłanka dla ustawodawcy kierującego się tymi właśnie okolicznościami. Nie jest to zatem kwestia zgodności regulacji z Konstytucją, lecz jej zgodności z sytuacją społeczną i normami społecznymi, które obecnie w tym zakresie obowiązują.

W kwestii alimentów porozwodowych należy zasygnalizować, iż Komitet Ministrów Rady Europy w dniu 18 stycznia 1989 roku przyjął rekomendację nr (89) 1 w sprawie świadczeń porozwodowych, dotyczącą między innymi obowiązku alimentacyjnego pomiędzy rozwiedzionymi małżonkami. Dokument ten proklamuje w zasadzie 1, że po rozwodzie każda ze stron powinna być, w miarę możliwości materialnie niezależna i móc zaspokajać swe potrzeby życiowe. Jako służące temu celowi regulacje rekomendacja wskazuje w pierwszej kolejności odpowiednią regulację ustroju majątkowego małżeńskiego oraz system zabezpieczenia społecznego, taki by każdy z małżonków mógł korzystać jednakowo ze składek wpłaconych w czasie trwania małżeństwa. Jak wyżej już zostało zauważone, polski system prawny tylko w części przyswoił drugi z wymienionych instrumentów, pozostaje jednak w zgodzie z rekomendacją, stosując w to miejsce omawiany obowiązek alimentacyjny. Istotne jest podkreślenie, że zasada 2, która mówi o wypłaceniu przez jedną stronę na rzecz drugiej strony określonej sumy pieniężnej jednorazowo lub w ratach przez określony czas, nie uchybia możliwości ustanowienia obowiązku alimentacyjnego bezterminowego, który jest dopuszczalny w świetle zasady 3, niemniej jednak zasada 3 dotyczy tych sytuacji, gdy osiągnięcie celu z zasady 1 nie jest możliwe środkami wymienionymi w zasadach 1 i 2, zatem subsydiarnie. Ponadto wydaje się, że zasada 3 dotyczy tylko alimentów uzasadnionych niedostatkiem. Nasz system prawny wskazaną subsydiarność realizuje częściowo. Jeżeli bowiem każdy z małżonków w wyniku podziału majątku lub odpowiedniego zabezpieczenia społecznego jest samodzielny materialnie i może zaspokajać swe potrzeby, obowiązek alimentacyjny nie wchodzi w grę. Brak jest jednak konsekwentnej regulacji, która sprzyjałaby zapewnieniu takiego zabezpieczenia socjalnego dla małżonka, który ze względu na podział obowiązków rodzinnych, nie posiada uprawnień emerytalnych lub posiada je w nieadekwatnym do uzasadnionych

potrzeb rozmiarze. Niewątpliwie jest, że polski system prawny nie realizuje zasady 5 w tej części, w której kwestionuje ona winę zobowiązanego jako przesłankę zróżnicowania wysokości świadczenia.

Wskazane niezgodności między zasygnalizowaną rekomendacją a art. 60 k.r.o., dotyczące przedmiotu rozstrzygnięcia Trybunału, nie mają decydującego znaczenia dla oceny obecnego stanu prawnego w Polsce, ponieważ rekomendacje Rady Europy nie mają charakteru wiążącego, a jedynie zalecający.

Niemniej jednak, o ile z omawianego wyroku Trybunału Konstytucyjnego nie wynika niezgodność art. 60 k.r.o. z Konstytucją RP, o tyle moim zdaniem, można na tle tego rozstrzygnięcia rozważyć *de lege ferenda* o zasadności uzależnienia obowiązku alimentacyjnego między rozwodzącymi się małżonkami od winy w rozkładzie życia a w konsekwencji o zasadności orzekania o winie w wyroku rozwodowym.

Jeżeli bowiem Trybunał Konstytucyjny dostrzega moralne przesłanki obowiązku alimentacyjnego związane z przypisaniem winy zobowiązanemu, to pomija jednak, że w kwestii długości trwania obowiązku alimentacyjnego nie ma różnicy między przypisaniem winy tylko zobowiązanemu a przypisaniem winy obojgu małżonkom. Ustawodawca dostrzega różnicę między moralnymi przesłankami obowiązku małżonka wyłącznie winnego i przesłankami obowiązku małżonka współwinnego (art. 60 § 2 a art. 60 § 1 k.r.o.), nie przenosząc tego zróżnicowania na kwestię długości trwania tych obowiązków. Nasuwa się też pytanie, czy współzawinienie nie powinno mieć takich samych konsekwencji jak odstąpienie od orzekania o winie? Czy o przesłankach obowiązku alimentacyjnego ma decydować gotowość małżonka/ów do rozstrząsania przed sądem „scen z życia małżeńskiego”? Każdy praktyk wie, co oznacza dowodzenie winy rozkładu pożycia. Wiedzą to też ci małżonkowie, którzy nie żądają orzeczenia o winie. Gdyby żądali, to w większości wypadków zapadłoby orzeczenie o winie wspólnej. Jest to może tylko intuicyjna ocena, ale sądzę, że przyłączyłaby się do niej większość sędziów orzekających w sprawach rozwodowych a także teoretyków, w tym socjologów rodziny.

Warto byłoby w ewentualnej dalszej dyskusji nad porozwodowym obowiązkiem alimentacyjnym odwołać się do badań prawnoporównawczych, które wskazałyby, że wiele systemów prawnych odstąpiło od zasady winy w kwestii alimentów. Należy tu wymienić Bułgarię, Czechy, Danię, Anglię i Walię, Finlandię, Niemcy, Węgry, Włochy, Norwegię, Rosję, Szwecję, Szwajcarię⁴.

Nie oznacza to, że postuluję ograniczenie zobowiązań porozwodowych, wręcz przeciwnie. Uważam, jak wskazałem na wstępie, że zobowiązania te są przede wszystkim konsekwencją małżeństwa, nie powinny zaś być traktowane jako sankcja za przyczynienie się do rozpadu małżeństwa, gdyż to przyczynienie się w zdecydowanej większości obciąża oboje małżonków i nie wynika z tego wystarczające aksjologiczne uzasadnienie zobowiązania jednego z małżonków wobec drugiego.

⁴ European Family Law In Action , vol. II: Maintenance Between Former Spouses, Antwerpen, Oxford, New York 2003, s. 129-139

Niewątpliwie najczęściej występującą dysproporcją w sytuacji rozwodzących się małżonków jest różnica w wypracowanej ekspektatywie emerytalnej na niekorzyść kobiet, w szczególności tych, które poświęciły się wychowaniu dzieci i straciły przez to szanse na godziwe zabezpieczenie emerytalne. Czy są one skazane na dowodzenie winy małżonka w rozwodzie i później na uciążliwe procesy o alimenty? Można tego uniknąć dzięki prawu do części ekspektatywy emerytalnej wypracowanej przez drugiego małżonka, jak również poprzez prawo do odpowiedniej części przyznanych już świadczeń. Kwestia repartycji między małżonkami uprawnień emerytalnych nabytych przez nich w czasie trwania małżeństwa staje się w tej chwili szczególnie aktualna.

Obecnie w Polsce otwiera się bowiem możliwość stworzenia nowych rozwiązań w tym zakresie w odniesieniu do świadczeń przysługujących ze środków zgromadzonych w ramach otwartych funduszy emerytalnych (tzw. 2. filar). Podstawą do dyskusji był pierwotnie projekt rządowej ustawy o emeryturach kapitałowych w wersji z kwietnia br.⁵ Przewidziano w nim instytucję emerytury małżeńskiej, jako opcji – do wyboru przez uczestnika funduszu – obok emerytury indywidualnej. Tego rodzaju rozwiązanie należy co do zasady ocenić pozytywnie. Rozwiązanie takie jest konsekwencją faktu, iż w obecnym stanie prawnym małżonek uczestnika funduszu pozostający z nim we wspólności ustawowej jest współwłaścicielem zgromadzonych środków (art. 31 pkt 3 k.r.o.). Rozwój prac rządowych i publicznej dyskusji doprowadził jednak do zmian w projekcie, który otrzymał nazwę „projekt ustawy o zakładach emerytalnych”. W kwestii konsekwencji przynależności świadczeń do majątku wspólnego, projekt stał się niejasny w stosunku do propozycji pierwotnych. Pominięte zostały pewne rozstrzygnięcia proponowane w pierwotnej wersji projektu, które nawiązywały do powołanego już art. 31 pkt 3 k.r.o. Przedstawione pierwotnie propozycje projektu były konsekwencją zarówno art. 31 pkt 3 k.r.o., jak i przepisów ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych⁶, które przewidują w razie rozwiązania lub unieważnienia małżeństwa repartycję środków zgromadzonych w funduszu przez jednego z małżonków pozostających we wspólności ustawowej. Zgodnie z art. 126 powołanej ustawy, jeżeli małżeństwo członka otwartego funduszu uległo rozwiązaniu przez rozwód lub zostało unieważnione, środki zgromadzone na rachunku członka funduszu, przypadające byłemu współmałżonkowi w wyniku podziału majątku wspólnego małżonków, są przekazywane w ramach wypłaty transferowej na rachunek byłego współmałżonka w otwartym funduszu.

Niepokojące jest więc pominięcie w obecnym projekcie dotyczącym przyznawania świadczeń faktu, iż świadczenia te są konsekwencją przynależności środków zgromadzonych w omawianych funduszach do majątku wspólnego. Autorzy

⁵ Projekt w tej wersji nadal jest dostępny na stronach internetowych Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej.

⁶ Tekst jednolity: Dz.U. z 2004 Nr 159, poz.1667.

pierwotnego brzmienia projektu wychodzili zapewne ze słusznego założenia, iż nie ma zasadniczej jakościowej różnicy między zastosowaniem zasad prawa cywilnego do stosunków własnościowych w odniesieniu do środków zgromadzonych w otwartych funduszach jak i w odniesieniu do świadczeń, które będą wypłacane z tych środków. W dyskusji medialnej jest to zresztą ujmowane w sposób prosty: „ile zebrałeś, tyle otrzymasz”.

Moim zdaniem, nie ma podstaw do twierdzenia, że o ile środki zgromadzone w otwartych funduszach należą do majątku wspólnego, o tyle świadczenia z tego tytułu należą do majątku osobistego. Wydawałoby się oczywiste, że tak w zakresie majątków osobistych, jak i w odniesieniu do majątku wspólnego obowiązuje zasada surogacji. Niemniej jednak podstawę do odmiennej oceny może stanowić art. 33 pkt 5 k.r.o., jeżeli przyjąć, że świadczenia z 2. filaru to prawa niezbywalne, które mogą przysługiwać tylko jednej osobie i jako takie stanowią składnik majątku osobistego świadczeniobiorcy. W żadnym jednak razie nie odnosi się to do momentu zawierania umowy z zakładem emerytalnym, w której dochodzi do zadysponowania środkami należącymi niewątpliwie do majątku wspólnego. Umowa ta kształtuje wysokość świadczenia, a w szczególności przesądza o wyborze jednej z trzech przewidzianych w projekcie opcji tego świadczenia. W tym momencie nadal chodzi niewątpliwie o majątek wspólny (art. 31 pkt 3 k.r.o.) i wybór opcji świadczenia powinien należeć do obojga małżonków ze względu na doniosłe konsekwencje tego wyboru. Jest to minimalny postulat mający na celu ochronę majątku wspólnego, natomiast ponadto opowiadam się za poglądem, że również wierzytelność o świadczenia emerytalne z 2. filaru powinna należeć do majątku wspólnego.

Wyrok TK z dnia 16 lipca 2007 r., SK 61/06

Art. 76 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. - Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. Nr 9, poz. 59, ze zm.) jest niezgodny z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 oraz w związku z art. 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz nie jest niezgodny z art. 51 ust. 4 Konstytucji.

UZASADNIENIE

III. Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Przedmiotem skargi konstytucyjnej są przepisy dotyczące instytucji uznania dziecka. Regulacje dotyczące tej instytucji stanowiły przedmiot rozważań w kilku orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego (zob. wyroki z 12 listopada 2002 r., sygn. SK 40/01, OTK ZU nr 6/2002, poz. 81; z 28 kwietnia 2003 r., sygn. K 18/02, OTK ZU nr 4/A/2003, poz. 32; z 17 kwietnia 2007 r., sygn. SK 20/05, OTK ZU nr 4/A/2007, poz. 38).

W świetle poglądów doktryny przez uznanie dziecka rozumie się ustalenie ojcostwa dziecka pozamajątkowego z mocy oświadczenia mężczyzny, który się do ojcostwa poczuwa (zob. J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Warszawa 1987, s. 179). Uznanie jest jednostronną czynnością prawną o charakterze deklaracyjnym, łączącą elementy oświadczenia woli i oświadczenia wiedzy (zob. J. Hajerko, *Charakter prawny uznania dziecka*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1999, nr 2, s. 158-160). W myśl przepisów k.r.o. uznanie dziecka jest aktem, którego może dokonać wyłącznie ojciec dziecka, przy czym uznanie może być dokonane tylko osobiście. Uznanie może dotyczyć dziecka, którego ojcostwa nie ustalono. Dziecko kobiety zamężnej może zostać uznane po zaprzeczeniu ojcostwa jej męża.

Uznanie dziecka wymaga zgody innych podmiotów. Warunkiem uznania dziecka jest zgoda matki, a warunkiem uznania dziecka pełnoletniego jest ponadto zgoda dziecka. Jeżeli matka dziecka małoletniego nie żyje albo nie przysługuje jej władza rodzicielska, albo porozumienie się z matką napotyka trudne do przezwyciężenia przeszkody, zamiast jej zgody potrzebna jest zgoda ustawowego przedstawiciela dziecka. Zgoda matki nie jest wymagana także dla uznania dziecka pełnoletniego, jeżeli matka nie żyje albo jeżeli porozumienie się z nią napotyka trudne do przezwyciężenia przeszkody.

Uznanie dziecka może nastąpić przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego albo przed sądem opiekuńczym. W razie niebezpieczeństwa grożącego bezpośrednio życiu ojca lub dziecka uznanie dziecka może nastąpić także przed notariuszem. Uznanie powinno być zgodne ze stanem faktycznym, jednakże organ przyji-

mujący oświadczenie nie bada jego zgodności ze stanem faktycznym. Jeżeli jednak jest oczywiste, że dany mężczyzna nie jest ojcem dziecka, organ przyjmujący oświadczenie ma obowiązek odmówić jego przyjęcia. W konsekwencji uznanie może prowadzić do wykształcenia się między mężczyzną uznającym a dzieckiem więzi prawnej, która nie odpowiada rzeczywistej więzi biologicznej.

Uznanie dziecka jest jednym ze sposobów ustalania stanu cywilnego dwóch osób – dziecka pozamałżeńskiego oraz jego biologicznego ojca. Powinno ono służyć realizacji dobra dziecka, w szczególności jego prawa do prawidłowo ustalonej filiacji, a jednocześnie umożliwia realizację prawa ojca biologicznego do ustalenia swego ojcostwa. Trybunał Konstytucyjny zwracał uwagę, że uznanie dziecka przez ojca biologicznego prowadzi do powstania nowej sytuacji prawnej ze skutkiem *ex tunc*, co oznacza, iż ojcem dziecka w świetle prawa od chwili urodzenia była osoba uznająca (sygn. SK 40/01). Skutkiem uznania jest powstanie dla dziecka i ojca wszelkich praw i obowiązków wynikających ze stosunku rodzicielskiego (zob. J. Ignatowicz, *op. cit.*, s. 182). Dziecko małoletnie podlega władzy rodzicielskiej ojca. Nosi ono nazwisko ojca, chyba że za zgodą osób, których zgoda jest potrzebna do ważności uznania, mężczyzna złożył przy uznaniu dziecka oświadczenie, że nosić ono będzie nazwisko matki (art. 89 § 1 k.r.o.).

