

INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

PRAWO W DZIAŁANIU

25

SPRAWY CYWILNE

Redakcja naukowa Elżbieta Holewińska-Łapińska



Wolters Kluwer

Warszawa 2016

ISSN 2084-1906

Nakład 200 egz.

Wersja papierowa Prawa w Działaniu jest wersją pierwotną (referencyjną)

Wydawca:

Na zlecenie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości
Wolters Kluwer SA
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

WOLTERS KLUWER SA



DYREKTOR DZIAŁU CZASOPISM

Klaudiusz Kaleta

tel. (22) 535 82 03; 535 83 13

faks (22) 535 81 35

e-mail: czasopisma@wolterskluwer.pl

Szczegółowe informacje o prenumeracie czasopisma można uzyskać pod numerem infolinii
0 801 04 45 45; faks (22) 535 82 05

www.profinfo.pl

RADA PROGRAMOWA

Kauko Aromaa, Tadeusz Ereciński, Lech Gardocki, Uberto Gatti,
Vyacheslav Navrotsky, Lech Paprzycki, Andrzej Rzepliński, Marek Safjan,
Stanisław Waltoś, Adam Zieliński

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodniczący
Andrzej Siemaszko

CZŁONKOWIE:

Beata Gruszczyńska, Elżbieta Holewińska-Łapińska, Marek Mozgawa, Jacek Sadowski,
Roman Trzaskowski, Dobrochna Wójcik, Eleonora Zielińska

REDAKCJA

Redaktor Naczelny
Andrzej Siemaszko

Redaktor Naukowy – Sprawy karne
Marek Mozgawa

Sekretarz Redakcji – Sprawy karne
Paweł Bachmat

Redaktor Naukowy – Sprawy cywilne
Elżbieta Holewińska-Łapińska

Sekretarz Redakcji – Sprawy cywilne
Jerzy Słyk

Redaktor statystyczny - Beata Gruszczyńska

Redakcja językowa – Katarzyna Sowińska

Instytut Wymiaru Sprawiedliwości,
ul. Krakowskie Przedmieście 25, 00-071 Warszawa

Spis treści:

Elżbieta Holewińska-Łapińska, Maciej Domański, Jerzy Stryk Orzecznictwo w sprawach o wykonywanie kontaktów z dziećmi	7
Elżbieta Holewińska-Łapińska Sędziowska ocena efektywności stosowania przepisów o wykonywaniu kontaktów z dzieckiem (art. 598 ¹⁵ –598 ²⁰ k.p.c.) i ich adekwatności do potrzeb praktyki w świetle wyników badania ankietowego.....	38
Elżbieta Holewińska-Łapińska Proces o ustalenie ojcostwa w aspekcie realizacji praw ojców	72
Maciej Domański Orzekanie o pieczy naprzemiennej w wyrokach rozwodowych	97
Jerzy Stryk Zezwolenie (zgoda) sądu opiekuńczego na udzielenie świadczenia zdrowotnego małoletniemu pacjentowi (art. 32 i 34 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty)	149
Katarzyna Kryla-Cudna Niemiecki Urząd do spraw Dzieci i Młodzieży (Jugendamt).....	191
Carlos Martínez de Aguirre Same-sex marriage in Spanish law	206
Maciej Domański Divorce Requested by Spouse, Exclusively at Fault – the Family and Guardianship Code (Remarks on the Principle of Recrimination).....	218
Justyna Włodarczyk-Madejska The course of divorce proceedings and the social and demographic characteristics of persons divorcing in 2015 against the background of case file research	226

Contents:

Elżbieta Holewińska-Łapińska, Maciej Domański, Jerzy Stryk Judgments in cases concerning enabling access to children	7
Elżbieta Holewińska-Łapińska Judges' assessment of efficiency of application of provisions on access to children (Art. 598 ¹⁵ –598 ²⁰ of the Code of Civil Procedure) and their adequacy for practical needs in the light of a survey	38
Elżbieta Holewińska-Łapińska Cases for establishing paternity in the aspect of exercise of fathers' rights	72
Maciej Domański Adjudicating alternating custody in judgments of divorce	97
Jerzy Stryk Permission (consent) of a guardianship court for providing a healthcare service to a minor patient (Art. 32 and 34 of the Act on the Professions of a Physician and a Dental Surgeon)	149
Katarzyna Kryla-Cudna The German Child and Youth Welfare Office (Jugendamt)	191
Carlos Martínez de Aguirre Same-sex marriage in Spanish law	206
Maciej Domański Divorce Requested by Spouse, Exclusively at Fault – the Family and Guardianship Code (Remarks on the Principle of Recrimination)	218
Justyna Włodarczyk-Madejska The course of divorce proceedings and the social and demographic characteristics of persons divorcing in 2015 against the background of case file research	226

Elżbieta Holewińska-Łapińska, Maciej Domański, Jerzy Słyk*

Orzecznictwo w sprawach o wykonywanie kontaktów z dziećmi

UWAGI WPROWADZAJĄCE

Nie wymaga dowodu twierdzenie o doniosłości kontaktów osobistych dla budowania, realizacji i podtrzymywania więzi emocjonalnych pomiędzy osobami bliskimi, a w szczególności rodzicami i dziećmi.

Artykuł 113 § 1 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, w brzmieniu obowiązującym od 13.06.2009 r., utrzymywanie kontaktów rodziców i dzieci ujmuje jako obowiązek ustawowy ciążyący na każdej ze stron tej relacji, a zarazem prawo definiowane w literaturze przedmiotu jako „prawo naturalne, związane z osobą człowieka”, które ustawodawca jedynie „doprecyzował”, nadając mu „jurydyczny kształt” i tworząc system jego ochrony¹. Takie ujęcie bywa oceniane jako umacniające pozycję zabiegającego o realizację kontaktów rodzica, który nie sprawuje bezpośredniej pieczy nad dzieckiem. Przyjmuje się bowiem, że element obowiązku kontaktowania się, ciążyący także na dziecku, powinien utrudniać „bojkotowanie” oczekiwań w tej kwestii zarówno przez samo dziecko, jak i rodzica sprawującego nad nim bezpośrednią pieczę². Może także sprzyjać podejmowaniu działań (w tym terapeutycznych), pozwalających na przełamanie negatywnego nastawienia dziecka do kontaktów³. Powinno więc sprzyjać wykonywaniu kontaktów ustalonych w prawomocnym orzeczeniu (ugodzie sądowej).

Doniosłość zapewnienia efektywnej realizacji kontaktów potwierdza orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który traktuje utrudnianie lub uniemożliwianie ich jako naruszenie art. 8 Konwencji z 4.11.1950 r. o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁴. Prawo do kontaktów pomiędzy osobami

* E. Holewińska-Łapińska jest profesorem w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości; M. Domański jest adiunktem w Katedrze Prawa Cywilnego WPiA UW oraz w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości; J. Słyk jest adiunktem w Katedrze Prawa Rodzinnego i Prawa Nieletnich WPiA UKSW oraz w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości.

¹ Tak T. Sokołowski, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, H. Dolecki (red.), T. Sokołowski (red.), Warszawa 2013, komentarz do art. 113, s. 796.

² Tak T. Sokołowski, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, H. Dolecki (red.), T. Sokołowski (red.), komentarz do art. 113, s. 797, aprobując wobec powołanego stanowiska T. Justyńskiego wypowiedzianego w monografii *Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym*, Warszawa 2011, s. 134 i n. Konieczne wydaje się też odnotowanie, że wątpliwość co do poprawności nałożenia obowiązku na dzieci zgłosiła Sędzia G. Niemiałtowska, zob. G. Nauka, *Spotkanie Kolegium Redakcyjnego „Rodziny i Prawa” z przewodniczącymi sądów rodzinnych*, „Rodzina i Prawo” 2009/13, s. 121.

³ Tak R. Zegadło, w: *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, J. Ignaczewski (red.), Sądowe Komentarze Tematyczne, Warszawa 2010, s. 232.

⁴ Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

bliskimi, w szczególności gdy jedna z nich jest dzieckiem, jest postrzegane jako element prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, choć prawo do kontaktów między krewnymi nie jest wymienione w powołanym przepisie *expressis verbis*.

Prawo do utrzymywania regularnych, osobistych związków i bezpośredniego kontaktu z obojgiem rodziców, o ile (wyjątkowo) nie jest to sprzeczne z interesami dziecka, jest zagwarantowane w art. 9 i 10 Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawach dziecka⁵.

Realizacja prawa (a zarazem obowiązku) do kontaktów osobistych rodzica i dziecka, w tym sprecyzowanego w orzeczeniu sądu lub w ugodzie sądowej (zawierzonej przez sąd), jest trudna, gdy między osobą, z którą dziecko mieszka, a innymi osobami uprawnionymi do kontaktów z nim trwa konflikt. Niekiedy przybiera on postać skrajną, wyrażającą się w nieuprawnionym zatrzymaniu (uprowadzeniu) dziecka. Obawa przed takim działaniem osoby uprawnionej do kontaktów z dzieckiem bywa jednym z czynników przesądzających o utrudnianiu kontaktów, szczególnie że tzw. porwania rodzicielskie nie są w Polsce zjawiskiem zupełnie wyjątkowym⁶.

Odpowiedzialni rodzice nie powinni wciągać dziecka w konflikt, który ich dotyczy⁷, ale dążyć do kompromisu w sprawie kontaktów pomiędzy dzieckiem a rodzicem, który nie sprawuje bezpośredniej pieczy nad nim, i przestrzegać zasad w tej kwestii, w szczególności gdy zostały ustalone w prawomocnym orzeczeniu (ugodzie). Jednakże umożliwienie należytego wykonania orzeczenia o kontaktach z dzieckiem osoby, która z nim nie mieszka, łącznie z zastosowaniem środków przymusu, jest traktowane jako powinność państwa, wyrażona w wielu orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w tym w sprawach przeciwko Polsce. W uzasadnieniu wyroku z 16.09.2014 r. w sprawie *P. F. przeciwko Polsce* (skarga nr 2210/12), ostatecznego 16.02.2015 r., ETPC jednoznacznie wyjaśnił, że „1. (...) obowiązek podjęcia przez władze krajowe działań nie jest (...) absolutny. Zasadnicza kwestia dotyczy tego, czy władze podjęły wszelkie niezbędne kroki w celu ułatwienia kontaktu, jakich można by słusznie oczekiwać w szczególnych okolicznościach każdej tego typu sprawy (...)”, oraz zauważył „57 (...), że istnieje szeroki konsensus – również w prawie międzynarodowym – wspierający tezę,

⁵ Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526.

⁶ Zgodnie z definicją zawartą w Zarządzeniu Nr 124 Komendanta Głównego Policji z 4.06.2012 r. w sprawie prowadzenia przez Policję poszukiwania osoby zaginionej oraz postępowania w przypadku ujawnienia osoby o nieustalonej tożsamości lub znalezienia nieznanego zwłok oraz szczątków ludzkich (Dz. Urz. KGP z 5.06.2012, poz. 29), „porwanie rodzicielskie” jest sytuacją, w której jedno z rodziców lub opiekunów posiadających pełną władzę rodzicielską bez woli i wiedzy drugiego z nich pod pretekstem krótkotrwałego pobytu wywozi lub zatrzymuje dziecko na stałe, pozbawiając tym samym drugiego rodzica lub opiekuna posiadającego pełną władzę rodzicielską możliwości utrzymywania kontaktu z dzieckiem w przysługującym mu zgodnie z prawem zakresie (<http://www.itaka.org.pl/dzialalnosc/kampanie-spoeczne/porwania-rodzicielskie/>). W latach 2013–2014 w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości, z inicjatywy Ministra Sprawiedliwości, przeprowadzono szereg badań tego zjawiska. Zob. w szczególności M. Mozgawa, M. Kulik, A. Szczekala, *Przestępstwo uprowadzenia lub zatrzymania małoletniego lub osoby nieporadnej – art. 211 k.k. (ze szczególnym uwzględnieniem tzw. uprowadzeń rodzicielskich)*, „Prawo w Działaniu” 2013/16; K. Buczkowski, K. Drapała, *Uprowadzenie lub zatrzymanie małoletniego wbrew woli osoby powołanej do opieki. Analiza orzeczeń sądowych w sprawach o przestępstwo z art. 211 k.k.*, „Prawo w Działaniu” 2014/nr 19.

⁷ Problematyka sytuacji dziecka w związku z konfliktem między jego rodzicami, w szczególności w sytuacji okolorozwodowej, na podstawie badań, została przedstawiona przez W. Stojanowską, *Ochrona dziecka przed negatywnymi skutkami konfliktu między jego rodzicami*, Warszawa 1997. Zob. też A. Czerederecka, *Manipulowanie dzieckiem przez rodziców rywalizujących o udział w opiece*, dzieckokrzywdzone.pl.

że we wszystkich decyzjach dotyczących dzieci pierwszorzędne znaczenie musi mieć ich najlepiej pojęty interes (zobacz, między innymi *Neulinger i Shuruk przeciwko Szwajcarii* [GC], skarga nr 41615/07, § 135, z dnia 6 lipca 2010 roku)” i przyznał, iż występuje „2 margines swobody uznania władz krajowych”, który w rozpoznawanej sprawie nie został przekroczony. Trybunał uznał, że „3 (...) spory dotyczące kontaktu i miejsca zamieszkania stanowią z natury bardzo delikatną kwestię dla wszystkich rodziców, których dotyczą i nie jest to koniecznie łatwe zadanie dla władz krajowych, by zapewnić wykonanie postanowienia sądu w sytuacji, gdy zachowanie jednego lub obojga rodziców jest mniej niż konstruktywne. W przedmiotowej sprawie konflikt pomiędzy skarżącym a matką dziecka szczególnie utrudnił władzom krajowym podjęcie działań zmierzających do pełnego wykonania prawa skarżącego do kontaktu”. W konsekwencji w tym przypadku, w okolicznościach sprawy, nie doszło do naruszenia artykułu 8 Konwencji.

To orzeczenie w sprawie przeciwko Polsce nie zmienia zasady przyjętej przez Trybunał (wyrażonej także w powołanym wyroku i w wielu wcześniejszych orzeczeniach), że „4. (...) władze krajowe były zobowiązane do zapewnienia wykonania ustaleń dotyczących kontaktów, ponieważ to one sprawowały władzę publiczną i dysponowały środkami, by móc pokonać problemy stojące na drodze egzekucji kontaktów”⁸.

W wyroku z 20.04.2010 r., w sprawie *Z. przeciwko Polsce*⁹, Europejski Trybunał Praw Człowieka negatywnie ocenił nieefektywne działania polskich sądów, których celem miało być doprowadzenie do wykonywania orzeczenia o kontaktach ojca z córką w okresie separacji faktycznej rodziców oraz po rozwiązaniu ich małżeństwa. Trybunał dostrzegł trudności w wykonaniu orzeczenia, wynikające z konfliktu pomiędzy rodzicami dziecka. Pouczył jednak, że „75. (...) brak współpracy pomiędzy rodzicami w separacji nie stanowi okoliczności, które same w sobie mogą zwolnić władze z pozytywnych zobowiązań wynikających z artykułu 8 Konwencji. Nakładają one raczej na władze obowiązek podjęcia środków, które doprowadziłyby do pogodzenia konkurencyjnych interesów stron, mając na uwadze nadrzędne dobro dziecka”.

Liczba spraw, w których – wbrew oczekiwaniom osoby uprawnionej – orzeczenie o kontaktach nie jest wykonywane, jest statystycznie nieznaczna, gdy uwzględnimy skalę przypadków życia rodziców w rozłączeniu (wynikającą między innymi ze zmiany modelu życia rodzinnego w kontekście zawierania małżeństwa, znacznej liczby orzekanych każdego roku rozwodów małżeństw z małoletnimi dziećmi, w wyniku których co roku liczba dzieci z takich małżeństw wzrasta w ostatnich latach o ponad 50.000¹⁰, oraz z bardzo szybko wzrastającego odsetka urodzeń

⁸ Niemalże identycznie przykładowo w uzasadnieniu wyroku z 19.06.2007 r., w sprawie *Pawlik przeciwko Polsce* (skarga nr 11638/02, <http://bip.ms.gov.pl/pl/plprawaczlowieka/europejski-trybunal-praw-czlowieka/orzecznictwo-europejskiego-trybunalu-praw-czlowieka/orzecznictwo-wsprawach-dotyczacych-polski/rok-2007/download,1005,0.html>). Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, że władze krajowe miały obowiązek: „51. (...) zapewnienia wdrożenia ustaleń w zakresie kontaktów, ponieważ to one sprawują władzę publiczną i mają do dyspozycji środki do opanowania problemów z egzekucją. (...) 53. (...) beczynność władz przeniosła na skarżącego ciężar stałego uciekania się do kolejnych czasochłonnych i całkowicie nieefektywnych środków dla wyegzekwowania jego praw”.

⁹ Skarga nr 34694/06. Omówienie wyroku, zob. B. Grabowska, *Brak kontaktu ojca z dzieckiem narusza Konwencję*, „Biuletyn Informacyjny Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka” 2010/4, s. 1–2.

¹⁰ Zgodnie z ustaleniami GUS (GUS. Departament Badań Demograficznych i Rynku Pracy, *Dzieci w Polsce w 2014 roku*, s. 8), co roku w wyniku rozwodów rodziców około 50–60 tys. dzieci (w wieku poniżej 18 lat) pozostaje poza pełną rodziną. Od 1990 r. (przez kolejnych kilkanaście lat) liczba rozwodów kształtowała się na poziomie 40–45 tys.; w latach 2004–2006 odnotowano jej gwałtowny wzrost do 72 tys. W 2014 r. rozwiodło się ok. 66 tys.

pozamałżeńskich¹¹). Nie umniejsza to wagi problemu ani w wymiarze społecznym, ani dla osób zainteresowanych i ich rodzin. Nie można jednak uznawać skuteczności wykonania orzeczenia za cel ważniejszy od ochrony psychiki dziecka, narażonej na poważniejszy uszczerbek przy stosowaniu „siłowych” metod wykonania orzeczenia. Z tej przyczyny w poszukiwaniu optymalnych rozwiązań prawnych odstąpiono od stosowania przepisów egzekucyjnych¹². W dniu 27.09.2001 r. zaczęła obowiązywać ustawa z 19.07.2001 r.¹³, nowelizująca kodeks postępowania cywilnego w zakresie problematyki dotyczącej odebrania od nieuprawnionej osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką. Celem wówczas dokonanych zmian było nadanie postępowaniu o odebranie osoby cech postępowania opiekuńczego z jednoczesną eliminacją cech postępowania egzekucyjnego, ujednolicenie postępowania, jego uproszczenie, odformalizowanie i przyspieszenie, wzmocnienie ochrony dobra osoby, której postępowanie dotyczy, zwiększenie skuteczności postępowań prowadzonych w związku z uprowadzeniem dziecka do Polski lub bezprawnym jego zatrzymaniem w Polsce.

Postępowanie opisane w art. 598¹–598¹³ k.p.c. w praktyce było stosowane tylko, gdy chodziło o odebranie dziecka w celu realizowania nad nim długotrwałej bezpośredniej pieczy. Gdy orzeczenie sądu dotyczyło prawa do kontaktów, stosowano przepisy o egzekucji świadczeń niepieniężnych (art. 1050 i 1051 k.p.c.)¹⁴, z grzywną

par małżeńskich, tj. na 1000 istniejących małżeństw około 7 zostało rozwiązanych na drodze sądowej, podczas gdy na początku lat 90. było ich niespełna 5. Wśród małżeństw rozwiązanych przez rozwód w 2013 r. jedynie 41,9% nie miało wspólnych małoletnich dzieci. Rozwiedzionych małżeństw z jednym dzieckiem było 36,9%, dwójką dzieci – 17,4%, trójką dzieci – 2,9%, czwórką lub więcej dzieci – 0,76%. Tylko w 2013 r. rozstrzygnięcie rozwodowe dotyczyło ponad 55.259 małoletnich dzieci (zob. M. Domański, *Powierzenie wykonywania władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców w wyroku rozwodowym*, „Prawo w Działaniu” 2015/21, s. 7).

¹¹ Przykładowo w 2014 r. urodziło się 90.701 dzieci pozamałżeńskich. Udział dzieci pozamałżeńskich wśród urodzeń żywych wynosił 24,2% – GUS, *Rocznik Demograficzny 2015*, Warszawa 2015, s. 262, tablica nr 56 [83]. Są jednak regiony, w których niemalże co drugie dziecko nie pochodzi z małżeństwa rodziców. W 2013 r. urodziło się w całym państwie 23,4% dzieci pozamałżeńskich, ale przykładowo w województwie zachodniopomorskim 44,7%, w lubuskim 40,3%, a w Wałbrzychu odsetek ten wyniósł 46,8.

¹² W okresie powojennym wykonanie orzeczenia o odebraniu dziecka odbywało się zgodnie ze wskazaniami zawartymi w uchwale pełnego składu Izby Cywilnej z 25.11.1947 r., C. Prez. 6/47, PiP 1948/3, co do zasady według przepisów o egzekucji świadczeń niepieniężnych z zastosowaniem odpowiednio przepisów dotyczących wydania rzeczy ruchomej (aprobuje glosa M. Waligórskiego, PiP 1949/10, s. 185). Praktyka wykazała niedoskonałość tego rozwiązania (przykładowo E. Mędrzycka, *Egzekucja roszczenia o wydanie dziecka*, „Biuletyn Ministerstwa Sprawiedliwości” 1958/12, s. 12 i n.). W kodeksie postępowania cywilnego z 1964 r. w księdze drugiej („Postępowanie egzekucyjne”) części drugiej („Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne”) kodeksu, w tytule „Przepisy szczególne o egzekucji” został zamieszczony dział VI „Wykonywanie orzeczeń dotyczących odebrania osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką” (art. 1089–1095). Postępowanie egzekucyjne o odebranie osoby było skomplikowane. Mogło odbywać się nawet „trzyetapowo”. Należy odnotować, że ustawą z 19.12.1975 r., Dz. U. Nr 45, poz. 234, obowiązującą od 1.03.1976 r., dodano do kodeksu postępowania cywilnego art. 1095¹, który przewidywał, że w wyjątkowych przypadkach, gdy dobro małoletniego, co do którego orzeczono umieszczenie w placówce opiekuńczo-wychowawczej, wymagało niezwłocznej zmiany środowiska wychowawczego lub opiekuńczego – sąd opiekuńczy mógł nakazać wykonanie orzeczenia w sposób odbiegający od przewidzianego w omawianych przepisach (art. 1089–1095 k.p.c.), unormowany w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 3.12.1976 r., Dz. U. Nr 38, poz. 224, obowiązującym od 27.09.2001 r. Jedynie w przypadkach, których dotyczył art. 1095¹ k.p.c., wykonanie orzeczenia należało do właściwości sądu opiekuńczego, którym w sprawach małoletnich jest sąd rodzinny. Ewolucję stanu prawnego przedstawił, między innymi, J. Gudowski, *Postępowanie w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką*, PS 2002/1. Zob. także Z. Świeboda, *Wykonanie orzeczeń o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką*, Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego 1976/4, s. 103–120.

¹³ Dz. U. Nr 98, poz. 1069.

¹⁴ Zob. R. Żegadło w glosie do uchwały SN z 28.08.2008 r. (III CZP 75/08), „Rodzina i Prawo” 2009/11, s. 88, oraz A. Kallaus w glosie do tejże uchwały, „Rodzina i Prawo” 2009/12, s. 104. J. Ignaczewski stosowanie w celu wymuszenia kontaktów art. 1050 i 1051 k.p.c. traktował jako oczywiste, w: *Pochodzenie dziecka i władza rodzicielska po nowelizacji. Art. 61²–113⁶ KRO. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 255.

w celu wymuszenia pożądanego zachowania osoby sprawującej stałą pieczę nad dzieckiem¹⁵. Wątpliwość, czy w sprawie rozpoznawanej w drugiej instancji przez Sąd Okręgowy we Wrocławiu powinien być zastosowany art. 1050 k.p.c., czy art. 1051 k.p.c., przedstawiona przez ten sąd Sądowi Najwyższemu, została jednak rozstrzygnięta w sposób nieoczekiwany dla sądu pytającego. Sąd Najwyższy w uchwale z 28.08.2008 r., III CZP 75/08¹⁶, wyraził pogląd, iż „postanowienie regulujące kontakty rodziców z dzieckiem, nakazujące wydawanie dziecka przez rodzica, któremu powierzono wykonywanie władzy rodzicielskiej, oraz zobowiązujące drugiego rodzica do odprowadzania dziecka, podlega wykonaniu w postępowaniu unormowanym w art. 598¹ i nast. k.p.c.” Stanowisko to spotkało się z krytyczną oceną. R. Zegadło w głosie do uchwały wyraził przeświadczenie, że uchwała „jest jakby próbą wyręczenia ustawodawcy w naprawie stanu prawnego” i obawę, czy zajęte w niej stanowisko „nada się do zastosowania w praktyce”¹⁷. A. Kallaus¹⁸ wyraził pogląd, że stosowanie grzywny w celu przymuszenia było – wbrew stanowisku Sądu Najwyższego – nadal możliwe, mimo że ten środek nie został wymieniony w art. 581¹ § 2 k.p.c.¹⁹, bowiem przewidziane w tym przepisie sposoby zapewniające wykonanie kontaktów nie stanowią zamkniętego katalogu i sąd może zastosować środek niewymieniony. Możliwość nałożenia grzywny mieści się w międzynarodowym standardzie wykonywania kontaktów ustalonym w Konwencji europejskiej w sprawie kontaktów z dziećmi, sporządzonej w Strasburgu 15.05.2003 r., a pominięcie grzywny „można tłumaczyć dokonaniem założenia, że stosowanie tego środka przymusu jest w praktyce sądowej wystarczająco upowszechnione”²⁰.

Wątpliwości co do sposobu przymusowego wykonania orzeczenia o kontaktach, których źródłem była uchwała Sądu Najwyższego z 8.08.2008 r., III CZP 75/08, uzasadniały zweryfikowanie, czy rozbieżność orzecznictwa istotnie występuje. Wykonane w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości badanie aktowe²¹ wykazało, że 81% spraw zostało rozpoznanych w trybie postępowania egzekucyjnego (w 48% jako podstawę rozstrzygnięcia wskazano art. 1050 k.p.c., a w 19% art. 1051 k.p.c., w pozostałych 14% spraw podano obydwa wymienione przepisy albo nie podano żadnej normy, ale sygnatura akt i sposób rozstrzygnięcia wskazywał na tryb egzekucyjny). W pozostałych sprawach (19%) zastosowano postępowanie o odebranie osoby (art. 598¹–598¹³ k.p.c.). Jak z powyższego wynika, znaczącą przewagę w praktyce miało nadal stosowanie przepisów egzekucyjnych. Zapewne wynikało to z przeświadczenia, iż świadomość prawdopodobieństwa zastosowania dolegliwości majątkowej, a tym

¹⁵ Nałożenie grzywny, gdy w sprawie miał zastosowanie art. 1050 k.p.c., następowało po bezskutecznym upływie terminu określonego przez sąd w postępowaniu egzekucyjnym do wykonania czynności (np. przyprowadzenia dziecka w oznaczone miejsce w oznaczonym czasie) i zagrożeniu grzywną w przypadku niewykonania czynności. Nałożenie grzywny, gdy w sprawie miał zastosowanie art. 1051 k.p.c., następowało po ustaleniu naruszenia tytułu egzekucyjnego bez wyznaczenia dodatkowego terminu do wykonania zobowiązania. Nieuiszczenie grzywny w tygodniowym terminie powinno skutkować automatyczną jej zamianą na areszt, o czym zobowiązany powinien zostać poinformowany przez sąd.

¹⁶ OSNC 2009/1, poz. 12.

¹⁷ R. Zegadło, głos do uchwały SN z 28.08.2008 r. (III CZP 75/08), s. 86.

¹⁸ A. Kallaus, głos do uchwały SN z 28.08.2008 r. (III CZP 75/08), s. 106.

¹⁹ Dodatkową zaletą przedstawionej koncepcji jest, wg jej autora, wygaśnięcie sporu, czy grzywna w celu przymuszenia jest elementem egzekucji, czy postępowania opiekuńczego, A. Kallaus, głos do uchwały SN z 28.08.2008 r. (III CZP 75/08), s. 108–109.

²⁰ A. Kallaus, głos do uchwały SN z 28.08.2008 r. (III CZP 75/08), s. 108.

²¹ E. Holewińska-Łapińska, *Realizacja prawa do kontaktów z dziećmi (w świetle wyników badania akt spraw postępowania wykonawczych)*, „Prawo w Działaniu” 2011/10.

bardziej jej zastosowanie (wówczas grzywna), skłoni osobę zobowiązaną do umożliwienia kontaktu z dzieckiem do wywiązywania się z obowiązków.

Kontrowersje dotyczące wykonania orzeczenia o kontaktach z dzieckiem spowodowały prace kodyfikacyjne, w ramach których zainspirowano się instytucją „sumy przymusowej” (*dwangsom* w Holandii, *astreinte* we Francji i Belgii), w przeświadczeniu, że nakazanie zapłaty na rzecz uprawnionego do kontaktu lub osoby sprawującej pieczę nad dzieckiem powinno być efektywniejsze od grzywny na rzecz Skarbu Państwa. Rozwiązanie to było oceniane krytycznie zarówno w niektórych opiniach o projekcie ustawy, jak i w poselskiej dyskusji, co znalazło wyraz podczas głosowania nad ustawą, gdyż co trzeci z biorących w niej udział posłów głosował przeciwko przyjęciu projektu ustawy. W szczególności wyrażano obawy, że świadczenie pieniężne na rzecz jednej ze „stron” konfliktu, uiszczane przez drugą ze „stron”, może pogłębić antagonizmy między nimi. Wskazywano też, że przepis o „sumie pieniężnej” nie spełni swego celu, gdy dłużnik jest ubogi lub czerpie dochody z działalności w tzw. szarej strefie. Krytykowano brak uzależnienia zasądzenia „sumy pieniężnej” od winy osoby zobowiązanej. Wyrażano obawę, że żądanie „ukarania” może być bezpodstawne, nadużywane bądź wykorzystywane jako środek w rozgrywkach pomiędzy osobą uprawnioną i zobowiązaną do umożliwienia kontaktu z dzieckiem.

W dniu 26.05.2011 r., została uchwalona ustawa nowelizująca kodeks postępowania cywilnego²², obowiązująca od 13.08.2011 r., przez dodanie przepisów dotyczących wykonywania kontaktów z dzieckiem (art. 598¹⁵–598²¹ k.p.c.). Choć to postępowanie jest traktowane jako opiekuńcze, zostało zbudowane z zastosowaniem modelu przypominającego egzekucyjny, ze stopniowaniem dolegliwości na wypadek niewykonania bądź nienależytego wykonania obowiązków, a szczególne znaczenie przypisano w nim dolegliwości majątkowej. Od zachowania „stron” zależy, czy sąd ograniczy się do wydania postanowienia o zagrożeniu nakazaniem sumy pieniężnej (art. 598¹⁵ k.p.c.)²³, czy też w następnej kolejności nakaże jej zapłatę do rąk osoby uprawnionej (art. 598¹⁶ k.p.c.), uwzględniając liczbę naruszeń, a także czy będą wydawane kolejne postanowienia nakazujące zapłatę coraz to wyższych kwot. Należy wspomnieć, że już w uzasadnieniu projektu wymienionej ustawy przewidywano „możliwość wystąpienia tak silnych konfliktów, wobec których nawet zastosowanie wszystkich proponowanych w projekcie środków nie przyniesie zadowalających rezultatów”. W poszczególnych przypadkach tak właśnie się dzieje, a nawet Europejski Trybunał Praw Człowieka, prezentujący bardzo rygorystyczne stanowisko w przedmiocie obowiązków państwa w zakresie doprowadzenia do wykonania orzeczenia o kontaktach, przyznał, między innymi w powołanym wcześniej wyroku z 16.09.2014 r. w sprawie *P. F. przeciwko Polsce*, iż obowiązek podjęcia przez władze krajowe działań nie jest „absolutny”.