Trybunał Konstytucyjny podziela pogląd Prokuratora Generalnego, że uznanie dziecka musi służyć dobru dziecka. Należy jednak zwrócić uwagę, że dobro dziecka, które jest tu najważniejszą wartością, nie jest jednak jedyną wartością znajdującą się u podstaw rozważanej instytucji. Uznanie dziecka umożliwia ojcu realizację jego praw i obowiązków względem dziecka. Umożliwia zatem realizację najgłębszych potrzeb człowieka, dotyczących życia rodzinnego. Możliwość uznania dziecka może mieć dla jego rodziców istotne znaczenie również w sytuacji, gdy dziecko nie żyje. Uznanie dziecka po śmierci może, z jednej strony, odpowiadać wewnętrznej potrzebie określenia tożsamości ich zmarłego dziecka i potwierdzenia faktu ojcostwa, a z drugiej strony, może mieć znaczenie dla stosunków majątkowych, a w szczególności dla porządku dziedziczenia po zmarłym dziecku.

2. Skarżący kwestionuje konstytucyjność art. 76 k.r.o. W myśl tego przepisu uznanie dziecka nie może nastąpić po jego śmierci, chyba że dziecko pozostawiło zstępnych.

Uznanie dziecka stanowi jeden ze sposobów ustalenia więzi biologicznej między mężczyzną a dzieckiem obok ustalenia ojcostwa w drodze orzeczenia sądu. W tym kontekście z punktu rozpoznawanej sprawy istotne znaczenie ma treść art. 84 § 1 zdanie 2 k.r.o., który stanowi, że matka ani domniemany ojciec nie mogą wystąpić z żądaniem sądowego ustalenia ojcostwa po śmierci dziecka. Rozwiązanie takie zostało wprowadzone ustawą z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 162, poz. 1691) z dniem 19 lipca 2004 r. Na gruncie wcześniejszych regulacji mężczy-

zna nie mógł żądać sądowego ustalenia ojcostwa, natomiast matka mogła żądać ustalenia ojcostwa na drodze sądowej także po śmierci dziecka. Ustawa z 17 czerwca 2004 r. rozszerzyła krąg uprawnionych do wytoczenia takiego powództwa – o domniemanego ojca, ale jednocześnie ta nowelizacja spowodowała, że nie można wystąpić z takim żądaniem po śmierci dziecka.

Po śmierci dziecka zmarłego bezpotomnie ojciec dziecka nie dysponuje zatem żadnymi skutecznymi instrumentami prawnymi umożliwiającymi mu ustalenie jego ojcostwa. Jedynym podmiotem uprawnionym do wytoczenia powództwa o ustalenie ojcostwa po śmierci dziecka jest prokurator. Wyłączenie uznania dziecka w razie jego bezpotomnej śmierci, przy jednoczesnym braku możliwości wystąpienia o ustalenie ojcostwa na drodze sądowej, uniemożliwia ojcu dochodzenie jego prawa do ustalenia ojcostwa.

3. Skarżący wskazał jako podstawę kontroli art. 51 ust. 4 Konstytucji. Prawodawca konstytucyjny zapewnia w art. 51 Konstytucji ochronę autonomii informacyjnej jednostki. W myśl ust. 4 tego artykułu każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Na podstawie tego przepisu zainteresowany może domagać się, aby organy władzy publicznej sprostowały lub usunęły informacje, które dotyczą danej osoby. Zgodność ze stanem faktycznym informacji gromadzonych przez organy władzy publicznej stanowi jeden z warunków prawidłowego wykonywania zadań przez te organy, w szczególności prawidłowości rozstrzygnięć indywidualnych wydawanych przez te organy.

W ocenie skarżącego zakwestionowany przepis uniemożliwia sprostowanie informacji zawartych w akcie urodzenia. Kwestię tę reguluje ustawa z dnia 29 września 1986 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz. U. z 2004 r. Nr 161, poz. 1688, ze zm.; dalej: prawo o aktach stanu cywilnego lub p.a.s.c.). Jeżeli stosownie do przepisów k.r.o. nie zachodzi domniemanie, że ojcem dziecka jest mąż matki, dane dotyczące osoby ojca wpisuje się tylko w razie uznania dziecka przez ojca lub sądowego ustalenia ojcostwa (art. 42 ust. 1 prawa o aktach stanu cywilnego). Jeżeli nie nastąpiło uznanie dziecka lub sądowe ustalenie ojcostwa, wpisuje się do aktu urodzenia dziecka jako imię ojca – imię wskazane przez przedstawiciela ustawowego dziecka, a w braku takiego wskazania – jedno z imion zwykle w kraju używanych oraz jako nazwisko ojca i jego nazwisko rodowe – nazwisko matki, z odpowiednią adnotacją w rubryce „Uwagi” (art. 42 ust. 2 prawa o aktach stanu cywilnego). Nie podlega dyskusji, że niemożność uznania dziecka zmarłego bezpotomnie pociąga za sobą – na gruncie obowiązujących przepisów – niemożność ujawnienia w akcie urodzenia ojcostwa biologicznego.

Trybunał Konstytucyjny szczegółowo analizował charakter akt stanu cywilnego w cytowanym wyżej wyroku z 12 listopada 2002 r., sygn. SK 40/01. Należy w związku z tym przypomnieć, że „akta stanu cywilnego są z uwagi na ich cel i funkcje re-

jestrami podmiotowymi o charakterze ewidencyjnym (por. J. Ignatowicz, *op. cit.*, s. 73), choć ich ewidencyjny charakter nie oznacza, iż wpisy nie pociągają za sobą pewnych istotnych skutków prawnych (co do podziałów rejestrów w prawie polskim por. J. Ignatowicz, *Prawo rzeczowe*, wyd. 10 zaktual. K. Stefaniuk, Warszawa 2000, s. 325). Zgodnie z art. 4 p.a.s.c., stanowią one wyłączny dowód zdarzeń w nich stwierdzonych: ich niezgodność z prawdą, a ściślej rzecz biorąc – rzeczywistym stanem prawnym, może być udowodniona jedynie w postępowaniu o unieważnienie lub sprostowanie aktu. (...) Są to zatem rejestry szczególne, służące w pierwszym rzędzie gromadzeniu przez właściwe organy państwowe składających się na stan cywilny informacji o obywatelach, pozwalających na ich precyzyjne ustalenie”.

Przepisy prawa o aktach stanu cywilnego są ściśle związane z przepisami k.r.o. Akta stanu cywilnego nie pełnią funkcji zbioru informacji o rzeczywistych więzach biologicznych. W aktach stanu cywilnego gromadzone są informacje dotyczące stanu cywilnego, ustalonego zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa rodzinnego. W aktach tych dokonywana jest rejestracja zdarzeń rozstrzygających o stanie cywilnym. Wpisy w aktach stanu cywilnego mają charakter deklaracyjny i nie tworzą tego stanu, jakkolwiek akta te są wyłącznym dowodem zdarzeń w nich stwierdzonych (zob. E. Holewińska-Łapińska, *Uznanie dziecka 'według kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, Warszawa 1979, s. 95-97). Zamieszczenie odpowiednich informacji w aktach stanu cywilnego stanowi konsekwencję prawidłowego ustalenia stanu cywilnego. Informacje zawarte w tych aktach powinny być zgodne ze stanem prawnym. Natomiast stan cywilny ustalony zgodnie z prawem i ujawniony w aktach stanu cywilnego nie zawsze musi odpowiadać rzeczywistym więzom biologicznym.

Trybunał Konstytucyjny w cytowanym wyroku z 12 listopada 2002 r. zwracał uwagę, że „w przypadkach postępowań o ustalenie ojcostwa albo unieważnienie uznania «chodzi przede wszystkim o ustalenie rzeczywistego stanu cywilnego osoby, dostosowanie zaś treści aktów stanu cywilnego stwierdzających zdarzenia niezgodne z prawdą do stanu rzeczywistego jest skutkiem wtórnym» (K. Gonderek, A. Ustowska, *Prawo o aktach stanu cywilnego*, s. 50)” (OTK ZU nr 6/A/2002, s. 1042). W rozpoznawanej sprawie główne znaczenie ma ograniczenie ustanowione w zakresie ustalenia rodzicielstwa zgodnie z rzeczywistym stanem biologicznym. Sprostowanie akt stanu cywilnego jest możliwe dopiero po ustaleniu stanu cywilnego w odpowiedniej procedurze. Trybunał Konstytucyjny podziela pogląd Prokuratora Generalnego, że sporządzenie aktu urodzenia w oparciu o zasady przyjęte w art. 42 p.a.s.c. nie może być traktowane jako rejestracja informacji nieprawdziwych, ale jako odzwierciedlenie stanu cywilnego.

Sam akt uznania dziecka nie dotyczy sfery autonomii informacyjnej i nie może być uważany za środek sprostowania informacji zgromadzonych przez organy władzy publicznej. Niemożność uznania dziecka zmarłego bezpotomnie nie dotyka zatem bezpośrednio prawa do sprostowania informacji nieprawdziwych. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego art. 51 Konstytucji nie może stanowić podstawy do wy-

suwania roszczeń o ustalenie stanu cywilnego. Z tego względu Trybunał podziela pogląd Prokuratora Generalnego, że przepis ten nie jest adekwatnym wzorcem konstytucyjnym kontroli zaskarżonego przepisu. Nie ma zatem podstaw do stwierdzenia niezgodności z nim art. 76 k.r.o.

4. Rzecznik Praw Obywatelskich wniósł, aby zaskarżony przepis został poddany kontroli z punktu widzenia zgodności z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 18 Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny przyjmował w swym orzecznictwie, że Rzecznik Praw Obywatelskich może doprecyzować wzorce kontroli, jeżeli zgłasza udział w postępowaniu dotyczącym skargi konstytucyjnej (zob. wyroki z 16 stycznia 2006 r., sygn. SK 30/05, OTK ZU nr I/A/2006, poz. 2, s. 31; z 2 października 2006 r., sygn. SK 34/06, OTK ZU nr 9/A/2006, poz. 118, s. 1253). W rozpoznawanej sprawie skarżący nie powołuje art. 47 Konstytucji jako podstawy skargi konstytucyjnej, z uzasadnienia skargi wynika jednak jednoznacznie, że dochodzi on prawa do ustalenia swego stanu cywilnego. Zarzuty podniesione przez Rzecznika Praw Obywatelskich są w istocie tożsame z zarzutami przedstawionymi przez skarżącego. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego w takiej sytuacji nie ma przeszkód, aby podstawę kontroli stanowiły przepisy konstytucyjne wskazane przez Rzecznika Praw Obywatelskich.

W myśl art. 66 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.) Trybunał, orzekając, jest związany granicami wniosku, pytania prawnego lub skargi. Trybunał Konstytucyjny nie jest natomiast związany sposobem określenia wzorców w *petitum* wniosku, pytania prawnego lub skargi konstytucyjnej. Przy badaniu zasadności przedstawionych zarzutów, należy przede wszystkim uwzględnić ich istotę wyrażoną w uzasadnieniu pism wszczynających postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym. Rozstrzygając o zasadności podniesionych zarzutów, Trybunał Konstytucyjny może samodzielnie określić przepisy konstytucyjne powoływane w sentencji orzeczenia jako wzorce kontroli, biorąc pod uwagę treść norm konstytucyjnych znajdujących zastosowanie w danym wypadku.

5. Trybunał Konstytucyjny rozważał zagadnienia filiacji w kilku orzeczeniach. W świetle orzecznictwa Trybunału regulacje dotyczące filiacji opierają się na trzech podstawowych zasadach. Po pierwsze, wartością konstytucyjną o szczególnym znaczeniu jest dobro dziecka. „Nakaz ochrony dobra dziecka stanowi podstawową, nadrzędną zasadę polskiego systemu prawa rodzinnego, której podporządkowane są wszelkie regulacje w sferze stosunków pomiędzy rodzicami i dziećmi, w tym też mechanizmy prawne dotyczące zagadnień filiacyjnych” (cytowany wyżej wyrok Trybunału Konstytucyjnego o sygn. K 18/02, s. 439). Po drugie, z norm konstytucyjnych wynika prawo do prawidłowo ustalonej filiacji. Relacje rodzinne powinny być kształtowane – co do zasady – zgodnie z istniejącymi więziami biologicznymi. „Jednym z elementów konstytuujących pojęcie dobra dziecka jest prawidłowo-

we ukształtowanie więzi filiacyjnych. Zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem najpełniejsza realizacja zasady dobra dziecka dokonywać się może poprzez zapewnienie możliwości jego wychowania w rodzinie, przede wszystkim w rodzinie naturalnej, a więc poprzez pieczę rodzicielską sprawowaną przez osoby związane z dzieckiem więzią biologiczną. Analiza mechanizmów filiacyjnych, na których tradycyjnie opierają się stosunki rodzinne, wyraża w sposób dość oczywisty tendencję do tego, aby relacje prawne na linii rodzice i dziecko odpowiadały rzeczywistości biologicznej” (tamże, s. 439). Po trzecie, ustalenie więzi biologicznych i ukształtowanie stosunków rodzinnych zgodnie z tymi więziami nie jest wartością bezwzględną i dopuszcza ograniczenia podyktowane koniecznością ochrony dobra dziecka i dobra rodziny. W ocenie Trybunału, „nie podlega zatem bezwzględnej ochronie konstytucyjnej więź biologiczna ojca i dziecka. Wskazane powyżej wartości mogą bowiem przemawiać w uznaniu ustawodawcy za jej istotnym ograniczeniem. Wiąż biologiczna doznaje ochrony z pewnością wówczas, gdy ta metoda filiacji nie konkurowałaby z innym ustalonym trwale pochodzeniem dziecka (np. po upływie terminów zawitych)” (tamże, s. 440).

Trybunał Konstytucyjny zwracał uwagę, że „w polskim prawie rodzinnym nie respektuje się bezwzględnie prawa filiacji ojca biologicznego. Mimo że zakłada się zgodność stanu prawnego i tzw. prawdy biologicznej, nie istnieje bezwzględny obowiązek respektowania zarówno przez ustawodawcę, jak i organy stosujące prawo, więzi biologicznej między prawnym ojcem a dzieckiem przejawiający się np. koniecznością każdorazowo ingerencji w istniejące stosunki rodzinne w razie twierdzenia, iż kto inny jest ojcem biologicznym. (...) Eliminowanie z systemu prawnego możliwości ustalenia więzi rodzinnej zgodnie z rzeczywistością biologiczną musi jednak zawsze znajdować swoje uzasadnienie w innych wartościach konstytucyjnych” (tamże, s. 440).

6. Kontynuując i rozwijając swe dotychczasowe orzecznictwo, Trybunał Konstytucyjny pragnie przypomnieć, że sprawy rodziny zostały unormowane w kilku przepisach konstytucyjnych (art. 18, art. 33, art. 47, art. 48, art. 53 ust. 3, art. 71, art. 72). Art. 47 Konstytucji gwarantuje każdemu prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Przepis ten pozostaje w ścisłym związku z art. 18 Konstytucji oraz z art. 48 Konstytucji i musi być odczytywany w kontekście tych dwóch przepisów. W myśl art. 18 Konstytucji małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną prawną. Wśród wartości chronionych w tym przepisie prawodawca konstytucyjny wysuwa na pierwszy plan małżeństwo i rodzinę opartą na małżeństwie. W świetle tego artykułu konstytucyjne prawo do prawnej ochrony życia rodzinnego obejmuje w szczególności odpowiednią ochronę małżeństwa, rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa jako wartości o szczególnym znaczeniu dla społeczeństwa. Z kolei art. 48 Konstytucji gwarantuje rodzicom prawo do wychowania dzieci zgodnie ze swoimi przekonaniem. Pra-

wo do. ochrony prawnej życia rodzinnego obejmuje ochronę praw rodziców jako osób odpowiedzialnych za wychowanie swoich dzieci. Prawo do ochrony prawnej życia rodzinnego musi zatem uwzględniać specyfikę ról poszczególnych członków rodziny. Realizacja prawa do ochrony życia rodzinnego zakłada harmonijne ukształtowanie stosunków rodzinnych dla dobra wszystkich jej członków, przy szczególnym uwzględnieniu dobra dziecka jako wartości o podstawowym znaczeniu konstytucyjnym. Prawna ochrona życia rodzinnego powinna stwarzać optymalne warunki dla rozwoju dziecka pod pieczę rodziców.

Do wartości chronionych przez Konstytucję należy w szczególności rodzicielstwo. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego z Konstytucji można wyprowadzić prawo do ochrony rodzicielstwa. Prawo to przysługuje nie tylko rodzicom pozostającym w małżeństwie, ale także rodzicom dzieci pozamałżeńskich. Pierwszym warunkiem zapewnienia prawnej ochrony rodzicielstwa jest ustalenie faktu rodzicielstwa. Prawna ochrona rodzicielstwa zakłada zatem w pierwszej kolejności prawo rodziców do ustalenia ich rodzicielstwa, zgodnie ze stanem rzeczywistym. Prawo to częściowo pokrywa się z prawem dziecka do ustalenia jego pochodzenia biologicznego. Należy jednak przypomnieć, że „kwestia filiacji jest niezależna od zagadnienia władzy rodzicielskiej i praw rodziców (ustalenie pochodzenia dziecka nie musi prowadzić automatycznie do powstania po stronie rodziców praw do sprawowania pieczy nad dzieckiem czy ogólnie praw związanych z wykonywaniem władzy rodzicielskiej, np. tak jest w przypadku ustalenia ojcostwa czy ustalenia pochodzenia dziecka, które zostało przysposobione)”, (cytowany wyrok o sygn. K 18/02, jw., s. 444). Prawo do ustalenia rodzicielstwa wpisuje się bowiem w szerszy kontekst prawa do ochrony życia rodzinnego i zakłada ochronę całej rodziny oraz dobra wszystkich jej członków. Dlatego regulacje dotyczące ustalania pochodzenia biologicznego przez zainteresowanego mogą istotnie różnić się od regulacji dotyczących ustalania ojcostwa z inicjatywy ojca.

Ochrona rodzicielstwa obejmuje m.in. prawo mężczyzny do ustalenia pochodzenia swojego dziecka pozamałżeńskiego, przy czym konkretyzacja tego prawa należy do ustawodawcy, który ma w tym zakresie szeroki zakres swobody. Konstytucja dopuszcza ustanawianie ograniczeń tego prawa, jeżeli jest to niezbędne dla zapewnienia ochrony innych wartości konstytucyjnych, przy czym ustanowione ograniczenia muszą mieścić się w granicach wyznaczonych przez art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą zatem być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą ponadto naruszać istoty wolności i praw.

Ustawodawca, konkretyzując prawo ojca do ustalenia ojcostwa, musi mieć na uwadze nie tylko dobro ojca, ale przede wszystkim dobro dziecka oraz dobro rodziny i małżeństwa. W niektórych sytuacjach może dojść do kolizji tych dóbr.

Do ustawodawcy należy zatem staranne wyważenie wszystkich wymienionych dóbr. Dobro dziecka może uzasadniać ograniczenie możliwości ustalenia rodzicielstwa biologicznego. Jak wspomniano wyżej, *de lege lata* prawo rodziców do ustalenia ich rodzicielstwa jest realizowane m.in. przez instytucje uznania dziecka oraz ustalenia ojcostwa na drodze sądowej.

7. Przy wykładni przepisów konstytucyjnych należy wziąć pod uwagę Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r.; Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.). Art. 8 Konwencji gwarantuje m.in. prawo do ochrony życia prywatnego i rodzinnego. Prawo to obejmuje m.in. prawo do tożsamości i osobistego rozwoju oraz prawo do nawiązywania i rozwijania więzi z innymi ludźmi oraz światem zewnętrznym (zob. np. wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej też: ETPC): z 6 lutego 2001 r. w sprawie Bensaid przeciwko Wielkiej Brytanii, pkt 47, nr 44599/98; z 25 września 2001 r. w sprawie P. G. i J. H. przeciwko Wielkiej Brytanii, pkt 56, nr 44787/98; z 28 stycznia 2003 r. w sprawie Peck przeciwko Wielkiej Brytanii, pkt 57, nr 44647/98). Ochrona życia prywatnego zakłada m.in. prawo do ustalenia szczegółów swojej tożsamości jako istoty ludzkiej oraz uzyskania odpowiednich informacji w tym zakresie (zob. wyrok z 7 lutego 2002 r. w sprawie Mikulić przeciwko Chorwacji, pkt 54, nr 53176/99). Zgodnie z orzecnictwem strasburskim „sprawy o istotnym znaczeniu dla rozwoju osobistego obejmują szczegóły tożsamości osoby jako istoty ludzkiej oraz żywotny interes w uzyskaniu informacji niezbędnych dla ustalenia prawdy w zakresie istotnych aspektów tożsamości osobistej, takich jak tożsamość rodziców (...). Urodzenie, a w szczególności okoliczności urodzin stanowią część życia prywatnego dziecka, a następnie osoby dorosłej, objętego ochroną przez art. 8 Konwencji” (wyrok ETPC z 13 lutego 2003 r. w sprawie Odièvre przeciwko Francji, pkt 29, nr 42326/98; podobnie wyrok ETPC z 30 maja 2006 r. w sprawie Ebru i Çolak przeciwko Turcji, pkt 83, nr 60176/00).

Należy przypomnieć w tym miejscu, że Europejski Trybunał Praw Człowieka rozpoznawał w 2005 r. zbliżoną sprawę na tle wymienionego przepisu Konwencji (zob. wyrok z 2 czerwca 2005 r. w sprawie Znamenska przeciwko Rosji, nr 77785/01). W świetle tego orzeczenia, konwencja zapewnia ochronę roszczenia matki o ustalenie ojcostwa dziecka i nadanie mu nazwiska ojca biologicznego, wysuwane nawet po śmierci i dziecka, i ojca. W tymże orzeczeniu Europejski Trybunał Praw Człowieka wyraził pogląd, że spory dotyczące nazwisk i imion mieszczą się w zakresie art. 8 Konwencji. Nazwisko jako środek określania osobistej tożsamości i powiązania z rodziną wiąże się z życiem prywatnym i rodzinnym. Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził ponadto, że „ponieważ dziecko urodziło się martwe, ustalenie jego ojcostwa nie wiązało się z nałożeniem na kogokolwiek obowiązku zapewnienia mu utrzymania. Wynika stąd, że brak było interesów kolidujących z interesem skarżącej. (...)”

Oddalając żądanie skarżącej, sądy krajowe nie odwołały się do żadnych słusznych ani przekonujących interesów przemawiających za utrzymaniem status quo (...).

Według orzecznictwa Trybunału sytuacja, w której domniemanie prawne przeważa nad rzeczywistością biologiczną lub prawną, bez względu na ustalone fakty i życzenia osób zainteresowanych i bez żadnych korzyści dla kogokolwiek, jest niezgodna, nawet przy uwzględnieniu marginesu oceny pozostawionego państwowi, z obowiązkiem zapewnienia skutecznej ochrony dla życia prywatnego i rodzinnego” (powołany wyżej wyrok ETPC z 2 czerwca 2005 r.).

8. Konstytucyjna ochrona rodzicielstwa wymaga nie tylko odpowiednich rozwiązań prawodawczych dotyczących relacji między rodzicami a ich dzieckiem, ale może także wymagać odpowiednich rozwiązań prawodawczych na wypadek śmierci dziecka. Powinno się szanować uczucia rodziców i uwzględnić ich potrzebę ustalenia rodzicielstwa dziecka, w sytuacji gdy ustalenie rodzicielstwa nie było możliwe przed śmiercią dziecka. Prawo rodziców do ustalenia rodzicielstwa obejmuje również dziecko, które zmarło przed urodzeniem lub po urodzeniu, pomimo że ustalenie to nie może doprowadzić do ukształtowania się więzi rodzinnej z dzieckiem. Tymczasem zaskarżony przepis uniemożliwia ustalenie rodzicielstwa w opisanej sytuacji.

W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, że celem zakwestionowanego przepisu było uniemożliwienie ojcu pozamałżeńskiemu dojścia do spadku po dziecku, którym się nie interesował za jego życia (zob. J. Gwiazdomorski, *Uznanie ojcostwa dziecka*, Warszawa 1976, s. 21). Także Prokurator Generalny wyraża pogląd, że zakwestionowany przepis zapobiega wykorzystywaniu instytucji uznania dziecka do celów majątkowych, a w konsekwencji ustanowione ograniczenie praw konstytucyjnych służy ochronie porządku publicznego.

J. Gwiazdomorski uważa, że przyjęte uzasadnienie można kwestionować z trzech powodów. Po pierwsze spadek po dziecku, którego ojcostwo nie zostało ustalone za jego życia, nie ma zwykle dużej wartości. Po drugie, ojciec uznający dziecko musi liczyć się z roszczeniami osób, które dziecko utrzymywały. Po trzecie, w rażących wypadkach można uniemożliwić dziedziczenie ojcu uznającemu dziecko przez zastosowanie art. 5 k. c. (zob. tamże, s. 21). Niedopuszczalność uznania dziecka po jego śmierci wyklucza dojście do spadku po nim przyrodnych braci i sióstr zmarłego dziecka pochodzących od tego samego ojca (zob. tamże, s. 21).

W razie śmierci dziecka nie ma zastosowania podstawowa przesłanka uzasadniająca ustanawianie ograniczeń w zakresie ustalania stanu cywilnego zgodnie z rzeczywistymi więziami biologicznymi, a mianowicie konieczność ochrony dobra dziecka. Uznanie dziecka po jego śmierci nie narusza ukształtowanych więzi rodzinnych. W sytuacji, w której warunkiem uznania dziecka jest zgoda matki, nie zachodzi również potrzeba zapewnienia ochrony matki. Ustanowione ograniczenie nie jest także konieczne dla zapewnienia ochrony interesów tych spadkobierców dziecka, którzy je utrzymywali, podczas gdy ojciec dziecka nie realizował obowiąz-

ku alimentacyjnego. Jeśli nawet może się zdarzyć, że ojciec uznający dziecko zmarłe kieruje się względami majątkowymi, to nie znaczy, że uznanie dziecka w takiej sytuacji prowadzić będzie do naruszenia praw innych osób.

Rozwiązanie zakwestionowane przez skarżącego stanowi ograniczenie konstytucyjnego prawa do ochrony życia rodzinnego, a w szczególności prawa do ochrony rodzicielstwa. W myśl art. 31 ust. 3 Konstytucji, ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

W ocenie Trybunału Konstytucyjnego wprowadzone rozwiązanie nie służy ochronie żadnych uzasadnionych interesów. Brak jest uzasadnienia ustanowionego ograniczenia. W szczególności nie można zgodzić się z poglądem Prokuratora Generalnego, że zakwestionowany przepis zapewnia ochronę porządku publicznego. Ustanowione ograniczenie nie spełnia zatem wynikającego z art. 31 ust. 3 Konstytucji wymogu, aby służyło realizacji jednej z wartości wymienionych w tym przepisie. W tym kontekście rozważanie kwestii, czy ustanowione ograniczenie jest zgodne z zasadą proporcjonalności, jest bezprzedmiotowe. Z tego względu należy stwierdzić, że art. 76 k.r.o. nie tylko narusza sferę osobistych i emocjonalnych odczuć rodziców, jak stwierdza Rzecznik Praw Obywatelskich, ale przede wszystkim narusza konstytucyjne prawo do ochrony rodzicielstwa, zagwarantowane w art. 47 w związku z art. 18 Konstytucji.

Zdaniem Prokuratora Generalnego możliwość uznania dziecka zmarłego jeszcze przed urodzeniem prowadziłyby do nadania zmarłemu *nasciturusowi* szczególnej podmiotowości prawnej bez zdolności prawnej. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego wprowadzenie takiej możliwości nie zmienia statusu dziecka w stadium prenatalnym, o jego statusie i zakresie zdolności prawnej rozstrzygają bowiem szczegółowe przepisy prawne.

Należy raz jeszcze podkreślić w tym miejscu, że ustawodawca ma dużą swobodę kształtowania prawa rodziców do ustalenia ich rodzicielstwa, pod warunkiem zapewnienia odpowiedniej ochrony wartości konstytucyjnych. Ustawodawca może wprowadzić ograniczenia możliwości uznania dziecka po śmierci w sytuacji, gdy dziecko urodziło się żywe, jeżeli ograniczenia takie są niezbędne dla zapewnienia ochrony innych wartości konstytucyjnych. Ustawa może ustanowić m.in. określony termin uznania dziecka. Ustawodawca może wprowadzić ponadto odpowiednie rozwiązania wykluczające powstanie sytuacji, w której osoba uznająca dziecko po jego śmierci kieruje się korzyściami materialnymi. Stwierdzenie niekonstytucyjności zakwestionowanej regulacji nie oznacza, że ustawodawca nie może ustanowić szczególnych rozwiązań dotyczących uznania dziecka po jego śmierci, niezbędnych dla zapewnienia ochrony innych wartości konstytucyjnych.

Z przedstawionych względów Trybunał Konstytucyjny orzekł jak w sentencji.

Elżbieta Holewińska-Łapińska

Prezentacja książki Hanny Przybyły-Basisty, *Mediacje rodzinne w konflikcie rozwodowym. Gotowość i opór małżonków a efektywność procesu mediacji*

Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2006, s. 393

Z dniem 10 grudnia 2005 r.¹ mediacja stała się instytucją polskiego postępowania cywilnego, mającą – między innymi – zastąpić, obowiązkowe przed jej wprowadzeniem, posiedzenia pojednawcze w procesach rozwodowych i separacyjnych². Aktualnie sąd może skierować strony do mediacji „jeżeli istnieją widoki na utrzymanie małżeństwa” (art. 436 § 1 k.p.c.). Ocena istnienia owych „widoków” jest bardzo trudna. Wymaga od sędziego, między innymi, znajomości czynników przesądzających o gotowości bądź oporze wobec mediacji. Tymczasem na żadnym etapie kształcenia sędziego ta problematyka nie jest analizowana. W polskiej literaturze prawniczej i pozaprawnej nie jest była także dotychczas prezentowana.

Problematyka mediacji rozwodowych jest przedmiotem licznych badań i wielu opracowań naukowych, które powstawały od lat siedemdziesiątych ubiegłego wieku, w szczególności w Wielkiej Brytanii i USA. Opracowania obce nie są dostępne dla większości polskich czytelników, w tym sędziów orzekających rozwód i separację oraz decydujących o ingerencji w wykonywanie władzy rodzicielskiej nad dziećmi skonfliktowanych bądź już rozwiedzionych (separowanych) rodziców.

Korzystanie z obcych opracowań (poza kompetencją językową i stopniem dostępności w Polsce), wymaga daleko posuniętego krytycyzmu gdyż nie uwzględniają polskich realiów społeczno-ekonomicznych, religijnych i obyczajowych. Zapewne więc byłoby celowe przetłumaczenie niektórych z tych opracowań i opatrzenie ich stosownymi komentarzami. Cenniejsze wydają się jednak polskie badania.

Prezentowana rozprawa Hanny Przybyły – Basisty w znacznej mierze spełnia obydwa te postulaty. Zawiera syntetyczną prezentację opracowań obcych, przybliża zagraniczne rozwiązania prawne dotyczące mediacji, omawia wyniki badań własnych. Autorka, oprócz wiedzy będącej konsekwencją pracy naukowo-dydaktycznej dysponuje doświadczeniem psychologa – praktyka. Niezależnie od tego, we współpracy z Ministerstwem Sprawiedliwości, przeprowadziła eksperymentalny

¹ Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r., nowelizująca k.p.c., Dz. U. nr 172, poz. 1438.