Nowy stan prawny nie doprowadził do ustania krytyki odnośnie do skuteczności postępowania o wykonanie kontaktów²⁴. Równocześnie wskazano, iż „sztywny model procedowania odbierający sędziemu minimum swobody jurysdykcyjnej, nie pozwala na adekwatne

²² Dz. U. Nr 144, poz. 854.

²³ Zagrożenie nakazaniem zapłaty w przypadku niestosowania orzeczenia o kontaktach może nastąpić już w postanowieniu ustalającym kontakty (art. 582¹ § 3 k.p.c.).

²⁴ Zaniepokojenie ograniczoną skutecznością postępowań w sprawie wykonywania kontaktów wyrażał Rzecznik Praw Dziecka (Wystąpienia Generalne z 11.06.2014 r., 1 lipca 2015 r., 25.09.2015 r.), ostatnio w piśmie do Ministra Sprawiedliwości z 18.02.2016 r., ZSR.422.9.2016.MK.

i sprawiedliwe uwzględnianie szczególnych realiów każdego przypadku”²⁵. W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy bezwzględne i dokładne realizowanie wszystkich form kontaktów ustalonych w orzeczeniu (ugodzie) pogłębia konflikt w rodzinie, zaostrza postawy konfrontacyjne, a samo wystąpienie o wykonanie orzeczenia, gdy zważy się na motywy i sposób zachowania się uprawnionego, mogłoby być ocenione jako przejaw nadużycia przysługującego mu prawa. W konsekwencji niekiedy wykonanie orzeczenia może naruszać dobro dziecka²⁶, którego stanowisko w postępowaniu wykonawczym nie jest już ustalane, zgodnie z egzekucyjnym modelem tego postępowania opiekuńczego (powinno nastąpić przed wydaniem orzeczenia co do istoty spawy, a więc przed ustaleniem kontaktów – art. 576 § 2 k.p.c.).

Niezadawalająca efektywność postępowań o wykonanie ustalonych kontaktów z dzieckiem może wynikać z różnych, złożonych przyczyn (przykładowo trudny bądź praktycznie niemożliwy do zniwelowania poziom konfliktu pomiędzy uprawnionym do kontaktów i zobowiązanym do ich umożliwienia, wadliwe stosowanie prawa czy też jego niedoskonałość). Jednym ze środków przydatnych do ustalenia, czy decydującego znaczenia nie ma niedoskonałość stanu prawnego, było badanie aktowe, obejmujące 295 spraw, którego wyniki przedstawia niniejsze opracowanie²⁷.

I. ŹRÓDŁO USTALENIA KONTAKTÓW, KTÓRYCH WYKONYWANIA DOMAGALI SIĘ WNIOSEKODAWCY W ZBADANYCH POSTĘPOWANIACH ORAZ USTALONE TAM SPOSOBY KONTAKTOWANIA SIĘ OSOBY UPRAWNIONEJ Z DZIECKIEM

1. Źródło ustalenia kontaktów

Artykuł 598¹⁵ k.p.c. odnosi się do niewykonywania albo niewłaściwego wykonywania obowiązków w przedmiocie kontaktów z dzieckiem wynikających z orzeczenia sądu, ugody zawartej przed sądem albo ugody zawartej przed mediatorem. Orzeczenie sądu ustalające kontakty może być wydane także w postępowaniu zabezpieczającym²⁸.

Hipoteza badawcza zakładała, że postępowanie mające na celu doprowadzenie do należytego wykonywania kontaktów, najrzadziej będzie występowało wówczas, gdy ustalenie kontaktów nastąpiło na podstawie uzgodnień pomiędzy osobą uprawnioną do kontaktów a osobą zobowiązaną do ich umożliwienia²⁹. Oczekiwano, iż

²⁵ Tak A. Partyk, *Postępowanie o egzekucję kontaktów – postulaty de lege ferenda*, „Rodzina i Prawo” 2015/34–35, s. 163.

²⁶ Zwrócił na to uwagę Z. Strus, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2013, komentarz do art. 598¹⁵, pkt 3.

²⁷ Opracowaną w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości ankietę, na zlecenie Instytutu, TNS przygotował w formie elektronicznej (CAWI – *Computer Assisted Web Interview*), a ankietarzy wypełnili ją na miejscu w sądach. Wylosowano do badania (losowanie proste, warstwowe) po 3 sądy z każdej apelacji, z planem zbadania kolejnych 30 spraw, które wpłynęły do wylosowanego sądu począwszy od 2.01.2014 r. Okazało się jednak, że w niektórych sądach takich spraw w ogóle nie było, a w części pozostałych do połowy listopada 2015 r. liczba spraw była znacznie mniejsza od domniemywanej.

²⁸ Jeżeli orzeczenie ustalające kontakty zostało wydane w sprawie o rozwód lub separację w postępowaniu zabezpieczającym (por. art. 445¹), postanowienie wymaga (art. 743 § 2) opatrzenia wzmianką o wykonalności.

²⁹ Założenia metodologiczne badania nie przewidywały analizy akt postępowania sądowego, w którym zapadło orzeczenie o kontaktach, zawarto ugodę lub skierowano zainteresowane osoby do mediacji, w której wyniku została zawarta ugoda przed mediatorem. W szczególności więc nie można było ustalić, czy orzeczenie o kontaktach było poprzedzone zawarciem przez rodziców porozumienia o utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem, które sąd ocenił jako zgodne z dobrem dziecka i uzasadniające oczekiwanie, iż rodzice będą współdziałać przy jego wykonaniu.

najwyższy w badanej próbie akt powinien być udział spraw, w których kontakty ustalono w orzeczeniu sądowym (w tym wydanym w toku procesu, w trybie zabezpieczenia), najniższy zaś – gdy rodzice ustalili kontakty w ugodzie.

Z badania wynika, że kontakty były ustalone w prawomocnych orzeczeniach w 128 przypadkach, w 68 orzeczeniach o zabezpieczeniu kontaktów na czas toczącego się postępowania, w 72 ugodach sądowych oraz w 4 ugodach zawartych przed mediatorem, zatwierdzonych przez sąd. W 22 sprawach (7,5%) precyzyjne ustalenie nie było możliwe z różnych przyczyn.

Tabela Ustalenie kontaktów z dzieckiem		
Ustalenie kontaktów z dzieckiem	Liczba	Procent
Prawomocny wyrok rozwodowy	78	26,4
Orzeczenie w trybie zabezpieczenia w sprawie o rozwód	38	12,9
Prawomocne orzeczenie w sprawie o ustalenie kontaktów	41	13,9
Orzeczenie w trybie zabezpieczenia w sprawie o kontakty	24	8,1
Uгода sądowa	72	24,4
Uгода zawarta przed mediatorem	4	1,4
Prawomocne orzeczenie wydane na podstawie art. 107 k.r.o.	2	0,7
Inne prawomocne orzeczenie	7	2,4
Orzeczenie o zabezpieczeniu w innym postępowaniu	7	2,4
Inna sytuacja lub brak danych w aktach	22	7,5
Ogółem	295	100.0

Źródło: opracowanie własne

Hipoteza więc, co do zasady, potwierdziła się, nie mniej udział spraw dotyczących kontaktów ustalonych w ugodzie – 76 przypadków (25,5% zbadanych spraw, a zarazem 27,8% spraw o znanych źródłach ustalenia kontaktów) należy uznać za wysoki.

Kontakty, których wykonania dochodzono w zbadanych sprawach, były ustalone głównie w postępowaniach rozwodowych (116 spraw – 39,3%) – w tym w 78 prawomocnych wyrokach oraz w 38 przypadkach w trybie zabezpieczenia na czas postępowania o rozwód oraz w sprawach poświęconych ustaleniu kontaktów, jako głównemu przedmiotowi rozstrzygnięcia sądu (65 spraw – 22%).

2. Sposoby kontaktowania się osoby uprawnionej z dzieckiem ustalone w orzeczeniu lub w ugodzie

W orzeczeniu (ugodzie) normującym kontakty osoby uprawnionej z dzieckiem był przewidziany albo jeden sposób ich realizacji (przykładowo regularne kilkugodzinne spotkania), co miało miejsce w 86 orzeczeniach (29%), albo kilka form styczności (przykładowo regularne kilkugodzinne spotkania, weekendy z noclegiem pod pieczę osoby uprawnionej, spotkania z okazji świąt religijnych, uroczystości rodzinnych, określone okresy podczas wakacji itp.). Częstotliwość określonych form kontaktów została ujęta zbiorczo. Przedstawione liczby nie

sumują się do 295, gdyż w poszczególnych sprawach uprawniony podmiot mógł realizować więcej niż jedną formę styczności z dzieckiem.

Najczęściej występującą (w 120 przypadkach – 40,7%) formą styczności było spędzanie przez dziecko weekendu (z noclegiem) pod bezpośrednią pieczę osoby uprawnionej, poza mieszkaniem, w którym dziecko stale przebywa pod pieczę „pierwszoplanowego” opiekuna. Drugą w kolejności, z uwagi na częstotliwość ustalania, formą styczności było spędzanie z dzieckiem części wakacji (letniego wypoczynku) pod bezpośrednią pieczę osoby uprawnionej do kontaktów z dzieckiem (w 113 przypadkach – 38,3%). Relatywnie często występującą formą kontaktów (w 98 przypadkach – 33,2%) była styczność z dzieckiem, jaka powinna być realizowana w formie pozostawiania dziecka pod bezpośrednią pieczę osoby uprawnionej przez okres co najmniej kilku dni (tygodnia), z noclegami, w okresie tradycyjnie określanym jako ferie (dłuższy okres wolny od stałych zajęć szkolnych lub przedszkolnych w okresie zimy i wiosny) oraz „okazjonalne” pobyty dziecka (z noclegiem lub bez noclegu) pod pieczę osoby uprawnionej w okresach tradycyjnie obchodzonych świąt oraz uroczystości rodzinnych (urodziny, imieniny dziecka i/lub osoby bliskiej, w szczególności uprawnionej do kontaktu z dzieckiem), które były przewidziane w 80 przypadkach (27,1%). Kontakty podczas odbierania dziecka w określone dni z przedszkola, szkoły, zorganizowanych zajęć edukacyjnych bądź rozrywkowych były przewidziane w dwóch formach. Częściej występująca wiązała z tą czynnością przebywanie z dzieckiem przez określony czas w miejscu wybranym dowolnie przez osobę uprawnioną do kontaktu, w tym poza mieszkaniem dziecka (49 spraw – 16,6%). Podobny charakter miało doprowadzanie bądź odbieranie dziecka z tychże placówek i odprowadzenie go do miejsca stałego pobytu, gdy kontakt miał być realizowany podczas drogi (bez dodatkowego wspólnego spędzania czasu z dzieckiem) przewidziane w 24 przypadkach (8,1%). Gdyby tak ujęte w obu wariantach „odprowadzanie” potraktować jako kategorię wspólną, to taka forma styczności była dosyć częsta, bowiem została przewidziana prawie w co czwartej sprawie (24,7%). Zwykle też nie była to jedyna forma bezpośredniej styczności osoby uprawnionej z dzieckiem.

Dosyć często (w 68 sprawach – 23%) ustaloną formą styczności z dzieckiem miały być okresowe spotkania poza mieszkaniem dziecka z uprawnieniem do przebywania dziecka w mieszkaniu uprawnionego, bez noclegu dziecka poza zwykłym miejscem zamieszkania, bez obowiązkowej obecności osoby trzeciej podczas spotkania. Pozostałe formy kontaktów były określone znacznie rzadziej, więc w sprawach, w których były wdrożone badane postępowania, częściej ustalano formy kontaktów zapewniających ich realizację w dłuższym okresie (co najmniej 2 dni z noclegiem), bez udziału osoby trzeciej, w warunkach potencjalnie sprzyjających możliwości poświęcenia dziecku pełnej uwagi (weekendy, wakacje, ferie, okresy świąteczne). Bardziej popularne było ustalanie także takich kontaktów krótkoterminowych (kilkugodzinne bądź towarzyszenie dziecku przy odbieraniu go z placówki oświatowej), które sprzyjały swobodzie spotkania, niż kontaktów w mieszkaniu dziecka bądź pod kontrolą osoby trzeciej³⁰.

³⁰ W 18 przypadkach kontakty osoby uprawnionej z dzieckiem miały się odbywać w obecności matki dziecka (z tym, że w jednej ze spraw nie dotyczyło to wszystkich spotkań, a jedynie 4 pierwszych), a w jednym przypadku w obecności ojca dziecka. Poza jednym z rodziców (głównym, „pierwszoplanowym” opiekunem dziecka) przewidziano w jednym przypadku obecność osób z rodziny wnioskodawcy (babci i kuzynki). Sześciokrotnie kontakty miały się odbywać w obecności sądowego kuratora rodzinnego, a w jednym przypadku w obecności psychologa. Dwukrotnie kuratorowi powierzono ogólny nadzór nad kontaktami.

Jeżeli w orzeczeniach bądź ugodach była przewidziana tylko jedna forma styczności, co miało miejsce w 86 sprawach, to najczęściej (w 48% przypadków) były to regularne, kilkugodzinne spotkania z dzieckiem, w następnej kolejności spotkania weekendowe z nocowaniem dziecka u osoby uprawnionej (17%) bądź bez nocowania (8%).

II. DZIECI, KTÓRYCH DOTYCZYŁY SPRAWY I WNIOSKODAWCY

1. Dzieci

W 295 postępowaniach wnioskodawcy domagali się wykonywania swego prawa do kontaktów z 373 dziećmi. W 222 przypadkach (75,3%) chodziło o wykonywanie kontaktów z jednym dzieckiem, w 68 (23%) z dwojgiem dzieci, a w 5 (1,7%) z trojgiem dzieci. W czasie trwania postępowania wiek dzieci, o którym były informacje w aktach (319 = 100%), został przedstawiony w tabeli.

Tabela: Wiek dzieci, których dotyczyło postępowanie (zestawienie zbiorcze)		
Wiek dzieci, których dotyczyło postępowanie	Częstość	Procent
Nie mniej niż jeden rok, ale mniej niż 4 lata (1–3 lata)	24	7,5
4 lata i więcej, ale mniej niż 7 lat 4–6 lat)	78	24,5
7 lat i więcej, ale mniej niż 13 lat (7–12 lat)	166	52,0
13 lat i więcej, ale mniej niż 16 lat (13–15 lat)	37	11,6
16 lat i więcej, ale mniej niż 18 lat (16–18 lat)	12	3,8
Dziecko ukończyło 18 lat przed zakończeniem postępowania	2	0,6
Ogółem	319	100,0

Źródło: opracowanie własne

Średni wiek dziecka wynosił 8,5 roku, a mediana 8 lat.

Stan rozwoju i stan zdrowia dzieci podczas postępowania na podstawie danych z akt można było ocenić tylko odnośnie do 170 dzieci (170 = 100%). Większość z nich – 73,5% (zgodnie z danymi zawartymi w aktach spraw) cieszyła się zadowalającym stanem zdrowia, a ich rozwój fizyczny i intelektualny nie odbiegał od normy przewidzianej dla wieku. Niewielkie problemy rozwojowe bądź zdrowotne (niewymagające specjalistycznej terapii bądź długotrwałego leczenia i rehabilitacji) odnotowano u co piątego dziecka, spośród tych, o których zdrowiu i rozwoju były informacje w aktach. Natomiast u dziesięciorga dzieci (około 6% tych, co do których były informacje) występowały poważne problemy zdrowotne bądź rozwojowe.

W badanych aktach były informacje o sposobie ustalenia pochodzenia od ojca 260 dzieci (260 = 100%). Nie było przypadku ustalenia ojcostwa w wyroku. 223 dzieci (85,8%) pochodziło z małżeństwa rodziców. Ojcowie uznali ojcostwo 36 (13,9%) dzieci. Pochodzenie od ojca jednego z dzieci nie było ustalone.

Na podstawie danych zawartych w aktach ustalono, że podczas trwania badanego postępowania o wykonywanie kontaktów **bezpośrednia piecza nad dziećmi**, w sprawach, w których było wiadomo kto ją sprawuje w 244 (89,7%) przypadkach była realizowana przez matki. Ojcowie sprawowali ją dwudziestopięciokrotnie (9,2%), a oboje rodzice wspólnie zaledwie w 3 przypadkach (1,1%).

Istotne wydawało się ustalenie, czy rodzic sprawujący bezpośrednią pieczę nad dzieckiem dysponuje samodzielnym mieszkaniem, do którego ma tytuł prawny. Niezależnie od osób trzecich uprawnienie do mieszkania rodzica sprawującego bezpośrednią pieczę nad dzieckiem sprzyjać powinno należytemu wykonywaniu obowiązków wynikających z orzeczenia (ugody) ustalającego kontakty. Gdy „gospodarzem” mieszkania jest osoba trzecia, która nie życzy sobie przebywania w nim uprawnionego do kontaktów z dzieckiem, zobowiązanemu do umożliwienia kontaktów może to utrudniać należyte wywiązanie się z obowiązków. W przybliżeniu w aktach co trzeciej sprawy (102 = 100%) były pewne informacje na wskazany temat. Zbliżona była liczebność przypadków w grupie rodziców dysponujących samodzielnym mieszkaniem i tytułem prawnym do jego zajmowania (42 przypadki – 42,2%) i w grupie rodziców korzystających z części mieszkania zajmowanego przez krewnych mających do niego tytuł prawny (38 przypadków – 37,2%) bądź pozostających wraz z dzieckiem w mieszkaniu należącym do aktualnego małżonka bądź partnera niebędącego rodzicem dziecka (7 przypadków – 6,9%). W 15 sprawach (14,7%) sytuacja mieszkaniowa rodzica była inna (zróżnicowana).

Bardzo ograniczone były informacje o **aktywności zarobkowej** oraz choćby przybliżonym tygodniowym planie zajęć osoby sprawującej bezpośrednią pieczę nad dzieckiem. Informacje takie mogły mieć pewne znaczenia dla ustalenia, ile czasu ów „pierwszoplanowy” opiekun może w pełni poświęcić dziecku. Gdy jest bowiem zajęty pracą zarobkową przez wszystkie powszednie dni w tygodniu bądź czas pracy jest nienormowany, a rodzic jako pracownik musi być dyspozycyjny, to może to utrudniać wywiązywanie się z ustalonych wcześniej terminów spotkań z dzieckiem osoby uprawnionej. W przypadku konfliktowych stosunków pomiędzy rodzicami, jest to dodatkowy czynnik pogłębiający stan napięcia i negatywnie rzutujący na wykonywanie obowiązków dotyczących kontaktów.

W ponad połowie spraw (154 – 52%) nie było żadnych informacji w tej kwestii. Natomiast ustalono, że w 38 sprawach rodzic będący „pierwszoplanowym” opiekunem przez cały tydzień (każdego dnia) dysponował w swym czasem, który mógł dowolnie zorganizować, w tym w pełni poświęcać dziecku, natomiast w 98 sprawach taki rodzic wskutek aktywności zawodowej tylko część czasu (wolną od obowiązków służbowych) mógł spędzać w bezpośredniej styczności z dzieckiem. W 7 sprawach sytuacja była inna.

Większość dzieci pochodziła z małżeństwa rodziców. W 216 aktach były informacje o rodzicach (216 = 100%).

W czasie postępowania o wykonanie kontaktów 59,3% rodziców dzieci było rozwiedzionych, a kolejnych 17,2% oczekiwało na orzeczenie rozwodu. Tylko w 5 przypadkach małżeństwo trwało nadal. Pozostali rodzice, którzy wcześniej nie byli małżonkami, żyli w rozłączeniu.

Tabela: Stosunki pomiędzy rodzicami dziecka w czasie postępowania		
Stosunki pomiędzy rodzicami dziecka w czasie postępowania	Częstość	Procent
Byli małżonkowie (orzeczony rozwód)	128	59,3
Trwa postępowanie o rozwód lub separację	37	17,2
Nie są ani nie byli małżeństwem, żyją w rozłączeniu	46	21,3
Są małżeństwem, żyją w rozłączeniu, nie toczy się sprawa o rozwód	3	1,3
Są małżeństwem pozostającym we wspólnym pożyciu	2	0,9
Ogółem	216	100.0

Źródło: opracowanie własne

2. Wnioskodawcy

W większości postępowania toczyły się z wniosków osób uprawnionych do kontaktów z dzieckiem (241 postępowań – 81,7% zbadanych spraw). Osoby sprawujące bezpośrednią pieczę nad dziećmi zainicjowały 34 (11,5%) postępowań. Najczęściej trudności w realizacji kontaktów występowały pomiędzy rodzicami dziecka już rozwiedzionymi oraz oczekującymi na orzeczenie rozwodu w toczącym się postępowaniu rozwodowym. Istotne różnice pomiędzy „pozycją” wnioskodawcy w relacji z dzieckiem w kontekście sprawowania permanentnej pieczy bądź jedynie kontaktów (uprawniony do kontaktów bądź zobowiązany do ich umożliwienia) w sposób bezpośredni rzutują na częstość domagania się wykonania ustalonych kontaktów. Gdy uwzględnimy, że takie osoby były łącznie wnioskodawcami w 275 sprawach, to okazuje się, iż osoby uprawnione do kontaktów były wnioskodawcami w 87,6% postępowań. Porównanie ujętej procentowo częstotliwości występowania do sądu w sprawach dotyczących kontaktów z dziećmi w zbiorze wnioskodawców uprawnionych do kontaktów i w zbiorze wnioskodawców sprawujących bezpośrednią pieczę nad dziećmi wg kryterium źródła kontaktów wskazuje, iż jest ona bardzo zbliżona, na co wskazują dane zawarte w tabeli. Przykładowo, gdy kontakty były ustalone w wyrokach rozwodowych, należytego ich wykonywania domagało się 26% wnioskodawców, którymi były osoby uprawnione do kontaktów oraz 24% wnioskodawców sprawujących bezpośrednią pieczę nad dziećmi. Gdy kontakty zabezpieczono w toku procesu rozwodowego, ten udział wynosił odpowiednio 14% i 15%.

Najczęściej wnioskodawcą w sprawie był ojciec dziecka (w 206 sprawach – 69,8%). Matki były wnioskodawczyniami w 56 postępowaniach (19%), a dziadkowie dzieci (jedno z nich lub działający wspólnie) w 23 sprawach (7,8%).

Częściej byli to dziadkowie ojczyści, którzy łącznie (jedno z nich bądź oboje we wspólnym wniosku) zainicjowali postępowanie w 20 sprawach (matki matek były wnioskodawczyniami w 2 sprawach, a oboje rodzice matki w jednej sprawie).

Badania dotyczące spraw o ustalenie kontaktów z dziećmi innych osób niż ich rodzice wykazały, iż najczęściej wnioskodawcami są dziadkowie dzieci³¹.

³¹ Badania dotyczące spraw o ustalenie kontaktów z dziećmi innych osób niż ich rodzice przeprowadzone na próbie 287 spraw o orzeczenie osobistej styczności z małoletnimi, w których orzeczenie kończące postępowanie zapadło w 190 sprawach w 2005 r., w 97 sprawach w 2006 r. (E. Holewińska-Łapińska, *Orzekanie o osobistej styczności z małoletnimi osobami innymi niż ich rodzice*, „Prawo w Działaniu” 2008/4, s. 119–179).

Tabela:

Źródło kontaktów a sytuacja wnioskodawcy

Źródło kontaktów	Wnioskodawca, osoba			
	uprawniona		sprawująca pieczę	
	Częstość	procent	Częstość	procent
Prawomocny wyrok rozwodowy	68	26	8	24
Ugoda sądowa	64	27	6	18
Ugoda zawarta przed mediatorem	6	2	-	-
Prawomocne orzeczenie o kontaktach	37	15	4	12
Prawomocne orzeczenie o władzy rodz. i kontaktach	1	0	-	-
Orzeczenie w innym postępowaniu	4	2	3	9
Zabezpieczenie w sprawie o rozwód	33	14	5	15
Zabezpieczenie w sprawie o kontakty	19	8	5	15
Zabezpieczenie w innym postępowaniu	7	3	-	-
Brak danych	2	1	2	0
Ogółem	241	100	34	100

Źródło: opracowanie własne

Tabela:

Związek wnioskodawcy z dzieckiem

Związek wnioskodawcy z dzieckiem	Częstość	Procent
Ojciec	206	69,8
Matka	56	19,0
Babcia ojczysta (matka ojca)	9	3,1
Dziadek ojczysty (ojciec ojca)	6	2,0
Dziadkowie ojczyści (rodzice ojca) we wspólnym wniosku	5	1,7
Babcia macierzysta (matka matki)	2	0,7
Dziadkowie macierzyści (rodzice matki) we wspólnym wniosku	1	0,3
Inna osoba/inna sytuacja	10	3,4
Ogółem	295	100.0

Źródło: opracowanie własne

Rodzaj relacji rodzinnej z dzieckiem wynikający z powyższych ustaleń (dominacja wniosków składanych przez ojców dzieci oraz przez jedno lub oboje ich rodziców) jest w przeważającej większości konsekwencją rozpadu związku rodziców dziecka (rozwiązanie małżeństwa przez rozwód, rozpad konkubinatu) żyjących w rozłączeniu i sprawowania w 89,7% zbadanych spraw bezpośredniej pieczy nad dziećmi przez ich matki. W tym kontekście celowe wydaje się przytoczenie

W około 93% spraw uregulowania kontaktów oczekiwały babcie, a w 65,5% spraw dziadkowie (w części spraw były wspólne wnioski babć i dziadków będących małżonkami). Poza dziadkami dziecka o kontakty z małoletnimi ubiegali się w 6 sprawach bracia i siostry dziecka, w kolejnych 6 bracia i siostry ojca dziecka, w 2 sprawach rodzeństwo matek dzieci. W części tych spraw wraz z siostrą lub bratem jednego z rodziców dziecka występował ich małżonek. W jednym przypadku ustalenia styczności oczekiwała prababka dziecka.

ustaleń statystycznych odnośnie do rozstrzygnięć o władzy rodzicielskiej. Tylko w wyrokach rozwodowych z 2014 r.³², pomijając przypadki umieszczenia dzieci rozwodzących się rodziców w pieczy zastępczej, orzeczono o sposobie pieczy nad dziećmi w 37.653 wyrokach. Wspólnie oboje rodzice mieli sprawować władzę rodzicielską w 12.595 sprawach (33,5%). Matkom powierzono wykonywanie władzy rodzicielskiej, a w konsekwencji bezpośrednią pieczę nad dziećmi, w 23.075 przypadkach (61,3%), ojcom w 1700 (4,5%) przypadkach. Dzieci podzielono pomiędzy rodziców w 283 sprawach (0,7%). Większy udział matek wśród rozwiedzionych rodziców sprawujących bezpośrednią pieczę nad dziećmi ma charakter długotrwały, liczba rozwodów orzekanych rocznie i liczba dzieci z rozwiedzionych małżeństw wzrasta, a choć odsetek rozwodzących się małżeństw z małoletnimi dziećmi maleje, to stale jest wysoki³³.

Informacje o wieku i sytuacji wnioskodawców W aktach były informacje o wieku 260 wnioskodawców (260 = 100%). Najliczniejsza była grupa wnioskodawców w wieku 35–44 lata, skupiająca 133 osoby (51,2%), oraz 73-osobowa grupa (28,1%) osób pomiędzy 25. a 34. rokiem życia. 26 osób mających pozycję wnioskodawców ukończyło 55 lat, z tym że w grupie najstarszych liczących od 65 do 74 lat było 13 osób. W sprawach, w których wnioskodawcą była jedna osoba, średni wiek wynosił 40,1 lat (mediana 38 lat), gdy dwie osoby – średni wiek wynosił 38,8 lat (mediana 36 lat).

Stan cywilny Informacje o stanie cywilnym wnioskodawców dotyczyły 274 osób (274 = 100%). Najwięcej wśród nich było osób stanu wolnego po orzeczeniu rozwodu (167 osób – 60,9%) oraz osób pozostających w małżeństwie, w którym nie orzeczono separacji (71 osób – 25,9%). Najmniej liczni byli kawalerowie (4,4%) i panny (8,8%).

Informacje o wykształceniu dotyczyły 176 osób mających w badanych postępowaniach pozycję wnioskodawców (176 = 100%). Zwraca uwagę, iż większość wnioskodawców o znanym wykształceniu miała co najmniej wykształcenie średnie (117 osób – 66,5%), a 49,4% – wyższe. Ustalenie to skłania do tezy, iż zabieganie o realizację kontaktów na drodze sądowej, wymaga świadomości osób zainteresowanych istnienia tej możliwości, która to świadomość zapewne wzrasta wraz z poziomem wykształcenia.

Źródła utrzymania były znane odnośnie do 214 wnioskodawców (214 = 100%). Większość wnioskodawców miała stabilne źródła utrzymania w związku z aktywnością zawodową w formie stałej pracy lub prowadzeniem działalności gospodarczej (łącznie 84,6% wnioskodawców o znanych źródłach utrzymania). Stabilnym i pewnym źródłem utrzymania były również emerytury i renty. Korzystało z nich jednak tylko 5,6% wnioskodawców (głównie dziadków dzieci). Pozostali wnioskodawcy, których źródła dochodów zostały ustalone, byli w trudnej sytuacji, pozostając na utrzymaniu innej osoby bądź pobierając świadczenia o charakterze

³² GUS, *Rocznik Demograficzny*, Warszawa 2015, s. 158, tabl. 53 (80).

³³ W 1980 r. orzeczono 39.833 rozwody, 62,4% rozwiedzionych małżeństw miało wspólne małoletnie dzieci; w 1990 r. orzeczono 42.436 rozwodów, 68,9% rozwiedzionych małżeństw miało wspólne małoletnie dzieci; w 2000 r. orzeczono 42.770 rozwodów, 64,9% rozwiedzionych małżeństw miało wspólne małoletnie dzieci; w 2010 r. orzeczono 61.300 rozwodów, 59,2% rozwiedzionych małżeństw miało wspólne małoletnie dzieci; w 2014 r. orzeczono 65.761 rozwodów, 57,8% rozwiedzionych małżeństw miało wspólne małoletnie dzieci – GUS, *Rocznik Demograficzny*, Warszawa 2015, s. 258, tabl. 52 (79).

pomocy społecznej, albo uzyskując wynagrodzenia z prac dorywczych. W aktach nie było (poza pojedynczymi przypadkami) informacji o wysokości przychodów wnioskodawców.

III. PRZYCZYNA WSZCZĘCIA POSTĘPOWANIA WYKONAWCZEGO

Większość wnioskodawców (205 – 69,5%) twierdziła, że realizacja kontaktów z dzieckiem jest uniemożliwana przez osobę sprawującą nad dzieckiem bezpośrednią pieczę. Częściej niż w co czwartym zbadanym przypadku (80 spraw – 27,1%) wnioskodawca wskazywał na poważniejsze utrudnienia w realizacji kontaktów w sposób opisany w orzeczeniu sądu lub ugodzie. Bardzo różne były przyczyny oceny niewłaściwego wykonywania orzeczenia, planu wychowawczego bądź ugody. Przykładowo wnioskodawca zarzucał negatywne nastawianie dziecka do jego osoby i kontaktów, uniemożliwianie wykonania dziecku fotografii, agresywne zachowania ze strony dziadka dziecka („wyrzucanie” uprawnionego do kontaktu z domu, w którym przebywało dziecko, wyzwiska, groźby, użycie przemocy lub zagrożenie zastosowania niebezpiecznego narzędzia z zamiarem uszkodzenia ciała wnioskodawcy).