² Treść nowych rozwiązań (a w szczególności rezygnacja z posiedzeń pojednawczych) odnośnie do mediacji w tych procesach budzi istotne zastrzeżenia. Na ten temat zob., w szczególności: W. Stojanowska: Fakultatywna mediacja w procesie o rozwód według znowelizowanego kodeksu postępowania cywilnego, Zeszyty Prawnicze UKSW 6.2. (2006), s. 33-41.

program szkolenia mediatorów i stosowania mediacji w postępowaniach o rozwód i separację. (W eksperymencie wzięły udział 332 osoby – 166 par małżeńskich w sytuacji rozwodowej.)

Rozprawa, poprzedzona wstępem, zawierająca bogatą bibliografię, oraz streszczenia w języku angielskim i niemieckim, składa się z 6 rozdziałów merytorycznych i aneksu prezentującego wyniki badań.

Trzy pierwsze rozdziały zostały poświęcone krytycznemu przeglądowi literatury (rozdział pierwszy: *Mediacje rodzinne w badaniach naukowych i praktyce*, s. 17-53, rozdział drugi: *Małżeństwo w konflikcie rozwodowym*, s. 55-109, rozdział trzeci: *Rozwiązywanie konfliktów małżeńskich w sytuacji rozwodowej za pomocą mediacji*, s. 111-188).

Autorka przyjęła definicję mediacji sformułowaną przez Christophera W. Moore'a (*The mediation process. Practical strategies for resolving conflict*, San Francisco 1996). Wg tej definicji mediacja jest „**interwencją w toczące się negocjacje lub konflikt podjętą przez akceptowaną trzecią stronę, która nie ma autorytatywnej władzy pozwalającej na podjęcie decyzji rozstrzygającej spór, lecz pomaga stronom w dobrowolnym osiągnięciu przez nie wzajemnie akceptowanego porozumienia w kwestiach spornych**” (s. 18).

„Mediacje rodzinne dotyczą pomocy członkom rodziny w uporządkowaniu spraw spornych i wypracowaniu rozwiązań akceptowalnych przez wszystkie strony sporu” (s. 18). Są postrzegane (Joann Kelly) „jako proces ograniczony w czasie, nastawiony na **realizację celów w sposób zadaniowy**, w którym nacisk położony jest na czas terażniejszy i czas przyszły, a **nie na analizowanie przeszłości**”. Rozwód reorganizuje rodzinę a mediatorzy starają się jej pomóc „w osiągnięciu tej restrukturyzacji” (s. 19).

Wzorem wielu poprzedników w literaturze obcej, H. Przybyła – Basista zamienia używa terminu mediacje rodzinne i mediacje rozwodowe, co uzasadnia nie tyle tradycją co, w szczególności, przeświadczeniem, że mediacja jako „*interwencja systemowa*”³ pomaga parze małżonków w osiągnięciu porozumienia obejmującego „*również innych członków systemu, tzn. dzieci*” (s. 19).

Tematem pracy są mediacje w konflikcie rozwodowym, jednakże w przeglądzie literatury Autorka wskazała na znacznie szerszy zakres spraw, które mogą podlegać mediacji rodzinnej, co zapewne powinno zainteresować Czytelników, np. uregulowanie spraw majątkowych i finansowych zarówno poprzedzające zawarcie związku małżeńskiego jak i potrzebne niekiedy podczas trwania związku i w sytuacji jego rozpadu, rozwiązanie sporu co do wychowania religijnego dzie-

³ Informacje na temat systemowego rozumienia rodziny, przedstawione w sposób syntetyczny, z podaniem literatury w języku polskim, można znaleźć w opracowaniu zbiorowym pracowników Zakładu Terapii Rodzin oraz Kliniki Psychiatrii Dzieci i Młodzieży Katedry Psychiatrii Collegium Medicum UJ, pod redakcją B. de Barbaro: „*Wprowadzenie do systemowego rozumienia rodziny*”, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1999.

ci, uregulowanie różnych problemów powstających po zawarciu kolejnego małżeństwa, problemów związanych z opieką nad starszymi członkami rodziny (rodzicami, krewnymi).

Autorka sygnalizuje też bardzo doniosły a zarazem sporny problem dopuszczalności mediacji, gdy konfliktowi rodzinnemu towarzyszy przemoc domowa.

Dokonując przeglądu literatury z punktu widzenia mediatora – praktyka, H. Przybyła – Basista przybliżyła problematykę dobrowolności i obligatoryjności mediacji rodzinnych (s. 24-29), charakterystyki procesu mediacji rozwodowych (w tym koncepcję 12 kroków – etapów tej mediacji autorstwa *Ch. Moor'a* oraz siedmiofazowy proces mediacji rozwodowej autorstwa *Alison Taylor*), s. 24-32.

Praca zawiera także syntetyczny opis rozwiązań prawnych dotyczących mediacji rozwodowych w wybranych państwach: Australii, Austrii, Norwegii, Szwecji, USA, Wielkiej Brytanii (s. 32-43). Część Czytelników zapewne zna już opracowanie H. Przybyły – Basisty na ten temat zamieszczone w 2003 r. w „Mediatorze” (*Wpływ zmian w ustawodawstwie rodzinnym na świecie na rozwój praktyki mediacyjnej*). Autorka wspomniała też o Rekomendacji Rady Europy [R (98) 1] w sprawie mediacji rodzinnych (s. 44-45).

Ten fragment pracy, choć dostarcza wielu cennych informacji zachęcających do własnych poszukiwań, nie w pełni zapewne usatysfakcjonuje prawnika, nie stanowi bowiem studium prawnoporównawczego *sensu stricto*. Nie można jednak czynić zarzutu Autorce, po pierwsze dlatego, że jest psychologiem a nie prawnikiem – komparatystą, po drugie zaś z uwagi na charakter pracy i jej i tak już bardzo obszerny rozmiar. Zapewne jednak monografia prawnoporównawcza na ten temat wzbudziłoby zainteresowanie, co należy polecić uwadze Czytelników, z nadzieją, że uwagi H. Przybyły-Basisty będą inspiracją i pomocą (literatura) do przygotowania stosownego opracowania.

Krótki opis praktyki mediacyjnej w Polsce (s. 45-47) poprzedza informacje o wybranych badaniach empirycznych⁴ (amerykańskich i brytyjskich), których wyniki zostały opublikowane (s. 47-53). Autorka wskazała na trudności metodologiczne badań nad mediacjami rodzinnymi a także trudności w porównywaniu wyników pracy różnych badaczy. Jest to dostrzegane w opisanej literaturze. Prowadzi zaś do konkluzji, iż konieczna jest bardzo daleko posunięta ostrożność przy formułowaniu wniosków generalnych (s. 53).

Bardzo cenne są rozważania na temat małżeństwa w konflikcie rozwodowym

⁴ Badania te dotyczyły: **procesu mediacji** (opis działań mediatorów podczas sesji mediacyjnych), **wyników mediacji** (między innymi wskaźnika osiągniętych porozumień, zadowolenia klientów z wyników mediacji, różnic w ocenie procesu mediacji dokonanej przez kobiety i mężczyzn, ocena spodziewanych następstw mediacji a także kosztów ich przeprowadzenia), **„predyktorów skutecznych mediacji”** (badanie zmiennych, układu zmiennych, od których zależy sukces mediacyjny, takich jak rola cech klientów i cech mediatorów, treść sporu, stopień ważności osiągnięcia kompromisu dla małżonków; np. mediatorzy skoncentrowani na rozwiązaniu problemów spornych bywają skuteczniejsi od mediatorów, których celem było doprowadzenie do zawarcia porozumienia).

(s. 55-109) uwzględniające wyniki nie tylko badań obcych ale i polskich na temat mechanizmów powstawania i rozwoju konfliktu rozwodowego (s. 55-59) oraz wieloetapowości procesu rozstawania się partnerów (s. 59-109). Wielowątkowość badań wynika z „wielowymiarowości” zarówno małżeństwa jak i rozwodu z punktu widzenia jednostki i ze względów społecznych. Wydaje się, że dla sędziego najciekawsze będą informacje o dynamice zmian na poziomie poznawczym i emocjonalnym u strony powodowej i pozwanej w takich kwestiach jak: reinterpretacja własnego małżeństwa, dynamika zmian emocjonalnych, różnice w doświadczeniu sytuacji rozwodowej wynikające z płci (percepcja związku małżeńskiego, sposoby radzenia sobie z konfliktami w małżeństwie, akceptacja zakończenia związku przez kobiety i przez mężczyzn, społeczno-ekonomiczne konsekwencje rozwodu dla męża i żony, psychologiczne następstwa utraty roli małżeńskiej dla żony i męża).

Specjalne, choć krótkie, wywody zostały poświęcone **taktyce procesowej mężów i żon** (s. 100-102).

Ciekawe są w szczególności zaprezentowane przez Autorkę obserwacje Roberta E. Emery, mającego duże doświadczenie w mediacjach dotyczących spraw dzieci. Wynika z nich, że **mężczyźni, którzy nie chcą zakończenia małżeństwa są skłonni do przenoszenia ciężaru „rozgrywek rozwodowych na spory o dzieci, odmawiając osiągnięcia porozumienia w sprawach o opiekę.** (...) *Mężczyzna może spodziewać się, że żona, która dużo zainwestowała w pełnienie roli matki, nie będzie chciała w tym zakresie ustąpić. Spór o opiekę jest niezwykle ważny strategicznie, gdyż jest to jednocześnie spór na temat przyszłości relacji pomiędzy partnerami*” (s. 100). **Kobiety, które nie chcą zakończenia małżeństwa „będą skłonne odmawiać porozumień w sprawach majątkowych i finansowych. Żona może spodziewać się, że dążący do rozwodu mąż będzie bardziej skłonny do ustępstw w sprawach o opiekę nad dziećmi, aniżeli w sprawach finansowych”** (s. 100). Powołany autor ustalił, że **„troska” o potrzeby dzieci najczęściej „maskuje”**: „(1) próbę przeciwstawienia się zakończeniu małżeństwa, (2) poszukiwanie oznak utrzymującego się „życia” w małżeństwie, (3) dążenie do uzyskania przewagi w negocjacjach, (4) chęć ukarania drugiego rodzica poczuciem winy, odrzucenia i izolacji. (...) **jeśli jeden z małżonków nie chce się rozwieść, może stosować opór wykazywać nieprzejednane stanowisko (świadomie lub nieświadomie) w odniesieniu do spraw, w których czuje, że posiada siłę, którą strona przeciwna musi uwzględnić** (...) **małżonek zmierzający do rozwodu może z czegoś zrezygnować, chcąc przyspieszyć rozwód i osiągnąć swój cel. Ten rodzaj ‘zabiegów taktycznych’ jest szczególnie wykorzystywany przez małżeństwa, w których występuje tradycyjny podział ról**”. (s. 101). Autorka przedstawiła, między innymi, stanowisko Diane Neuman, która twierdzi, że „**podczas kryzysu rozwodowego zmienia się poczucie moralności. (...) System prawny w sytuacji rozwodu zachęca do konfrontacyjnych, a nawet agresywnych zachowań**” (s. 101), a także

obserwację K. Kressela, że **dysproporcja pozycji finansowej** pomiędzy małżonkami **nie sprzyja negocjacjom** (s. 102).

W dalszym toku wywodów H. Przybyła-Basista przedstawiła bogatą literaturę anglojęzyczną (w szczególności powstałą w USA) na temat rozwiązywania konfliktów małżeńskich w sytuacji rozwodowej za pomocą mediacji. Celem tego zabiegu była próba znalezienia odpowiedzi na pytanie kto i dlaczego w sytuacji rozwodowej decyduje się na przystąpienie do mediacji a kto i z jakich przyczyn taką możliwość odrzuca. Stosowne badania, interesujące teoretycznie, dostarczają też praktycznych wskazówek mediatorom co do sposobów motywowania klientów do podania się mediacji.

Badania amerykańskie z końca lat osiemdziesiątych i z lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku dostarczyły interesujących danych **demograficznych**, z których wynika, że z mediacji częściej, w porównaniu z odrzucającymi mediację, korzystają osoby mające małoletnie dzieci, o wyższym poziomie wykształcenia, o lepszej pozycji zawodowej, wyższych dochodach i nieco młodsze (średnio o 3 lata)⁵ od nie decydujących się na mediację (s. 112-113).

Charakterystyka psychologiczna wykazała, że nie było istotnych statystycznie różnic pomiędzy tymi parami, które wybrały mediację i tymi, które ją odrzuciły odnośnie takich okoliczności jak: nasilenie konfliktów małżeńskich w okresie ostatnich 2 lat poprzedzających separację, powodów rozwodu, trudności w komunikacji małżeńskiej, niskiego poziomu współpracy małżeńskiej, poziomu złości na współmałżonka a także tego czy do rozwodu zmierzało tylko jedno z małżonków czy też oboje akceptowali decyzję o rozwodzie. Badanie nie potwierdziło tezy, iż pewne określone cechy małżonków przesądzają akceptację mediacji, z tym, że niektóre badania wskazywały na rolę jakości bieżącej komunikacji pomiędzy małżonkami (s. 115). Różnice w ocenach mogły jednak wynikać z doboru próby badawczej (s. 116).

Różnice w obu grupach wynikały z tego jak oceniany był współmałżonek. Ci, którzy, **mimo negatywnej oceny związku, nie odrzucali współmałżonka jako człowieka, decydowali się na udział w mediacji**. W szczególności oceniali oni współmałżonka (nawet mimo odczuwanej złości na niego) jako osobę uczciwą i sprawiedliwą, mającą cechy pozytywne, zdolną do współpracy np. w sprawach dzieci. Do mediacji byli skłonni małżonkowie mający **poczucie współodpowiedzialności za niepowodzenia małżeńskie** (s. 117).

Wiele badań (także polskich) wykazało, iż kobiety i mężczyźni odmiennie postrzegają przyczyny rozkładu swego pożycia małżeńskiego oraz, że występuje „*asymetria w dostrzeganiu niekorzystnych zjawisk w małżeństwie w następstwie czego kobiety częściej niż mężczyźni inicjują zerwanie*”, a po rozwodzie inaczej

⁵ Średnia wieku małżonków, którzy zdecydowali się na mediację wynosiła w tych badaniach 37,8 l. dla kobiet i 40,5 l dla mężczyzn.

kształtuje się pozycja oraz „zyski i straty” każdego z byłych małżonków, co wynika z tradycyjnego, w większości podziału obowiązków w małżeństwie (s. 117).

Niezależnie od tego czy małżonkowie prezentowali pozycję „pro” czy „anty” mediacyjną, **kobiety i mężczyźni różnie ocenili sytuację i współmałżonka**. Warto przytoczyć następujące ustalenia wynikające z badań amerykańskich, gdyż – jak się wydaje – są one charakterystyczne także dla odczuć polskich małżonków: kobiety (z wyjątkiem tych, które ukończyły lat 45), bardziej od mężczyzn były zdecydowane na zakończenie małżeństwa, bardziej niż ich mężowie były niezadowolone z małżeństwa i odczuwały silniejszą złość wobec osoby małżonka od mężów. Wszyscy mężczyźni mieli mniejszą od żon kontrolę nad decyzją o rozwodzie i wyrażali większe zainteresowanie pojednaniem (s. 118). Ważna co do podjęcia mediacji była postawa żon, które bardziej optymistycznie oceniały szanse jej powodzenia.

Liczne prezentowane w omawianej książce badania wykazały, że w rozwodzących się parach **kobiety i mężczyźni mają „sprzeczne poglądy, kiedy i do czego potrzebne są mediacje**. (...) *Dla mężczyzn wybór mediacji był wynikiem postzegania tego środka interwencji kategoriach osiągnięcia instrumentalnego celu* (...). *Dla kobiet większe znaczenie (...) miało przekonanie o istnieniu bezpiecznego klimatu małżeńskiego*.” Wynika to z faktu, iż „mężczyzn cechuje orientacja zadaniowa, natomiast kobiety charakteryzują się większą orientacją społeczno-emocjonalną” (s. 119).

Badania wykazały, że **kobiety odrzucały mediację z powodu braku zaufania do małżonka i z chęci uniknięcia z nim konfliktu**, natomiast **mężczyźni; „gdy byli przekonani o możliwości wygrania procesu sądowego (...)”**, s. 119.

Bardzo istotną rolę odgrywa **zachowanie równowagi stron** podczas mediacji. Niektóre badania wykazały, że „*interesy kobiet są zdecydowanie bardziej narażone w mediacjach z powodu ich skłonności do ustępstw w celu zachowania związku małżeńskiego (...) w trakcie negocjacji małżeńskich kobiety w mniejszym stopniu dbają o własne interesy*.” (s. 120). W szczególności kobiety azjatyckie, z uwagi na wpajane im od pokoleń wzorce uległości wobec mężczyzn, nie są zdolne podczas mediacji do utrzymania wobec męża postawy asertywnej.

Aktualnie dominują w badaniach postawy zwracające uwagę na cechy osobowości małżonków i ich sytuację. W latach osiemdziesiątych ubiegłego wieku zdarzały się opracowania kierujące się **stereotypem płci**, między innymi pod wpływem feministycznej koncepcji psychoanalitycznej (np. przyjmowano, że kobiety podejmując decyzję bardziej kierują się troską o innych niż sprawiedliwością, podczas gdy mężczyźni częściej kierują się sprawiedliwością niż troskliwością).

Wzorzec rozumowania moralnego jest bardziej złożony. Nie mniej, osobowościowy „*typ kobiecy*” (niezależnie od płci) ceni współpracę i chce negocjować. „*Typ męski*” (agresywny, przywódca) przejawia mniejszą chęć współpracy. „*W mediacjach ci ostatni mogą chcieć wykorzystywać przejawianą przez partnera troskę o związek oraz skłonność do poszukiwania ugody. Mediator powinien stać na stra-*

zy takich praktyk, oceniając tendencje obu małżonków i dbając o równowagę. (..) nie ma prostej dychotomii opartej na płci (..) w trakcie mediacji często okazuje się, że każdy [z małżonków] ma znaczącą władzę i wywiera wpływ w pewnych obszarach. Mediatorzy nie powinni zatem zbyt szybko decydować, do kogo należy władza i który z małżonków ma siłę. W sytuacji gdy mediator nie jest w stanie zapewnić równowagi, powinien rozważyć zasadność prowadzenia mediacji” (s. 121).

Bardzo wiele okoliczności sprzyja decyzji o skorzystaniu z mediacji. Zostały ona sklasyfikowane w trzy kategorie czynników: pozycja socjoekonomiczna stron (wyższe wykształcenie, dobra sytuacja materialna), charakterystyki stron obejmujące „dynamikę związku, oszacowanie przez partnerów alternatywnego sposobu rozwiązania sporu oraz percepcję mediacji i mediatora”, w tym, między innymi istotny jest „duży poziom **rozzarowania do tradycyjnego prawniczego podejścia do rozwo**du”. Z badań amerykańskich z 1989 r. wynikało, że ponad 80% tych, którzy wybrali mediację, chciało „ograniczyć kontakty z adwokatami, procedurą sądową oraz obniżyć koszty z tym związane” (s. 124-125). Trzecią kategorię czynników stanowią charakterystyki mediatora, który podejmuje się zadania, gdy jest przekonany o jego powodzeniu, co oznacza, że mediator kieruje się własnymi motywami.

Przedstawione badania amerykańskie na temat motywacji do podejmowania mediacji pochodzą z lat osiemdziesiątych XX w. Wykazały one dwa główne powody przystąpienia do mediacji: praktyczno – finansowy oraz dążenie do pozostania w przyjaznych stosunkach z byłym małżonkiem (s. 126). Podobne wyniki przyniosły badania brytyjskie z lat dziewięćdziesiątych ubiegłego stulecia, które wykazały też inne przyczyny („chęć zrobienia czegoś najlepszego dla dzieci, pragnienie pojednania [posiadanie nadziei na cud], dążenie do uzyskania jednocześnie praktycznej i emocjonalnej pomocy, potrzeba włączenia kogoś bezstronnego, obiektywnego i posiadającego odpowiednią wiedzę do pokierowania dyskusją na specyficzne tematy” – s. 127).

Konieczne jest także uwzględnienie akceptacji decyzji o zakończeniu związku i zdolności do uczestniczenia w mediacjach (*zdolności mediowanie*). Wysoki poziom konfliktu i intensywność sporu nie sprzyjają gotowości do mediacji (obniżenie efektywnej komunikacji) – s. 136.

Omawiając **opór wobec mediacji** rodzinnych najpierw Autorka przedstawiła koncepcje wyjaśnienia jego przyczyn wynikające z różnych podejść teoretycznych (w ujęciu psychoanalitycznym – s. 137-138, w terapii behawioralno-poznawczej – s. 138-139, w terapii Gestalt – s. 139-140, w ujęciu terapii rodzinnej – s. 140-142, w perspektywie teorii reaktancji – s. 143-144) i wynikające z nich konkluzje (s. 144- 147).

W kolejnych etapach relacji z badań nad charakterystyką oporu wobec mediacji został przedstawiony: opór moralny wobec podjęcia mediacji (s. 147-149), opór w perspektywie mediacji rodzinnych (s. 149-153). To bardzo istotne bowiem rozumiejący przyczyny oporu mediatorzy mają większe szanse na osiągnięcie sukcesu.

Autorka przytacza bardzo interesujące wyjaśnienie oporu wobec mediacji według koncepcji Roberta D. Benjamina, który jego źródło upatruje w **systemie przekonań społeczno-kulturowych na temat prawdy**, sprowadzających się do przeświadczenia, że „*dla wszystkich pytań jest tylko jedna prawdziwa odpowiedź*”. Tymczasem „*zarządzanie konfliktem wymaga, by prawda została odłożona na bok*”. Jej poszukiwanie „*wielokrotnie oddaliby skonfliktowane strony od możliwości znalezienia rozwiązania. Większość ludzi jest jednak przekonana, że tylko jedna z osób w konflikcie może mieć rację*” (s. 147). Negocjacje stanowią wyzwanie dla tego przeświadczenia, co prowadzi do „*moralnego rozdarcia społeczeństwa*” (s. 148).

Powolany autor komentuje **mit społeczny „sprawiedliwości”, „racjonalności” i „nieodwołalności”**. Pierwszy z nich sprowadza się do przeświadczenia „*wiem, że mam rację i każdy w sądzie to zauważy*”, drugi do stwierdzenia „*moje stanowisko jest racjonalne, logiczne i bezsporne, mogę zatem oczekiwać, że w sądzie przyznają mi rację*”, a trzeci zakłada, że „*skoro w sądzie przyznają mi rację, to sprawa będzie ostatecznie rozwiązana*”. Wiara w te mity „*powoduje, że wiele osób traktuje negocjacje i mediacje jako zagrożenie dla swoich wartości*” i dlatego nie chce w nich uczestniczyć. Owe mity znajdują wyraz w podejściu „*jeśli nie jesteś ze mną, jesteś przeciwko mnie*”, „*wracaj z tarczą lub na tarczy*”, a negocjowanie ze stroną przeciwną bywa oceniane jako sprzeniewierzenie się zasadom i „*paktowanie z wrogiem*” (s. 148). Powszechne jest też **przekonanie, że negocjacje są dla słabych i przegranych**. Gdy ktoś może wygrać – negocjowanie nie ma sensu (s. 149).

Na podstawie rozważań charakteryzujących opór wobec mediacji zostały sformułowane trzy wnioski: „*(1) opór wobec mediacji może być ważnym predyktorem podjęcia decyzji o udziale w mediacjach; (2) opór jest istotnym czynnikiem skuteczności procesu mediacyjnego; (3) istnieją taktyczne reguły odpowiedzialne za modyfikowanie oporu podczas procesu mediacyjnego, mające wpływ na rezultaty osiągnięte w mediacjach*” (s. 153).

Autorka przedstawiła wyniki różnych badań, których celem było ustalenie jakie czynniki są najistotniejsze dla osiągnięcia powodzenia mediacji (s. 153 – 160). Wszystkie te badania zostały sklasyfikowane w trzech grupach: pierwsza dotyczyła samych mediatorów, ich stylu pracy, poznawania stadiów ich pracy, druga była poświęcona ustalaniu wpływu charakterystycznych cech sporu i jego uczestników na efekty mediacji, trzecia łączyła elementy dwu wcześniej wymienionych. Nie ustalono (różnice zdań), które ze zmiennych uwzględnionych podczas badań są najistotniejsze dla powodzenia mediacji. Skuteczność mediacji jest „*zjawiskiem złożonym (..) można go postrzegać zarówno na płaszczyźnie obiektywnej (jako doświadczenie stron do porozumienia końcowego – pełnego lub częściowego), jak i subiektywnej (jako np. doświadczenie wsparcia podczas poszukiwania rozwiązań, poprawa w zakresie komunikacji i współpracy z partnerem, zadowolenie z usprawnienia*

komunikacji)” (s. 161). Różne są płaszczyzny i wskaźniki efektywności procesu mediacji rodzinnych. Obok wskaźników obiektywnych wyróżnionych na podstawie różnych badań (s. 162-166) zostały omówione wyniki różnych badań poświęconych satysfakcji z udziału w procesie mediacji. Warto zwrócić uwagę na interesujące ustalenia badań wiążące satysfakcję z płcią uczestników mediacji (s. 167-170). W badaniach z lat dziewięćdziesiątych XX w. uczulano na pozycję kobiet w mediacjach. Były nawet formułowane zalecenia „by adwokaci towarzyszyli kobietom podczas mediacji, ponieważ na mediatorach nie można polegać, jeśli chodzi o zabezpieczenie praw kobiet” (s. 167). Są one przypisywane feministycznemu punktowi widzenia. Wyniki niektórych innych badań tych wniosków nie potwierdziły. Zróżnicowane wyniki mogą wynikać z zastosowania różnej metodologii badań.

Przedstawienie badań obcych stanowiło niejako wstęp do sformułowania własnej koncepcji przez Hannę Przybyłę – Basistę (s. 170-188). Model uwarunkowań postaw wobec mediacji rozwodowych i ich wpływu na proces mediacji został opisany i przedstawiony graficznie (s. 182, ryc. 3.1, s. 187, ryc. 3.2.).

„Fakt, że małżonkowie znajdują się w sytuacji rozwodowej, powoduje, że zaczynają dokonywać **oszacowania mediacji pod kątem przydatności do realizacji ich własnych celów (pragmatycznego rozstania vs. pojednania)**. Uruchamiane w związku z tym nadzieje bądź obawy dotyczące możliwości zaspokojenia własnych oczekiwań w trakcie procesu mediacyjnego powodują **selektywną percepcję mediacji, jako metody użytecznej do realizacji dążeń**.(..) Należy się spodziewać, że na selektywność spostrzegania mediacji mają również wpływ normy bądź przekonania społeczne regulujące zachowania w sytuacji rozwodowej (..). Decyzja o uczestniczeniu każdego z małżonków w procesie mediacji jest wprawdzie decyzją indywidualną lecz ma na nią wpływ obserwacja (świadoma bądź nieświadoma) reakcji partnera. (..) Małżonkowie wpływają na siebie, na swoje uczucia, postawy względem siebie, na manifestowane zachowania oraz wzorce interakcji w przebiegu konfliktu (..) **nie oddziałują na siebie dwaj równoważni partnerzy (..) jeden z małżonków jest inicjatorem rozwodu, a drugi osobą opuszczaną**. To zaś wyznacza różnice w gotowości do udziału w mediacjach.(..) Rozpad małżeństwa sprzyja tworzeniu się odrębnych doświadczeń kobiet i mężczyzn. (..). Rozwód różnicuje (..) sytuację kobiet i mężczyzn” – s. 181-183.

Po przedstawieniu dorobku literatury przedmiotu, głównie zagranicznego w trzech pierwszych rozdziałach, których przedmiot został – w ogromnym skrócie – zasygnalizowany w dotychczasowych uwagach – Autorka przedstawiła założenia, metodologię i wyniki badań własnych (rozdziały 4-6, s. 189-265), których podsumowanie i wskazanie kierunków dalszych badań zawiera ostatni, siódmy rozdział rozprawy (s. 367- 375).

Celem badań własnych było poszukiwanie odpowiedzi na cztery grupy pytań: (1) jakie czynniki mają wpływ na przystąpienie małżonków do mediacji i jaką rolę odgrywa opór wobec mediacji? (2) jakie są uwarunkowania przyjętych przez mał-

żonków postaw gotowości i oporu wobec mediacji? (3) jakie są konsekwencje przyjętych postaw dla skuteczności mediacji? (4) czy płeć wpływa na postawę gotowości bądź oporu wobec mediacji i czy wpływa na jej skuteczność?

Badania zostały przeprowadzone w latach 2000-2001 we współpracy z Ministerstwem Sprawiedliwości. Badaniem objęto 166 par małżonków w trakcie procesu o rozwód lub separację. 86 par zdecydowało się na wzięcie udziału w mediacji (grupa mediacyjna), 80 par nie poddało się mediacji (grupa niemediacyjna). Zdecydowana większość par w obu grupach miała wspólne małoletnie dziecko lub dwoje takich dzieci. Pary były „typowe” dla małżeństw w sytuacji rozwodowej w Polsce zważywszy na ich cechy demograficzno-społeczne i miejsce zamieszkania (s. 216-218).

Badanie wykazało bardzo istotną rolę postawy oporu wobec mediacji. **Więszą rolę odegrała postawa oporu po stronie żony i jej ocena stopnia nasilenia konfliktu małżeńskiego.** Postawa oporu badanych, zarówno po stronie kobiet jak i mężczyzn była głównie skutkiem **braku wiary w skuteczność mediacji.** Autorka badań ustaliła, że te trzy czynniki są użyteczne dla prognozowania, które pary zdecydują się na udział w mediacji. Wyniki uzyskane przez H. Przybyłę – Basistę nawiązują „skojarzenia interpretacyjne” z koncepcją oporu moralnego wobec mediacji przedstawioną przez Roberta D. Benjamina (koncepcja opisana w rozdziale trzecim rozprawy), o której wspomniano wcześniej w niniejszej prezentacji.

Badanie wykazało, między innymi, że **w grupie mediacyjnej** w porównaniu z niemediacyjną: (1) **mężowie o wiele częściej czuli się winni** i brali na siebie odpowiedzialność za doprowadzenie do sytuacji rozwodowej, (2) opinie zarówno żon jak i mężów **nie zawierały znaczących rozbieżności** na temat procesu „**komunikacji małżeńskiej**”, (3) **małżonkowie „łagodniej” oceniali sytuację w związku**, niezależnie od płci (żony w grupie niemediacyjnej twierdziły, że konflikty w małżeństwie zdarzały się stale lub prawie stale, zaś ich mężowie nie podzielali tej opinii), (4) **mężowie bardziej niechętnie od żon przystawali na włączanie mediatora w ich „prywatne sprawy”** (s. 369).

W obu badanych grupach (mediacyjnej i niemediacyjnej) **żony miały gorszą od mężów opinię na temat możliwości komunikowania się w małżeństwie, dostrzegały więcej powodów do konfliktów, więcej przyczyn do rozwodu, więcej negatywnych, destrukcyjnych dla związku, cech męża, miały negatywny stosunek do niego. Mężowie nie dostrzegali konfliktów lub marginalizowali ich znaczenie, lepiej oceniali swe żony niż one oceniały ich.**

Żony, najczęściej inicjują rozwód. Dlatego ich postawa wobec mediacji ma główny wpływ na to czy mediacja zostanie podjęta. W grupie mediacyjnej występowały także rozbieżne oceny związku i partnera po stronie żony i męża. Zróżnicowana „*perspektywa patrzenia na związek (..) będzie jednym z pierwszych zadań, z którymi musi zmierzyć się mediator chcący poprowadzić parę w kierunku rozwiązań opartych na kompromisie (..) tylko taka perspektywa daje szanse na uwzględnienie*”

nienie potrzeb dziecka jako trzeciej strony, zawsze uwiktanej mniej lub bardziej w walkę rodziców i odczuwających konsekwencję przyjętych przez nich rozwiązań (..)” – s. 370.