Tabela: Przyczyna wszczęcia postępowania wykonawczego podana przez wnioskodawcę		
Przyczyna wszczęcia postępowania wg wnioskodawcy	Częstość**	Procent
Uniemożliwianie realizacji kontaktów przez osobę zobowiązaną	205	69,5
Utrudnianie realizacji kontaktów w ustalony w sposób*	80	27,1
Nienależyte wykonywanie kontaktów przez osobę uprawnioną	40	13,5
Kontaktowanie się z dzieckiem wbrew zakazowi	1	0,3
Usiłowanie skontaktowania się z dzieckiem wbrew zakazowi	1	0,3
Inny sposób niewłaściwego wykonywania orzeczenia/ugody	14	4,7

*Sposób ustalony w orzeczeniu lub w ugodzie; **W poszczególnych wnioskach podano więcej niż jedną przyczynę – dane liczbowe nie sumują się do 295 (100%).

Źródło: opracowanie własne

Wskazywano na odmowę udzielenia informacji o dziecku, wydania leków dziecku, opóźnienie zakończenia spotkania, odmowę wydania dziecka po zakończeniu spotkania (przetrzymywanie dziecka), agresję słowną w obecności dziecka wobec jego matki, wcześniejsze odbieranie dziecka ze szkoły w celu uniemożliwienia spotkania z dzieckiem w ustalony sposób itp.

Wniosek o wszczęcie postępowania wykonawczego był składany po różnym czasie od zaistnienia utrudnień lub uniemożliwienia realizacji kontaktów oraz po różnej liczbie naruszeń. W 79 (26,8%) przypadkach nie można było ustalić liczby naruszeń, a w 47 (15,9%) okresu, w którym przed wszczęciem postępowania wykonawczego kontakty nie były realizowane lub nie były realizowane należycie z przyczyn leżących po stronie osoby zobowiązanej. Dlatego ustalenia statystyczne odnośnie do wymienionych informacji dotyczą tylko spraw, w których na podstawie zbadanych akt były one dostępne.

Tabela:

Liczba naruszeń obowiązków wynikających z orzeczenia lub ugody, która spowodowała złożenie wniosku o wszczęcie postępowania wykonawczego wg wnioskodawcy

Liczba naruszeń ustaleń dotyczących kontaktów	Częstość	Procent
Jedno naruszenie	30	13,9
Dwukrotne naruszenie	9	4,2
Od trzech do pięciu naruszeń	39	18,0
Od sześciu do dziesięciu naruszeń	40	18,5
Więcej niż dziesięć naruszeń	98	45,4
Ogółem	216	100.0

Źródło: opracowanie własne

Zaobserwowano, iż reakcja na nieprawidłowości przy realizacji kontaktów w formie poszukiwania ochrony sądowej była bardzo zróżnicowana. W nie mniej niż 3 przypadkach wniosek miał charakter „prewencyjny”, bowiem zachodziły istotne wątpliwości, czy istotnie jest uzasadniony. Podobna sytuacja (choć nie tak ewidentna) wystąpiła w kolejnych 7 przypadkach. Zawarte w art. 598¹⁵ k.p.c. sformułowania o „niewykonywaniu” albo wykonywaniu „niewłaściwie” obowiązków nie powinny pozostawiać wątpliwości, iż nie wystarczy, nawet uzasadniona przez okoliczności faktyczne lub złe doświadczenia, obawa naruszenia obowiązku umożliwienia kontaktu z dzieckiem, aby powołany przepis mógł zostać zastosowany, bowiem „kognicją sądu objęte są zachowania rzeczywiste, a nie prognozowane jak w art. 582¹ § 3 k.p.c.”³⁴.

W 30 sprawach wystarczyło jedno naruszenie poczynionych ustaleń (przykładowo nie odbyło się w ustalonym terminie jedno spotkanie z dzieckiem), w kolejnych 9 dwa naruszenia, aby osoba uprawniona złożyła wniosek o wszczęcie postępowania wykonawczego. W większości zbadanych spraw liczba naruszeń ustalonych zasad kontaktowania się z dzieckiem była znaczniejsza. W 98 sprawach (45,5%) wniosek złożono po więcej niż dziesięciu naruszeniach ustaleń w przedmiocie kontaktów.

Tabela:

Okres trwania okoliczności uzasadniających wszczęcie postępowania

Okres utrudniania/unieemożliwiania kontaktów przed wnioskiem	Częstość	Procent
Nie dłuższy niż 2 tygodnie	22	8,9
Dłuższy od 2 tygodni do 1 miesiąca	24	9,7
Dłuższy od 1 miesiąca do 2 miesięcy	22	8,9
Dłuższy od 2 miesięcy do 3 miesięcy	22	8,9
Dłuższy od 3 miesięcy do 4 miesięcy	25	10,0
Dłuższy od 4 miesięcy do 5 miesięcy	12	4,8
Dłuższy od 5 miesięcy do 6 miesięcy	15	6,0
Dłuższy od 6 miesięcy – krótszy od 1 roku	45	18,2
Co najmniej 1 rok	54	21,8
Inna sytuacja	7	2,8
Ogółem	248	100.0

Źródło: opracowanie własne

³⁴ Z. Strus, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, H. Dolecki (red.), T. Wiśniewski (red.), t. 3, Warszawa 2013, komentarz do art. 598¹⁵.

W części spraw wnioski o wszczęcie postępowania wykonawczego składane były, gdy okres nieprawidłowości w realizacji kontaktów był stosunkowo krótki (w 22 przypadkach – 8,9% krótszy od 2 tygodni, w kolejnych 24 – 9,7% dłuższy lecz nieprzekraczający 1 miesiąca), ale więcej niż co piąty wnioskodawca zdecydował się na poszukiwanie pomocy sądu w realizacji kontaktów, gdy nieprawidłowości w ich wykonywaniu trwały dłużej niż rok.

IV. WNIOSKI WSZCZYNAJĄCE POSTĘPOWANIA WYKONAWCZE

Nie we wszystkich wnioskach były sformułowane żądania odnośnie do środka, który powinien doprowadzić do należytego wykonywania obowiązków związanych z należyłą realizacją kontaktów.

Spośród jednoznacznie sformułowanych najczęstsze były żądania o charakterze majątkowym. W 180 wnioskach (61%) żądanie dotyczyło zagrożenia nakazaniem zapłaty oznaczonej kwoty, w 42 wnioskach (14,2%) nakazania zapłaty, a w 22 (7,5%) zwrotu wydatków poniesionych w związku z przygotowaniem wnioskodawcy do spotkania, które nie zostało zrealizowane. Żądanie nakazania zapłaty (od 50 zł do 9999 zł) najczęściej, w 10 przypadkach dotyczyło kwoty 9999 zł, siedmiokrotnie 1000 zł, czterokrotnie żądane były kwoty: 50 zł, 100 zł, 500 zł, 600 zł³⁵. W 73,8% żądanie nie przekroczyło 3000 zł.

Tabela: Żądania wnioskodawców		
Żądania wnioskodawców	Częstość	Procent
Zagrożenie nakazaniem zapłaty za przyszłe naruszenie	180	61,0
Nakazanie zapłaty	42	14,2
Zwrot wydatków związanych z nieskutecznością kontaktu	22	7,5
Wniosek o obecność (nadzór) kuratora nad spotkaniami	5	1,7
Inne	55	18,6

Źródło: opracowanie własne

Artykuł 598¹⁸ § 1 k.p.c. przewiduje zakaz wszczynania postępowania z urzędu na podstawie art. 570 k.p.c., mimo iż sprawa o wykonywanie kontaktów jest sprawą opiekuńczą. Wniosek o wszczęcie tego postępowania, jako „pismo procesowe kwalifikowane”³⁶ powinien spełniać wszystkie wymagania pisma procesowego (art. 126 k.p.c.) i zawierać dokładne określenie żądania oraz uzasadniających je okoliczności faktycznych. Wnioskodawca powinien wskazać (art. 187 § 1 pkt 2 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.) z jakiego orzeczenia (ugody) wynika unormowanie sposobu wykonywania przezeń kontaktów z dzieckiem, a więc treść i źródło obowiązków spoczywających na osobie sprawującej pieczę nad dzieckiem, których wypełnienie umożliwia realizację przewidzianych form styczności. Gdy wnioskodawcą jest podmiot sprawujący pieczę nad dzieckiem, powinien wykazać zachowania osoby

³⁵ W 15 przypadkach (35,7%) żądano od 50 zł do 500 zł, w 12 przypadkach (28,6%) od 600 zł do 1000 zł.

³⁶ E. Gapska, J. Studzińska, *Postępowanie nieprocesowe*, Warszawa 2015, s. 264.

uprawnionej do kontaktu z dzieckiem albo osoby, której tego kontaktu zakazano, które naruszają obowiązki wynikające z orzeczenia albo z ugody (art. 598¹⁵ § 2 k.p.c.). W badanych sprawach nie było przypadku wszczęcia postępowania wykonawczego sądu (innego organu) państwa obcego.

Zgodnie z art. 598¹⁹ § 1 k.p.c. do wniosku powinien być dołączony odpis wykonanego orzeczenia bądź wykonanej ugody w przedmiocie kontaktów. Może to być przykładowo prawomocny wyrok orzekający rozwód, separację, unieważnienie małżeństwa, w którym nastąpiło rozstrzygnięcie o kontaktach rodzica z dzieckiem; prawomocne postanowienie normujące wykonywanie władzy rodzicielskiej i kontakty z dzieckiem wydane na podstawie art. 107 § 2 k.r.o.; prawomocne postanowienie sądu opiekuńczego w sprawie o ustalenie kontaktów, bądź o zmianę rozstrzygnięcia w tym przedmiocie, którego wykonalność została stwierdzona; postanowienie wydane w sprawach małżeńskich (o rozwód, separację, unieważnienie małżeństwa) o kontaktach na okres sprawy między małżonkami, zgodnie z art. 743 k.p.c. ze wzmianką o wykonalności. Jeżeli natomiast kontakty z dzieckiem zostały uregulowane w ugodzie przed sądem, do wniosku o wykonanie kontaktów należy dołączyć odpis ugody oraz prawomocnego postanowienia o umorzeniu postępowania, w którym została ona zawarta. Jeżeli ugoda została zawarta przed mediatorem, konieczne jest przedstawienie zatwierdzającego ją orzeczenia sądu.

Konieczne jest udokumentowanie sytuacji materialnej osoby, w stosunku do której ma być zastosowana „sankcja pieniężna”, bowiem wysokość sumy należnej na wypadek naruszenia obowiązków dotyczących wykonywania ustalonych kontaktów sąd ustala, „uwzględniając sytuację majątkową tej osoby” (art. 598¹⁵ § 1 i § 2 k.p.c.).

Jeżeli wnioskodawca żąda zwrotu wydatków poniesionych w związku z przybyciem na miejsce kontaktu, który nie został zrealizowany, przygotowaniem kontaktu z dzieckiem bądź przywiezieniem dziecka do określonego miejsca, przykładowo kosztów podróży i pobytu oraz kosztów powrotu do miejsca stałego pobytu, to poza obowiązkiem udokumentowania stosownego orzeczenia (ugody) ustalającego kontakty, powinien wykazać, że istotnie poniósł takie wydatki.

W sprawach, w których przewidziany był udział kuratora sądowego w kontakcie, do którego nie doszło, ale konieczne było uiszczenie kosztów teje obecności, powinny być one uwzględnione, a fakt ich poniesienia udokumentowany.

Oceniając formę i treść pisma inicjującego postępowanie, można było ustalić, iż w 244 sprawach (82,7%) zostały zachowane co najmniej minimalne wymagania przewidziane dla pisma procesowego. W pozostałych sprawach wymagania te nie były spełnione. W 29 przypadkach (9,8%) pisma miały formę informacji skierowanej do sądu o niemożności lub trudnościach w zrealizowaniu kontaktów z dzieckiem bądź prośby o pomoc w wyegzekwowaniu styczności, a w 22 (7,5%) inną postać, zwykle wymagającą uzupełnienia.

W 139 przypadkach (47,1%) do pisma wszczynającego postępowanie został dołączony odpis prawomocnego orzeczenia o kontaktach, ugody sądowej lub ugody zawartej przed mediatorem zatwierdzonej przez sąd. W 156 przypadkach sytuacji, gdy do pisma wszczynającego postępowanie nie został dołączony odpis prawomocnego orzeczenia o kontaktach, ugody sądowej lub ugody zawartej przed mediatorem zatwierdzonej przez sąd, wnioskodawca w 42 przypadkach (26,9%)

dołączył niepoświadczoną kopię (kserokopię) jednego z wymienionych dokumentów, w 41 sprawach (26,3%) wskazał na sygnaturę akt sądowych, w których znajduje się orzeczenie w przedmiocie kontaktów, z wnioskiem o dołączenie tych akt do sprawy o wykonanie kontaktów. W 7 przypadkach (4,5%) wnioskodawca przedstawił odpis lub kserokopię ugody pozasądowej bez wykazania jej zatwierdzenia przez sąd, a w 3 (1,9%) inny dokument w jego przeświadczeniu uprawniający do domagania się przymusowego wyegzekwowania kontaktów z dzieckiem. W pozostałych 59 sprawach, kierując do sądu żądanie wykonania styczności z dzieckiem, wnioskodawca nie uprawdopodobnił podstawy prawnej tego żądania.

W 108 przypadkach (36,6%) do wniosku dołączone były inne załączniki, poza wymienionymi wyżej. Najczęściej, w 51 sprawach (47,2%), były to dokumenty (przykładowo notatki policyjne) lub inne materiały (przykładowo nagrania, filmy) potwierdzające lub uprawdopodobniające zdarzenia stanowiące przyczynę niedojścia do skutku spotkania z dzieckiem lub zakłócenia jego przebiegu. W 5 przypadkach wnioskodawca przedstawił dowody potwierdzające poniesienie wydatków związanych z niezrealizowanym spotkaniem z dzieckiem oraz w takiej samej liczbie spraw dokumenty zawierające informację o stanie zdrowia dziecka. Trzykrotnie zostały przedstawione dokumenty potwierdzające sytuację materialną osoby uprawnionej do kontaktu, a dwukrotnie osoby zobowiązanej do umożliwienia kontaktu z dzieckiem. W pojedynczych przypadkach przy wniosku przedstawiono dokumentację stanu zdrowia wnioskodawcy oraz opinię o psychologicznych konsekwencjach dla dziecka sporu o kontakty. Do 40 wniosków dołączono dokumenty, których związek ze sprawą nie był oczywisty lub był trudny do zidentyfikowania.

V. PEŁNOMOCNICY

W 125 przypadkach (42,4%) wnioskodawcy byli reprezentowani przez profesjonalnych pełnomocników procesowych. W 124 (99,2%) byli to pełnomocnicy z wyboru. Uczestnicy postępowania będący „przeciwnikami wniosku” korzystali z pomocy profesjonalnych pełnomocników w 103 sprawach (34,9%). W 100 z nich pełnomocnicy pochodzili z wyboru, w trzech przypadkach zostali ustanowieni z urzędu.

W porównaniu z innymi postępowaniami dotyczącymi spraw rodzinnych³⁷, udział profesjonalnych pełnomocników procesowych (co do zasady powołanych

³⁷ Przykładowo w sprawach o rozwód, w których w I kwartale 2012 r. zapadły wyroki oddalające powództwo, zbadanych w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości, w 23,9% spraw żony i mężowie byli reprezentowani przez profesjonalnych pełnomocników (M. Domański, *Oddalenie powództwa o rozwód w sprawach w których małżonkowie mieli wspólne małoletnie dzieci, w świetle orzecznictwa sądów powszechnych*, „Prawo w Działaniu” 2012/14, s. 184). W sprawach o rozwiązanie stosunku przysposobienia, zakończonych rozstrzygnięciem merytorycznym w latach 2010–2011, z pomocy profesjonalnych pełnomocników skorzystało 40% powodów (E. Holewińska-Lapińska, *Rozwiązanie stosunku przysposobienia w orzecznictwie sądów powszechnych w latach 2010–2011*, „Prawo w Działaniu” 2013/14, s. 138), natomiast na 341 zbadanych spraw o przysposobienie, rozstrzygniętych w IV kwartale 2013 r., wnioskodawcy byli reprezentowani przez profesjonalnych pełnomocników zaledwie w 10 przypadkach – 2,9%. (E. Holewińska-Lapińska, *Przysposobienie rozwiązywalne w orzecznictwie sądów powszechnych (z wyłączeniem przysposobienia pasierbów)*, „Prawo w Działaniu” 2015/21, s. 109). W 200 postępowaniach o zezwolenie na dokonanie czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu majątkiem dziecka, wnioskodawcy byli reprezentowani przez profesjonalnych pełnomocników w 16 przypadkach, czyli w 8% zbadanych spraw (J. Słyk, *Orzekanie w sprawach o zezwolenie na dokonanie czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu majątkiem dziecka*, „Prawo w Działaniu” 2015/21, s. 228).

na własny koszt przez zainteresowane osoby według swobodnego wyboru) należy ocenić jako bardzo wysoki. Pośrednio wskazuje to na ważność sprawy dla osób zainteresowanych oraz pozwala domniemywać, iż poziom konfliktu pomiędzy osobą uprawnioną do kontaktów z dzieckiem i zobowiązaną do ich umożliwienia był wysoki.

VI. DOKUMENTOWANIE SYTUACJI MATERIALNEJ OSOBY, WOBEC KTÓREJ WNIOSEKOWANA JEST „SANKCJA MAJĄTKOWA”

Interesujące było ustalenie, czy w aktach sprawy znajdowała się dokumentacja sytuacji materialnej osoby żądającej nakazania zapłaty oraz osoby, która miałaby nakazaną kwotę wypłacić. Artykuł 598¹⁵ § 1 k.p.c. nakłada na sąd opiekuńczy obowiązek uwzględnienia sytuacji majątkowej osoby, której zagrozi nakazaniem zapłaty bądź nakaże zapłatę. Tylko w jednej sprawie były stosowne dokumenty dotyczące sytuacji obu wymienionych osób, a w 8 aktach dokumenty dotyczące tylko osoby zobowiązanej do zapłaty. W aktach 13 spraw były dane niepełne, lub nieudokumentowane (przykładowo jedynie ustna informacja osób zainteresowanych). W 15 sprawach osoba mająca być zobowiązaną do zapłaty sumy pieniężnej złożyła wyjaśnienia odnośnie do swojej sytuacji majątkowej. W jednej sprawie przesłuchano na tę okoliczność świadków, a w dwóch sprawach osoba żądająca nakazania zapłaty złożyła wyjaśnienia na temat swojej sytuacji majątkowej.

Brak stosownej dokumentacji stanu majątkowego uniemożliwia ocenę zarówno stopnia dolegliwości konieczności wypłacenia wskazanej kwoty dla osoby „ukaranej”, jak i wpływu dodatkowego obciążenia budżetu takiej osoby na zdolność zaspokojenia potrzeb osób pozostających z nią we wspólnym gospodarstwie domowym, w tym dziecka, gdy obowiązek wypłaty dotyczy osoby sprawującej bezpośrednią pieczę nad dzieckiem.

Informacje o sytuacji majątkowej osoby, która miałaby pozyskać sumę pieniężną, były jeszcze bardziej ograniczone. Choć ustalenie sytuacji majątkowej tej osoby nie jest konieczne, to stosowne informacje mogą mieć, co najmniej pośrednie, znaczenie dla oceny, czy żądanie „ukarania” nie było nadużywane lub wykorzystywane jako swoisty środek w rozgrywkach pomiędzy osobą uprawnioną i zobowiązaną do umożliwienia kontaktu z dzieckiem, czego obawiała się część posłów podczas obrad poprzedzających przyjęcie omawianych przepisów.

VII. USTALENIA POSTĘPOWANIA I ZASTOSOWANE SANKCJE WOBEC OSOBY NARUSZAJĄCEJ OBOWIĄZKI ZWIĄZANE Z REALIZACJĄ KONTAKTÓW

W sprawach dotyczących wykonywania kontaktów z dzieckiem sąd nie musi wyznaczać rozprawy, ale obligatoryjne jest wysłuchanie uczestników postępowania (art. 598¹⁶ § 2 k.p.c.). Może nastąpić także przez złożenie oświadczeń na piśmie (art. 514 § 1 k.p.c.). Uczestnik może się zrzec korzystania z tego prawa w sposób wyraźny lub dorozumiany. Ponieważ cel postępowania obejmuje również ochronę dobra dziecka, sąd może zarządzić przymusowe stawienie się uczestnika³⁸.

³⁸ Tak Z. Strus, w: *Kodeks postępowania cywilnego...*, H. Dolecki (red.), T. Wiśniewski (red.), komentarz do art. 598¹⁸.

Przepisy art. 214 oraz 214¹ k.p.c. dotyczące przyczyny odroczenia posiedzenia sądu i sposobu dokumentowania choroby usprawiedliwiającej niestawiennictwo mają zastosowanie na podstawie art. 13 § 2 k.p.c.³⁹

Tabela: Czynności sądu poprzedzające wydanie pierwszego orzeczenia w sprawie		
Czynności sądu	Częstość	Procent
Wysłuchanie wnioskodawcy na posiedzeniu sądu	174	58,9
Wysłuchanie uczestnika („przeciwnika wniosku”) na posiedzeniu sądu	167	56,6
Przedstawienie przez uczestnika stanowiska w sprawie w formie pisma	104	35,3
Przesłuchanie świadków zgłoszonych przez wnioskodawcę	62	21,0
Przesłuchanie świadków zgłoszonych przez uczestnika	45	15,3
Inne czynności przeprowadzone z urzędu	101	34,2

Źródło: opracowanie własne

Wnioskodawca został wysłuchany na posiedzeniu sądu w 58,9% zbadanych spraw, a „przeciwnik wniosku” w 56,6% spraw. Pisemna forma wyrażenia stanowiska była zastosowana w 104 sprawach (35,3%). Każda ze „stron” w celu uwiarygodnienia swego stanowiska w sprawie wnioskowała o przesłuchanie świadków. Nieco częściej taki dowód był przeprowadzony z inicjatywy wnioskodawcy.

Kazuistyka zbadanych spraw jest bogata. Najczęściej ustalone w postępowaniu naruszenie obowiązków przez osobę sprawującą bezpośrednią pieczę polegało na nieobecności dziecka w dacie i miejscu, w którym miało się odbyć spotkanie, bądź z którego dziecko miało być odebrane, co odnotowano w 133 sprawach (41,7%). W kolejnych 18 sprawach stany faktyczne były zbliżone. Różnica polegała jedynie na uzyskaniu informacji, że do spotkania nie dojdzie, ale w ostatniej chwili (niekiedy gdy osoba uprawniona była już w trakcie podróży lub na miejscu spotkania), co narażało osobę uprawnioną na różne uciążliwości, niezależnie od tego, że do spotkania z dzieckiem nie doszło. Kolejną przyczyną niemożności zrealizowania uprawnienia do styczności było odwoływanie spotkań bez podania przyczyny, z oczywiście błahej lub niewiarogodnej przyczyny bądź dlatego, że wg „pierwszoplanowego” opiekuna dziecko nie chce się spotkać z osobą uprawnioną. Takie stany faktyczne wystąpiły w 113 sprawach (28,3%). Z akt 23 spraw nie wynikało, dlaczego nie dochodziło do spotkań osoby uprawnionej z dzieckiem, w 9 sprawach przyczyny tego stanu wynikały z zachowań osoby uprawnionej.

Najpoważniejsze naruszenie obowiązków przez osoby uprawnione do kontaktów to nierealizowanie ich (w 37 sprawach – 17,9%), odwoływanie spotkań bez podania przyczyny, lub z przyczyny błahej lub mało wiarygodnej (w 17 sprawach – 8,2%), oraz odwoływanie ustalonych spotkań w ostatniej chwili (w 14 sprawach – 6,8%), a jednocześnie domaganie się przez uprawnionego spotkania „zamiennego”, w dogodnym dla uprawnionego terminie, bez uwzględnienia planu obowiązków dziecka, osoby sprawującej nad dzieckiem bezpośrednią pieczę i sytuacji w rodzinie dziecka.

³⁹ Z. Strus, w: *Kodeks postępowania cywilnego...*, H. Dolecki (red.), T. Wiśniewski (red.), komentarz do art. 598¹⁸.

Podobny charakter miały próby „wymuszenia” spotkania z dzieckiem w terminie i miejscu nieprzewidzianym w orzeczeniu (ugodzie) – przychodzenie do mieszkania, przedszkola, szkoły dziecka w niezgodnionym terminie, domaganie się wówczas spotkania (w 11 sprawach – 5,3%), czemu niekiedy towarzyszyły agresywne zachowania (także w obecności dziecka).

Formy niewykonywania bądź nienależytego wykonywania obowiązków przez osobę uprawnioną do kontaktów w części przypadków świadczyły o braku zainteresowania stycnością, w części zaś były wyrazem lekceważenia uczuć dziecka oczekującego na spotkanie w ustalonym terminie, a także nieliczeniem się z sytuacją osoby sprawującej bezpośrednią pieczę nad dzieckiem. Można domniemywać, że wiążące ustalenia w przedmiocie kontaktów, zawarte w orzeczeniu (ugodzie), nie były adekwatne do sytuacji faktycznej. Powtarzającym się w 23 sprawach (11,2%) naruszeniem obowiązków przez osobę uprawnioną do kontaktu było nieprzestrzeganie ustalonych terminów spotkań – spóźnianie się na nie, przedłużanie spotkań, niekiedy groźby, że dziecko zostanie zatrzymane na stałe, a także naruszanie ustalonych zasad dotyczących odbierania dziecka na spotkanie i odprowadzania go do miejsca stałego pobytu (w 9 sprawach – 4,4%). Najbardziej dolegliwymi, a zarazem najdrastyczniejszymi formami nienależytych zachowań osoby uprawnionej do kontaktów, była agresja wobec osoby sprawującej bezpośrednią pieczę nad dzieckiem i osób wspólnie z nią i dzieckiem mieszkających. Najczęściej przybierała formę słowną (obelgi, wyzwiska, wulgarne słownictwo, groźby), ale niekiedy wiązała się z naruszeniem nietykalności cielesnej i niszczeniem rzeczy. Zdarzało się także (choć tylko w 4 przypadkach) przychodzenie na spotkania z dzieckiem pod wpływem alkoholu.

Odnotowano też różne przejawy braku „koalicji wychowawczej” pomiędzy rodzicami dziecka, a także podważanie przez osobę uprawnioną do kontaktu autorytetu osoby sprawującej bezpośrednią pieczę nad dzieckiem, negatywne jej ocenianie, krytykowanie podjętych decyzji, nastawianie wrogo.

Zwrotu wydatków związanych z niezrealizowanym spotkaniem żądano w 22 (7,5%) sprawach, w większości przez osobę uprawnioną do spotkania z dzieckiem. Najczęściej domagano się zwrotu kosztów podróży (przedmiot żądania zwrotu został przedstawiony w tabeli).

Tabela: Żądania zwrotu wydatków		
Przedmiot żądania zwrotu wydatków	Częstość	Procent
Koszt podróży uprawnionego do miejsca niezrealizowanego kontaktu	17	77,3
Koszt podróży dziecka z opiekunem do miejsca kontaktu	3	13,6
Wydatki na zakwaterowanie, wyżywienie uprawnionego do kontaktu	3	13,6
Wydatki na zakwaterowanie, wyżywienie dziecka z opiekunem	1	4,5
Wydatki na prezenty i atrakcje dla dziecka	2	9,0
Inne wydatki uprawnionego do kontaktu	2	9,0

Źródło: opracowanie własne

Żądanie zwrotu wydatków było przedstawione w 22 sprawach – w 18 sprawach odnośnie do jednego niezrealizowanego spotkania, w jednej odnośnie do 3 spotkań, w jednej odnośnie do 3 spotkań, w jednej odnośnie do 23 spotkań.

Tabela:

Dowody dotyczące żądania zwrotu wydatków

Dowody dotyczące żądania zwrotu wydatków	Częstość	Procent*
Bilet z miejsca zamieszkania do miejsca kontaktu	4	18,2
Bilet z miejsca kontaktu do miejsca zamieszkania (powrotny)	4	18,2
Potwierdzenie zakupu paliwa na przejazd do własnego samochodu	2	9,0
Rachunek za nocleg w hotelu	2	9,0
Oświadczenie żądającego zwrotu o wysokości poniesionych wydatków	4	18,2
Zeznania świadków potwierdzające niezrealizowanie kontaktu	5	22,7
Zeznania świadków potwierdzające poniesienie wydatków	5	22,7
Inne	2	9,0

* 22=100%

Źródło: opracowanie własne

W 15 sprawach żądania zwrotu wydatków zostały oddalone. Trzykrotnie żądanie zostało uwzględnione w całości, czterokrotnie częściowo. Zasądzone kwoty wynosiły od 30 zł do 9175 zł. Trzykrotnie rozstrzygnięcia w przedmiocie zwrotu wydatków zostały zaskarżone (raz przez osobę żądającą zwrotu, dwukrotnie przez osobę zobowiązaną do zwrotu wydatków). Zażalenia oddalono. W aktach zbadanych spraw nie było informacji, czy zasądzone kwoty zostały wypłacone.

Zagrożenie nakazaniem i nakazanie zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej W przepisach oddziału zatytułowanego „Sprawy dotyczące wykonywania kontaktów z dzieckiem”, obowiązujących od 11.08.2011 r., szczególne znaczenie przypisano sankcjom majątkowym z możliwością stopniowania dolegliwości na wypadek niewykonania bądź nienależytego wykonania obowiązków. Od zachowania „stron” zależy, czy sąd ograniczy się do wydania postanowienia o zagrożeniu nakazaniem zapłaty sumy pieniężnej (art. 598¹⁵ k.p.c.), czy też w następnej kolejności nakaże jej zapłatę do rąk osoby uprawnionej (art. 598¹⁶ k.p.c.), uwzględniając liczbę naruszeń, a także czy kolejne postanowienia nakazujące zapłatę co raz to wyższych kwot będą wydawane. Istotna jest również wola osoby uprawnionej co do „eskalowania” możliwych sankcji, bowiem każde kolejne postanowienie sądu orzekające ich zastosowanie musi być poprzedzone wnioskiem takiej osoby. Sąd nie może działać w tej kwestii z urzędu (art. 598¹⁸ § 1 zdanie drugie k.p.c.), choćby naruszenia obowiązków dotyczących umożliwienia kontaktów były drastyczne.

Nie jest możliwe nakazanie zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej, o ile uprzednio sąd nie zagroził, że to będzie mogło nastąpić. Postanowienie o zagrożeniu nakazaniem zapłaty oznaczonej kwoty może zostać wydane w postępowaniu toczącym się na podstawie art. 598¹⁵ k.p.c., ale także w innym postępowaniu, w którym zapadło orzeczenie o kontaktach, o ile przewidziano w nim to „profilaktycznie”, w szczególności w postępowaniu nieprocesowym ustalającym kontakty (art. 582¹ § 3 k.p.c.)⁴⁰.