Nieoczekiwane było ustalenie, iż **postawa gotowości do mediacji może utrudniać osiągnięcie porozumienia zaś postawa oporu niekoniecznie**. W badaniu ustalono dwa typy postawy gotowości do mediacji typu „pragmatyzm” i typu „pojednanie”. Ten drugi typ gotowości wielokrotnie był przeszkodą do osiągnięcia porozumienia, w szczególności gdy dotyczył żon nie będących inicjatorkami rozvodu (pозwanych).

Jednym z najciekawszych było następujące ustalenie: *„Dla kształtowania się poczucia zadowolenia mężów nie – inicjatorów [pозwanych] ważne były: pokonanie nasilonego oporu żony, pozytywne nastawienie żony, skuteczność mediacji zakończonej zawarciem porozumienia oraz dostrzeganie satysfakcji żony(..) Opór żony wpływa pozytywnie na satysfakcję końcową męża (..). Takich efektów nie zauważono w przypadku analiz postawy oporu męża. Opór męża raczej pogarszał rezultaty procesu mediacji. Powodował spadek skuteczności mediacji, a także spadek jego poczucia zadowolenia z udziału w mediacjach oraz wzrost stopnia trudności prowadzonych mediacji. Więcej satysfakcji z udziału w mediacjach mają zatem nie-inicjatorzy rozvodu, w szczególności mężczyźni. Można domyślać się, że jest to spowodowane różnego rodzaju korzyściami (..), których oczekiwali”* (s. 371).

Co dziesiąta para wahała się, czy się rozwieść. **W grupie mediacyjnej jedna czwarta mężów i jedna trzecia żon wyrażała wahanie co do zakończenia związku**. Oczekiwanie pojednania doprowadziło więc część par do porozumienia, które spowodowało cofnięcie pozwu, zmianę żądania – z rozvodu na separację, bądź zgodny wniosek o zawieszenie postępowania w sprawie.

Nieoczekiwane było ustalenie, iż **gotowość do mediacji typu „pragmatyzm” nie odegrała znaczącej roli w osiągnięciu sukcesu mediacji**. Autorka przypuszczała, że *„mężowie występujący z pozwem rozwodowym będą wykazywać więcej nastawienia pragmatycznego w związku z typową dla mężczyzn tendencją do przyjmowania orientacji zadaniowej. Zaskoczeniem był więc brak wśród predyktorów skutecznych mediacji gotowości typu ‘pragmatyzm’ przejawianej przez mężczyzn. (..) Wzrost postawy gotowości typu ‘pragmatyzm’ obserwowano u mężów jedynie w sytuacji, gdy żona była inicjatorem rozvodu, a zatem wtedy, kiedy oni sami byli zainteresowani pomocą w rozwiązaniu trudnej dla nich sytuacji”* (s. 372).

Mediacja często jest postrzegana jako procedura, która ma doprowadzić do pojednania małżonków i rezygnacji z rozvodu. Sprzyja temu zapewne wprowadzenie jej do procedury cywilnej z jednoczesnym skreśleniem przepisów o obligatoryjnym posiedzeniu pojednawczym w sprawach o rozwód i separację. Tym Autorka tłumaczy niską gotowość mężów – powodów do uczestniczenia *„w czymś, czym nie są zainteresowani”* (s. 372).

Na szczególne podkreślenie zasługuje pionierski charakter przeprowadzonych badań. Dostarczyły one bardzo wielu szczegółowych ustaleń, różniących się od przypuszczeń i stereotypów. Są one zawarte, zwłaszcza aneksie oraz w szczegółowych wywodach rozdziału piątego rozprawy, zawierającego – poza opisem – liczne tabele z danymi statystycznymi i wykresy. W niektórych fragmentach ta lektura dla prawnika może być trudna. Ufam jednak, że zostanie podjęta. Bardzo wiele cennych informacji tam zawartych, być może wpłynie na postrzeganie rozwodu i jego następstw.

Autorka jest niewątpliwie wybitną znawczynią tematyki, którą przedstawiła w prezentowanej rozprawie. Mimo, iż monografia jest bardzo specjalistyczna, sądzę, że czytelnicy nie mający przygotowania psychologicznego nie natrafią z tej przyczyny na trudności w przyswojeniu przedstawionych w rozprawie treści.

Dodatkowym atutem pracy jest bardzo szczegółowa bibliografia (s. 395-415). Są w niej także pozycje polskiej literatury, głównie psychologicznej, które mogą być pomocne, zwłaszcza dla sędziego rodzinnego, w trudnym procesie samokształceniowym z zakresu nauk pozaprawnych.

Nie ośmielam się niniejszego tekstu nazywać recenzją z uwagi na brak kompetencji do oceny dzieła z zakresu psychologii. Pozostaję pod wrażeniem wiedzy i wielkiego nakładu pracy Autorki, podjętego zarówno przy krytycznym zgłębianiu obcej literatury, przybliżonej polskiemu czytelnikowi w klarowny sposób, jak i w trakcie badań własnych, mających pionierski charakter. Do przeczytania prezentowanej rozprawy Hanny Przybyły – Basisty bardzo zachęcam z przeświadczeniem, iż lektura okaże się nie tylko wzbogacająca intelektualnie ale także przydatna w pracy sędziego.

Elżbieta Holewińska-Łapińska

Recenzja książki Marka Andrzejewskiego, Domy na piasku. Domy dziecka. Od opieki nad dzieckiem do wspierania rodziny **Media Rodzina, Poznań 2007, s. 204**

Książka, do której przeczytania niniejszym zachęcam, różni się od pozycji tu prezentowanych. Nie jest bowiem monografią prawniczą, socjologiczną, pedagogiczną (choć wiele w niej ustaleń i informacji z tych nauk), ani dziełem z innej dziedziny akademickiej. Być może właśnie dzięki temu jest książką „do czytania”, przemyśleń i refleksji. Być może wywoła dyskusję, o którą Autor apeluje. Być może łatwiej i szybciej od dzieł naukowych trafi do umysłów i sumień licznych adresatów, którymi, zgodnie z intencjami Marka Andrzejewskiego, są wychowawcy domów dziecka i ich dyrektorzy, przyszli pedagodzy, pracownicy socjalni, sędziowie rodzinni, kuratorzy, osoby planujące przyjęcie do swej rodziny dziecka w ramach in-

stytucji przysposobienia, rodziny zastępczej lub zaprzyjaźnionej, a także wszystkie osoby, które w związku ze swymi obowiązkami służbowymi stykają się z problematyką pieczy zastępczej (s. 11-12). Do tego grona adresatów wyraźnie wymienionych należałoby dodać dziennikarzy (w szczególności telewizyjnych), reżyserów i innych ludzi mediów, którzy nierzadko, mimo (zapewne) dobrych intencji, umacniają stereotypy, działają niewychowawczo, naruszają prawa dzieci, mimo przeświadczenia, że właśnie ich bronią ...

Książka burzy stereotypy. Przedstawia problematykę pieczy zastępczej przez pryzmat osobistych doświadczeń Autora (prawnika, aktualnie nauczyciela akademickiego i naukowca, twórcę projektów legislacyjnych), jako wychowawcy i dyrektora domu dziecka w latach 1986-1997 (s. 126). Opisuje codzienność domu dziecka, zawiera refleksję aksjologiczną, udziela ważnych porad praktycznych i prawnych dyrektorom placówek.

Po wprowadzeniu, zostały omówione: stereotypy na temat domów dziecka (rozdział II, s. 16 -37), wykorzystywanie problematyki sieroctwa społecznego przez media (rozdział III: Media – wychowanek – prawo, s. 38-52), realia życia codziennego w placówce (rozdział IV: Wychowankowie i ich dom, s. 53-103), rzeczywiste znaczenie ewangelicznie ujmowanego miłosierdzia, zasady pomocniczości, a także, między innymi, umiejętności wiązania praw dzieci z ich obowiązkami w procesie odpowiedzialnego wychowania i edukacji dzieci (rozdział V: W kręgu wartości czyli co jest dobre a co złe, s. 106-139).

W kolejnych rozdziałach przedstawiona została rola rodziców wychowanków i trudna praca „przywracania” ich dzieciom, choćby w symbolicznym wymiarze (rozdział VI: Istota rzeczy, czyli o tym co decyduje o losie wychowanków, s. 140-153), rola wychowawców (rozdział VII: Wychowawcy – między pracą a powołaniem, s. 154-177), ekonomiczna kondycja domów dziecka (rozdział VIII: Pieniądze w domu dziecka, czyli ekonomia dla ubogich, s. 178-188), współpraca z sądami (rozdział IX: Sądy rodzinne – partner pomocy społecznej, s. 189-197), refleksje na temat reintegracji rodziny (rozdział X: W drodze ku niedzieli, czyli od opieki nad dzieckiem do wspierania rodziny, s. 198-204).

Wskazany zakres tematyczny pracy jest bardzo szeroki. W każdym z rozdziałów przedstawionych jest wiele wątków, przykładów, refleksji. Nie sposób ich nawet zasygnalizować w krótkiej prezentacji. Dlatego przedstawię tylko niektóre z nich w przeświadczeniu, że będzie to wystarczającą zachętą do uważnej lektury książki Marka Andrzejewskiego.

Trafne wydaje się stanowisko, iż tworzeniu i umacnianiu stereotypów o wychowankach domów dziecka sprzyja „*postawa ckliwo-sentymentalna*” znacznej części dziennikarzy, a nawet ludzi z „branży”. „*W schemacie nie mieści się trudny charakter tych dzieci, ich pogmatwana psychika, często też demoralizacja. (..) Ckliwość i sentymentalizm wobec wychowanków często idzie w parze z niechęcią wobec wychowawców* (s. 21)”. Tymczasem, w ocenie Autora, której trafność wydaje

się nie budzić wątpliwości, wychowankowie są coraz trudniejsi, wielu jest bardzo zdemoralizowanych, obca jest im zdolność oceny własnych działań w kategoriach etycznych, liczni są „okaleczeni emocjonalnie w stopniu budzącym niepokój o ich przyszłość”, co jest efektem „większego niż niegdyś zagubienia życiowego ich rodziców” (s. 68-69).

Nie budzi też wątpliwości teza, że każdy przypadek dziecka, którego rodzice nie wykonują należycie swych obowiązków, należy oceniać indywidualnie, a przed podejmowaniem decyzji o przysposobieniu dziecka znanych, żyjących rodziców, lub powierzeniu pieczy nad dzieckiem rodzinie zastępczej bądź placówce, konieczne jest wszechstronne ustalenie, że określone rozwiązanie jest dla dziecka najlepsze. Prawo dziecka do wychowania we własnej rodzinie powinno być w praktyce silniejsze (i w pierwszej kolejności realizowane, także dzięki udzieleniu rodzicom odpowiedniej do ich sytuacji pomocy) od prawa dziecka do pieczy zastępczej. Nie wolno działać schematycznie. (Np. na pewno w sytuacjach typowych nie wolno rozdzielić rodzeństwa kierując najmłodsze dzieci do przysposobienia. Podobnie nie powinno być kandydatem do przysposobienia dziecko, które mogłoby być wychowane przez rodziców, gdyby została im udzielona odpowiednia pomoc psychologiczna, prawna lub materialna. Są także sytuacje, w których placówka może być odpowiednią dla dziecka formą pieczy). Czy w Polsce, jak twierdzi M. Andrzejewski, „orzeka się adopcję w sytuacjach, które tego nie wymagają”? (s. 37). Być może w pewnych, indywidualnych przypadkach tak. Nie wydaje się jednak, aby takie wadliwe decyzje występowały w skali uzasadniającej twierdzenie, iż nietrafne jest stanowisko upatrujące w adopcji „antidotum” na łagodzenie negatywnych następstw sieroctwa społecznego dzieci (bo takowe jest faktem, zaś *reintegracja* rozbitej rodziny, mimo iż pożądana, nie występuje jeszcze chyba nadmiernie często, zaś rodziny zastępcze – głównie spokrewnione – dalekie są w licznych przypadkach nie tylko od doskonałości ale i od spełnienia wszystkich kryteriów ustawowych i najczęściej sprawowana przez nie piecza trwa do pełnoletniości dziecka). Przysposobienie zapewne nie jest instytucją doskonałą i uniwersalną (nie jest mi znana jakkolwiek doskonała instytucja prawna) a czasem dobór jego stron nie jest dokonywany profesjonalnie lub z innych przyczyn jest nietrafny. Tylko przy takim zastrzeżeniu można podzielić pogląd Autora, że funkcjonuje „mit o doskonałości adopcji”. Uważam też, wbrew Jego stanowisku, że w wielu przypadkach „skrócenie drogi do adopcji” dobrze mogłoby służyć dobru dzieci (w szczególności porzuconych), zaś umożliwienie rodzicom wyrażenia „blankietowej” zgody na przysposobienie (nie równoznaczne przecież z „nakazywaniem” korzystania z tej formy zgody) jest rozwiązaniem trafnym, było zgodne z oczekiwaniami społecznymi w latach siedemdziesiątych minionego wieku. Nie dostrzegam przyczyn przemawiających za celowością zmiany stanu prawnego w tej kwestii.

Niezwykle trafne są rozważania M. Andrzejewskiego na temat przedstawiania przez środki masowego przekazu (w szczególności przez telewizję) losów dzieci i ich rodziców (z reguły z bezprawnym naruszeniem ich dóbr osobistych), a tak-

że cytowane stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich na temat telewizyjnego programu „Kochaj mnie”, w którym znalazło się, godne upowszechnienia spostrzeżenie, iż dzieci występujące w programie: *„mogą być równie dobrze gwiazdami jak przedmiotem kpin czy ostracyzmu, muszą też znosić fakt, że gwiazdorstwo przemija, a niektóre skutki ich upublicznionych wypowiedzi odkładają się w czasie (..)”* – s. 51.

Porażające są niekiedy spostrzeżenia Autora zawarte w rozdziale „Wychowankowie i ich dom”. Wiele z nich nie zaskakuje czytelnika mającego pewną orientację w temacie. Zostały jednak podane w formie pobudzającej do refleksji i w sposób gwarantujący, że na długo pozostaną w pamięci. Np. Andrzejewski opisuje przypadek kradzieży w domu dziecka, w którym pracował (s. 71), oceniając, iż dzień, w którym usiłował przez wiele godzin skłonić sprawców do przyznania się, dającego im pewną szansę na pozostanie w tej placówce i uniknięcie zakładu wychowawczego, był jednym z najdramatyczniejszych. Tymczasem, jak pouczył go, na osobności, jeden ze starszych wychowanków placówki, znających środowisko, do którego należała grupa, a zarazem wolny od wszelkich podejrzeń o udział „w skoku”: *„takiego zwyczaju, żeby się przyznać po prostu nie ma”*. Mimo tego część sprawców przyznała się. Jak do tego doszło? *„Powiedziałem Jarkowi, że jeśli u nas będziemy żyć wedle zwyczajów złodziei, to przyszłość wygląda czarno.(..) tylko dzięki temu chłopakowi, który jak mało kto znał się na tym, o czym ze mną rozmawiał, pół godziny przed północą winni przyznali się.”*

Trudno też nie zapamiętać następującego fragmentu: *„chłopcy zawsze jakoś po swojemu nazywali dziewczyny. (..) Nie inaczej ale właśnie tak – ‘towary’! to określenie idealnie odzwierciedla sposób myślenia tych, którzy go używają. Towar to coś co można kupić, co się zużywa, co można wyrzucić gdy się znudzi, lub na przykład oddać kumpłowi. Towar, czyli rzecz”*. Niby oczywiste, ale ...jak mówimy tacy jesteśmy! Czy przytoczony zwrot zawsze budzi takie właśnie skojarzenie, czy natychmiast czujemy oburzenie i reagujemy, a może (choć z pewnym niesmakiem) tolerujemy, bo nas on nie dotyczy i nie przyjmujemy go dosłownie?