⁴⁰Z. Strus w komentarzu do art. 582¹⁸ k.p.c. (*Kodeks postępowania cywilnego...*, H. Dolecki (red.), T. Wiśniewski (red.)) trafnie podnosi, iż zagrożenie takie może nastąpić także w postępowaniu zabezpieczającym (art. 582 k.p.c. lub art. 445¹ § 3 k.p.c. w zw. z art. 582¹ § 3 k.p.c.), stwierdzając co następuje: „Ze względu na art. 568 wyrażenie «sąd opiekuńczy» oceniany w komentowanym przepisie przez pryzmat jego funkcji oznacza sąd stosujący art. 445³. Odmienne wykładnia oparta na dosłownym stosowaniu art. 568 § 1 prowadziłaby do wadliwego wyniku w postaci różnicowania skutków orzeczenia o zagrożeniu nakazaniem zapłaty w zależności od tego, w jakim postępowaniu zostało wydane”.

W zbadanych aktach odnotowano 42 postanowienia o zagrożeniu nakazaniem zapłaty na rzecz osoby uprawnionej do kontaktów z dzieckiem w przypadku niewykonania lub niewłaściwego wykonania obowiązków wynikających z orzeczenia (ugody) w przedmiocie kontaktów. Średnia kwota, której zapłaceniem zagrożono w tych postanowieniach, wynosiła 852 zł 80 gr., a mediana 525 zł.

33 postanowienia zostały wydane w okresie objętym analizą aktową (stan spraw w listopadzie 2015 r., w których wnioski wpłynęły do sądu w styczniu 2014 r.), 16 w 2014 r. i 17 w 2015 r., natomiast pozostałe w okresie wcześniejszym (5 wydanych i prawomocnych w 2013 r. i 4 w 2012 r.), co świadczy o trwaniu w tych przypadkach od dłuższego czasu niezadawalającego stanu odnośnie do realizacji orzeczenia w przedmiocie kontaktów.

Na 17 orzeczeń zawierających zagrożenie nakazaniem zapłaty, w sprawach z 2015 r. w 16 (94%) adresatem zagrożenia była osoba zobowiązana do umożliwienia realizacji kontaktów („pierwszoplanowy” opiekun dziecka), a w jednym osoba uprawniona do kontaktowania się z dzieckiem. Kwoty, których zapłaty można byłoby się domagać w tych sprawach w przypadku nieskuteczności zagrożenia nakazaniem ich zapłaty, wynosiły od 50 zł do 500 zł. Średnia kwota, której nakazaniem zagrożono w postanowieniu sądu, wyniosła 132 zł 40 gr., a mediana 50 zł. W 8 przypadkach orzeczenie sądu pierwszej instancji zawierające zagrożenie nakazaniem zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej zostało zaskarżone – trzykrotnie przez wnioskodawcę, pięciokrotnie przez osobę, która była adresatem zagrożenia.

Orzeczenie oddalające żądanie zagrożenia nakazaniem zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej zostało wydane w 7 przypadkach i dwukrotnie zostało zaskarżone przez wnioskodawcę. W wyniku zaskarżenia orzeczenia sądu w przedmiocie zagrożenia nakazaniem zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej sześciokrotnie orzeczenie sądu pierwszej instancji pozostało w mocy. Ustalono, iż w opisanych wyżej przypadkach zagrożenie nakazaniem zapłaty okazało się skuteczne w 8 sprawach (19% przypadków jego zastosowania) i wywołało umorzenie postępowania wykonawczego.

W co piątym przypadku osoba uprawniona nie mogła nadal należycie realizować kontaktów i wniosła o nakazanie zapłaty. W pozostałych sprawach sytuacja była inna, zaś brak wniosku o nakazanie zapłaty nie uzasadniał oceny, że zagrożenie jej nakazaniem było skuteczne. Albo nie można było na podstawie akt badanych spraw ustalić stanu faktycznego po wydaniu orzeczenia zawierającego zagrożenie, albo było wiadomo, że (z różnych przyczyn) osoby uprawnione nie decydowały się na skorzystanie z możliwości żądania nakazania zapłaty, mimo iż trudności w realizacji kontaktów w sposób opisany w orzeczeniu nadal trwały.

W ankietach odnotowano, iż wniosek o **nakazanie zapłaty**, w konsekwencji nieskuteczności postanowienia o zagrożeniu nakazaniem zapłaty, ostatecznie został złożony w 25 przypadkach. Sąd pierwszej instancji ośmiokrotnie nakazał zapłacenie sumy pieniężnej, a w 17 sprawach (68%) wniosek oddalił.

W co drugim przypadku postanowienie nakazujące zapłatę sumy pieniężnej zostało zaskarżone przez osobę zobowiązaną do zapłaty. W połowie zażaleń w ich uzasadnieniu skarżący wykazywali, iż niewykonanie obowiązków dotyczących umożliwienia kontaktu nie było zawinione, ale wynikało z istotnych przyczyn obiektywnych. W pozostałych skarżący albo podawali okoliczności wskazujące, co najmniej, na przyczynienie się osoby uprawnionej do kontaktów do zaistnienia niezadawalającego stanu ich realizacji, albo

dokumentował swoją bardzo trudną sytuację materialną w celu przekonania sądu, iż nie będzie w stanie wykonać orzeczenia nakazującego zapłatę bez uszczerbku dla zaspokojenia podstawowych potrzeb bytowych swoich i dziecka. W jednym przypadku zażalenie okazało się częściowo skuteczne, bowiem sąd drugiej instancji obniżył kwotę, której zapłata została nakazana w zaskarżonym postanowieniu. Z akt nie wynikało, czy nakazane kwoty zostały zapłacone. Odnotowano jedynie, że w jednym przypadku konsekwencją nakazania zapłaty było umorzenie postępowania. W sprawie, w której nakaz zapłaty był stosowany trzykrotnie, sumy pieniężne wynosiły kolejno 300 zł, 750 zł, 1057 zł.

W sprawach, w których badane postępowania wykonawcze – rozpoczęte w styczniu 2014 r. – trwały nadal w dniu zakończenia badania (w listopadzie 2015 r.), i w których było stosowane nakazanie zapłaty sumy pieniężnej, w 35 przypadkach miało to miejsce jeden raz, w 6 – 2 razy, a w jednym – 4 razy.

Badaniem były objęte sprawy, które wpłynęły do wylosowanego sądu od 2 stycznia 2014 r. (nie więcej niż 30 kolejnych spraw). **Stan 295 spraw objętych badaniem ankietowym w dniu jego zakończenia** w listopadzie 2015 r. był następujący: w 121 sprawach (41%) postępowanie zostało umorzone; w 19 sprawach (6,4%) od ostatniego postanowienia sądu nie upłynęło 6 miesięcy, ale nie wpłynął wniosek sygnalizujący konieczność podjęcia czynności w sprawie (w takiej sytuacji sąd nie mógł jeszcze wydać postanowienia o umorzeniu postępowania na podstawie art. 598²⁰ k.p.c., choć jego wydanie wydawało się prawdopodobne), w 4 sprawach (1,4%) wpłynął kolejny wniosek oczekujący na rozpoznanie, w 7 sprawach (2,4%) trwała kontrola instancyjna, bowiem wniesiono zażalenie na postanowienie sądu, w 27 sprawach (9,2%) sąd podejmował czynności uzasadnione przebiegiem postępowania; w 117 sprawach (39,7%) odnotowano inną sytuację (przykładowo odroczone albo zawieszono postępowanie, w tym na zgodny wniosek stron, wpłynęło pismo o cofnięciu wniosku itp.).

W **zbiorze spraw umorzonych** na pierwszym miejscu znalazły się sprawy, w których kontakty były ustalone w ugodzie (31,4% spraw umorzonych), na drugim sprawy, w których kontakty ustalono w prawomocnym wyroku rozwodowym (26,5% spraw umorzonych), jednakże udział tych pierwszych we wszystkich sprawach wynosił 25,8%, a tych drugich – 26,4%.

Badanie wykazało, że postępowania wykonawcze w sprawach, w których kontakty zostały ustalone ugodą sądową w badanym okresie, w połowie zakończyły się umorzeniem postępowania. Jednocześnie w ogólnym zbiorze spraw zakończonych umorzeniem postępowania ta grupa stanowiła 30,6% spraw, a więc co trzecie postępowanie zakończone umorzeniem postępowania dotyczyło wykonania kontaktów ustalonych w ugodzie sądowej. Postępowanie wykonawcze dotyczyło tylko 4 spraw, w których kontakty ustalono w ugodzie zawartej przed mediatorem i zatwierdzonej przez sąd. Tylko jedna z nich została zakończona umorzeniem postępowania, w pozostałych sprawach postępowania nie zostały zakończone.

41% spraw, w których kontakty były ustalone w prawomocnym wyroku rozwodowym, zakończyło się w okresie objętym badaniem umorzeniem postępowania, w kolejnych 5,2% spraw od ostatniego postanowienia sądu nie upłynął jeszcze okres 6 miesięcy, ale nie wpłynęły kolejne wnioski, więc można oczekiwać, że wraz z upływem wskazanego terminu postępowania także zostaną umorzone. Połowa spraw, w których ustalono kontakty w trybie zabezpieczenia w sprawie o rozwód, postępowania zostały umorzone.

Tabela: Umorzenia postępowań wykonawczych w poszczególnych sprawach				
Źródło ustalenia kontaktów z dzieckiem	Sprawy			
	rozpoznawane		umorzone	
	częstość	procent	częstość	procent
Prawomocny wyrok rozwodowy	78	26,4	32	26,5
Orzeczenie w trybie zabezpieczenia w sprawie o rozwód	38	12,9	19	15,7
Prawomocne orzeczenie w sprawie o ustalenie kontaktów	41	13,9	20	16,5
Orzeczenie w trybie zabezpieczenia w sprawie o kontakty	24	8,1	7	5,8
Uгода sądowa	72	24,4	37	30,6
Uгода zawarta przed mediatorem	4	1,4	1	0,8
Prawomocne orzeczenie z art. 107 k.r.o.	2	0,7	1	0,8
Inne prawomocne orzeczenie	7	2,4	3	2,5
Orzeczenie o zabezpieczeniu w innym postępowaniu	7	2,4	3	2,5
Inna sytuacja lub brak danych w aktach	22	7,5	1	0,8
Ogółem	295	100.0	121	100.0

Źródło: opracowanie własne

W co trzeciej sprawie, w której postępowanie wykonawcze dotyczyło kontaktów zabezpieczonych na czas postępowania o ustalenie kontaktów, oraz prawie w co drugim przypadku, gdy postępowanie wykonawcze dotyczyło prawomocnego orzeczenia o kontaktach postępowania te, w okresie badania aktowego, zostały umorzone.

VIII. SPRAWY, W KTÓRYCH CEL POSTĘPOWANIA ZOSTAŁ OSIĄGNIĘTY

Zgodnie z art. 598²⁰ k.p.c. sąd umarza postępowanie, jeżeli w ciągu 6 miesięcy od uprawomocnienia się ostatniego postanowienia nie wpłynął kolejny wniosek, przykładowo o nakazanie zapłaty sumy pieniężnej, zwrot wydatków. Powyższe może być skutkiem dobrej realizacji kontaktów, ale może wynikać również z innych przyczyn, takich jak rezygnacja z ochrony sądowej wskutek oceny, że nie jest skuteczna, odstąpienie od kontaktowania się z dzieckiem z uwagi na niesatysfakcjonujący przebieg kontaktów, zmiana miejsca zamieszkania wnioskodawcy lub dziecka, dłuższy wyjazd za granicę i inne.

Niezależnie od sytuacji opisanej w art. 598²⁰ k.p.c., postępowanie może zostać umorzone również na zasadach ogólnych (art. 355 § 1 k.p.c.), przykładowo gdy został cofnięty wniosek, przestało obowiązywać orzeczenie o zabezpieczeniu kontaktów na czas postępowania w sprawie o rozwód, separację, ustalenie kontaktów, dziecko osiągnęło pełnoletność albo zmarło. Cofnięcie wniosku może być spowodowane zarówno satysfakcjonującą wnioskodawcę sytuacją przy wykonywaniu kontaktów, jak i innymi przyczynami.

Umorzenie postępowania na podstawie art. 598²⁰ k.p.c. nie ma wpływu na wydane w nim postanowienie o zagrożeniu nakazaniem sumy pieniężnej (art. 598¹⁵ k.p.c.) w takim znaczeniu, że to postanowienie może stanowić podstawę do zastosowania

w kolejnym postępowaniu nakazania zapłaty, już bez konieczności wcześniejszego orzeczenia o zagrożeniu nakazaniem zapłaty. Prawdopodobieństwo wszczęcia kolejnego postępowania jest istotne dla oceny, czy umorzone postępowanie zakończyło się rzeczywistym sukcesem.

Na podstawie całokształtu danych zawartych w aktach możliwe było ustalenie, iż w 94 sprawach (31,9%) w czasie zakończenia badania kontakty były realizowane należycie oraz występuje pozytywna prognoza dalszej ich realizacji zgodnie z orzeczeniem sądu bądź ugodą. Pozwala to na ocenę, iż w tych sprawach postępowanie zakończyło się sukcesem. W pozostałych sprawach, choćby postępowanie było umorzone, bądź nie wpłynęły kolejne wnioski, prawdopodobieństwo zadawalającego wykonywania kontaktów w przyszłości nie było równie wysokie.

W sprawach zakończonych sukcesem w 70 przypadkach uprawnieni dochodzili kontaktów z jednym dzieckiem, w 22 sprawach z dwojgiem dzieci, w 2 z trojgiem dzieci. W 88% spraw dzieci pochodziły z małżeństwa rodziców, a w 12% spraw były uznane przez ojca. W 2 sprawach dzieci (dwoje) mieszkaly z obojgiem swoich rodziców, w 12 pozostawały pod bezpośrednią pieczę ojców, w jednym przypadku dwuosobowe rodzeństwo było rozdzielone pomiędzy matkę i ojca, a w pozostałych sprawach dzieci pozostawały pod bezpośrednią pieczę matek. W 87 z tych spraw pozycję wnioskodawcy miało jedno z rodziców dziecka. W 63 sprawach (72%) wnioskodawcą był ojciec, w 24 (28%) matka. W pozostałych sprawach o wykonanie kontaktów występowały inne niż rodzic dziecka osoby uprawnione.

W aktach 45 spraw były informacje o władzy rodzicielskiej wnioskodawcy w stosunku do dzieci, z którymi chciał się spotykać. W 15 z tych spraw władza rodzicielska rodzica będącego wnioskodawcą była pełna, w 29 sprawach ograniczona do określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do osoby dziecka, a w jednej sprawie ograniczona na podstawie art. 109 k.r.o. Źródła ustalenia kontaktów były zróżnicowane, w tym w co trzecim przypadku kontakty były ustalone w ugodzie, co skłania ku domniemaniu, iż „strony” były zdolne do negocjowania i osiągnięcia porozumienia i zapewne w istocie rzeczy sposób kontaktów został uzgodniony – prawdopodobnie w wyniku kompromisu. Nie mniej przyczyną wszczęcia postępowania wykonawczego, w ocenie wnioskodawcy, aż w 71% spraw było uniemożliwienie kontaktowania się z dzieckiem. Liczba naruszeń uprawnień wnioskodawcy była zróżnicowana, ale aż w 38% przypadków, gdy te informacje były zawarte w aktach spraw, przekroczyła 10. W ponad połowie spraw (51%) okres naruszeń poprzedzający wystąpienie na drogę sądową był dłuższy od 3 miesięcy, a w 16% spraw przekroczył rok. Powyższe wskazuje, iż nawet długotrwałe naruszenia ustalonych zasad kontaktowania się nie wyklucza możliwości zmiany tej sytuacji.

Wiadomo było także, że w 67 sprawach postępowanie monitorowane w badaniu było pierwszą sprawą o wykonanie kontaktów, a w 11 sprawach kolejną sprawą pomiędzy tymi samymi osobami.

Charakterystyka spraw zakończonych z pozytywną prognozą dla dalszego wykonywania kontaktów nie pozwala na jednoznaczne ustalenie (w oparciu o statystyczny opis tych spraw), jakie czynniki zadecydowały o osiągnięciu sukcesu.

Celowe wydaje się wskazanie na okoliczności, w których można było z kolei upatrywać podstaw dla negatywnej prognozy co do realizacji w przyszłości

kontaktów, nawet jeżeli w części tych spraw umorzono postępowania. Brak lub niewielkie natężenie takich czynników w pozostałych sprawach mogło bowiem przesądzić o powodzeniu postępowania wykonawczego.

W sprawach, w których sformułowano negatywną prognozę co do realizacji orzeczenia o kontaktach w przyszłości, należało jej upatrywać w pierwszej kolejności (odnośnie do 75 spraw) w postawie osoby zobowiązanej do umożliwienia styczności z dzieckiem, która – mimo zastosowania środków przewidzianych w ustawie – nie uległa zmianie. Kolejną przyczyną tego stanu rzeczy była w równej liczbie przypadków (po 26) postawa dziecka (niechęć wobec spotkań, nienawiązywanie oczekiwanego kontaktu z osobą uprawnioną, mimo iż spotkania odbywały się) oraz nieodpowiednimi zachowaniami i niewłaściwą, „konfrontacyjną” postawą osoby uprawnionej do kontaktów. Co najmniej w 10 przypadkach osoby uprawnione wykazywały małą aktywność w podejmowaniu starań o realizację uprawnień, która prowadziła do rezygnacji z kontaktów, gdy wystąpiły niesprzyjające okoliczności bądź kontakty nie dostarczały oczekiwanej satysfakcji emocjonalnej (przykładowo w związku z niechętną postawą dziecka). W 8 sprawach na negatywną prognozę dotyczącą realizacji kontaktów główny wpływ miała wroga postawa domowników osoby sprawującej bezpośrednią pieczę nad dzieckiem wobec osoby uprawnionej do kontaktów (w skrajnych przypadkach przybierała nawet postać agresji fizycznej i gróźb karalnych). Występowały też inne okoliczności mogące skłaniać do zaniechania starań o kontakty bądź obiektywnie utrudniające ich realizację (przykładowo zmiana miejsca zamieszkania, podjęcie pracy za granicą itp.).

Interesujące wydaje się odnotowanie, że poprzednie badanie orzecznictwa⁴¹ wykonane przed zmianą stanu prawnego dokonaną w ustawie z 2011 r. wykazało, że główne przyczyny niepowodzenia postępowania wykonawczego, mimo zastosowania różnych środków przez sąd (np. grzywna, udział kuratora w realizacji kontaktów) były wówczas następujące: postawa osoby zobowiązanej, która (niezależnie od zrealizowanych lub prawdopodobnych „sankcji”) była zdeterminowana, aby do spotkań uprawnionego z dzieckiem nie doszło (43,3%)⁴², postawa dziecka zdecydowanie sprzeciwiającego się kontaktom, zachowującego się podczas spotkań w sposób niewłaściwy, ignorujący uprawnionego, ale także arogancki bądź roszczeniowy (20%), inne, poza wymienionymi, indywidualizowane przyczyny zaistniałej sytuacji (15%), postawa osób, z którymi mieszka dziecko i osoba sprawująca nad dzieckiem pieczę – dziadkowie, partner rodzica (8,3%), zła postawa uprawnionego do kontaktów (6,5%) – bierność uprawnionego (6,7%).

Wydaje się, że główne przyczyny niepowodzenia postępowań wykonawczych w sprawach o kontakty mają w dużej mierze niezmienny charakter, choć w poszczególnych okresach mogą występować z różnym natężeniem. Przed zmianą stanu prawnego, gdy do wykonania orzeczenia o kontaktach stosowano przepisy egzekucyjne, w powołanym wcześniejszym badaniu w 32,2% spraw ukaranie grzywną lub zagrożenie jej orzeczeniem na wypadek dalszego utrudniania kontaktów miało znaczenie przesądzające – wymuszające pożądane zachowanie osoby sprawującej

⁴¹ E. Holewińska-Łapińska, *Realizacja prawa do kontaktów z dziećmi...*, „Prawo w Działaniu” 2011/10, s. 40.

⁴² Przyczyny takiej postawy były różne: nienawiść do uprawnionego, głębokie przeświadczenie, że uprawniony krzywdzi (lub może skrzywdzić) dziecko (np. w przypadku podejrzenia o molestowanie seksualne lub zachowania na jego pograniczu), pragnienie przywiązania dziecka do aktualnego partnera życiowego itp.

pieczę nad dzieckiem. W obecnym stanie prawnym przewidziano sankcje majątkowe, a w wielu aspektach model postępowania o wykonanie kontaktów jest zbliżony do egzekucyjnego. Referowane badanie dotyczące stanu bieżącego (lata 2014–2015) wykazało, że w 31,9% spraw w czasie zakończenia badania kontakty były realizowane należycie i występowała pozytywna prognoza dalszej ich realizacji, jednakże najprawdopodobniej nie przesądziły o takim skutku sankcje majątkowe.

UWAGI PODSUMOWUJĄCE

Badanie, którego wyniki zostały przedstawione w niniejszym opracowaniu, dotyczyło stanu spraw o wykonywanie kontaktów rozpoczętych wskutek wniosku, który wpłynął do sądu począwszy od stycznia 2014 r. do dnia wypełnienia ankiety przedstawiającej sytuację w listopadzie 2015 r. Średni okres poddany ocenie w sprawach objętych analizą wyniósł 17,2 miesiąca, a mediana 16,9 miesiąca. Pozwala to na przyjęcie, że obserwowany okres stanu każdej sprawy wynosił 17 miesięcy, był więc relatywnie długi. Średni okres od wpływu do sądu wniosku o wykonanie orzeczenia/ugody w sprawie kontaktów do umorzenia postępowania, o ile takie nastąpiło w okresie badawczym, wynosił 9,6 miesiąca, a mediana była bardzo zbliżona do tego okresu i wynosiła 9,3 miesiąca. Gdy podstawą umorzenia postępowania był art. 598²⁰ k.p.c., to czynności poprzedzające wydanie ostatecznego postanowienia w sprawie (przykładowo o zasądzeniu wydatków, zagrożeniu nakazaniem zapłaty sumy pieniężnej) następowało nie później niż po upływie 3 miesięcy od wpływu wniosku do sądu. „Skuteczność” postępowania, mierzona odsetkiem umorzeń, wynosi 41% rozpoznanych spraw. Pozytywna prognoza co do realizowania kontaktów zgodnie z orzeczeniem bądź ugodą wystąpiła w co trzeciej rozpoznanej sprawie.

194 (66%) postępowania były pierwszymi sprawami o wykonanie kontaktów osoby uprawnionej z dzieckiem. W 44 przypadkach (15%) wiadomo było, że aktualne postępowanie jest kolejnym toczącym się pomiędzy tymi samymi „stronami”, natomiast brak było informacji czy sprawy pozostałe (57 – 19%) toczą się po raz pierwszy. Można więc stwierdzić, że co najmniej w 15% przypadków sytuacja konfliktowa, wpływająca na nienależyte wykonywanie kontaktów, trwa od dłuższego czasu. Jej skutkiem są ponawiane wnioski, a postępowanie wykonawcze przed sądem dotychczas przynosiło tylko przejściową poprawę sytuacji. Jednakże szczególnie sporne postępowania, powtarzające się, mimo stosowania dopuszczalnych „sankcji”, niezakończone w objętym badaniem okresie 17 miesięcy (w badanym zbiorze spraw), których prawdopodobieństwo należytego wykonywania ustalonych kontaktów w dotychczasowych formach w dłuższych okresach i bez stałego trwania postępowania wykonawczego było minimalne, stanowiły 1,4% z ankietowanych spraw.

Wydaje się, iż główną przyczyną niskiej skuteczności postępowań dotyczących wykonywania kontaktów z dziećmi jest bardzo wysoki poziom konfliktu pomiędzy osobą uprawnioną do kontaktów, która nie mieszka z dzieckiem, a osobą zobowiązaną do ich umożliwienia, która sprawuje bezpośrednią pieczę nad dzieckiem. W tym kontekście celowe wydaje się przypomnienie, iż kontakty, których wykonania dochodzono w zbadanych sprawach, były ustalone głównie w postępowaniach rozwodowych (116 spraw – 39,3%) – w tym w 78 prawomocnych wyrokach oraz w 38 przypadkach w trybie zabezpieczenia na czas postępowania o rozwód oraz w sprawach poświęconych

ustaleniu kontaktów, jako głównemu przedmiotowi rozstrzygnięcia sądu (65 spraw – 22%), a „stronami” konfliktu byli rodzice dziecka, pochodzącego w 85,8% spraw z ich małżeństwa. Ojcowie uznali dzieci lub uznali ojcostwo odnośnie do 36 dzieci (13,9%). Można domniemywać, że uznanie nastąpiło w konsekwencji wcześniejszego pozostawania rodziców w związku kohabitacyjnym, przypominającym małżeństwo, w którym zapewne zaszły procesy rozpadu więzi rodzinnej analogiczne jak w małżeństwie, nazywane w socjologii procesem secesjogenezy⁴³. Orzeczenie rozwodu zwykle nie kończy negatywnych zjawisk w cyklu życia rodziny doświadczającej rozpadu i znajdującej się w związku z tym w sytuacji kryzysowej. Oceny okresu niezbędnego dla rodziców i dzieci do przystosowania się do rozwodu, formułowane w literaturze psychologicznej, są zróżnicowane (od 2 do nawet 10 lat od orzeczenia rozwodu)⁴⁴. W tym czasie nierzadkie są konflikty związane z pieczą nad wspólnymi dziećmi i kontaktami z nimi⁴⁵. Obiektywne następstwa sytuacji kryzysowej związanej z rozwodem, której przejawem są konflikty na tle kontaktów z dziećmi, nie zwalniają państwa z obowiązku umożliwienia należytego wykonania orzeczenia o kontaktach z dzieckiem osoby, która z nim nie mieszka, łącznie z zastosowaniem środków przymusu. Zostało to wielokrotnie wyrażone w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Środki „wymuszające” wykonanie orzeczenia (ugody) o kontaktach, pozostające w dyspozycji sądu, przewidziane w art. 598¹⁵–598²¹ k.p.c., są nieliczne i nie zawsze adekwatne do sytuacji w sprawie. Odnotowano, że w większości spraw nie nastąpiło dokładne ustalenie sytuacji majątkowej osób, wobec których miała być zastosowana dolegliwość majątkowa, co mogło być jedną z przyczyn jej ograniczonego wpływu na zachowanie osób, wobec których zastosowano wskazaną „sankcję”. Nieliczne informacje oraz zaskarżania orzeczeń zasadzających pozwalają na domysł, że sytuacja ta była skromna lub niezadawalająca. O ile tak było w rzeczywistości, to powściągliwość sądów w stosowaniu dolegliwości majątkowej byłaby usprawiedliwiona.

Analiza statystyczna 94 spraw, które zakończyły się umorzeniem postępowania i pozytywną prognozą co do wykonywania kontaktów w przyszłości, nie pozwala na ocenę, iż nastąpiło to wskutek zastosowania sankcji majątkowych, choć nie pozwala również na wykluczenie pewnej, acz ograniczonej, roli tych sankcji, bowiem sprawy te nie odbiegały w szczególnie sposób od innych, w których sukcesu nie odnotowano.

Na podstawie wyników zrelacjonowanego badania nasuwa się wniosek o celowości rozważenia **poszerzenia zasobu środków służących podniesieniu efektywności postępowań o wykonanie kontaktów**. Celowe wydaje się przypomnienie, że w okresie poprzedzającym uchwalenie obecnie obowiązujących przepisów (art. 598¹⁵–598²¹ k.p.c.) Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości opracowała projekt nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego, który stał się podstawą dla projektu rządowego wniesionego do Sejmu 10.05.2010 r. (druk nr 3063, Sejm VI kadencji).

⁴³ Proces ten obejmuje „łańcuch wrogich akcji” albo obu stron, gdy na „wrogą akcję jednej ze stron druga odpowiada aktem silniejszym” (secesjogeneza symetryczna), albo jednej, gdy „agresywna akcja jednej ze stron spotyka się z wycofaniem drugiej” (secesjogeneza komplementarna). Zob. T. Szlendak, *Socjologia rodziny. Ewolucja, historia, zróżnicowanie*, Warszawa 2012, s. 284–285 i powołana tam literatura.

⁴⁴ A. Czerederecka, *Rozwód a rywalizacja o opiekę nad dziećmi*, Warszawa 2010, s. 58 i powołana tam literatura.

⁴⁵ Z cytowanych przez A. Czerederecką (*Rozwód a rywalizacja...*, s. 62) badań zagranicznych wynika, że towarzyszące rozwodowi poczucie gniewu utrzymuje się u 40% kobiet i 80% mężczyzn w okresie do 10 lat po orzeczeniu rozwodu i „koncentruje się na poczuciu niesprawiedliwego podziału ról w opiece nad dziećmi”.

Wersja tego projektu z 17.07.2009 r.⁴⁶ zawierała bogatszy katalog środków od ostatecznie uchwalonego. Przewidywano, na wypadek gdyby sankcja majątkowa nie spowodowała zmiany postępowania osoby zobowiązanej, uniemożliwiając zabieranie dziecka poza miejsce jego stałego pobytu, zlecenie przez sąd kuratorowi przymusowego odbierania dziecka w terminach kontaktów przez określony czas, a także możliwość modyfikowania warunków kontaktów, terminów, czasu trwania spotkań, ustalania dodatkowych kontaktów w miejsce tych, które się nie odbyły (projektowany art. 598¹⁷ § 2 k.p.c.). Takich rozwiązań jednak ostatecznie nie przyjęto. Powinny zostać ponownie rozważone.

Słowa kluczowe: dobro dziecka, formy styczności z dzieckiem, kontakty z dzieckiem, osoba styczna, sankcje majątkowe, suma przymusowa, życie rodzinne, życie prywatne.

Summary

Elżbieta Holewińska-Łapińska, Maciej Domański, Jerzy Słyk – *Judgments in cases concerning enabling access to children*

The article presents the most important results of a study of cases concerning enabling access to children (Art. 598¹⁵-598²¹ of the Code of Civil Procedure) initiated by motions received by courts from January 2014 until the day of filling the questionnaire presenting the situation in November 2015. The average period assessed in the analysed cases was 17.2 months, while the median was 16.9 months. A total of 295 cases were examined.

It was determined that the average period between submission to the court of a motion for enforcement of the judgment/settlement concerning access to children and discontinuance of proceedings, if they were discontinued in the examined period, was 9.6 months, while median was very close that period: 9.3 months.

The 'effectiveness' of proceedings measured by the percentage of discontinued proceedings was 41% of the examined cases, while a positive outlook as for enabling access in line with the judgment or settlement was reported in 31.9% of cases. Among the proceedings, 194 (66%) were the first cases for enabling access of the entitled person to the child. In 44 cases (15%) it was known that the current proceedings were yet another case between the same parties, while in the remaining cases (57 – 19%) there was no information if they were the first or not. Particularly litigious cases, ones that recurred despite the application of permitted 'sanctions' and did not end in the 17 months of the study (in the examined set of cases) accounted for 1.4% of all. The main reason of low efficiency of proceeding for enabling access to children is the very high intensity of conflict between the person entitled to have access, who does not live with the child, and the person obligated to enable access, who has direct custody of the child.

The right of access whose exercise was sought in the examined cases was determined mainly in divorce proceedings (116 cases – 39.3%) and in cases in which the main subject of the court's adjudication was determining access (65 cases – 22%). The 'parties' to the conflict were the parents of the child; in 85.8% cases children were born out marriage. Fathers acknowledged children or paternity with respect to 36 children (13.9%). It can be presumed that such acknowledgments were a consequence of prior cohabitation relationships between parents, in which relationships most likely the processes of disintegration of family bond (in sociology: schismogenesis process) occurred in much the same way as in marriage. The study has shown that it is expedient to enlarge the range of means that serve to increase efficiency of proceedings for enabling contacts.