Autor próbował w „swoim” domu dziecka „coś z tym zrobić”, pobudzić do refleksji, sprowokować poczucie wstydu. Opisał np. swe poczynania wychowawcze, gdy przyłapał grupę wychowanków nad pismem pornograficznym ... mam nadzieję, że osiągnął cel, choć sam nie był tego pewien ... (s. 72-73).

W książce jest wiele takich obrazków, które lepiej ilustrują problemy od mądrych wywodów psychologiczno – pedagogicznych (np. *Epizod, Dzinsy, Kasza*). Autor jednak wystrzega się opisywania losów znanych mu dzieci, mimo, że jak sam pisze stanowią gotowe scenariusze *„na niezwykle wzruszający film”* (s. 11).

Warto zwrócić uwagę na rozdział poświęcony wychowawcom („między pracą a powołaniem”) nie tylko z uwagi na dosadną a zarazem dowcipną „typologię” (*tepy krzykliwy nadzorca, zblazowany pochłaniacz kawy, dobry wujek, narcyz, kumpel, mrówka – czyli prawie ideał*, s. 158-159, 165) ale wiele bardzo mądrych refleksji, bo

bycie prawdziwym wychowawcą „to wielka godność (..) coś ze sztuki (..) kreacja, która polega na wydobywaniu z tworzywa tego co w nim najlepsze” (s. 160). Wychowawca więc powinien mieć pokorę, nie ulegać pokusie „bycia rodzicem”, obdarzać powierzone dzieci sympatią, wystrzegać się zaborczości, być konsekwentnym i stanowczym, być lojalnym wobec kolegów wychowawców i umieć z nimi współdziałać w koalicji wychowawczej, nigdy nie traktować ani dzieci ani kolegów instrumentalnie ... a tak po prostu – być dobrym, życzliwym człowiekiem.

Polecam także szczególniejszej uwadze czytelników rozdział V „W kręgu wartości, czyli co jest dobre, a co złe” (s. 104-139) – zwłaszcza rozważania o miłosierdziu i sposobie przekazywania dzieciom wiedzy o ich prawach ale w połączeniu z obowiązkami, o których ostatnio jakby mniej wypadało mówić ... Nie mogę oprzeć się pokusie zacytowania kilku bardzo trafnie sformułowanym refleksji Andrzejewskiego na ten temat, które w pełni podzielam:

- „Wypowiedzi podnoszące potrzebę kształtowania w dzieciach **postawy karności i posłuszeństwa kwitowano solidną porcją oburzenia i drwiny** wyrażaną – rzecz jasna – **z pozycji niezłomnych obrońców praw dzieci**. Swoiste rozdwojenie medialnych szyderców przejawiało się w tym, że drukowali naiwne i uproszczone artykuły o prawach dzieci na przemian z reportażami o bezprawiu dokonywanym przez coraz bardziej zdemoralizowaną i coraz młodszą młodzież. Nie przychodziło im jednak do głowy, że być może przynajmniej **niektóre naganne zachowania dzieci i młodzieży są efektem pominięcia w wychowaniu** [podkr. E. H.-Ł.] **aspektu odpowiedzialności za swe czyny, niedostatecznego zaakcentowania potrzeby okazywania przez dzieci szacunku innym, a zwłaszcza posłuszeństwa rodzicom i wychowawcom**. (..) Dopiero wobec bezprzykładowych aktów agresji rówieśniczej, w wyniku której ofiary straciły życie, przebił się w mediach pogląd o potrzebie większej stanowczości w wychowawczych oddziaływaniach wobec dzieci i młodzieży” (s. 127-128).
- „**Zamierzona i w pełni uzasadniona jednostronność Konwencji** [o prawach dziecka] **nie zwalnia od zarzutu (..) jednostronnego i uproszczonego propagowania jej treści. Sugerowanie dzieciom, że przepisy Konwencji zawierają pełny prawny opis ich sytuacji prawnej jest mówieniem nieprawdy** [podkr. E. H.-Ł.], a jest tym bardziej naganne, że dziecko nie jest w stanie zweryfikować przekazywanych mu treści” (s. 128).
- **Przeciwstawianie praw dzieci obowiązkom dorosłych „sączą młodym ludziom poczucie nieufności i pretensji wobec świata dorosłych”**, co jest wzmacniane „**niemądrą tezą o podziale na „my” (czyli dzieci i garstka dorosłych obrońców) i ‘oni’ (czyli dorośli, którzy zawzięli się rzekomo żeby prawnie dzieci łamać)** (..) **nieuchronny jest taki właśnie odbiór przez młodzież wielu audycji, artykułów i prelekcji**” (s. 129).
- **Przedstawianie dzieciom Konwencji w taki sposób, jakby to był jedyny akt prawny, który ich dotyczy, (..) daje dziecku podstawę do opatrznego postrzegania**

swej sytuacji wobec innych. Sugeruje że nie jest ono wewnątrz rodziny czy wewnątrz szkoły, lecz że stoi ponad nimi („Ja mam prawo ty obowiązek mi je zagwarantować” (s. 129).

Lektura na pewno nie pozostawi czytelnika obojętnym, może nawet zachęci do napisania listu protestacyjnego albo choćby demonstracyjnego zgaszenia telewizora, gdy w kolejnej interwencyjnej albo „wyciskającej tży” produkcji o biednych dzieciach z placówek, czekających na „prawdziwy dom” i złych, nieodpowiedzialnych rodzicach, dostrzeże brutalne naruszanie prawa do wizerunku, prywatności, godności przedstawianych osób, w których obronie (niestety bezskutecznie) już próbował stawać nawet sam Rzecznik Praw Obywatelskich (s. 51-52).

Marek Andrzejewski wykazał w prezentowanej pozycji, że posiada wielką umiejętność prostego mówienia o sprawach ważnych, czytelnego prezentowania własnego punktu widzenia a nawet przekazywania emocji. Odbiorca może mieć inny punkt widzenia, może nie zaakceptować wszystkich stwierdzeń Autora ale zapewne się nad nimi zastanowi. To ważna książka, o wiele ważniejsza niż można sądzić po skromnej objętości i publicystycznym tytule. Bardzo ją polecam.

Prezentacja publikacji Prawo w działaniu nr 2

Elżbieta Holewińska-Łapińska

Postępowania ze skargi na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy cywilnej w postępowaniu rozpoznawczym przed sądami rejonowymi i okręgowymi bez nieuzasadnionej zwłoki, zakończone orzeczeniem merytorycznym.

Anna Kucharska

Przyczyny przewlekłości postępowań cywilnych w sądach rejonowych.

W numerze 3 (3) 2006 Kwartalnika zaanonsowałem pierwszy numer nowego periodyku Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości zatytułowanego „Prawo w działaniu”, a w szczególności zwróciłem Państwa uwagę na artykuł prof. E. Holewińskiej-Łapińskiej pt. Unieważnienie uznania dziecka i stwierdzenie nieważności uznania w praktyce sądowej...”. O ile pierwszy numer „Prawa w działaniu” mieścił opracowania niepowiązane ze sobą tematycznie, o tyle motywem przewodnim drugiego numeru jest kwestia przewlekłości postępowania sądowego.

Numer 2 „Prawa w działaniu” dzieli się na dwie części, z których pierwsza dotyczy postępowań karnych. Składają się nań dwa opracowania dotyczące spraw karnych:

- Piotr Niedziela, Krzysztof Petryna, Przewlekłość postępowania sądowego w sprawach karnych rozpoznawanych w pierwszej instancji przez warszawskie sądy rejonowe. Analiza spraw zakończonych,
- Andrzej Kryże, Sprawność postępowania sądowego w sprawach rozpoznawanych w pierwszej instancji przez warszawskie sądy rejonowe. Analiza spraw niezakończonych prawomocnie,

Część dotyczącą spraw cywilnych stanowią dwa powołane na wstępie opracowania E. Holewińskiej- Łapińskiej i Anny Kucharskiej.

Tematyka kolejnego numeru Prawa w działaniu jest zatem związana z ustawą 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), która weszła w życie 17 września 2004 r. Ustawa służy zapewnieniu realizacji prawa do rozpatrzenia sprawy przez sąd bez nieuzasadnionej zwłoki, o którym mowa w art. 45 ust. 1 Konstytucji (to samo prawo jest proklamowane w art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka jako prawo do rozpoznania sprawy w rozsądnym terminie). Jej wydanie zostało zainspirowane przez orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Kudła przeciwko Polsce, w którym Trybunał zarzucił Polsce brak efektywnego środka realizacji wspomnianego prawa (art. 13 powołanej Konwencji).

Zarówno opracowanie A. Kucharskiej jak i opracowanie E. Holewińskiej- Łapińskiej opierają się na badaniach aktowych, przy czym pierwsze z nich – badaniach

spraw dotkniętych przewlekłością (spraw merytorycznych) zaś drugie – badaniach postępowań ze skargi na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki.

Badaniem A. Kucharskiej zostały objęte sprawy cywilne (204) wszczęte w 1999 r. i prawomocnie zakończone. Kryterium wyboru spraw był najdłuższy czas trwania postępowania w sprawie wszczętej w 1999 r. w każdym z wylosowanych sądów. Badaniem objęte zostały sprawy *stricte* cywilne – a więc nie rodzinne, nie gospodarcze itd. Niemniej jednak omawiane opracowanie warte jest zainteresowania sędziów rodzinnych bowiem przyczyny przewlekłości w sprawach *stricte* cywilnych i rodzinnych są zbliżone. Chodzi tu między innymi o realizację zawartych w kpc instrumentów służących szybkiemu zakończeniu postępowania, jak zasada koncentracji materiału dowodowego, wymagania formalne pism procesowych i uzupełnianie braków formalnych, doręczanie pism, odraczenie rozpraw, ugodowe załatwienie sprawy, przygotowanie rozprawy, wyrok zaoczny itp. Na szczególną uwagę zasługuje stosowanie zawieszenia postępowania. Nadużywanie tej instytucji procesowej jest jednym z istotnych czynników przewlekłości postępowania.

Z kolei badania aktowe E. Holewińskiej- Łapińskiej objęły 160 spraw z sądów okręgowych i 96 spraw z sądów apelacyjnych – łącznie 256 spraw spośród 2528 skarg na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki, które wpłynęły w okresie od 17 IX 2004 r. do 31 XII 2004 r.

Już na wstępie lektury tego opracowania zwrócili moją uwagę dane wskazane w przypisie 4 (s. 163) powołane na podstawie wypowiedzi byłego podsekretarza stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości T. Wołka, z których wynika, że w 2005 r. spośród spraw cywilnych w szerokim znaczeniu tego pojęcia, przewlekłość była najrzadsza w sprawach rodzinnych. O ile wśród spraw cywilnych procesowych było wówczas 800 postępowań toczących się od ponad 5 lat, w sprawach nieprocesowych nawet 2600, w sprawach gospodarczych – 1500, to w sprawach rodzinnych było tylko 120 takich przypadków. Te dane bardzo dobrze świadczą o pracy sądów rodzinnych i wypada tylko życzyć tym sądom, by dane te nie uległy pogorszeniu. Znajdują one potwierdzenie także w wyjątkowości przypadków wniesienia w sprawach rodzinnych skargi na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki. Niemniej jednak problematyka tej skargi, przynajmniej teoretycznie, nie powinna być obca sędziom rodzinnym. Dlatego też również dla nich cenne są omawiane badania. Szczególnie ważne wydaje się być kształtowanie się w miarę zgodnej wykładni i praktyki co do stosowania środków przewidzianych w ustawie w razie stwierdzenia przewlekłości. Użycie przez ustawodawcę w tym zakresie zwrotu „sąd może” jest uzasadnione przede wszystkim tym, że nie w każdym wypadku uwzględnienia skargi, uzasadnione jest zasądzenie odpowiedniej sumy pieniężnej, jak też wydanie zaleceń. Dotkliwość przewlekłości dla skarżącego nie jest obiektywną pochodną upływu czasu lecz zależy także od konkretnych okoliczności. Z kolei zalecenia mogą być bezprzedmio-

towe, gdy przewlekłość nie jest zawiniona przez sąd, ale wynika z przyczyn natury ogólnej lub niezależnych od sądu indywidualnych zdarzeń np. wynika z przyczyn instytucjonalnych, technicznych, dysfunkcji organizacyjnej.

W końcowej części opracowania Autorka formułuje następujące wnioski:

- badania nie wykazały istotnych rozbieżności wykładni,
- realizowany jest obowiązek niezwłocznego przedstawienia skargi sądowi właściwemu do jej rozpoznania,
- mniej niż połowa skarg była uzasadniona (53% skarg zostało oddalonych), jednakże obiektywnym faktem był długi czas toczenia się większości spraw, których dotyczyły skargi,
- sądy były liberalne jeśli chodzi o egzekwowanie formalnych wymagań skargi a w szczególności co do przytoczenia okoliczności ją uzasadniających,
- sądy były wstrzemięźliwe w zakresie zasądzania przewidzianej w ustawie odpowiedniej sumy pieniężnej, przeważały kwoty 2000 – 3000 zł.,
- skarżący często kwestionowali jednoinstancyjność postępowania.

Prezentacja artykułu T. Sokołowskiego „Europejskie prawo rodzinne – pojęcie, zakres, źródła oraz wykładnia” Europejski Przegląd Sądowy Nr 5 z 2006 r., s. 4.

Harmonizacja materialnego prawa rodzinnego wykracza poza kompetencje Unii Europejskiej. Sfera ta nie mieści się w traktatowych podstawach harmonizacji prawa w UE. Jednakże są one interpretowane obecnie bardzo szeroko i dlatego nie bez znaczenia są argumenty natury historyczno-politycznej. Na przeszkodzie stoją tu bowiem zbyt duże różnice w tradycjach prawnych państw europejskich, w przyjmowanych koncepcjach małżeństwa i rodziny. Standardy europejskie w zakresie materialnego prawa rodzinnego były dotychczas tworzone przez Radę Europy, ale działalność Rady Europy w ostatnim czasie nie przynosi w tym zakresie znaczących efektów.¹ Niemniej jednak ostatnio coraz częściej mówi się o europejskim prawie rodzinnym. Próba wyjaśnienia tego pojęcia jest przedmiotem omawianego artykułu.

Według Autora, w ujęciu teoretycznym pojęcie to można odnieść do pewnej teoretycznej koncepcji systemu norm prawnych dotyczących stosunków prawno-rodzinych w państwach członkowskich UE. System taki jest jednak na razie tylko

¹ Ostatnio przyjętą przez Radę Europy Konwencją o kontaktach z dziećmi związały się dotychczas zaledwie 4 państwa. Polska ją podpisała ale nie ratyfikowała. Obecnie w Radzie Europy toczą się prace nad nową konwencją o przysposobieniu dzieci, która ma zastąpić Konwencję o przysposobieniu dzieci z 1967 r. Również powodzenie tego instrumentu prawnego stoi pod znakiem zapytania, bowiem jednym z motywów tej inicjatywy jest dopuszczenie adopcji przez związki homoseksualne.

² Por. K. Boele-Woelki, Comparative research-based drafting on principles of European Family Law, w Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research, Antwerpen-Groningen 2002, s. 171-185.

postulatem pewnej grupy teoretyków prawa zajmujących się prawem rodzinnym.² Autor uczestniczy w pracach studialnych międzynarodowej grupy ekspertów, która podjęła próbę przybliżenia realizacji tego postulatu.