Keywords: best interests of the child, forms of access to a child, access to a child, personal contact, financial sanctions, mandatory amount, family life, private life.

⁴⁶ „Rodzina i Prawo” 2009/13, s. 99–108.

Elżbieta Holewińska-Łapińska*

Sędziowska ocena efektywności stosowania przepisów o wykonywaniu kontaktów z dzieckiem (art. 598¹⁵–598²⁰ k.p.c.) i ich adekwatności do potrzeb praktyki w świetle wyników badania ankietowego

UWAGI WPROWADZAJĄCE

Od 13 sierpnia 2011 r. obowiązują nowe rozwiązania ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (art. 598¹⁵–598²¹) poświęcone wykonywaniu kontaktów z dzieckiem¹. Zostały skonstruowane z zastosowaniem modelu przypominającego egzekucyjny, w którym szczególną rolę odgrywa zagrożenie możliwością zastosowania dolegliwości finansowej, a następnie (w przypadku niewykonania bądź nienależytego wykonania obowiązków, jakie ciąży na danej osobie w związku z jej „pozycją” jako uprawnionej do kontaktów z dzieckiem bądź zobowiązanej do umożliwienia uprawnionemu realizacji kontaktów) jej zastosowanie. Wskazane przepisy stanowią kolejny etap poszukiwań rozwiązań prawnych, których celem jest skuteczne wykonywanie orzeczeń i ugód ustalających sposób kontaktowania się osoby uprawnionej z dzieckiem, wykluczających „siłowe” wymuszenie kontaktu. Celowe wydaje się odnotowanie, że podczas dyskusji nad projektem, który realizował koncepcję „sumy przymusowej” sami pomysłodawcy przyznawali, że w polskich warunkach ma ona charakter eksperymentalny².

Zamieszczenie przepisów o wykonywaniu kontaktów w rozdziale kodeksu poświęconym postępowaniom nieprocesowym w sprawach opiekuńczych mogłoby uzasadniać oczekiwanie zapewnienia sądowi swobody jurysdykcyjnej, aby mógł

* Autorka jest profesorem w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości.

¹ Ustawa nowelizująca kodeks postępowania cywilnego z 26.05.2011 r. (Dz. U. Nr 144, poz. 854).

² Wprowadzając nowe rozwiązania ich pomysłodawcy inspirowali się instytucją „sumy przymusowej” występującą w Belgii, Francji, Holandii, w przeświadczeniu, że nakazanie zapłaty na rzecz uprawnionego do kontaktu lub osoby sprawującej pieczę nad dzieckiem powinno być efektywniejsze od stosowanej dotychczas, w ramach postępowania egzekucyjnego, grzywny na rzecz Skarbu Państwa. Mieli jednak świadomość, że takie rozwiązanie jest obce polskiej tradycji rozwiązywania sporów rodzinnych. Por. wypowiedź T. Erecińskiego podczas dyskusji w redakcji kwartalnika „Rodzina i Prawo” (G. Nauka, *Spotkanie Kolegium Redakcyjnego „Rodziny i Prawa” z przewodniczącymi sądów rodzinnych*, „Rodzina i Prawo” 2009/13, s. 121). Projekt ustawy został opracowany w Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego i wniesiony do Sejmu jako projekt rządowy (druk nr 3063, Sejm VI kadencji). Był rozpatrywany wspólnie z wcześniejszym projektem, który został opracowany w komisji sejmowej „Przyjazne Państwo” (druk nr 1856, Sejm VI kadencji).

niezwłocznie podejmować decyzje najlepiej dostosowane do stanu faktycznego spraw i podmiotowego traktowania dziecka, na każdym etapie postępowania, które go dotyczy. Egzekucyjny w swej istocie model postępowania pozostaje w sprzeczności z tym oczekiwaniem. Służyć miał maksymalnej skuteczności postępowania o wykonanie kontaktów z dzieckiem. Z lokalizacją przepisów było związane odstąpienie od typowej dla postępowania egzekucyjnego grzywny (z możliwością zamiany na areszt) w celu przymuszenia do określonego postępowania, zgodnego z orzeczeniem sądu (ugodą) na rzecz „sumy przymusowej”. Projekt ustawy wprowadzającej do kodeksu postępowania cywilnego art. 598¹⁵–598²¹ w wielu opiniach został oceniony krytycznie, sama ustawa nie została uchwalona jednomyślnie³, a jej skuteczność jest krytykowana⁴.

Badanie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości z 2015 r. poświęcone orzecznictwu w sprawach o wykonywanie kontaktów z dziećmi⁵ wykazało, że w 31,9% spraw pod wpływem postępowania kontakty były realizowane należycie oraz występowała pozytywna prognoza dalszej ich realizacji zgodnie z orzeczeniem sądu bądź ugodą. W pozostałych sprawach, choćby postępowanie było umorzone bądź nie wpłynęły kolejne wnioski, prawdopodobieństwo zadawalającego wykonywania kontaktów w przyszłości nie było równie wysokie.

Abstrahując od oceny, czy skuteczność postępowań na poziomie około 32% należy uznać za zadawalającą, konieczne jest odnotowanie, iż w licznych przypadkach poziom konfliktu pomiędzy osobą uprawnioną do kontaktowania się z dzieckiem i osobą zobowiązaną do umożliwienia tego jest bardzo wysoki, postępowanie wykonawcze częstokroć jeszcze go pogłębia i zaostrza postawy konfrontacyjne. Nie dziwi jednak, że taka efektywność postępowań nie zadawała osób zainteresowanych, którym nie udaje się systematycznie – zgodnie z prawomocnym orzeczeniem (ugodą) – realizować styczności z dziećmi (a są to najczęściej osoby najbliższe dzieciom, w większości postępowań ich ojcowie).

Przedmiotem kolejnego etapu badania omawianej problematyki jest ustalenie, czy przyczyną braku efektywności wszystkich bądź większości postępowań są w przeważającej mierze okoliczności obiektywne (praktycznie niemożliwy do zniwelowania poziom konfliktu pomiędzy uprawnionym do kontaktów i zobowiązanym do ich umożliwienia, zmiana okoliczności faktycznych powodująca nieadekwatność orzeczenia o kontaktach do nowej sytuacji), wadliwe stosowanie prawa, czy też jego niedoskonałość uzasadniająca zmianę ustawy. Jedną z zastosowanych metod badawczych mających służyć sformułowaniu „diagnozy” we wskazanej kwestii było zasięgnięcie opinii sędziów rodzinnych wyrażonej w formie anonimowego udzielenia odpowiedzi na pytania zawarte w przedstawionej im ankiecie oraz w formie uwag dodatkowych dołączonych do wypełnionej ankiety przez osoby, które zechciały to uczynić. Przedmiotem niniejszego opracowania są wyniki tejże ankiety.

³ Szerzej na ten temat E. Holewińska-Łapińska, *Realizacja prawa do kontaktów z dziećmi (w świetle wyników badania akt spraw postępowań wykonawczych)*, „Prawo w Działaniu” 2011/10, s. 10.

⁴ Zaniepokojenie ograniczoną skutecznością postępowań w sprawie wykonywania kontaktów wyrażał Rzecznik Praw Dziecka (Wystąpienia z 11.06.2014 r., 1.7.2015 r., 25.09.2015 r.), a także w piśmie do Ministra Sprawiedliwości z 18.02.2016 r. (ZSR.422.9.2016.MK). „Szytwny model procedowania” w tych sprawach skrytykowała A. Partyk, *Postępowanie o egzekucję kontaktów – postulaty de lege ferenda*, „Rodzina i Prawo” 2015/34–35, s. 163.

⁵ Zob. poprzedzający artykuł E. Holewińska-Łapińska, M. Domański, J. Słyk, *Orzecznictwo w sprawach o wykonywanie kontaktów z dziećmi*.

CHARAKTERYSTYKA UCZESTNIKÓW BADANIA I DOKONANA PRZEZ NICH OCENA TRUDNOŚCI DLA SĘDZIEGO SPRAW O WYKONYWANIE KONTAKTÓW Z DZIEĆMI

W badaniu ankietowym wzięło udział 167 sędziów mających doświadczenie orzecznicze w wydziałach rodzinnych i nieletnich (w tym 130 kobiet – 77,8% i 35 mężczyzn – 21%, 2 osoby nie ujawniły swojej płci) – i ta wielkość (167) w dalszych wywodach będzie traktowana jako 100% próby badawczej.

Większość badanych miała z racji wieku znaczne doświadczenie życiowe. 83,7% liczyła nie mniej niż 41 lat. 147 (88%) respondentów miało własne doświadczenia rodzicielskie.

Tabela 1.

Wiek respondentów

Wiek w latach	Częstość	Procent
Nie więcej niż 35 lat	2	1,2
Od 36 do 40 lat	25	15,0
Od 41 do 45 lat	52	31,1
Od 46 do 50 lat	32	19,2
51 i więcej lat	56	33,5
Ogółem	167	100,0

Źródło: opracowanie własne.

Większość respondentów miało znaczny staż orzeczniczy w sprawach rodzinnych. Zaledwie 6 z nich (3,6%) orzekało w Wydziale Rodzinnym i Nieletnich nie dłużej od roku, ale 149 (89,2%) orzekało w takim wydziale dłużej niż 5 lat, a 92 (55,1%) dłużej niż lat 15.

Tabela 2.

Staż sędziowski (orzeczniczy) w Wydziale Rodzinnym i Nieletnich

Wiek w latach	Częstość	Procent
Nie dłużej niż rok	6	3,6
Dłużej niż rok do 3 lat	6	3,6
Dłużej niż 3 lata do 5 lat	5	3,0
Dłużej niż 5 lat do 10 lat	32	19,2
Dłużej niż 10 lat do 15 lat	25	15,0
Dłużej niż 15 lat	92	55,1
Nie został podany	1	0,6
Ogółem	167	100,0

Źródło: opracowanie własne.

134 sędziów rodzinnych biorących udział w badaniu miało także doświadczenie orzecznicze poza Wydziałem Rodzinnym i Nieletnich (w dalszych uwagach dotyczących tej grupy sędziów 134 = 100%).

69 (51,5%) z nich orzekało w różnych wydziałach, 39 (29,1%) tylko w pionie orzecznictwa cywilnego, a 26 (19,4%) w Wydziale Karnym.

Godne szczególnego podkreślenia jest bardzo znaczne doświadczenie wielu respondentów w orzekaniu w licznych sprawach o wykonywanie kontaktów. 78 sędziów (47,6%) przeprowadziło więcej niż 20 takich postępowań, a 15 (9%) więcej niż 100.

Tabela 3.

Osobiste doświadczenie orzecznicze w sprawach z art. 59815–59820 k.p.c.

Liczba spraw, w których respondent orzekał	Częstość	Procent
Respondent dotychczas nie orzekał w takich sprawach	2	1,2
Nie więcej niż 10 sprawach	31	18,6
Więcej niż 10, ale mniej niż w 20 sprawach	56	33,5
Więcej niż w 20 do 40 sprawach	35	21,0
Więcej niż w 40 do 100 spraw	28	16,8
Więcej niż w 100 sprawach	15	9,0
Ogółem	167	100,0

Źródło: opracowanie własne.

Z różnych badań⁶ oraz informacji medialnych wynika, iż postępowaniom o wykonywanie kontaktów z dziećmi zwykle towarzyszą napięcia bądź konflikty pomiędzy osobą uprawnioną do styczności, a osobą zobowiązaną do jej umożliwienia. Bardzo często jest to skutkiem negatywnych emocji i złych doświadczeń związanych z ich relacjami osobistymi; w części przypadków pozostaje w związku z toczącymi się między tymi osobami sprawami sądowymi.

Tabela 4.

Indywidualna ocena spraw o wykonywanie kontaktów z dziećmi (art. 598¹⁵–598²⁰ k.p.c.) z punktu widzenia ich trudności i obciążeń emocjonalnych dla sędziego

Ocena trudności i obciążeń emocjonalnych spraw o wyk. kontaktów	Częstość	Procent
Wyjątkowo trudne, bardzo obciążające emocjonalnie	14	9,1
Jedne z trudniejszych i obciążających emocjonalnie	66	42,9
Nie trudniejsze ani nie bardziej obciążające emocjonalnie od innych	57	37,0
Łatwiejsze od innych prawniczo, przeciętnie obciążające emocjonalnie	16	10,4
Jedne z najłatwiejszych, mało obciążające emocjonalnie	1	0,6
Ogółem	154	100,0

Źródło: opracowanie własne.

Powyższe może rzutować na skłonność „stron”⁷ do kompromisu, nastawienie do mediacji i terapii rodzinnej, które mogłyby poprawić jakość wzajemnych

⁶ Przykładowo, z cytowanych przez A. Czerederecką w monografii *Rozwód a rywalizacja o opiekę nad dziećmi*, Warszawa 2010, s. 62, badań zagranicznych wynika, że towarzyszące rozwodowi poczucie gniewu utrzymuje się u 40% kobiet i 80% mężczyzn w okresie 10 lat po orzeczeniu rozvodu i „koncentruje się na poczuciu niesprawiedliwego podziału ról w opiece nad dziećmi”.

⁷ Pod pojęciem „strona” rozumiana jest osoba uprawniona do kontaktu i osoba zobowiązana do jego umożliwienia uprawnionemu („pierwszoplanowy” opiekun dziecka).

stosunków, oraz rozumienie i akceptację potrzeb dzieci – a tym samym na sposób wykonywania obowiązków i uprawnień związanych z kontaktami z dziećmi. W konsekwencji poziom konfliktu oraz sprzeczność interesów „stron” postępowań o wykonywanie kontaktów może wpływać na ich zachowania na sali sądowej oraz na sposób „prowadzenia sprawy”, a w konsekwencji na jej „trudność” dla sądu. Dlatego zapytano uczestników badania o ich ocenę w tej kwestii. Na to pytanie odpowiedziało 154 sędziów (154 = 100%).

W zdecydowanej mniejszości byli sędziowie (16 osób – 10,4%), dla których omawiane sprawy były przeciętnie obciążające emocjonalnie, a zarazem prawniczo łatwiejsze od innych. Tylko dla jednego sędziego sprawy o wykonywanie kontaktów z dziećmi były nie tylko jednymi z najłatwiejszych, ale również mało obciążających emocjonalnie.

Znaczna grupa ankietowanych (57 osób – 37%) oceniła, iż sprawy o wykonywanie kontaktów z dziećmi nie są trudniejsze ani bardziej obciążające emocjonalnie od innych spraw rodzinnych.

Natomiast 71 sędziów (52%) oceniło sprawy o wykonywanie kontaktów jako jedne z trudniejszych i bardziej obciążających emocjonalnie sędziego (tak uważało 66 ankietowanych), a nawet jako wyjątkowo trudne i bardzo obciążające emocjonalnie sędziego (opinia 14 respondentów).

OGÓLNE INFORMACJE O BADANIU ANKIETOWYM I JEGO WYNIKU

Ankieta była adresowana do wszystkich sędziów rodzinnych (choćby w chwili jej wypełniania już nie orzekali w Wydziale Rodzinnym i Nieletnich) za pośrednictwem prezesów wszystkich 318 sądów rejonowych w Polsce. Respondenci mogli udzielić odpowiedzi w formie elektronicznej lub w formie wypełnienia tradycyjnej ankiety spisanej na papierze.

W ankiecie poproszono respondentów o ocenę, czy stosowanie w praktyce art. 598¹⁵–598²¹ kodeksu postępowania cywilnego przynosi zadowalające wyniki, a w przypadku oceny negatywnej – o wskazanie przyczyn takiego stanu oraz o przedstawienie stanowiska co do kierunku ewentualnej zmiany stanu prawnego, jeżeli respondent uważa ją za potrzebną.

Respondenci mogli w danym pytaniu ankiety ograniczyć się do wyboru jednej lub kilku z przedstawionych im wariantów odpowiedzi albo mogli nie wybrać żadnej z nich i przedstawić inne stanowisko w danej kwestii. Poproszono również o przedstawienie uwag odnośnie do kwestii niemieszczących się w ramach pytań ankiety bądź o własne obserwacje, refleksje, propozycje zmian w unormowaniu wykonywania kontaktów z dziećmi.

Zdecydowane stanowisko w dokonanej ocenie wyników postępowań w sprawach o wykonywanie kontaktów z dziećmi zajęło 157 respondentów. Pozostali ankietowani (6% badanych) nie mieli w tej kwestii jednoznacznie sprecyzowanego poglądu.

W celu zachowania przejrzystości prezentacji wyników ankiety celowa wydaje się w pierwszej kolejności sygnalizacja zróżnicowanej oceny efektywności obowiązującego stanu prawnego, a w następnej przedstawienie poszczególnych grup stanowisk.

Wśród sędziów o zdecydowanych poglądach (157 = 100%) stanowiska były następujące:

- 21 osób (13,4%) oceniło, że wyniki omawianych postępowań są zdecydowanie zadowalające, bowiem skutkiem większości (choć nie wszystkich)

postępowania jest należyte wykonywanie kontaktów, a prawdopodobieństwo, że tak samo będzie w przyszłości jest znaczne;

- najliczniejsza 87-osobowa (55,4%) grupa respondentów była zdania, że stosowanie obowiązujących przepisów dotyczących wykonywania kontaktów z dziećmi daje wyniki jedynie częściowo zadowalające, bowiem odsetek spraw zakończonych sukcesem wyrażającym się umorzeniem postępowania i znacznym prawdopodobieństwem należytego wykonywania kontaktów w przyszłości jest zbyt niski;
- 49 sędziów (31,2%) wyraziło przeświadczenie, iż stosowanie obowiązujących przepisów daje wyniki zdecydowanie niezadowalające, bowiem w większości przypadków poprawa wykonywania kontaktów nie następuje wcale bądź jest tylko przejściowa, a prawdopodobieństwo, że stan ten nie ulegnie zasadniczej poprawie, nie jest wysokie.

Wydaje się więc, że większość ankietowanych (136 sędziów – 86,6% osób, które zajęły zdecydowane stanowisko) krytycznie oceniła efektywność postępowań w sprawach o wykonywanie kontaktów z dziećmi, skoro w ich przeświadczeniu te postępowania w większości przypadków albo dają zaledwie przejściową poprawę sytuacji, albo taka poprawa jest mało prawdopodobna bądź nie występuje wcale. Konsekwencją powyższego były sugestie co do potrzeby i kierunku zmian stanu prawnego. Natomiast konsekwencją pozytywnej oceny efektywności postępowań była aprobata dla stanu obowiązującego prawa.

Stanowisko uczestników badania w większości wynikało z ich praktyki i prze-myśleń, szczególnie że w większości byli to doświadczeni sędziowie o znacznym stażu orzeczniczym. Nie można więc wykluczyć, że sędziowie pozytywnie oceniający efektywność postępowań w większości prowadzonych przez siebie spraw osiągnęli sukces. O ile tak było istotnie, z ubolewaniem można jedynie stwierdzić, że te pozytywne doświadczenia były udziałem zaledwie 21 sędziów spośród 167 uczestników badania.

OCENA, IŻ WYNIKI STOSOWANIA PRZEPISÓW O WYKONYWANIU KONTAKTÓW Z DZIEĆMI SĄ ZDECYDOWANIE ZADOWALAJĄCE

Biorący udział w badaniu sędziowie przeświadczeni, że wyniki postępowań o wykonanie kontaktów z dziećmi są zdecydowanie zadowalające, znaleźli się w mniejszości (13,4% badanych o zdecydowanych poglądach, a zarazem 12,6% wszystkich respondentów).

Zważywszy na krytyczną ocenę skuteczności postępowań o wykonywanie kontaktów z dziećmi wypowiedianą publicznie (w tym przez Rzecznika Praw Dziecka), której ta grupa badanych nie podziela, zapytano o prawdopodobne przyczyny krytyki.

Uzyskane odpowiedzi były następujące⁸:

- 52,4% zwolenników referowanego stanowiska było zdania, że krytyczna opinia o efektywności postępowań o wykonanie kontaktów z dziećmi

⁸ Przedstawione wartości nie sumują się do 100, bowiem część respondentów wskazała na więcej niż jedną przyczynę niesprawiedliwych krytycznych ocen efektywności postępowań o wykonywanie kontaktów.

jest „wykreowana” przez media pod wpływem „grup nacisku” złożonych z osób niezadowolonych ze stanu spraw, które ich dotyczą, niezdolnych do krytycznego wglądu w przyczyny tego stanu, w tym niekiedy także własnej nieprzejdanej postawy i niezdolności do kompromisu;

- 48% tej grupy sędziów wypowiedziało pogląd, zgodnie z którym główna przyczyna ocen krytycznych wynika z braku znajomości rzeczywistej efektywności postępowań. Dostrzec można związek powyższego z poprzedzającym wywodem. Nie budzi bowiem wątpliwości, że do szerokiej opinii publicznej za pośrednictwem mediów docierają informacje o szczególnie drastycznych stanach faktycznych, które w przeświadczeniu prezentujących je podmiotów wymagają „interwencji”, zaś skróto-wa relacja o sprawie, o ile nawet nie jest oparta wyłącznie o informację pochodzącą od osoby zainteresowanej, nie zawiera całokształtu danych i zwykle skutek tego uniemożliwia obiektywną ocenę rozstrzygnięcia.
- 43% sędziów pozytywnie oceniających efektywność postępowań o wykonywanie kontaktów wiązało krytykę orzecznictwa w tych sprawach z nieuzasadnionymi, uogólnionymi negatywnymi ocenami całości pracy sądownictwa rodzinnego⁹, które nie wynikają z pełnej, pogłębionej wiedzy na temat warunków pracy sądów, skali wpływu, obciążenia sprawami sędziów, znajomości orzecznictwa w powiązaniu ze stanami faktycznymi spraw poddanych pod osąd sądowni rodzinny (w tym w szczególności skomplikowania relacji osobistych oraz poziomu konfliktu pomiędzy uczestnikami postępowań w sprawach rodzinnych, odrzucania przez wielu z nich możliwości akceptacji jakiegokolwiek kompromisu, niechęci do uczestniczenia w mediacji itp.). Niejednokrotnie informacje o pracy sądów rodzinnych są nieprawdziwe lub uproszczone, a w konsekwencji dokonywane oceny nie mają waloru rzetelności¹⁰;
- 10% respondentów wskazało, iż jedną z przyczyn krytyki jest mylne przeświadczenie podmiotu wypowiadającego taką ocenę, że każde orzeczenie (ugoda) bezwzględnie i maksymalnie skrupulatnie powinno zostać wykonane,

⁹ Na takie krzywdzące opinie, często kształtowane przez media, zwróciła uwagę A. Czerederecka, polemizując przekonująco ze stereotypami odnoszącymi się do sądownictwa rodzinnego (*Rozstrzyganie o kwestiach związanych ze sprawowaniem władzy rodzicielskiej i uregulowaniem kontaktów z dziećmi – refleksje psychologa*, „Rodzina i Prawo” 2013/26–27).

¹⁰ Spektakularnym przykładem z ostatniego okresu na potwierdzenie tej tezy jest weryfikacja podawanej przez media informacji, jakoby sądy rodzinne w Polsce kierowały do pieczy zastępczej małoletnich wyłącznie w konsekwencji trudnej sytuacji materialnej ich rodziców („odbieranie przez sądy dzieci z powodu biedy rodziców”). Zob. na ten temat raport IWS (M. Domański, *Wybrane zagadnienia orzekania o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej*, Warszawa 2016, Prawo rodzinne, <http://www.iws.org.pl/raporty>). Zbadane zostały wszystkie nadesłane przez sądy akta spraw odnotowanych w sprawozdaniu MS-16 w sprawach rodzinnych pod pozycją sprawy o „pozbawienie, zawieszenie, ograniczenie władzy rodzicielskiej, w których złe warunki ekonomiczne i bytowe rodziny były jedyną przyczyną orzeczeń o umieszczeniu małoletniego poza rodziną biologiczną”. Nie stwierdzono, aby istotnie wyłącznie bieda zadecydowała o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej. W zbadanych sprawach jedynie w 11 przypadkach (na 26) odnotowano trudne warunki finansowe rodziców, co miało pewien wpływ na ostateczne rozstrzygnięcie sądów. Najczęściej trudna sytuacja materialna była związana z alkoholizmem (nadużywaniem alkoholu) przez rodziców co wywołało rażące zaniedbania w sprawowaniu pieczy nad dzieckiem. Interwencje sądu zmierzające do umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej autor badania ocenił jako uzasadnione. Z wyjaśnień udzielonych przez niektóre sądy wynikało, że przyczyną odnotowania zbadanych spraw jako spełniających kryteria umieszczenia dziecka poza rodziną biologiczną z powodu jej biedy były usterki systemu informatycznego i pomyłki osób dokonujących ustaleń statystycznych.

- niezależnie od okoliczności, choćby z naruszeniem dobra dziecka i jego woli, która na etapie postępowania wykonawczego nie jest już brana pod uwagę¹¹;
- 10% pytanym o to sędziów stwierdziło, że nie są w stanie określić przyczyn nieuzasadnionej krytyki.

OCENA, IŻ WYNIKI STOSOWANIA PRZEPISÓW O WYKONYWANIU KONTAKTÓW Z DZIEĆMI NIE SĄ ZADAWAJĄCE

Zdecydowana większość badanych sędziów oceniła krytycznie efektywność stosowania obowiązujących przepisów dotyczących wykonywania kontaktów z dziećmi, upatrując przyczyn tego stanu zarówno w okolicznościach spraw i postawach osób, od których zależy sposób realizacji styczności osoby uprawnionej z dzieckiem, jak i w pewnej niedoskonałości instrumentów prawnych pozostających w dyspozycji sądu w omawianych postępowaniach¹².

Obiektywne okoliczności niesprzyjające skuteczności postępowań o wykonywanie kontaktów, niezależne od stanu prawnego

W celu ustalenia okoliczności mogących mieć negatywny wpływ na skuteczność postępowań o wykonywanie kontaktów zapytano, czy sędziowie zaobserwowali występowanie opisanych w pytaniu zdarzeń i okoliczności. Są one przedstawione poniżej w tabeli.

Przedstawione dane potwierdzają, że wszyscy lub prawie wszyscy sędziowie zaobserwowali występowanie w praktyce przedstawionych zjawisk mających wpływ na wynik postępowania, choć zróżnicowana była ocena częstotliwości ich występowania w znanej danemu sędziemu praktyce orzeczniczej.

W celu ustalenia „ciężaru gatunkowego” poszczególnych czynników potraktowanych jako „obiektywne” w takim znaczeniu, iż są niezależne od prawnych instrumentów „wymuszania” wykonywania orzeczenia precyzującego kontakty (wykonywania ugody ustalającej kontakty), poproszono sędziów o oznaczenie częstotliwości ich występowania w sprawach w skali od 0 do 10, gdzie 0 oznaczało „nigdy”, a 10 – „zawsze”. Poniżej zostaną przedstawione wyniki „wartościowania” poszczególnych pozycji ujętych w tabeli.

Wysoki (i bardzo wysoki) poziom konfliktu pomiędzy „stronami”

Jak wynika z danych zawartych w tabeli *Wysoki (i bardzo wysoki) poziom konfliktu pomiędzy „stronami”* zdecydowana większość sędziów uznała ten czynnik za jedną z najdonioślejszych przyczyn ograniczających skuteczność postępowania o wykonanie kontaktów, występujący w większości spraw.

¹¹ Dziecko ewentualnie powinno być wysłuchane w postępowaniu, w którym orzeczono o sposobie wykonywania jego kontaktów z osobą do nich uprawnioną i zobowiązaną.

¹² Na tę część pytań ankiety nie odpowiadali już sędziowie (21), którzy pozytywnie ocenili efektywność postępowań. O ile wypełniali ankiety w formie elektronicznej, nie mieli nawet takiej możliwości w związku z konstrukcją ankiety. Należało więc oczekiwać, że na pozostałe pytania odpowie tylko 146 respondentów. Gdy wypełniający ankietę czynili to w formie „tradycyjnej” w kilku przypadkach odpowiedzieli także na inne pytania ankiety. Niekiedy też, zapewne wskutek pomyłki, jakieś pytania pozostały bez odpowiedzi. Dlatego wielkość traktowana jako 100% może okazać się zmienna przy odpowiedzi na poszczególne pytania (od 142 do 148).

Tabela 5.

Obiektywne czynniki niepowodzenia

Obiektywne czynniki niepowodzenia	Cz*.
Wysoki (lub b. wysoki) poziom konfliktu pomiędzy „stronami”	147
Głębokie, choćby niezasadne przeświadczenie osoby zobowiązanej, że osoba uprawniona może skrzywdzić dziecko	145
Obawa, że dziecko zostanie zatrzymane (w tym uprowadzone za granicę)	148
Wcześniejsze „porwanie” dziecka i „polityka faktów dokonanych” ze strony osoby uprawnionej do kontaktów (i/lub jej krewnych, partnera)	146
Groźenie przez uprawnionego, że druga strona „już nie zobaczy dziecka”	142
Pragnienie jednej ze „stron” związania emocjonalnego dziecka z aktualnym partnerem kwalifikowane przez drugą „stronę” jako zagrożenie dla jej więzi z dzieckiem	148
Obawa (uzasadniona lub nieuzasadniona) nastawiania dziecka przeciwko „drugiej stronie”, podważania autorytetu, krytykowania decyzji	148
Kontakty z dzieckiem zakłócone przez awantury z osobą sprawującą pieczę	144
Negatywne cechy charakterologiczne osoby uprawnionej do kontaktów	146
Negatywne cechy charakterologiczne osoby, z którą dziecko stale mieszka	146
Postawa konfrontacyjna obu „stron”, dążenie do „postawienia na swoim”	145
Zachowania osób trzecich, które nie chcą aby uprawniony kontaktował się z dzieckiem	143
Osoba uprawniona nie płaci alimentów, kontakty są utrudniane, aby „wymusić” płacenie	145
Traktowanie postępowania, jako „oręża” w innych sprawach	144
Zachowania osób trzecich (np. dziadków, rodzeństwa) skłaniających uprawnionego do bezkompromisowej „walki” o kontakty	146
Nieadekwatność ustalonych kontaktów do zmienionej sytuacji	143
Inne	44

*Cz.= częstotliwość wyboru (ilu sędziów zaznaczyło ten stan faktyczny)

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 6.

Wysoki (i bardzo wysoki) poziom konfliktu pomiędzy „stronami”

Wybór wartościujący	Częstość	Procent	Procent skumulowany	Dane „uśrednione”		
0	1	0,7	0,7	Średnia	8,53	
1	1	0,7	1,4	Mediana	9,00	
3	1	0,7	2,0	Odchylenie standardowe	1,799	
4	2	1,4	3,4			
5	7	4,8	8,2	Minimum	0	
6	3	2,0	10,2	Maximum	10	
7	9	6,1	16,3	Percentyle	25	8,0
8	40	27,2	43,5		50	9,0
9	24	16,3	59,9		75	10,0
10	59	40,1	100,0			
147 = 100%	147	100,0				

Źródło: opracowanie własne.

Liczni, uczestniczący w badaniu, sędziowie (40,5%) w swej praktyce z taką właśnie sytuacją spotykali się bardzo często (oceny wartościujące 8–9 w 10 punktowej skali), a aż 40% ankietowanych zawsze (ocena wartościująca – 10). W sumie więc aż 83,6% ankietowanych stwierdziło, że gdy przebieg postępowania nie gwarantował przeświadczenia, że w przyszłości kontakty będą przebiegały należycie, zgodnie z orzeczeniem (ugodą) zawsze lub prawie zawsze występował w nim pomiędzy „stronami” bardzo wysoki poziom konfliktu.

Głębokie, choćby niezasadne, przeświadczenie osoby zobowiązanej, że osoba uprawniona może skrzywdzić dziecko

Dane zawarte w tabeli *Głębokie, choćby niezasadne, przeświadczenie osoby zobowiązanej, że osoba uprawniona może skrzywdzić dziecko*, wskazują, iż taka postawa osoby zobowiązanej do umożliwienia kontaktu z dzieckiem występuje w praktyce, ale stosunkowo rzadko, a 5,5% respondentów nigdy z takim przypadkiem się nie spotkało.

Tabela 7.
Głębokie, choćby niezasadne, przeświadczenie osoby zobowiązanej, że osoba uprawniona może skrzywdzić dziecko

Wybór wartościujący	Częstość	Procent	Procent skumulowany	Dane „uśrednione”		
0	8	5,5	5,5	Średnia		4,17
1	20	13,8	19,3	Mediana		4,00
2	23	15,9	35,2			
3	20	13,8	49,0	Odchylenie standardowe		2,759
4	7	4,8	53,8			
5	27	18,6	72,4	Minimum		0
6	5	3,4	75,9	Maximum		10
7	10	6,9	82,8	Percentyle	25	2,0
8	14	9,7	92,4		50	4,0
9	7	4,8	97,2		75	6,0
10	4	2,8	100,0			
145 = 100%	147	100,0				

Źródło: opracowanie własne.

Obawa, że dziecko zostanie zatrzymane (w tym uprowadzone za granicę)

Swoboda przemieszczania się w ramach Unii Europejskiej praktycznie (z reguły) bez kontroli paszportowej (za wyjątkiem podróży lotniczych), stosunkowo liczne przypadki podejmowania pracy za granicą przez obywateli polskich uprzednio stale przebywających w kraju, może rodzić obawę uprowadzenia dziecka za granicę, ewentualnie zatrzymania za granicą wbrew woli osoby sprawującej nad dzieckiem bezpośrednią pieczę i bez zezwolenia sądu, mimo iż sam wyjazd odbywał się w ramach ustalonego kontaktu (przykładowo część wakacji spędzana za granicą w terminie wynikającym z orzeczenia/ugody w sprawie kontaktów).

Sędziowie wyrażający swe stanowisko w ankiecie dostrzegli ten problem, ale przypisali mu stosunkowo niewielkie znaczenie. Można domniemywać, iż z tej przyczyny, że obawa ma realny charakter tylko w niektórych konkretnych stanach faktycznych spraw. W szczególności dotyczy to przypadków, gdy rodzice dziecka żyją w rozłączeniu, a miejscem zwykłego pobytu jednego z nich lub jego rodziny (innych osób bliskich) jest obce państwo, zwłaszcza gdy rodzic dziecka jest cudzoziemcem.

Tabela 8.

Obawa, że dziecko zostanie zatrzymane (w tym uprowadzone za granicę)

Wybór wartościujący	Częstość	Procent	Procent skumulowany	Dane „uśrednione”	
0	9	6,1	6,1	Średnia	3,61
1	18	12,2	18,2	Mediana	3,00
2	35	23,6	41,9		
3	20	13,5	55,4	Odchylenie standardowe	2,389
4	9	6,1	61,5		
5	31	20,9	82,4	Minimum	0
6	7	4,7	87,2	Maximum	10
7	5	3,4	90,5	Percentyle	25 2,0
8	9	6,1	96,6		50 3,0
9	3	2,0	98,6		75 5,0
10	2		100,0		
148 = 100%	148	100,0			

Źródło: opracowanie własne.

Wcześniejsze „porwanie” dziecka i „polityka faktów dokonanych” ze strony osoby uprawnionej do kontaktów (i/lub jej krewnych, partnera)

Choć tzw. porwania rodzicielskie w Polsce zdarzają się¹³, to nie jest to zjawisko występujące często. Dlatego nie dziwi, że i w praktyce sądowej powoływanie się na obawy związane z „porwaniem” i podobnymi niedozwolonymi działaniami występują relatywnie rzadko. Prawdopodobieństwo kolejnego „porwania” jest zapewne zależne od wielu okoliczności, ale niewątpliwie może rodzić subiektywnie bądź obiektywnie uzasadnione obawy i wywoływać niechęć do powierzania dziecka osobie, która w przeszłości taki delikt popełniła, gdy jej kontakt z dzieckiem odbywać się powinien bez obecności osób trzecich i poza mieszkaniem dziecka.

Warto odnotować, iż 31 sędziów (21,2%) z takim zjawiskiem nie spotkało się nigdy, a łącznie 76,7% uznało, że omawiane zagrożenie albo nie występuje, albo jest zjawiskiem rzadkim (punktacja 0–3).

¹³ W latach 2013–2014 w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości, z inicjatywy Ministra Sprawiedliwości, przeprowadzono szereg badań tego zjawiska. Zob. w szczególności M. Mozgawa, M. Kulik, A. Szczekala, *Przestępstwo uprowadzenia lub zatrzymania małoletniego lub osoby nieporadnej – art. 211 k.k. (ze szczególnym uwzględnieniem tzw. uprowadzeń rodzicielskich)*, „Prawo w Działaniu” 2013/16; K. Buczkowski, K. Drapała, *Uprowadzenie lub zatrzymanie małoletniego wbrew woli osoby powołanej do opieki. Analiza orzeczeń sądowych w sprawach o przestępstwo z art. 211 k.k.*, „Prawo w Działaniu” 2014/19.

Tabela 9.

Wcześniejsze „porwanie” dziecka i „polityka faktów dokonanych” ze strony osoby uprawnionej do kontaktów (i/lub jej krewnych, partnera)

Wybór wartościujący	Częstość	Procent	Procent skumulowany	Dane „uśrednione”		
0	31	21,2	21,2	Średnia		2,46
1	29	19,9	41,1	Mediana		2,00
2	30	20,5	61,6			
3	22	15,1	76,7	Odchylenie standardowe		2,314
4	7	4,8	81,5			
5	10	6,8	88,4	Minimum		0
6	2	1,4	89,7	Maximum		10
7	9	6,2	95,9	Percentyle	25	1,0
8	4	2,7	98,6		50	2,0
9	1	0,7	99,3		75	3,0
10	1	0,7	100,0			
146 = 100%	146	100,0				

Źródło: opracowanie własne.

*Groźenie przez uprawnionego, że druga strona „już nie zobaczy dziecka”***Tabela 10.**

Groźenie przez uprawnionego, że druga strona „już nie zobaczy dziecka”

Wybór wartościujący	Częstość	Procent	Procent skumulowany	Dane „uśrednione”		
0	10	7,0	7,0	Średnia		3,83
1	22	15,5	22,5	Mediana		3,50
2	23	16,2	38,7			
3	16	11,3	50,0	Odchylenie standardowe		2,565
4	11	7,7	57,7			
5	23	16,2	73,9	Minimum		0
6	12	8,5	82,4	Maximum		10
7	9	6,3	88,7	Percentyle	25	2,0
8	12	8,5	97,2		50	3,50
9	2	1,4	98,6		75	6,0
10	2	1,4	100,0			
142 = 100%	142	100,0				

Źródło: opracowanie własne.

Z groźbą zatrzymania (uprowadzenia dziecka) stosowaną przez „stronę” postępowania o wykonanie kontaktów większość sędziów spotkała się, ale niezbyt często.

Pragnienie jednej ze „stron” związania emocjonalnego dziecka z aktualnym partnerem kwalifikowane przez drugą „stronę” jako zagrożenie dla jej więzi z dzieckiem

Badania wykazują, że spór o wykonywanie kontaktów najczęściej występuje pomiędzy rodzicami dziecka, którzy pozostawali niegdyś w małżeństwie bądź pełniącym podobne funkcje konkubinacie.

Tabela 11. Pragnienie jednej ze „stron” związania emocjonalnego dziecka z aktualnym partnerem					
Wybór wartościujący	Częstość	Procent	Procent skumulowany	Dane „uśrednione”	
0	3	2,0	2,0	Średnia	4,99
1	9	6,1	8,1	Mediana	5,00
2	9	6,1	14,2		
3	19	12,8	27,0	Odchylenie standardowe	2,340
4	19	12,8	39,9		
5	36	24,3	64,2	Minimum	0
6	12	8,1	72,3	Maximum	10
7	15	10,1	82,4	Percentyle	25
8	15	10,1	92,6		50
9	8	5,4	98,0		75
10	3	2,0	100,0		
148=100%	148	100,0			7,0

Źródło: opracowanie własne

Gdy jedno z byłych małżonków (partnerów) zakłada nową rodzinę, aktualny partner niejednokrotnie podejmuje rolę ojczyma/macochy wobec dziecka, a to „druga strona” konfliktu odbiera jako stan zagrożenia swojej pozycji w uczuciach dziecka, co wpływa na niechęć do kontaktów małoletniego z drugim z rodziców i jego nowym towarzyszem/towarzyszką życia. W praktyce skłania to rodzica sprawującego bezpośrednią pieczę nad dzieckiem, zobowiązanego do umożliwienia kontaktów dziecka z drugim z rodziców, do ich utrudniania lub uniemożliwiania. Jednakże natężenie tego czynnika sędziowie postrzegają jako umiarkowane.

Obawa (uzasadniona lub nieuzasadniona) nastawiania dziecka przeciwko „drugiej stronie”, podważania autorytetu, krytykowania decyzji

„Koalicja wychowawcza” rodziców (innych osób o doniosłej pozycji w życiu dziecka) odgrywa bardzo istotną rolę w procesie wychowawczym. Wzajemne podważanie autorytetu przez takie osoby, nieprzestrzeganie znanych decyzji „drugiej strony” dotyczących dziecka, krytykowanie takich decyzji – zaburza wychowanie. Dziecko świadome konfliktu pomiędzy rodzicami pozostającymi w rozłączeniu (rodzicem i innym członkiem rodziny – przykładowo pomiędzy matką i babcią ojczystą) może niekiedy „rozgrywać go” na swoją korzyść bądź przeżywać konflikt lojalności. „Strony” postępowania o wykonywanie kontaktów są tego świadome, co bywa

podnoszone jako argument usprawiedliwiający ograniczenia w kontaktach. Sędziowie ocenili, że zjawisko takie przybiera znaczne natężenie.

Tabela 12.

Obawa (uzasadniona lub nieuzasadniona) nastawiania dziecka przeciwko „drugiej stronie”, podważania autorytetu, krytykowania decyzji

Wybór wartościujący	Częstość	Procent	Procent skumulowany	Dane „uśrednione”		
0	1	0,7	0,7	Średnia	7,01	
2	2	1,4	2,0	Mediana	8.00	
3	7	4,7	6,8	Odchylenie standardowe	2,146	
4	4	2,7	9,5			
5	31	20,9	30,4	Minimum	0	
6	15	10,1	40,5	Maximum	10	
7	13	8,8	49,3	Percentyle	25	5,0
8	33	22,3	71,6		50	8,0
9	24	16,2	87,8		75	9,0
10	18	12,2	100,0			
148= 100%	148	100,0				

Źródło: opracowanie własne.

Kontakty z dzieckiem zakłócone przez awantury z osobą sprawującą pieczę

Niewygasłe konflikty pomiędzy „stronami” niejednokrotnie prowadzą do sporów, awantur pomiędzy nimi przy każdym osobistym spotkaniu, także gdy jest przy tym obecne dziecko. Sędziowie odnotowali powyższe, stopień natężenia tego zjawiska został oceniony jako znaczący (średnia 5,65 w skali od 0 do 10).

Negatywne cechy charakterologiczne „stron”

W różnych doniesieniach na temat osobowości rodziców pozostających w konflikcie związanym z „walką o dziecko” wymieniane są „typy funkcjonowania psychicznego”, które charakteryzuje między innymi:

- „1) niedojrzałość, pobudliwość, pośrednie rozładowywanie wrogości i agresji (typ pasywno-agresywny) lub bezpośrednie ujawnianie agresji i wrogości, słaba kontrola własnego zachowania (typ agresywny);
- 2) nasilony egocentryzm, brak wglądu, zaprzeczanie wrogim uczuciom i negatywnym przeżyciom, lub nasilona podejrzliwość i skłonność do odregowowania frustracji;
- 3) podejrzliwość, zaleganie negatywnych uczuć, unikanie odpowiedzialności oraz skłonność do pieniaństwa, przemocy, słaba kontrola własnego zachowania, destrukcyjne relacje z płcią przeciwną i łatwe wchodzenie w konflikty z otoczeniem (..)”¹⁴.

¹⁴ Tak wyniki licznych badań w syntetyczny sposób przedstawiła A. Czerederecka, *Rozwód a rywalizacja o opiekę nad dziećmi*, Warszawa 2010, s. 118.

Tabela 13.

Kontakty z dzieckiem zakłócone przez awantury z osobą sprawującą pieczę

Wybór wartościujący	Częstość	Procent	Procent skumulowany	Dane „uśrednione”	
0	2	1,4	1,4	Średnia	5,65
1	8	5,6	6,9	Mediana	5,00
2	9	6,3	13,2		
3	13	9,0	22,2	Odchylenie standardowe	2,535
4	9	6,3	28,5		
5	32	22,2	50,7	Minimum	0
6	15	10,4	61,1	Maximum	10
7	14	9,7	70,8	Percentyle	25
8	21	14,6	85,4		50
9	14	9,7	95,1		75
10	7	4,9	100,0		
144 = 100%	144	100,0			8,0

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 14.

Negatywne cechy charakterologiczne osoby uprawnionej do kontaktów

Wybór wartościujący	Częstość	Procent	Procent skumulowany	Dane „uśrednione”	
0	3	2,1	2,1	Średnia	4,67
1	5	3,4	5,5	Mediana	5,00
2	21	14,4	19,9		
3	20	13,7	33,6	Odchylenie standardowe	2,236
4	19	13,0	46,6		
5	39	26,7	73,3	Minimum	0
6	5	3,4	76,7	Maximum	10
7	12	8,2	84,9	Percentyle	25
8	12	8,2	93,2		50
9	6	4,1	97,3		75
10	4	2,7	100,0		
146 = 100%	146	100,0			8,0

Źródło: opracowanie własne.

Według oceny sędziów negatywne cechy charakterologiczne „stron” w sprawach o wykonywanie kontaktów sprzyjają eskalacji sporu i utrudniają efektywne wykonywanie kontaktów.

W podobnym natężeniu występują u obu „stron”, co ilustrują dane zamieszczone w tabelach.

Tabela 15.

Negatywne cechy charakterologiczne osoby zobowiązanej do umożliwienia kontaktów

Wybór wartościujący	Częstość	Procent	Procent skumulowany	Dane „uśrednione”	
0	4	2,7	2,7	Średnia	4,89
1	2	1,4	4,1	Mediana	5,00
2	21	14,4	18,5		
3	17	11,6	30,1	Odchylenie standardowe	2,387
4	22	15,1	45,2		
5	30	20,5	65,8	Minimum	0
6	10	6,8	72,6	Maximum	10
7	15	10,3	82,9	Percentyle	25
8	14	9,6	92,5		50
9	6	4,1	96,6		75
10	5	3,4	100,0		
146 = 100%	146	100,0			7,0

Źródło: opracowanie własne.

Postawa konfrontacyjna „stron”

Sędziowie zaobserwowali występującą stosunkowo często postawę konfrontacyjną „stron”¹⁵, oceniając, iż jest to czynnik o znaczącym negatywnym wpływie (średnia 7,8 w skali od 0 do 10) na skuteczność postępowań o wykonywanie kontaktów z dzieckiem.

Tabela 16.

Konfrontacyjna postawa „stron”

Wybór wartościujący	Częstość	Procent	Procent skumulowany	Dane „uśrednione”	
0	1	0,7	0,7	Średnia	7,8
1	1	0,7	1,4	Mediana	8,00
3	7	4,8	6,2	Odchylenie standardowe	2,118
4	4	2,8	9,0		
5	26	17,9	26,9	Minimum	0
6	17	11,7	38,6	Maximum	10
7	16	11,0	49,7	Percentyle	25
8	33	22,8	72,4		50
9	20	13,8	86,2		75
10	20	13,8	100,0		
145 = 100%	145	100,0			9,0

Źródło: opracowanie własne.

¹⁵ W literaturze dostrzeżono, że postawy konfrontacyjne ulegają zaostrzeniu, gdy dana osoba przynależy do organizacji powołanej dla wspierania osób o podobnych problemach. Niekiedy bowiem działania takich grup wsparcia nie dostarczają rzeczywistej pomocy w rozwiązaniu problemu natomiast „wzmacniają (...) patrzeć na świat z perspektywy krzywdy, którą im wyrządzono i utwierdzają w celowości dążenia do odwetu, uszykują postawy ukierunkowane na konfliktowe rozwiązywanie problemów” (tak A. Czerederecka, *Rozstrzyganie o kwestiach związanych ze sprawowaniem władzy rodzicielskiej...*, s. 95–96).

Zachowania osób trzecich, które nie chcą aby osoba uprawniona do kontaktów z dzieckiem realizowała swoje uprawnienie

Zachowania osób trzecich mogą mieć wpływ na efektywność wykonywania orzeczenia/ugody precyzującego kontakty.

Dotyczy to w szczególności domowników osoby zobowiązanej do umożliwienia kontaktów, zwłaszcza gdy „strona” zobowiązana jest zależna od osób sprzeciwiających się kontaktom lub niechącym na „swoim terytorium” jakiegokolwiek obecności podmiotu uprawnionego do kontaktowania się z dzieckiem.

Tabela 17. Zachowania osób trzecich, które nie chcą aby osoba uprawniona do kontaktów z dzieckiem realizowała swoje uprawnienie					
Wybór wartościujący	Częstość	Procent	Procent skumulowany	Dane „uśrednione”	
0	11	7,7	7,7	Średnia	3,46
1	15	10,5	18,2	Mediana	3,00
2	33	23,1	41,3		
3	19	13,3	54,5	Odchylenie standardowe	2,178
4	14	9,8	64,3		
5	26	18,2	82,5	Minimum	0
6	11	7,7	90,2	Maximum	10
7	10	7,0	97,2	Percentyle	25 2,0
8	2	1,4	98,6		50 3,0
9	1	0,7	99,3		75 5,0
10	1	0,7	100,0		
143 = 100%	143	100,0			

Źródło: opracowanie własne.

Takie sytuacje przykładowo mają miejsce, gdy matka wraz z dziećmi mieszka w domu (mieszkaniu) swoich rodziców, którzy pokrywają część bądź nawet całość kosztów utrzymania matki i dzieci, ale nie chcą, by ojciec tych dzieci spotykał się z nimi w użyczanej części mieszkania (w szczególności gdy w przeszłości dopuszczał się aktów przemocy wobec matki dzieci, a z teściami będącymi właścicielami mieszkania jest skłócony; niekiedy takie stanowisko można uznać za „usprawiedliwione”, gdy spotkaniu z dziećmi towarzyszą kłótnie z ich matką, akty agresji słownej itp.).

Sędziowie przyznali występowanie takiego czynnika jako obniżającego skuteczność postępowania wykonawczego w sprawie o kontakty, ale ocenili, że jest to czynnik o stosunkowo niewielkiej częstotliwości (średnia 3,46 w skali od 0 do 10).

Zachowania osób trzecich, skłaniających uprawnionego do bezkompromisowej „walki” o kontakty

Wpływ osób trzecich może dotyczyć także podmiotu uprawnionego do kontaktów, którego aktywność w ich realizacji jest inspirowana przez osoby trzecie zachęcające

do usztywniania postawy i bezwzględnego domagania się precyzyjnego wykonywania obowiązków przez osobę sprawującą bezpośrednią pieczę nad dziećmi. Takie sytuacje odnotowali ankietowani sędziowie nieco częściej niż przypadki negatywnego wpływu osób trzecich na osoby zobowiązane do umożliwienia kontaktów.

Tabela 18.

Zachowania osób trzecich, skłaniających uprawnionego do bezkompromisowej „walki” o kontakty

Wybór wartościujący	Częstość	Procent	Procent skumulowany	Dane „uśrednione”	
0	5	3,4	3,4	Średnia	3,95
1	10	6,8	10,3	Mediana	4,00
2	22	15,1	25,3		
3	29	19,9	45,2	Odchylenie standardowe	2,039
4	20	13,7	58,9		
5	33	22,6	81,5	Minimum	0
6	9	6,2	87,7	Maximum	10
7	10	6,8	94,5	Percentyle	25
8	6	4,1	98,6		50
9	1	0,7	99,3		75
10	1	0,7	100,0		
146= 100%	146	100,0			5,0

Źródło: opracowanie własne.

Uzależnianie kontaktów od wykonywania obowiązku alimentacyjnego na rzecz dziecka ciężącego na osobie uprawnionej do kontaktów

Najczęściej do kontaktów jest uprawniona osoba, na której ciąży wobec dziecka obowiązek alimentacyjny (w większości przypadków ojciec dziecka).

Tabela 19.

Uzależnianie kontaktów od wykonywania obowiązku alimentacyjnego

Wybór wartościujący	Częstość	Procent	Procent skumulowany	Dane „uśrednione”	
0	6	4,1	4,1	Średnia	4,17
1	12	8,3	12,4	Mediana	4,00
2	23	15,9	28,3		
3	21	14,5	42,8	Odchylenie standardowe	2,345
4	12	8,3	51,0		
5	38	26,2	77,2	Minimum	0
6	10	6,9	84,1	Maximum	10
7	9	6,2	90,3	Percentyle	25
8	7	4,8	95,2		50
9	4	2,8	97,9		75
10	3	2,1	100,0		
145 = 100%	145	100,0			5,0

Źródło: opracowanie własne.

Gdy zobowiązany do współuczestniczenia w pokrywaniu kosztów utrzymania dziecka uparczywie nie wykonuje obowiązku alimentacyjnego, a domaga się kontaktów z dziećmi, osoba zobowiązana do umożliwienia kontaktu może niekiedy uzależniać spotkanie z dzieckiem od uprzedniego zrealizowania świadczeń alimentacyjnych przez osobę uprawnioną do kontaktów. Takie sytuacje sędziowie odnotowywali dosyć często (średnia 4,17 w 10-punktowej skali).

Traktowanie postępowania o wykonywanie kontaktów, jako „oręża” w innych sprawach

Sprawy o wykonywanie kontaktów z dziećmi toczą się najczęściej pomiędzy rodzicami dziecka lub innymi osobami bliskimi. Badanie takich spraw przeprowadzone w 2015 r. w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości¹⁶ wykazało, że kontakty, których wykonania dochodzono, były ustalone głównie w postępowaniach rozwodowych (39,3%).

Tabela 20.

Traktowanie postępowania o wykonywanie kontaktów, jako „oręża” w innych sprawach

Wybór wartościujący	Częstość	Procent	Procent skumulowany	Dane „uśrednione”		
0	3	2,1	2,1	Średnia		4,68
1	6	4,2	6,3	Mediana		5,00
2	24	16,7	22,9			
3	17	11,8	34,7	Odchylenie standardowe		2,361
4	13	9	43,8			
5	34	23,6	67,4	Minimum		0
6	16	11,1	78,5	Maximum		10
7	9	6,3	84,7	Percentyle	25	3,0
8	15	10,4	95,1		50	5,0
9	2	1,4	96,5		75	6,0
10	5	3,5	100,0			
144 = 100%	144	100,0				

Źródło: opracowanie własne.

W tych sprawach większość ustaleń dotyczących kontaktów (67,3%) nastąpiła w prawomocnych wyrokach rozwodowych, a 32,7% w trybie zabezpieczenia w procesie rozwodowym. Zapewne w licznych przypadkach przed zakończeniem sprawy rozwodowej każdej ze stron może zależeć na określonych rozstrzygnięciach, poczynając od zgody na orzeczenie rozwodu, gdy małżonek pozwany jej odmawia, poprzez oczekiwanie odstąpienia od ustalenia winy rozkładu pożycia małżeńskiego bądź pragnienie, aby jeden z małżonków przyznał swoją winę (w tym

¹⁶ Próba badawcza wynosiła 295 spraw. Kontakty, których wykonywania dochodzono, były ustalone w prawomocnych orzeczeniach w 128 przypadkach, w 68 orzeczeniach o zabezpieczeniu kontaktów na czas toczącego się postępowania, w 72 ugodach sądowych oraz w 4 ugodach zawartych przed mediatorem, zatwierdzonych przez sąd. W 22 sprawach (7,5%) precyzyjne ustalenie nie było możliwe z różnych przyczyn.

wyłączną) do określonych rozstrzygnięć w przedmiocie władzy rodzicielskiej, korzystania z mieszkania wspólnie zajmowanego bądź podziału majątku. Gdy dla małżonka-rodzica kontakty ze wspólnymi dziećmi nie są bardzo ważne, może niezwykle restrykcyjnym podejściem do ich egzekwowania dążyć do wymuszenia od zobowiązanego do umożliwienia kontaktów ustępstw w innych kwestiach. Podobne zachowania bądź intencje przyświecające wyjątkowej aktywności w sprawie o wykonywanie kontaktów mogą być przez niektóre osoby traktowane jako sposób do osiągnięcia zupełnie innego celu niż styczność z dzieckiem, co do której taka osoba będzie skłonna do daleko idących ustępstw w zamian za ustępstwa drugiej strony w innych sprawach. W tym kontekście celowe jest odesłanie do badań nad taktyką stron w procesach rozwodowych odnośnie do rozstrzygnięć dotyczących dzieci i traktowania ustępstw w tej kwestii jako ważnej „karty przetargowej”¹⁷.

Takie „rozgrywki” niekiedy bywają „tłem” dla postępowań o wykonanie kontaktów z dziećmi i mogą negatywnie wpływać na skuteczność postępowań. Sędziowie odnotowali ich występowanie stosunkowo często, bo blisko w połowie znanych sobie spraw.

Nieadekwatność wiążącego ustalenia kontaktów do aktualnego stanu faktycznego sprawy

Obiektywną przyczyną niewykonywania bądź nienależytego wykonywania orzeczenia (ugody) o kontaktach może być istotna zmiana okoliczności faktycznych, zależnych bądź niezależnych od „stron”.

Przykładowo dotyczy to zmiany miejsca zamieszkania osoby uprawnionej bądź dziecka, zmiany miejsca pracy osoby uprawnionej do kontaktów (w tym podjęcie zatrudnienia za granicą dorywczego lub stałego) albo zmiany trybu pracy (przykładowo z jednozmianowego na wielozmianowy), zmiany sytuacji życiowej którejkolwiek ze „stron” (poważniejsza, długotrwała choroba, zawarcie małżeństwa, urodzenie dziecka, obowiązki opiekuńcze wobec osoby bliskiej, podjęcie pracy przez osobę dotychczas niepracującą i inne), zmiany sytuacji dziecka (rozpoczęcie nauki szkolnej, zmiana placówki edukacyjnej, podjęcie zajęć dodatkowych, w tym związanych z praktykami religijnymi szczególnie intensywnymi w Polsce w okresie

¹⁷ W syntetycznej formie wyniki badań obcych przedstawiła H. Przybyła-Basista (*Mediacje rodzinne w konfliktach rozwodowych. Gotowość i opór małżonków a efektywność procesu mediacji*, Katowice 2006, s. 100–102). Ciekawe są w szczególności zaprezentowane tam obserwacje R. E. Emery’ego, mającego duże doświadczenie w mediacjach dotyczących spraw dzieci. Wynikało 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 przeciwstawiania 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).

przygotowań do pierwszej komunii św.). Wydaje się, że podobnie należy traktować wolę samego dziecka, w szczególności kilkunastoletniego, które jest zainteresowane zmianą terminów bądź formy spotkań, zwłaszcza gdy od daty ich ustalenia upłynął dłuższy okres.

Tabela 21.

Nieadekwatność orzeczenia/ugody o kontaktach do zmienionej sytuacji

Wybór wartościujący	Częstość	Procent	Procent skumulowany	Dane „uśrednione”		
0	7	4,9	4,9	Średnia		3,45
1	19	13,3	18,2	Mediana		3,00
2	29	20,3	38,5			
3	23	16,1	54,5	Odchylenie standardowe		2,105
4	19	13,3	67,8			
5	26	18,2	86,0	Minimum		0
6	8	5,6	91,6	Maximum		10
7	7	4,9	96,5	Percentyle	25	2,0
8	2	1,4	97,9		50	3,0
9	1	0,7	98,6		75	5,0
10	2	1,4	100,0			
143 = 100%	143	100,0				

Źródło: opracowanie własne.

Sędziowie odnotowali wpływ nieadekwatności ustalonych kontaktów do zmienionej sytuacji jako czynnik mający wpływ na ich wadliwą realizację, ale temu czynnikowi przypisali umiarkowane znaczenie w praktyce (średnio 3,45 punktu na 10 możliwych).

Inne okoliczności

Co trzeci z ankietowanych dał wyraz przeświadczeniu, iż wymienione okoliczności nie są jedynymi czynnikami niezadawalającej skuteczności postępowań wykonawczych w sprawach dotyczących kontaktów, a niektórzy respondenci z tej grupy skorzystali z możliwości przedstawienia swych obserwacji, wskazując na okoliczności wpływające na postawę głównie osoby zobowiązanej do umożliwienia kontaktu z dzieckiem osoby uprawnionej.

Wskazano na argumentację osób zobowiązanych do umożliwienia kontaktu związaną z ich troską o dziecko, będącą wyrazem przeświadczenia, że kontakt z osobą uprawnioną i towarzyszące mu okoliczności są dla dziecka szkodliwe, o czym świadczy zarówno jego niechęć do kolejnego spotkania, jak i możliwe do stwierdzenia objawy somatyczne przeżytego stresu, takie jak przykładowo moczenie nocne bądź niemożliwość załatwienia potrzeb fizjologicznych i inne objawy niedyspozycji przewodu pokarmowego, a także stan napięcia i zdenerwowania poprzedzający termin spotkania z osobą uprawnioną oraz występujący przez pewien czas po spotkaniu.

Tabela 22.

Inne okoliczności

Wybór wartościujący	Częstość	Procent	Procent skumulowany	Dane „uśrednione”	
0	28	63,6	63,6	Średnia	1,16
1	5	11,4	75,0	Mediana	0,00
2	6	13,6	88,6		
4	1	2,3	90,9	Odchylenia standardowe	2,302
5	1	2,3	93,2	Minimum	0
6	1	2,3	95,5	Maximum	10
9	1	2,3	97,7	Percentyle	25 00
10	1	2,3	100,0		50 00
44 = 100%	44	100,0			75 1,75

Źródło: opracowanie własne.

Argument o konieczności ochrony dobra dziecka bywa też, wg obserwacji sędziów, wywodzony z przeświadczenia osoby sprawującej bezpośrednią pieczę nad dzieckiem („pierwszoplanowego” opiekuna), że podczas spotkania osoby uprawnionej z dzieckiem „na jej terytorium” (poza „nadzorem” „pierwszoplanowego” opiekuna) nie będą zachowane w wystarczającym stopniu konieczne standardy bezpieczeństwa, edukacji, rozrywki, zabawy, organizacji atrakcyjnego dla dziecka spędzenia czasu (z uwagi na jego wiek, w szczególności przedszkolny, możliwości intelektualne, sprawność fizyczną itp.). Można to wyrazić inaczej jako obawę, że dziecko pod pieczę innej osoby niż „pierwszoplanowy” opiekun może doznać uszczerbku na zdrowiu albo zaniedbania wychowawczo-edukacyjnego, a – co najmniej – że podczas spotkania dziecko będzie się nudziło.