Europejskie prawo rodzinne w innym ujęciu oznacza z kolei istniejący lub tworzony w UE system norm, oparty na wspólnych założeniach przyjętych już nie tylko przez gremia naukowe ale i czynniki polityczne. W tym znaczeniu chodzi przede wszystkim o normy międzynarodowego postępowania cywilnego oraz projektowane normy kolizyjne (w szczególności dotyczące alimentów, rozwodów i majątkowego prawa małżeńskiego).

W znaczeniu opisowym, które ma największe znaczenie praktyczne, na europejskie prawo rodzinne składają się wskazane przez Autora już funkcjonujące unormowania, zasady podstawowe i zasady wykładni.

W tym ostatnim znaczeniu na rodzinne prawo europejskie składa się szereg źródeł. W tym kontekście też Autor wymienia w omawianym artykule cały szereg aktów prawnych, które warto przytoczyć aby Czytelnik mógł sam zrekonstruować zakres pojęcia „prawo europejskie” w znaczeniu opisowym:

Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 10. grudnia 1948 r., Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r., Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 20 listopada 1989 r., Europejska Konwencja o wykonywaniu praw dzieci, sporządzona w Strasburgu 25 stycznia 1996 r., Konwencja dotycząca statusu uchodźców, sporządzona w Genewie 28 lipca 1951 r., konwencja o właściwości organów i prawie właściwym w zakresie ochrony małoletnich, sporządzona w Hadze 5 października 1961 r.; Europejska konwencja o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń dotyczących pieczy nad dzieckiem oraz o przywracaniu pieczy nad dzieckiem, sporządzona w Luksemburgu 20 maja 1980 r.; Europejska konwencja o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego, sporządzona w Strasburgu 15 października 1975 r.; Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, sporządzona w Hadze 25 października 1980 r.; Konwencja o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń oraz współpracy w sprawach odpowiedzialności rodzicielskiej i środków ochrony dzieci, sporządzona w Hadze 19 października 1996 r.; konwencję o kontaktach z dzieckiem, podpisaną w Strasburgu 15 maja 2003 r., Konwencja o przysposobieniu dzieci, sporządzona w Strasburgu 24 kwietnia 1967 r., Konwencja o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych, sporządzona w Hadze 2 października 1973 r. Konwencja luksemburska o uznawaniu orzeczeń w sprawach małżeńskich z 8 września 1967r., Konwencja haska o uznawaniu rozwodów i separacji z 1 czerwca 1970 r.

Polska jest stroną prawie wszystkich spośród wymienionych konwencji, dlatego też ich teksty są opublikowane w Dziennikach Ustaw.

Do źródeł rodzinnego prawa europejskiego w znaczeniu opisowym należą też instrumenty prawne stworzone przez UE. W tym zakresie Autor wymienił rozporzą-

dzenie Rady (WE) nr 2201/2003 z 27.11.2003 r. (tzw. Bruksela II bis) dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot. Jeżeli jednak ten instrument prawny jest źródłem rodzinnego prawa europejskiego, to chyba na tej samej zasadzie należałoby wymienić także rozporządzenie dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach cywilnych i handlowych (tzw. Bruksela I), bowiem obejmuje ono jurysdykcję, uznawanie i wykonywanie wyroków alimentacyjnych, a więc wkracza w obszar prawa rodzinnego.

Ponadto trafnie zwraca się uwagę w omawianym artykule, że źródłem europejskiego prawa rodzinnego jest orzecznictwo ETPC i ETS oraz rezolucje i rekomendacje Rady Europy:

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

³ Ostatnio wymienione rezolucje i rekomendacje zostały opublikowane w książce wydanej przez Instytut Wymiaru Sprawiedliwości: Standardy prawne Rady Europy, t. I Prawo rodzinne, Warszawa 1994

Robert Zegadło

Sprawozdanie z konferencji „Prawo rodzinne w Polsce i na Ukrainie – doświadczenia, zmiany, współpraca” Katolicki Uniwersytet Lubelski, 29-30 maja 2007 r.

W dniach 29-30 maja 2007 r. w Katolickim Uniwersytecie Lubelskim odbyła się międzynarodowa konferencja pt. Prawo rodzinne w Polsce i na Ukrainie – doświadczenia, zmiany, współpraca. Konferencję zorganizowali: Katolicki Uniwersytet Lubelski – a w szczególności I Katedra prawa Cywilnego Wydziału Prawa i Administracji oraz Zakład Prawa Rodzinnego Zamiejscowego Wydziału Nauk o Społeczeństwie KUL w Stalowej Woli, a także Narodowy Instytut im. Iwana Franki we Lwowie oraz Stowarzyszenie Urzędników Stanu Cywilnego RP Oddział w Lublinie.

Konferencja stanowiła jedno z przedsięwzięć objętych projektem „Współpraca uniwersytetów wspierająca rozwój regionów lubelskiego i lwowskiego” współfinansowanym ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Sąsiedztwa Polska-Białoruś-Ukraina.

W czasie konferencji głos zabierali eksperci polscy i ukraińscy a także goście z Europy Zachodniej. Konferencja podzielona została na cztery bloki tematyczne określone w programie jako sesje.

Pierwsza sesja, której przewodniczył prof. T. Smyczyński, była poświęcona rozwojowi prawa rodzinnego na Ukrainie i w Polsce. W jej ramach wygłoszono następujące referaty:

Prof. Zoryslava Romovska wystąpiła z referatem pt. „Kodeks rodzinny Ukrainy: analiza swego i obcego”. Prof. Romovska przedstawiła założenia i najistotniejsze rozwiązania przyjęte w nowym Kodeksie Rodzinnym Ukrainy, który obowiązuje od 1 stycznia 2004 r. Uchwalenie kodeksu rodzinnego jako odrębnego od kodeksu cywilnego aktu prawnego było poprzedzone dyskusją o lokalizacji regulacji prawa rodzinnego, w której ostatecznie przeważały głosy zwolenników odrębnego kodeksu rodzinnego. W kodeksie tym legislator ukraiński pokusił się o definicję rodziny. Jako jedną z przesłanek przy konstruowaniu tej definicji Referentka wskazała orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Z tego względu uznano za rodzinną związek mężczyzny i kobiety, którzy wspólnie mieszkają nie zawierając małżeństwa. W przypadku takiego związku uznano, iż majątek nabyty w czasie wspólnego zamieszkiwania jest wspólny, a także przewidziano prawo do alimentacji

w związku z niezdolnością do pracy. Przesłankami dla zakwalifikowania związku mężczyzny i kobiety jako rodziny jest wspólne pożycie, wspólne gospodarstwo domowe i wzajemne prawa i obowiązki. Art. 3 ukraińskiego kodeksu rodzinnego odwołuje się do norm moralnych. Proklamowane zostało prawo do macierzyństwa i prawo do ojcostwa. To ostatnie w tak dalekim zakresie, że dopuszczono możliwość wystąpienia z żądaniem zaprzeczenia ojcostwa przez mężczyznę, który podaje się za faktycznego ojca. Jednocześnie zwiększone zostały możliwości uznania dziecka. Obecnie wystarczy do tego sam fakt biologicznego pochodzenia dziecka od uznającego, natomiast poprzednio wymagane było wspólne zamieszkanie, udział w utrzymaniu i wychowaniu dziecka.

Rozwinięto regulację alimentów porozwodowych. O ile dobrze zrozumiałem, przewidziano niezależne od winy w rozkładzie pożycia alimenty na okres do 3 lat dla tego z rozwodzących się małżonków, który jest niezdolny do pracy. Z kolei bez ograniczenia terminu proklamowano prawo do alimentów dla tego z małżonków, który wychowuje dziecko niepełnosprawne.

W zakresie alimentów na rzecz dziecka dopuszczono alimenty zasądzone procentowo obok zasądzania sumy nominalnej.

Przedmiotem nowelizacji kodeksu w 2006 r. była zmiana kwalifikacji wynagrodzenia za pracę, wcześniej składnika majątku osobistego, które od nowelizacji stanowi składnik majątku wspólnego.

Kodeks rodzinny Ukrainy dopuścił nieznane wcześniej przysposobienie niepełne.

Dr Svitlana Lepekh zreferowała problematykę unieważnienia małżeństwa i rozwodu w prawie rodzinnym Ukrainy.

Ukraiński Kodeks rodzinny przewiduje trzy postępowania dla uzyskania rozwodu stosowane w zależności od okoliczności konkretnej sprawy. Jednym z nich jest utrzymany – pochodzący z czasów radzieckich – tryb administracyjny – przed Urzędem Stanu Cywilnego. Rozwód może być uzyskany na tej drodze jeżeli małżonkowie nie mają małoletnich dzieci albo gdy jeden z małżonków został ubezwłasnowolniony albo zaginął albo został skazany na karę pozbawienia wolności w wymiarze powyżej 3 lat. Pozostałe dwa tryby uzyskania rozwodu są już związane z postępowaniem przed sądem. Jeden z trybów jest postępowaniem uproszczonym, które może być zastosowane na wspólny wniosek małżonków, któremu towarzyszy porozumienie co do dzieci, kontaktów i alimentów. W tym postępowaniu nie musi być wykazane istnienie przesłanek rozwodowych. Jeżeli nie ma porozumienia między małżonkami mającymi wspólne małoletnie dzieci, rozwód może być udzielony jedynie po przeprowadzeniu zwykłego procesu i udowodnieniu przesłanek rozwodowych.

Również unieważnienie małżeństwa może nastąpić na Ukrainie w trybie administracyjnym albo sądowym.

Następnie prof. Elżbieta Holewińska-Łapińska przedstawiła projektowane zmiany kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w zakresie pochodzenia dziecka ze szczególnym uwzględnieniem uznania dziecka. Projekt ten został przyjęty przez sejm-

wą Komisję nadzwyczajną ds. zmian w kodyfikacjach (druk sejmowy 1166). Projekt wraz z uzasadnieniem był opublikowany w Kwartalniku nr 2/2006.

Druga sesja – której przewodniczył dr hab. Karol Weitz – poświęcona była międzynarodowym, w tym europejskim aspektom prawa rodzinnego.

Tematem pierwszego referatu w tym bloku, wygłoszonego przez prof. Tomasza Sokołowskiego, była analiza pojęcia „europejskie prawo rodzinne”. Pojęcie to można de lege lata odnosić do już funkcjonujących wspólnych dla państw członkowskich unormowań (co dotyczy w tej chwili głównie prawa kolizyjnego i międzynarodowej współpracy prawnej sądów) i zasad uwzględnianych w praktyce prawnej (co dotyczy głównie Konwencji o ochronie praw człowieka oraz orzecznictwa ETPC na tle tej Konwencji). De lege ferenda pojęcie to odnosi się do pewnych –wybiegających daleko w przyszłość – koncepcji unifikacji prawa rodzinnego, które dotyczą także prawa materialnego. Przedmiot wykładu prof. Sokołowskiego nawiązywał do rozważań zawartych w jego artykule pt. „Europejskie prawo rodzinne – pojęcie, zakres, źródła oraz wykładnia”.¹

Drugi referat w tej sesji zaprezentował gość z Holandii – prof. Gerard-Rene de Groot. Tematem tego referatu były problemy związane z uznawaniem zagranicznych aktów stanu cywilnego, które nadal występują nawet w tonie UE. Przykładem takich problemów jest sprawa Grunkin-Paul oczekująca na rozstrzygnięcie ETS. Syn małżonków D. R. Paul i S. Grunkina urodził się w Danii. Oboje rodzice posiadają obywatelstwo niemieckie. Również dziecko posiada obywatelstwo niemieckie i zamieszkuje w Danii. Duński urząd stanu cywilnego wpisał jako nazwisko dziecka połączenie nazwisk Grunkin-Paul, zgodnie z oświadczeniem o nazwisku dziecka złożonym przez rodziców. Połączone nazwisko dopuszcza prawo duńskie. Natomiast USC w Berlinie odmówił transkrypcji aktu urodzenia w zakresie nazwiska, ponieważ niemieckie przepisy dotyczące nazwisk dopuszczają jedynie aby dziecko nosiło nazwisko ojca (Grunkin) albo matki (Paul).

Motywnym przewodnim kolejnej sesji, której przewodniczył Henryk Chwyc – Wiceprezes Stowarzyszenia Urzędników Stanu Cywilnego RP – były międzynarodowa współpraca w sprawach rejestracji stanu cywilnego, która realizuje się poprzez działalność prawotwórczą Międzynarodowej Komisji Stanu Cywilnego oraz działalność korporacyjną Europejskiego Stowarzyszenia Urzędników Stanu Cywilnego.

Polska jest zaangażowana w obu wymienionych organizacjach. Tę pierwszą organizację przybliżyła Chantal Nast z Francji a implementację jej dorobku w Polsce przedstawiła prof. M. Pyziak-Szafnicka, która reprezentuje Polskę w pracach tego

¹ Europejski Przegląd Sądowy Nr 5 z 2006 r., s. 4. Omówienie tego artykułu w rubryce „Warto przeczytać” niniejszego numeru.

gremium. Polska jest stroną następujących konwencji Międzynarodowej Komisji Stanu Cywilnego:

nr 3 dotyczącej międzynarodowej wymiany informacji z zakresu stanu cywilnego, podpisanej w Stambule 4 IX 1958 r.²

nr 16 dotyczącej wydawania wielojęzycznych odpisów skróconych aktów stanu cywilnego, podpisanej w Wiedniu 8 IX 1976 r.³ oraz

nr 17 w sprawie zwolnienia od legalizacji niektórych aktów i dokumentów podpisanej w Atenach 15 IX 1977 r.⁴.

Profesor Pyziak-Szafnicka przedstawiła korzyści płynące z przynależności Polski do Międzynarodowej Komisji Stanu Cywilnego (dalej MKSC). Jest to ułatwienie międzynarodowego obrotu prawnego w dziedzinie rejestracji stanu cywilnego, w tym poprzez możliwość posługiwania się przez obywateli wielojęzycznymi odpisami skróconych aktów stanu cywilnego, ale także wymianę informacji co do nieprawidłowości i oszustw w tym obrocie. Nie bez znaczenia jest wymiana informacji na temat prawa obowiązującego w różnych krajach. Pojawiają się także problemy ze stosowaniem instrumentów prawnych MKSC, jak np. co do uwzględnienia nazwiska rodzowego w formularzach MKSC. W dyskusji Profesor wskazała na problem fikcyjnych małżeństw, który występuje w rozwiniętych krajach Europy w związku z dążeniami imigrantów do legalizacji osiedlenia się w tych krajach. Należy zauważyć, że problem ten jest pominięty w polskim prawie rodzinnym, podczas gdy dotyczą go regulacje prawa publicznego. Stan taki budzi poważne wątpliwości co do spójności systemu prawnego.

Prezentacja dorobku i zadań Międzynarodowej Komisji Stanu Cywilnego oraz Europejskiego Stowarzyszenia Urzędników Stanu Cywilnego miała szczególne znaczenie dla gości z Ukrainy a przede wszystkim reprezentantów środowiska ukraińskich Urzędników Stanu Cywilnego, bowiem Ukraina dopiero rozważa przystąpienie do tych organizacji.

Ostatni blok tematyczny był poświęcony statusowi urzędników stanu cywilnego w Polsce, na Ukrainie, w Niemczech i niektórych innych krajach członkowskich MKSC.

Referaty w tej części konferencji wygłosili dr Piotr Kasprzyk, Fritz Peter oraz Chantal Nast. Nawiązując do wystąpienia gościa z Niemiec warto odnotować, że w Niemczech działa specjalna placówka dla doskonalenia zawodowego urzędników stanu cywilnego, jaką jest Akademia Urzędników Stanu Cywilnego. Godny uwagi jest zamiar informatyzacji systemu prowadzenia ksiąg rodzinnych w Niemczech.

² Dz. U. z 2003 r. Nr 172. poz. 1667.

³ Dz. U. z 2004 r. Nr 166. poz. 1735.

⁴ Dz. U. z 2003 r. Nr 148. poz. 1446.