Jeden z respondentów wskazał, iż odmowa umożliwienia kontaktu z dzieckiem osoby uprawnionej uzasadniana przez osobę sprawującą bezpośrednią, stałą pieczę nad dzieckiem („pierwszoplanowego” opiekuna) z powoływaniem się na stanowisko dziecka, które odmawia kontaktu (ewentualnie boi się kontaktu) częstokroć jest bezpodstawną i wynika z tego, że rodzic zobowiązany „przerzuca swoje lęki, obawy i niechęć do drugiego rodzica na dziecko”, bowiem w takiej sytuacji charakteryzuje go „brak zdolności do krytycznego wglądu w swoje emocje i reakcje”. Przyczyną tego zjawiska są zaś „braki edukacyjne rodziców”.

Sędziowie zaobserwowali również niechęć osób zobowiązanych do umożliwienia kontaktów w sytuacji, gdy przewidują one, iż *de facto* to nie osoba uprawniona do styczności będzie spędzała z dzieckiem czas, ale ktoś inny, kogo nie dotyczy orzeczenie sądu bądź ugoda precyzująca zasady i terminy kontaktów z dzieckiem (przykładowo aktualny partner/partnerka rodzica uprawnionego do kontaktów, co najczęściej jest szczególnie niepożądane przez „pierwszoplanowego” opiekuna, rodzice osoby uprawnionej, jej rodzeństwo, a nawet osoby trzecie niepozostające z dzieckiem w związku rodzinnym). Niekiedy takie obawy bywają udokumentowane, bowiem osoby uprawnionej fizycznie nie ma w miejscu, w którym powinna spotkać się z dzieckiem, przykładowo dlatego, że pracuje za granicą.

Wskazano także, że na wykonywanie obowiązków przez każdą ze stron może negatywnie wpływać obawa spotkania – przy okazji kontaktu z dzieckiem – z aktualnym partnerem/partnerką rodzica dziecka. Obawa może dotyczyć zarówno negatywnych subiektywnych przeżyć psychicznych osoby ją żywiącej, jak i może wynikać z doświadczenia nieprzyjaznych aktów ze strony owego partnera (agresja słowna, a nawet fizyczna).

Jedna z ankietowanych osób zwróciła także uwagę na taką okoliczność obiektywną, jak brak środków finansowych na pokrycie kosztów dojazdu do miejsca, w którym ma – zgodnie z orzeczeniem (ugodą) – odbyć się spotkanie z dzieckiem. Taka przeszkoda może dotyczyć każdej ze „stron”, w zależności od stanu faktycznego sprawy i sposobu określenia miejsca spotkania oraz obowiązków w zakresie dowiezienia dziecka na spotkanie bądź stawienie się tam osoby uprawnionej.

Podsumowanie

Tabela 23.

Obiektywne czynniki niepowodzenia postępowania o wykonanie kontaktów wg częstotliwości występowania mierzonej „średnią wyboru” (wg skali od 0 do 10, gdzie 0 = nigdy, 10 = zawsze)

	Obiektywne czynniki niepowodzenia postępowania wg doniosłości	średnia	mediana
1.	Wysoki i bardzo wysoki poziom konfliktu między „stronami”	8,53	9,0
2.	Postawa konfrontacyjna, niezdolność do kompromisu	7,80	8,0
3.	Obawa „nastawiania” dziecka przeciwko drugiej „stronie”	7,01	8,0
4.	Kontakty z dzieckiem zakłócone przez awantury między stronami	5,65	5,0
5.	Obawa, że „druga strona” chce związać dziecko ze swoim aktualnym partn.	4,99	5,0
6.	Negatywne cechy charakterologiczne osoby zobowiązanej	4,89	5,0
7.	Wszczęcie sprawy jako „oręż” w innym sporze (punkt „przetargowy”)	4,68	5,0
8.	Negatywne cechy charakterologiczne osoby uprawnionej do kontaktu	4,67	5,0
9.	1. Obawa (w tym bezpodstawną), że druga strona może skrzywdzić dziecko	4,17	4,0
	2. Kontakty uzależniane od wykonania obow. aliment. przez uprawnionego	4,17	4,0
10.	Wpływ osób trzecich dopingujących uprawn. do bezwzgl. walki o kontakty	3,95	4,0
11.	Groźby typu „nie zobaczysz więcej dziecka”	3,83	3,5
12.	Obawa, że druga „strona” uprowadzi dziecko za granicę	3,61	3,0
13.	Osoby trzecie nie chcą realizacji kontaktów przeszkadzają w nich)	3,46	3,0
14.	Nieadekwatność ustaleń o kontaktach – zmienił się stan faktyczny	3,45	3,0
15.	Osoba uprawniona wcześniej „porwała” dziecko – obawa, że to się powtórzy	2,46	2,0

Źródło: opracowanie własne.

Częstotliwość występowania obiektywnych czynników obniżających skuteczność postępowania o wykonanie kontaktów jest w ocenie sędziów zróżnicowana.

Jak wynika z zestawienia przedstawionego w tabeli, najistotniejszym czynnikiem obiektywnym obniżającym efektywność postępowania o wykonywanie kontaktów jest wysoki bądź bardzo wysoki poziom konfliktu pomiędzy „stronami” takiego postępowania. Sędziowie zaobserwowali, że w sprawach, w których trudno osiągnąć sukces, zjawisko to występuje prawie zawsze (średnia wskazań intensywności jego występowania to 9 punktów na 10 możliwych). Kolejne cztery najwyżej „punktowane” czynniki

niepowodzenia spraw o wykonywanie kontaktów są ściśle związane ze stanem konfliktu – są jego wyrazem, potwierdzają istnienie wzajemnej wrogości (jest to postawa konfrontacyjna – niezdolność do osiągnięcia kompromisu, którą potwierdza podejmowanie sporu dotyczącego głównie relacji między zwaśnionymi „stronami”, w formie kłótni, awantury, nawet gdy owe „strony” spotykają się tylko w celu wydania/odebrania dziecka, aby osoba uprawniona do kontaktu z dzieckiem mogła zrealizować spotkanie).

Wyrazem wysokiego poziomu konfliktu jest także brak zaufania do drugiej „strony”, wyrażający się w obawie, że będzie ona nastawiała negatywnie dziecko przeciwko żywiącemu takie obawy (najczęściej rodzicowi dziecka), przenosząc na dziecko własne emocje (nienawiść, lekceważenie, pogardę, brak szacunku dla drugiej „strony”), a także, gdy konflikt dotyczy rodziców dziecka, że będzie chciała włączyć dziecko do swojej „zrekonstruowanej” rodziny, związać z osobą będącą aktualnym współmałżonkiem/partnerem życiowym, eliminując w ten sposób drugą „stronę” z życia dziecka (choćby powyższe domniemania, przewidywania i oceny były w pełni bezpodstawne).

Częstotliwość występowania wymienionych okoliczności w nieefektywnych postępowaniach o wykonanie kontaktów sędziowie uplasowali bardzo wysoko. Średnia „punkcja” od 7,8 do 4,99 w skali od 0 do 10 wskazuje, że takie czynniki występują w przynajmniej co drugiej, a nawet częściej niż w co drugiej sprawie, gdy postępowanie o wykonanie kontaktów nie kończy się zadowalającym efektem.

Okoliczności niesprzyjające skuteczności postępowań o wykonywanie kontaktów związane z obowiązującym stanem prawnym

Rozwiązania prawne przyjęte w art. 598¹⁵–598²¹ k.p.c. budziły liczne kontrowersje jeszcze przed ich uchwaleniem¹⁸. Kwestionowano zastąpienie modelu egzekucyjnego w przypadku niewykonywania orzeczenia (ugody) normującego kontakty, który (mimo pewnych kontrowersji) był realizowany w praktyce¹⁹, a więc zagrożenia grzywną, nałożenia grzywny na rzecz Skarbu Państwa (teoretycznie z możliwością jej zamiany na areszt) na zbudowaną według podobnych założeń konstrukcję, ale przewidującą „sumę przymusową” na rzecz osoby, której uprawnienia naruszono.

Wątpliwości budził brak ustawowych granic wysokości kwoty możliwej do zasądzenia, a także obawa pogłębienia antagonizmów pomiędzy osobą uprawnioną do kontaktów z dzieckiem i osobą zobowiązaną do ich umożliwienia, które w absolutnej większości przypadków są rodzicami dziecka, a więc najbliższymi mu osobami,

¹⁸ Ustawa nie była uchwalona jednomyślnie. Przeciwko uchwaleniu projektu ustawy głosowało 138 posłów, za – 285, 2 wstrzymało się od głosu. Powyższe, poza przyczynami politycznymi, wynikało także z istotnych kontrowersji merytorycznych.

¹⁹ Sąd Najwyższy w uchwale z 28.08.2008 r. (III CZP 75/08), OSNC 2009/1, poz. 12, wypowiedział pogląd, iż „postanowienie regulujące kontakty rodziców z dzieckiem, nakazujące wydawanie dziecka przez rodzica, któremu powierzono wykonywanie władzy rodzicielskiej, oraz zobowiązujące drugiego rodzica do odprawadzania dziecka, podlega wykonaniu w postępowaniu unormowanym w art. 598¹ nast. k.p.c.” Skutki stosowania uchwały zostały omówione między innymi w krytycznych głosach do niej (Por. R. Zegadło, *Glosa do uchwały SN z 28.08.2008 r. (III CZP 75/08)*, „Rodzina i Prawo” 2009/11; A. Kallaus, *Glosa do uchwały SN z 28.08.2008 r. (III CZP 75/08)*, „Rodzina i Prawo” 2009/12) i również krytycznych opracowaniach (przykładowo M.B. Dunajska, *Rozważania o wykonywaniu postanowienia o ustaleniu kontaktów z dzieckiem w świetle uchwały Sądu Najwyższego z 28.09.2008 r. (III CZP 75/08)*, „Rodzina i Prawo” 2011/19). Stanowisko wyrażone w powołanej uchwale SN nie było także powszechnie podzielane w orzecznictwie sądów powszechnych, co potwierdziło badanie orzecznictwa przeprowadzone w IWS, bowiem w trybie postępowania egzekucyjnego rozpoznanych zostało (po publikacji uchwały) 81% zbadanych spraw (E. Holewińska-Łapińska, *Realizacja prawa do kontaktów z dziećmi...*, s. 20).

zobowiązanymi w sytuacjach typowych do zgodnego współdziałania w realizowaniu władzy rodzicielskiej nad dzieckiem (nawet w sytuacji jej ograniczenia rodzicowi uprawnionemu do kontaktów, który nie sprawuje bezpośredniej pieczy nad dzieckiem).

Podnoszono obawę zmniejszenia skuteczności dolegliwości finansowej, gdy uprawnioną do uzyskania zasądzonej kwoty jest osoba fizyczna, a nie Skarb Państwa, dysponujący odpowiednimi instrumentami prawnymi skutecznego wyegzekwowania grzywny.

Podczas prac parlamentarnych krytykowano brak uzależnienia zasądzenia odpowiedniej kwoty od winy osoby zobowiązanej do jej zapłaty, a także brak jednoznacznych powiązań wysokości „sumy przymusowej” przykładowo z wysokością minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Obawiano się nadużywania „sumy przymusowej”, jako środka „w rozgrywkach” pomiędzy „stronami” postępowania o wykonywanie kontaktów. Zgłoszono nawet postulat wprowadzenia sankcji za rażąco nieuzasadnione złożenie wniosku²⁰.

W celu ustalenia, czy zasygnalizowane obawy potwierdziły się w praktyce, zasięgnięto opinii sędziów w ankiecie, której ustalenia są przedmiotem niniejszych uwag.

Tabela 24.

Czynniki niepowodzenia postępowań o wykonanie kontaktów związane ze stanem prawnym

Czynniki niepowodzenia związane ze stanem prawnym	Liczba wskazań
Osoba, co do której zastosowano sankcję majątkową ma dochody w szarej strefie lub jest na tyle zamożna, że mimo zapłaty nie zmienia postępowania	144
Osoba, co do której należałoby zastosować sankcję majątkową, jest uboga i w przypadku nakazania zapłaty egzekucja będzie nieskuteczna	146
Sankcja majątkowa przyniesie znaczniejszy uszczerbek dziecku	142
Sankcja majątkowa zaostriży konflikt i pogorszy wykonywanie kontaktów	142
Wcześniejsza nieskuteczność postępowania wykonawczego, dająca poczucie bezkarności, mimo naruszania ustaleń	144

Źródło: opracowanie własne.

Ocena skuteczności sankcji majątkowej

Sędziowie potwierdzili, iż rzeczywistym problemem wpływającym na skuteczność sankcji majątkowej, są przypadki ograniczonego jej oddziaływania związanego ze statusem materialnym „stron” oraz ukrywaniem dochodów.

Średnie oceny dowodzą, iż zbliżony jest negatywny wpływ na skuteczność postępowania o wykonanie kontaktów zarówno ubóstwa, jak i bardzo wysokiego statusu majątkowego osoby, która miałaby zostać objęta sankcją majątkową. Podobnie jest, gdy ma miejsce ukrywanie dochodów, uzyskiwanie ich bez opodatkowania w tzw. szarej strefie, powodujące nieadekwatność ustalonej sumy do sytuacji materialnej podmiotu „ukaranego”. Sędziowie ustalili go na nieco ponad 4 punkty w 10 punktowej skali częstotliwości występowania zjawisk mających wpływ na niezadawalającą skuteczność rozwiązania ustawowego, nieco wyżej „wartościując” przypadki niskiego statusu materialnego „strony”, wobec której miałaby być zastosowana „suma przymusowa”.

²⁰ Tak Posłanka Barbara Bartuś, *Sprawozdanie Stenograficzne* z 68. posiedzenia Sejmu RP VI kadencji, s. 221. Bardziej szczegółowo na temat dyskusji wokół projektu zob. E. Holewińska-Łapińska, *Realizacja prawa do kontaktów z dziećmi...*, s. 9–10 i powołane tam opinie i stanowiska.

Tabela 25.

Osoba, co do której zastosowano sankcję majątkową, ma dochody w szarej strefie lub jest na tyle zamożna, że mimo zapłaty nie zmienia postępowania

Wybór wartościujący	Częstość	Procent	Procent skumulowany	Dane „uśrednione”	
0	17	11,8	11,8	Średnia	4,06
1	16	11,1	22,9	Mediana	4,00
2	19	13,2	36,1		
3	17	11,8	47,9	Odchylenie standardowe	2,895
4	11	7,6	55,6		
5	22	15,3	70,8	Minimum	0
6	8	5,6	76,4	Maximum	10
7	12	8,3	84,7	Percentyle	25
8	11	7,6	92,4		50
9	4	2,8	95,1		75
10	7	4,9	100,0		
144 = 100%	144	100,0			6,0

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 26.

Osoba, co do której należałoby zastosować sankcję majątkową, jest uboga i w przypadku nakazania zapłaty egzekucja będzie nieskuteczna

Wybór wartościujący	Częstość	Procent	Procent skumulowany	Dane „uśrednione”	
0	12	8,2	8,2	Średnia	4,34
1	12	8,2	16,4	Mediana	4,00
2	26	17,8	34,2		
3	14	9,6	43,8	Odchylenie standardowe	2,849
4	13	8,9	52,7		
5	24	16,4	69,2	Minimum	0
6	6	4,1	73,3	Maximum	10
7	9	6,2	79,5	Percentyle	25
8	20	13,7	93,2		50
9	3	2,1	95,2		75
10	7	4,8	100,0		
146 = 100%	146	100,0			7,0

Źródło: opracowanie własne.

Obawa niekorzystnych skutków zastosowania sankcji majątkowej z punktu widzenia dobra dziecka

Wykonana w Departamencie Badań Społecznych i Warunków Życia GUS analiza wykazała, że zdecydowanie najczęściej nie były zaspokojone potrzeby gospodarstw domowych samotnych rodziców z dziećmi na utrzymaniu. Zagrożenie ubóstwem

w szerszym zakresie dotyczyło rodzin na wsi (23,5%) niż w miastach (11,0%). Do relatywnie najuboższych gospodarstw rodzinnych w Polsce w 2011 r., gdy dokonano spisu powszechnego, należały rodziny wielodzietne (z co najmniej trojgiem dzieci na utrzymaniu) oraz gospodarstwa samotnych rodziców z dziećmi. Wskaźnik zagrożenia ubóstwem tych gospodarstw domowych przekracza 40% na wsi i 25% w miastach²¹.

Orzeczenie o kontaktach dotyczy bardzo często sytuacji opisanej w ustaleniach GUS jako gospodarstwo samotnego rodzica z dzieckiem (taki status ma w szczególności rozwiedziona matka z dzieckiem/dziećmi bądź matka po rozstaniu z ojcem swoich dzieci, z którym wcześniej pozostawała jedynie w konkubinacie, o ile ich rodziny nie zostały „zrekonstruowane” przez nawiązanie kolejnego związku i współprzyczynianie się aktualnego partnera/partnerki do utrzymywania wszystkich członków wspólnego gospodarstwa domowego).

Niski status majątkowy osoby zobowiązanej do umożliwienia kontaktów z dzieckiem naruszającej obowiązki w przypadku zobowiązania jej do zapłaty „sumy przymusowej” może mieć istotny wpływ na sytuację dziecka, o ile dojdzie do jej wyegzekwowania.

Uwzględnienie sytuacji majątkowej przy ustalaniu sumy pieniężnej, której zapłata może być nakazana, w przypadku biedy osoby, wobec której ta sankcja znajduje zastosowanie, wywołuje liczne dylematy. Wskazanie sumy bardzo niskiej rodzi obawę, że zagrożenie jej nakazaniem (nakazanie) nie będzie miało wpływu na zachowanie osoby zobowiązanej. Ustalenie sumy wyższej może podawać w wątpliwość skuteczność jej wyegzekwowania. Wyważenie, jaka suma byłaby w danym stanie faktycznym odpowiednia, jest trudnym zadaniem, szczególnie gdy uwzględni się sytuację dziecka.

Tabela 27.

Sankcja majątkowa przyniesie znaczniejszy uszczerbek dziecku

Wybór wartościujący	Częstość	Procent	Procent skumulowany	Dane „uśrednione”		
0	22	15,5	15,5	Średnia	3,35	
1	19	13,4	28,9	Mediana	3,00	
2	25	17,6	46,5			
3	21	14,8	61,3	Odchylenie standardowe	2,729	
4	7	4,9	66,2			
5	20	14,1	80,3	Minimum	0	
6	8	5,6	85,9	Maximum	10	
7	5	3,5	89,4	Percentyle	25	1,0
8	8	5,6	95,1		50	3,0
9	1	0,7	95,8		75	5,0
10	6	4,2	100,0			
142= 100%	142	100,0				

Źródło: opracowanie własne.

²¹ GUS, *Warunki życia rodzin w Polsce*, Warszawa 2014, s. 86 (publikacja została oparta na wtórnym wykorzystaniu wyników badań ankietowych przeprowadzonych w gospodarstwach domowych).

Obserwacji, iż sankcja majątkowa przyniesie znaczniejszy uszczerbek dziecku, nie odnotowało 15,5% ankietowanych sędziów. Pozostali dostrzegli takie niebezpieczeństwo, ale jego wpływ na zagrożenie skuteczności postępowań o wykonywanie kontaktów z dziećmi ocenili niezbyt wysoko (średnia ocena 3,35 w 10-punktowej skali).

Obawa pogłębienia konfliktu w następstwie zastosowania sankcji majątkowej

Obawa, iż zastosowanie sankcji majątkowej „wzbogacającej” jedną ze „stron” postępowania o wykonywanie kontaktów może pogłębić konflikt pomiędzy osobą uprawnioną do styczności z dzieckiem a osobą zobowiązaną do ich umożliwienia, towarzyszyła pracom nad obecnie obowiązującym rozwiązaniem ustawowym. Zapewne nie jest ona bezpodstawna, a jej racjonalność odnotowali ankietowani sędziowie, którzy w swej praktyce zaobserwowali zróżnicowane znaczenie opisywanego czynnika, co zapewne było związane z konkretnymi stanami faktycznymi rozpoznawanych spraw oraz sytuacją na rynku pracy na danym terenie (zwłaszcza dla osób bez zawodu bądź o niewysokich kwalifikacjach).

Tabela 28.

Sankcja majątkowa zaostrzy konflikt i pogorszy wykonywanie kontaktów

Wybór wartościujący	Częstość	Procent	Procent skumulowany	Dane „uśrednione”		
0	18	12,7	12,7	Średnia	3,99	
1	15	10,6	23,2	Mediana	3,00	
2	22	15,5	38,7			
3	17	12,0	50,7	Odchylenie standardowe	2,977	
4	13	9,2	59,9			
5	16	11,3	71,1	Minimum	0	
6	8	5,6	76,8	Maximum	10	
7	10	7,0	83,8	Percentyle	25	2,0
8	10	7,0	90,8		50	3,0
9	4	2,8	93,7		75	6,0
10	9	6,3	100,0			
142 = 100%	142	100,0				

Źródło: opracowanie własne.

Blisko 40% ankietowanych oceniło, iż obawa pogłębienia konfliktu nie występuje (18 sędziów – 12,7% respondentów, którzy zajęli stanowisko w tej kwestii) bądź jest niewysoka (1–2 punkty w 10-punktowej skali). Natomiast 9 ankietowanych (6,3%) w każdej znanej sprawie tę obawę odnotowało, a 16 (11,3%) w co drugiej. Średnia ocen tej kwestii w przyjętej skali „wartościowania” to blisko 4 punkty na 10 możliwych.

Obawa nadużywania uprawnień do żądania „sumy przymusowej”

Przy wskazywaniu domniemanych przyczyn oceny, że wyniki postępowań w sprawach o wykonywanie kontaktów nie są zadowalające, wśród różnych (pozostających

do wielokrotnego wyboru) przyczyn tego stanu wskazano, iż być może jest tak dlatego, że wszczęcie postępowania o wykonanie kontaktów jest w części przypadków formą „szantażu”, służącą zmuszeniu drugiej „strony” do ustępstw w kwestiach niezwiązanych bezpośrednio z kontaktami (np. odnośnie do wyrażenia zgody na rozwód, odstąpienia od żądania ustalenia winy rozkładu pożycia, wysokości alimentów, podziału majątku).

Bardzo znaczna większość respondentów – 123 osoby (73,7% wszystkich ankietowanych) nie wybrała tej odpowiedzi. Pośrednio wykluczyli więc, na podstawie własnego doświadczenia orzeczniczego, że takie sytuacje mogły mieć miejsce, bądź aby mogły mieć istotniejszy wpływ na niewystarczającą efektywność postępowań o wykonywanie kontaktów.

Pozostali sędziowie (44 osoby – 26,3% badanych) byli odmiennego zdania. Potwierdzili więc występowanie w praktyce opisanych przypadków, a zarazem brak pozytywnej prognozy co do wykonywania orzeczenia (ugody) w przedmiocie styczości, w sytuacji gdy jedna ze „stron” traktuje możliwość odstąpienia od wykonywania kontaktów z dzieckiem (lub istotnych modyfikacji w tej kwestii) jako „kartę przetargową”.

Rozkład głosów sugeruje, że zasygnalizowane zjawisko nie ma wielkiej skali. Konieczne jednak wydaje się wypowiedzenie banalnego przypuszczenia, iż działaniom osób skłonnych postąpić w opisany sposób towarzyszy ponadprzeciętna staranność, aby ich intencje pozostały tajemnicą dla sądu. Ujawnienie ich – zapewne w formie „oskarżenia” wyłącznie drugiej „strony” – wydaje się prawdopodobne tylko w przypadku, gdy założony cel nie został osiągnięty bądź gdy „strona” narusza ustalone postanowienia takiego bezprawnego i godnego potępienia „układu”.

W pytaniu ankiety była też zawarta sugestia, że (być może) w części przypadków rzeczywistym (wręcz nadrzędnym) celem składania wniosków o wykonywanie kontaktów z dzieckiem (w tym niekiedy całkowicie bezpodstawnych) jest „nękanie” drugiej „strony” w celu zmuszenia jej do zmiany własnych planów (choćby w konsekwencji konieczności stawienia się w sądzie i wykazywania bezpodstawności wniosku), etapem eskalowania konfliktu, który wnioskodawcę ma finalnie – w jego mniemaniu – doprowadzić do pozycji strony, która „pokonała przeciwnika”. Kontakt z dzieckiem mniej jest istotny od prowadzenia „walki”, a emocjonalne koszty tego działania, które ponosi dziecko – niedostrzegane, ignorowane bądź usprawiedliwiane ochroną nie własnego „interesu” bądź prawa, ale prawa dziecka. Przypuszczenie, że takie sytuacje się zdarzają potwierdziło 61 (36,5%) ankietowanych. Przeciwnego zdania była większość sędziów (106 osób – 63,5%).

Natomiast sędziowie zdecydowanie (163 – 97,6% ankietowanych) odrzucili domysł, aby motywem wniosku o zasądzenie odpowiedniej sumy pieniężnej było działanie w zły wierz w celu „wzbogacenia się” kosztem drugiej „strony”. Sytuacji takiej nie wykluczyły jedynie 4 osoby. Oznacza to, że takie działania, choć potencjalnie możliwe, mają marginalne znaczenie i nie mogłyby być argumentem przeciwko zachowaniu „sumy pieniężnej” jako jednego z mechanizmów „wymuszających” respektowanie ustaleń orzeczenia sądu bądź prawnie wiążącej ugody w sprawie kontaktów.

Poczucie „bezkarności” podmiotu naruszającego własne obowiązki wynikające z orzeczenia (ugody) o kontaktach

W części przypadków postępowania o wykonywanie kontaktów z danym dzieckiem pomiędzy tymi samymi „stronami” podejmowane są wielokrotnie, a poprawa sytuacji występuje jedynie krótkookresowo, co świadczy o niskiej skuteczności zastosowanych środków prawnych.

Akta spraw o wykonywanie kontaktów, w których nakazano zapłatę „sumy przymusowej” nie zawierają informacji, czy osoba zobowiązana spełniła świadczenie ani czy osoba uprawniona wszczęła postępowanie egzekucyjne. Powrót osoby uprawnionej na drogę sądową skłania ku przypuszczeniu, iż albo w istocie „ukarania” nie było (przykładowo w konsekwencji niewypłacalności osoby zobowiązanej), albo było ono niewystarczające dla istotnej zmiany postępowania danej osoby w przedmiocie wykonywania jej obowiązków dotyczących kontaktów.

Tabela 29.

Wcześniejsza nieskuteczność postępowania wykonawczego, dająca poczucie bezkarności, mimo naruszania ustaleń

Wybór wartościujący	Częstość	Procent	Procent skumulowany	Dane „uśrednione”	
0	5	3,5	3,5	Średnia	4,72
1	12	8,3	11,8	Mediana	5,00
2	11	7,6	19,4		
3	23	16,0	35,4	Odchylenie standardowe	2,585
4	20	13,9	49,3		
5	25	17,4	66,7	Minimum	0
6	11	7,6	74,3	Maximum	10
7	11	7,6	81,9	Percentyle	25
8	11	7,6	89,6		50
9	10	6,9	96,5		75
10	5	3,5	100,0		
144 = 100%	144	100,0			7,0

Źródło: opracowanie własne.

Negatywna rola owej bezkarności została odnotowana jako zjawisko dosyć częste, bowiem średnio występujące prawie w co drugim przypadku kolejnej sprawy o wykonywanie kontaktów.

W wypowiedzi na ten temat jeden z respondentów w następujący sposób scharakteryzował analizowany problem:

„lekceważący stosunek do treści orzeczenia sądu (..) brak realnych mechanizmów prowadzących do wykonania kontaktów, obowiązujące procedury [które – E.H.-Ł.] wymagają wyznaczenia rozprawy, potem środki odwoławcze. Całość uregulowania daje przeświadczenie o nieskuteczności egzekucji kontaktów. W społeczeństwie wzrasta poczucie bezkarności (najczęściej matek) i frustracja (najczęściej ojców). Postawa odwetowa rodzica wykonującego pieczę na skrzywdzenie przez uprawnionego do kontaktów [zachęca do korzystania z możliwości zaskarżenia orzeczenia,

zaś – E.H.-Ł], sąd II instancji zmienia postanowienia, drastycznie zmniejszając nałożone na strony sankcje, co powoduje u nich poczucie bezkarności”.

Podsumowanie

Uszeregowanie czynników niepowodzenia postępowania o wykonanie kontaktów związanego ze stanem prawnym, wg częstotliwości występowania mierzonej „średnią wyboru” (przy skali od 0 do 10, gdzie 0 = nigdy, 10 = zawsze) – przedstawione w tabeli – wskazuje, iż największym zagrożeniem jest nieskuteczność wcześniejszych postępowań w sprawie wykonywania kontaktów z określonym dzieckiem, które toczą się z udziałem tych samych osób zainteresowanych.

Nieco mniejsze, choć zbliżone, znaczenie mają okoliczności obiektywne związane z sytuacją majątkową „stron” postępowania przesądzające o ograniczonej skuteczności instrumentów dolegliwości finansowej, będące pośrednio źródłem owej (najwyżej „punktowanej”) „bezkarności”, gdy suma przymusowa nie jest adekwatna do możliwości majątkowych podmiotu „ukaranego” obowiązkiem jej zapłaty.

Tabela 30.

Czynniki niepowodzenia postępowania o wykonanie kontaktów związane ze stanem prawnym, wg częstotliwości występowania mierzonej „średnią wyboru” (wg skali od 0 do 10, gdzie 0 = nigdy, 10 = zawsze)

Czynniki niepowodzenia związane ze stanem prawnym wg doniosłości		średnia	mediana
1.	Wcześniejsza nieskuteczność postępowania wykonawczego, dająca poczucie bezkarności, mimo naruszania ustaleń	4,72	5,0
2	Osoba, co do której należałoby zastosować sankcję majątkową, jest uboga i w przypadku nakazania zapłaty egzekucja będzie nieskuteczna	4,34	4,0
3.	Osoba, co do której zastosowano sankcję majątkową, ma dochody w szarej strefie lub jest na tyle zamożna, że mimo zapłaty nie zmienia postępowania	4,06	4,0
4.	Sankcja majątkowa zaostriży konflikt i pogorszy wykonywanie kontaktów	3,99	3,0
5.	Sankcja majątkowa przyniesie znaczniejszy uszczerbek dziecku	3,55	3,0

Źródło: opracowanie własne.

Zbliżone znaczenie ma obawa pogłębienia konfliktu, nieco mniejsze obawa obniżenia stopnia zaspokojenia potrzeb dziecka, gdy obowiązek zapłaty sumy przymusowej spocznie na „pierwszoplanowym” opiece.

Pomijając aspekt psychologiczny sankcji finansowej, wyrażający się w jej negatywnym wpływie na wzajemne relacje w rodzinie, wszystkie pozostałe „czynniki ryzyka” nieskuteczności postępowań o wykonywanie kontaktów, wynikające z obowiązującego modelu tego postępowania, są bezpośrednio bądź pośrednio związane ze statusem majątkowym „stron”. Ustalenie sumy adekwatnej do ich sytuacji materialnej jest więc niezmiernie doniosłe, aby sankcja okazała się skuteczna.

OCENY I KIERUNKI POTRZEBNYCH ZMIAN

Stanowiska w sprawie ewentualnej zmiany stanu prawnego

Na pytanie, czy stan prawny wymaga zmian, odpowiedziały 144 osoby (100%). 10 (6,9%) z nich było zdania, iż zmiana stanu prawnego nie jest potrzebna, ale

praktyka jego stosowania powinna być udoskonalona. Wypowiedź dodatkowa zawierała sugestię „przeniesienia do postępowania wykonawczego”, co (jak można domniemywać) było związane z krytyczną oceną traktowania obowiązującego postępowania jako opiekuńczego, mimo że ma ono model zbliżony do egzekucyjnego. Natomiast w innej wypowiedzi dodatkowej oceniono, iż obowiązujący stan prawny zapewnia wyższą skuteczność wykonywania orzeczeń w porównaniu ze stosowanymi wcześniej przepisami egzekucyjnymi przewidującymi zagrożenie grzywną i orzeczenie jej, gdy zagrożenie nie spełniło swego zadania.

28 badanych (19,4%) dostrzegło potrzebę zasadniczych zmian stanu prawnego. Wypowiedź dodatkowa wskazywała na celowość rozważenia, jako dodatkowego środka oddziaływania na osobę zobowiązaną do umożliwienia kontaktów z dzieckiem („pierwszoplanowego” opiekuna), wprowadzenie „zagrożenia obniżeniem alimentów (należnych od osoby uprawnionej do kontaktów, gdy są one utrudniane – E.H.-Ł.)”. Podnoszono także celowość podejmowania czynności zmierzających do „edukacji rodziców w zakresie prawa dziecka do kontaktów z obojgiem rodziców”. Wypowiedziano też opinię, iż „automatycznie oboje rodzice powinni mieć zapewnione prawo do kontaktów, a przed sądem (mogliby – E.H.-Ł.) dochodzić ich poszerzenia”. Wskazano też celowość wprowadzenia jednoznacznego uregulowania pozwalającego na ograniczenie władzy rodzicielskiej rodzica, który utrudnia kontakty, jednakże bez wskazania, jakie zarządzenie sądu, dotychczas nieprzewidziane w art. 109 k.r.o., byłoby adekwatne dla usunięcia stanu zagrożenia dobra dziecka wynikającego z utrudniania kontaktów z nim drugiemu rodzicowi. Jednak w wypowiedzi związanej z kolejnym pytaniem ankiety padła sugestia o celowości umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej, gdy rodzice nie są w stanie należycie wykonywać orzeczenia o kontaktach. Dalej idącą ewentualnością (gdy „stronami” sporu o wykonywanie kontaktów są rodzice dziecka) mogłaby być zmiana orzeczenia (jak można domniemywać z urzędu) w przedmiocie władzy rodzicielskiej, polegająca na powierzeniu rodzicowi dotychczas uprawnionemu do kontaktów sprawowania bezpośredniej pieczy nad dzieckiem, a więc nadania mu pozycji „pierwszoplanowego” opiekuna dziecka. Byłaby to „zamiana” dotychczasowej pozycji rodzica „pokrzywdzonego” w płaszczyźnie kontaktów z dzieckiem z rodzicem, który nie wykonywał należycie obowiązku umożliwienia kontaktów z dzieckiem. Obawa takiej potencjalnej „zamiany” miałaby skłaniać do lojalności rodzicielskiej i starannego wykonywania obowiązków dotyczących kontaktów.

Sugerowano „w przypadku silnego i długotrwałego konfliktu między rodzicami, niewykonywania orzeczeń sądu, a także (w przypadku bezskuteczności egzekucji orzeczonej sumy), zamianę kary pieniężnej na areszt”, co oznaczałoby powrót do tradycyjnego modelu egzekucyjnego.

Były też 2 głosy postulujące wprowadzenie penalizacji „niewykonywania orzeczeń sądu w zakresie wykonywania kontaktów (sankcja karna)”, jednakże bez sprecyzowania przesłanek nowego przestępstwa, z sugestią jedynie, iż przedmiotem ochrony prawnokarnej miałyby być powaga prawomocnego orzeczenia sądowego naruszona przez jego uporczywe niewykonywanie.

Zdecydowana większość sędziów (106 osób – 73,6%) była zdania, iż sama koncepcja postępowania przewidującego dolegliwość majątkową powinna zostać zachowana. Wymaga jednakże udoskonalenia.

Udoskonalenie koncepcji przewidującej sankcje o charakterze majątkowym

83 (100%) osoby ankietowane opowiedziały się za zachowaniem koncepcji przewidującej sankcje o charakterze majątkowym bądź poprzestając na tym stwierdzeniu, bądź przedstawiając swoje propozycje (a co najmniej sugestie do kierunku poszukiwania właściwego rozwiązania szczegółowego).

25 z nich (15%) było zdania, iż celowe byłoby wzbogacenie środków dolegliwości majątkowej w porównaniu ze stanem obecnym. W swobodnych wypowiedziach na ten temat zaproponowano świadczenie, którego odbiorcą byłby podmiot określony w ustawie bądź wskazany przez sąd, prowadzący działalność o charakterze charytatywnym lub służącą dzieciom. Jako przykłady potencjalnych beneficjentów takiego świadczenia wskazano „Caritas”, „Centrum Zdrowia Dziecka” czy też fundacje (inne organizacje pożytku publicznego) prowadzące działalność z zakresu ochrony zdrowia dzieci.

Padła także propozycja „powiązania” świadczeń alimentacyjnych należnych dziecku, spełnianych przez rodzica uprawnionego do kontaktów do rąk rodzica mającego status „pierwszoplanowego” opiekuna, z należyтым wykonywaniem praw i obowiązków w zakresie kontaktów z dzieckiem, tak aby obydwie „strony” były motywowane do wykonywania obowiązków. Naruszenia prawa do kontaktów mogłyby skutkować powstrzymaniem się uprawnionego do kontaktów z wykonaniem należnego w danym okresie świadczenia alimentacyjnego. (Dla zachowania równowagi zapewne „pierwszoplanowy” opiekun byłby zainteresowany uzależnieniem umożliwienia kontaktu od spełnienia świadczenia alimentacyjnego, co aktualnie niekiedy zdarza się w praktyce, choć nie ma żadnego uzasadnienia prawnego, ale taka propozycja nie została sformułowana). Kolejne „powiązanie” tych obowiązków, na jakie wskazano, miałyby polegać na dozwoleniu potrącenia ze świadczenia alimentacyjnego należnego dziecku od osoby uprawnionej do kontaktów z dzieckiem „sumy przymusowej” zasądzonej na rzecz uprawnionego do kontaktów będącego jednocześnie dłużnikiem alimentacyjnym w związku z niemożnością wykonania (należytego wykonania) orzeczenia (ugody) o kontaktach.

Wprowadzenie zróżnicowanych sankcji, nie tylko majątkowych

49 osób ankietowanych wskazało na celowość stosowania zróżnicowanych środków oddziaływania na podmiot niewykonyjący należycie obowiązków odnośnie do wykonywania kontaktów z dzieckiem, co do zasady bardziej dolegliwych, skuteczniej zapobiegających uchylaniu się od wykonywania obowiązków.

Najwięcej zwolenników (45 osób z 49) miała propozycja wprowadzenia obligatoryjnego etapu postępowania o wykonywanie orzeczenia (ugody) o kontaktach, przed ewentualnym zastosowaniem sankcji majątkowych, którego celem byłoby złagodzenie konfliktu. Miała to być mediacja bądź terapia rodzinna (także z udziałem dziecka, gdyby okazało się to wskazane w danym stanie faktycznym), w zależności od sytuacji w sprawie.

W wypowiedzi nieskategoryzowanej jeden z respondentów, nie postulując obligatoryjnej formy „mediacyjno-terapeutycznej” jako etapu postępowania, wskazał na potrzebę zorganizowania licznych, łatwo dostępnych, nieodpłatnych punktów spotkań, w których w nieoficjalnej atmosferze, w obecności psychologów mogłoby dochodzić do kontaktów, którym dotychczas towarzyszyła wysoka nieufność i konflikty. Odpowiednie

warunki spotkania, dyskretna obecność neutralnych, niezwiązanych z żadną ze stron, profesjonalnie przygotowanych osób trzecich, niwelowałyby strach przed „porwaniem” dziecka bądź niewłaściwym przebiegiem spotkania. W takich punktach, bez konieczności jakiegokolwiek „skierowania” i bez wnoszenia opłaty, osoby zainteresowane mogłyby także w dowolnym czasie uzyskać indywidualną poradę, pomoc, edukację, gdy napotykały trudności dotyczące wykonywania kontaktów bądź mają wątpliwości i obawy, czy na spotkania zezwolić, jak się zachować podczas spotkania z „drugą stroną”, nie dać się sprowokować do podjęcia nieodpowiedniej reakcji, którą zapewne „druga strona” będzie chciała wywołać, w jaki sposób przygotować do spotkania zarówno siebie, jak i dziecko, jak nawiązać kontakt z dzieckiem, zwłaszcza po dłuższym okresie niewidzenia bądź gdy poprzednim spotkaniom towarzyszyła napięta atmosfera.

40 respondentów było zdania, iż sąd powinien mieć możliwość oddalenia wniosku, gdy z okoliczności wynika, iż wnioskodawca nadużywa swego prawa, a także modyfikacji w ramach danego postępowania rozstrzygnięcia o kontaktach, aby je dostosować do okoliczności (w tym uniemożliwić, a co najmniej utrudnić zniweczenie celu orzeczenia, jakim są systematyczne, niezakłócone kontakty osoby uprawnionej z dzieckiem) – bez konieczności prowadzenia oddzielnego postępowania dotyczącego zmiany ustaleń kontaktów.

14 osób dostrzegало zaś celowość zmiany obowiązującego stanu prawnego przez uzależnienie zastosowania „sumy przymusowej” od winy umyślnej osoby, która naruszyła swoje obowiązki związane z kontaktami z dzieckiem.

Słowa kluczowe: dobro dziecka, kontakty z dzieckiem, osobista styczność, sankcje majątkowe.

Summary

Elżbieta Holewińska-Łapińska – Judges' assessment of efficiency of application of provisions on access to children (Art. 598¹⁵–598²⁰ of the Code of Civil Procedure) and their adequacy for practical needs in the light of a survey

The paper presents the results of a survey (in which 167 judges participated) on whether the practical application of Art. 598¹⁵–598²¹ of the Code of Civil Procedure led to satisfactory results.

157 respondents had strong views. Other respondents (6%) had no clear views on the matter.

Among the judges with strong views (157=100%) the following opinions were expressed: 21 persons (13.4%) assessed that the outcome of discussed proceedings was unequivocally satisfactory, because as a result of most (though not all) of them access to children is enabled, with a considerable likelihood that the state of affairs will continue in the future. The most numerous group of respondents (87 persons, 55.4%) were of the opinion that application of the provisions in force concerning access to children gave only partially satisfactory results, while 49 judges (31.2%) expressed their certainty that applying those provisions gave definitively unsatisfactory results. Judges who criticised the effectiveness of applying the current provisions on access to children believe that this situation is caused both by the facts of the cases and attitudes of the persons on whom it depends how the entitled person can contact the child, as well as by certain imperfections of the legal instruments available to courts in the cases in point.

Keywords: child's good, access to a child, personal contact, financial sanctions.

Elżbieta Holewińska-Łapińska*

Proces o ustalenie ojcostwa w aspekcie realizacji praw ojców

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

„Krajowy program działań na rzecz równego traktowania na lata 2013–2016” w obszarze VI „Równe traktowanie w dostępie do dóbr i usług” wymienia jako cel główny, opatrzony numerem ósmym – „przeciwdziałanie dyskryminacji ze względu na płeć w systemie sądownictwa rodzinnego”, wskazując, iż celem szczegółowym (oznaczonym jako podpunkt nr 8.1) jest „eliminowanie nierówności w procesie orzekania o prawach rodzicielskich i sprawowaniu opieki nad dzieckiem”¹. Zgodnie z „Programem”, kluczowymi działaniami mającymi doprowadzić do osiągnięcia „celu 8.1” jest, między innymi, „analiza prawa rodzinnego pod kątem dyskryminacji ze względu na płeć” oraz „analiza ilościowa i jakościowa stosowanej praktyki orzeczniczej w sprawach o przyznanie praw rodzicielskich i sprawowaniu opieki nad dzieckiem”.

Jedna z kolejnych² analiz spraw rodzinnych przeprowadzonych w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości, która potencjalnie mogłaby wykazać dyskryminację rodzica ze względu na płeć, dotyczyła 412 postępowań zakończonych prawomocnymi wyrokami ustalającymi ojcostwo, zawierającymi rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej, które zapadły w pierwszym półroczu 2014 r. w 118 wydziałach rodzinnych i nieletnich orzekających na obszarze 19 sądów okręgowych³.

Dobór spraw uwzględniał, że choć odnośnie do legitymacji procesowej i nabycia władzy rodzicielskiej nie ma od pewnego czasu w polskim prawie zróżnicowania według płci rodzica⁴, to jednak sąd w wyroku ustalającym ojcostwo, mogąc orzec

* Autorka jest profesorem w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości.

¹ Pełnomocnik Rządu do spraw Równego Traktowania, *Krajowy program działań na rzecz równego traktowania na lata 2013–2016*, Warszawa, 10 grudnia 2013 r., s. 127.

² Przykładowo M. Domański, *Powierzenie wykonywania władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców w wyroku rozwodowym*, „Prawo w Działaniu” 2015/21.

³ Były to wszystkie sprawy zakończone ustaleniem ojcostwa z orzeczeniem o władzy rodzicielskiej rodzica zapadłe we wszystkich Wydziałach Rodzinnych i Nieletnich Sądów Rejonowych w okręgach sądowych w Białymstoku, Bielsku-Białej, Bydgoszczy, Częstochowie, Elblągu, Gdańsku, Gliwicach, Gorzowie Wielkopolskim, Jeleniej Górze, Kaliszu, Katowicach, Kielcach, Koninie, Koszalinie, Krakowie, Krośnie, Legnicy, Lublinie i Łodzi. W całym roku 2014 załatwiono merytorycznie 4.562 sprawy, w tym ustalono ojcostwo w 4.367 (95,7%) sprawach.

⁴ Zróżnicowanie legitymacji procesowej według płci domniemanego rodzica zakończyło się przyznaniem domniemanemu ojcu czynnej legitymacji procesowej od 19.07.2004 r. (Dz. U. Nr 162, poz. 1691). Władza rodzicielska przysługuje rodzicowi z mocy prawa, gdy jego stan cywilny, jako rodzica określonego dziecka, zostanie ustalony, o ile przysługuje mu pełna zdolność do czynności prawnych, także niezależnie od płci poczętych, od 13.06.2009 r. (ustawa z 6.11.2008 r., Dz. U. Nr 220, poz. 1431).

o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej bądź dokonać ingerencji w wykonywanie władzy rodzicielskiej przez każde z rodziców, włącznie z jej pozbawieniem (art. 93 § 2 k.r.o.), potencjalnie mógłby niejednakowo traktować rodzica ze względu na płeć.

2. OSOBY WYSTĘPUJĄCE W PROCESIE

2.1. Częstotliwość wszczynania procesu przez podmioty dysponujące czynną legitymacją procesową

Matki dzieci w charakterze powodów wystąpiły w 246 sprawach (59,4%). Najczęściej, w 238 sprawach (57,8%), realizowały łącznie własne prawo oraz prawo dzieci, jako ich przedstawicielki ustawowe. Tylko w 8 przypadkach matki dzieci wytoczyły powództwo, realizując tylko własne prawo.

W 380 (92,2%) przeanalizowanych procesach **małoletnie dziecko** wystąpiło w pozycji powoda, w 361 sprawach reprezentowane przez matkę. W 19 sprawach w imieniu małoletnich dzieci powództwo zostało wytoczone przez opiekunów⁵.

Sprawa o ustalenie pochodzenia dziecka od ojca jest niewątpliwie „ważniejszą sprawą” dotyczącą osoby małoletniego. Artykuł 156 k.r.o. przewiduje obowiązek uzyskania przez opiekuna zezwolenia sądu opiekuńczego „we wszelkich ważniejszych sprawach”. Literalna wykładnia powołanego przepisu nie pozostawia wątpliwości, iż należałoby oczekiwać zezwolenia sądu na wniesienie powództwa o ustalenie ojcostwa. Takie stanowisko od kilkudziesięciu lat jest wypowiadane w doktrynie⁶. Z badanych akt wynikało w sposób niewątpliwy, że stosowne zezwolenie opiekunowie uzyskali w 3 sprawach, a w kolejnych 8 takim zezwoleniem nie dysponowali. W pozostałych sprawach z akt nie wynikało, czy opiekun przedstawił sądowi opiekuńczemu zamiar wystąpienia o ustalenie ojcostwa⁷. W żadnej ze zbędnych spraw, w których nie było postanowienia sądu opiekuńczego zezwalającego opiekunowi na wytoczenie powództwa o ustalenie pochodzenia pupila od ojca, nie nastąpiło udzielenie opiekunowi odpowiedniego terminu na uzyskanie stosownego orzeczenia (art. 70 § 1 k.p.c.)⁸. Wszystkie zbadane sprawy dotyczące omawianej

⁵ Najczęściej przyczyną ustanowienia dla dziecka opieki była małoletność matki (69 matek – 16,8% urodziło pozamałżeńskie dzieci, których dotyczyły badane postępowania, przed osiągnięciem 18. roku życia).

⁶ Tak z wyraźnym wskazaniem na pozew o ustalenie ojcostwa z nowszych wypowiedzi (z odwołaniem do wcześniejszej literatury) zob. J. Strzebińczyk, w: *System prawa prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, T. Smoczyński (red.), Warszawa 2011, s. 866; J. Gajda, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Pietrzykowski (red.), Warszawa 2015, s. 841 i powołana przez autorów literatura.

⁷ Być może sąd orzekający miał (z urzędu) stosowną wiedzę w tej kwestii, ale w aktach badanych spraw nie było orzeczenia sądu opiekuńczego, informacji o sprawie, w której sąd opiekuńczy rozważał omawianą kwestię, ani nie powołano jako dowodu akt innej sprawy ze wskazaniem jej sygnatury (co mogłoby uzasadniać przypuszczenie, że chodzi o stosowne postępowanie opiekuńcze z art. 156 k.r.o. i umożliwiałoby jego weryfikację).

⁸ Zob. J. Sadowski, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, J. Wierciński (red.), Warszawa 2015, s. 1023. Specyfika doboru spraw do badania, obejmującego wyłącznie sprawy zakończone ustaleniem ojcostwa, nie pozwala na ocenę stosowania art. 156 k.r.o. we wszystkich postępowaniach o ustalenie ojcostwa z pozwu opiekunów. Nie można wykluczyć, że w części spraw wniesionych przez opiekunów bez uprzedniego uzyskania zezwolenia sądu opiekuńczego nastąpiło oddalenie powództwa tylko z powodu owego braku, co było konsekwencją potraktowania zgody sądu opiekuńczego jako materialnoprawnej przesłanki zgłoszenia żądania o ustalenie ojcostwa. W powołanym komentarzu J. Sadowski krytycznie ocenił stanowisko wypowiedziane w postanowieniu SA w Katowicach z 7.10.2010 r. (I ACa 542/10), iż zgoda sądu opiekuńczego na wytoczenie powództwa przez opiekuna w imieniu podopiecznego stanowi materialnoprawną przesłankę zgłoszenia żądania, której brak prowadzi do jego oddalenia. Powołane orzeczenie dotyczyło opiekuna osoby ubezwłasnowolnionej, który w imieniu pupila złożył wniosek o ubezwłasnowolnienie matki tegoż pupila.

sytuacji toczyły się o ustalenie pochodzenia od ojców dzieci będących w wieku przedszkolnym. Było mało prawdopodobne, aby sąd opiekuńczy nie udzielił zezwolenia na wniesienie powództwa, gdyby opiekun o to się zwrócił. Nie mniej to wymagane ustawowe nie zostało spełnione.

Celowość uzyskiwania przez opiekuna zezwolenia na wytoczenie powództwa w sprawach o sądowe ustalenie ojcostwa może być uznana za wątpliwą. Należy zważyć, że aby sąd opiekuńczy mógł podjąć racjonalną decyzję odnośnie do zezwolenia na wniesienie pozwu o ustalenie ojcostwa przeciwko wskazanemu mężczyźnie, powinien dysponować dowodami uprawdopodobniającymi ojcostwo bądź potwierdzającymi (przykładowo wynik analizy DNA), że ten mężczyzna jest genetycznym ojcem. Winien więc „wyprzedzająco” przeprowadzić (co najmniej w pewnym zakresie) postępowanie dowodowe, które – w przypadku udzielenia zezwolenia – powieli następnie, już w procesie, sąd właściwy do ustalenia ojcostwa. W przeciwnym razie zadośćuczynienie wymaganiu wydania zezwolenia (bez stosownej wiedzy w przedmiocie prawdopodobieństwa ojcostwa) byłoby formalnością przedłużającą okres oczekiwania na prawomocne ustalenie ojcostwa. Z nielicznych akt spraw o udzielenie zezwolenia dołączonych do akt badanych nie wynikało, aby udzielenie zezwolenia było poprzedzone takimi ustaleniami, bowiem sąd zwykle jedynie zapoznawał się ze stanowiskiem opiekuna.

W 22 przypadkach (5,3%) sprawy toczyły się z **powództwa domniemanego ojca**. Prokurator był powodem tylko w 2 sprawach (0,5%).

2.2. Kuratorzy

W 30 przypadkach miejsce pobytu pozwanego mężczyzny nie było znane i był w związku z tym ustanowiony kurator. Były też przypadki powołania kuratora do reprezentowania dziecka, prawdopodobnie z uwagi na domniemywaną kolizję interesów w związku z zastosowanym odpowiednio art. 98 k.r.o. Powyższe potwierdza nadal występującą w orzecznictwie rozbieżność wynikającą z rozbieżnej wykładni § 2 i § 3 tego przepisu⁹.

Konieczne jest podkreślenie, że proces o ustalenie ojcostwa nie toczy się pomiędzy osobami mającymi względem siebie status prawny ojca i dziecka, choć można domniemywać, iż w większości przypadków te osoby łączy związek genetyczny o takim charakterze. Status prawny ojca mężczyzna w omawianej sytuacji uzyskuje (choć ze skutkiem wstecznym) dopiero z dniem uprawomocnienia się wyroku ustalającego jego ojcostwo. Nie można z góry przesądzić wyniku postępowania i wykluczyć prawdopodobieństwa oddalenia powództwa o ustalenie ojcostwa. Z tej przyczyny zasadne wydaje się twierdzenie, że art. 98 § 3 w zw. z art. 98 § 2 k.r.o. nie ma zastosowania

⁹ Zgodnie z art. 98 § 3 k.r.o. rodzice nie mogą reprezentować dziecka w postępowaniu dotyczącym spraw pomiędzy podmiotami określonymi w art. 98 § 2 k.r.o. (w szczególności jedno z rodziców nie może reprezentować wspólnego dziecka w procesie, w którym stroną postępowania jest drugie z rodziców). Jednoznacznie sformułowany wyjątek od tej zasady dotyczy uprawnienia jednego z rodziców do reprezentowania dziecka w postępowaniu przed sądem, gdy dochodzone jest roszczenie o należne dziecku „środki utrzymania i wychowania”. Jest więc oczywiste, że jedno z rodziców może reprezentować dziecko w procesie przeciwko drugiemu z rodziców o orzeczenie alimentów. Gdy w postępowaniu pozwane jest małoletnie dziecko, a powodem jest jedno z rodziców, przyjmuje się, że drugie nie może reprezentować dziecka, może natomiast pośrednio „bronić” interesów dziecka, uczestnicząc w postępowaniu jako interwenient uboczny (przykładowo odnośnie do procesu o rozwiązanie stosunku przysposobienia takie stanowisko wypowiedział Sąd Najwyższy w wyroku z 17.09.1982 r., II CR 340/82, OSNCP 1983/7, poz. 89).

do procesu o ustalenie ojcostwa, a więc nie ma podstawy do odmawiania matce, o ile ma w danym stanie faktycznym status przedstawicielki ustawowej dziecka, uprawnienia i obowiązku reprezentowania tego dziecka w procesie. Takie stanowisko, które podzielam, prezentuje wielu autorów wypowiadających się na ten temat¹⁰. Znajduje ono wyraz w praktyce większości sądów, co potwierdziło prezentowane badanie.

Źródła poglądu przeciwnego można dopatrywać się w stanowisku Sądu Najwyższego z 1952 r.¹¹, oraz w wypowiedziach J. Gwiazdomorskiego, który twierdził, że wyrok ustalający ojcostwo jest deklaratywny i „nie można wskutek tego twierdzić, że przed prawomocnością takiego wyroku pozwany nie jest jeszcze ojcem”¹².

Nie można tracić z pola widzenia zasady, iż stan cywilny można wykazać za pomocą aktu urodzenia, któremu przypisana jest w kolejnych ustawach – Prawo o aktach stanu cywilnego pozycja dowodu wyłącznego (art. 4 ustawy z 29.30.1986 r.¹³ oraz art. 3 ustawy z 28.11.2014 r.¹⁴). Ojciec pozamałżeński, który ojcostwa nie uznał (nie uznał dziecka), ani którego ojcostwa nie ustalił w prawomocnym orzeczeniu sąd, w świetle prawa ojcem nie jest i w licznych stanach faktycznych nigdy takiej pozycji prawnej nie uzyskuje.

Funkcję kuratora najczęściej (w 18 przypadkach) sądy powierzyły pracownikom sekretariatów sądowych, dwunastokrotnie krewnym osób zastępowanych¹⁵, trzykrotnie innym osobom. Żadna z wymienionych osób nie miała wykształcenia prawniczego. Tylko w pięciu przypadkach kuratorami byli prawnicy (adwokaci lub radcowie prawni)¹⁶. Wydaje się, iż najmniej efektywnie bronili interesów osoby zastępowanej kuratorzy będący pracownikami administracji sądowej.

¹⁰ Tak przykładowo Z. Krzemiński, *Legitymacja czynna w procesie o ustalenie ojcostwa*, „Palestra” 1966/1, s. 34 i n.; Z. Krzemiński, *Alimenty i ojcostwo. Komentarz*, Warszawa 2008; J. Ignaczewski, *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, J. Ignaczewski (red.), Sądowe Komentarze Tematyczne, Warszawa 2010, s. 102; H. Ciepla, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, K. Piasecki (red.), Warszawa 2011, s. 693; B. Trębska, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, J. Wierciński (red.), Warszawa 2014, s. 670.

¹¹ Uchwała pełnego składu Izby Cywilnej SN z 6.12.1952 r., C. Prez. 166/52, OSN 1953, poz. 31.

¹² J. Gwiazdomorski, w: *Sądowe ustalenie ojcostwa*, Warszawa 1977 oraz J. Gwiazdomorski, w: *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, J. St. Piątkowski (red.), Ossolineum 1985, s. 745, 748–749. Tak samo o skutkach wyroku przykładowo W. Stojanowska, w: *System prawa prywatnego*, t. 12, T. Smyczyński (red.), s. 204. Odmienne K. Korzan, *Charakter i skutki wyroków ustalających ojcostwo, zaprzeczających ojcostwo oraz zagadnienie legitymacji*, „Prace Prawnicze Uniwersytetu Śląskiego” 1975/6, s. 71; A. Jakubecki, *Charakter prawny powództwa o ustalenie i zaprzeczenie pochodzenia dziecka oraz o ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa*, Polski Proces Cywilny 2011/3; B. Trębska, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, J. Wierciński (red.), Warszawa 2014, s. 672. Stanowisko J. Gwiazdomorskiego należy rozważać zważywszy, iż autor krytycznie oceniał dopuszczalność legitymacji czynnej matki dziecka, odmawiał też matce uprawnienia do wytoczenia powództwa o ustalenie ojcostwa w imieniu dziecka. Obawiał się bowiem kolizji interesów, a w szczególności nie wykluczał wytoczenia powództwa przez matkę w złej wierze przeciwko mężczyźnie, który nie jest ojcem, w zamian za korzyść majątkową otrzymaną od rzeczywistego ojca dziecka. Wdrożenie do praktyki sądowej dowodu z badań DNA powoduje, iż te obawy współcześnie nie wydają się uzasadnione. W związku z powyższym, a także zważywszy na upływ czasu od wypowiedzenia tego poglądu, którego nieżyjący autor nie może zweryfikować, skłania ku przeświadczeniu, że stanowisko J. Gwiazdomorskiego współcześnie nie powinno wpływać na praktykę sądową.

¹³ Tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 212, poz. 1264.

¹⁴ Dz. U. z 2014 r. poz. 1741.

¹⁵ Obowiązkiem kuratora jest „obrona praw” osoby zastępowanej, możliwa gdy kurator posiada odpowiednią wiedzę o okolicznościach sprawy i aktywnie uczestniczy w postępowaniu. Jedynie najbliżsi krewni spełniający tę funkcję wykazali pewną aktywność. Osoby takie, gdy były przeświadczone o zasadności powództwa (przykładowo, gdy pozwany i matka dziecka pozostawali w konkubinacie w okresie poczęcia i przez pewien czas po urodzeniu dziecka), niejednokrotnie bardziej „broniły” interesów dziecka i jego matki niż pozwanego, którego zastępowały. Na temat obowiązków kuratora zob. przykładowo A. Jurzec-Jasiecka, A. Jasiecki, *Wybrane zagadnienia dotyczące instytucji kuratora procesowego dla osoby, która nie jest znana z miejsca pobytu* (art. 143–144 k.p.c.), PS 2014/7–8.

¹⁶ 12.01.2015 r. wpłynął do Sejmu VII kadencji senacki projekt nowelizacji art. 99 k.r.o. (druk nr 3105), będący wykonaniem postulatów wynikających z wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 11.02.2014 r., S 2/14, przewidujący nową treść art. 99 § 2 k.r.o., zgodnie z którą co do zasady kuratorem powinien być ustanowiony adwokat lub radca prawny. Przed zakończeniem kadencji Sejmu nie został jednak uchwalony.

2.3. Pełnomocnicy

W 97 sprawach (23,5%) powód był reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika procesowego, a w 4 przypadkach przez pełnomocnika nieprofesjonalnego, we wszystkich przypadkach osobę z kręgu najbliższej rodziny (rodzica, dziadka lub babcię). Osoby pozwane były reprezentowane przez profesjonalnych pełnomocników w 64 sprawach (15,6%).

3. POZWY I STANOWISKO POZWANYCH WOBEC ZAWARTCH W NICH ŻADAŃ

3.1. Forma pozwów i zawarte w nich żądania

W 50 sprawach autorami pozwów byli prawnicy (w 48 adwokaci lub radcowie prawni, w 2 prokuratorzy). Osoby mające status strony powodowej sporządziły osobiście 351 pozwów (85,2%) – w każdym razie z akt spraw nie wynikało, aby korzystały z pomocy specjalistów lub organizacji pomocowych¹⁷. 167 (39,8%) pozwów sporządzono odręcznie, 2 miały formę powielonych druków wypełnionych przez powoda (w jednym przypadku „mechanicznie”, całkowicie bezrefleksyjnie)¹⁸, pozostałe były wydrukami komputerowymi. 69 odręcznych pozwów (16,7%) zawierało niezbędne elementy pisma procesowego, kolejnych 98 (23,8%) sporządzonych odręcznie tego wymogu nie spełniało. Były nieporadne, z licznymi błędami językowymi i ortograficznymi. Pozwy mające formę wydruków komputerowych w 182 przypadkach spełniały wymogi pisma procesowego. Pozostałe miały liczne usterki. Łącznie więc 251 pozwów (60,9%) można było uznać za posiadające zadowalającą treść z punktu widzenia wymagań pisma procesowego. Blisko 40% pozwów tym wymaganiom nie sprostało. Można domniemywać, że część powodów posługiwała się jakimś schematycznym wzorem pozwu z uzasadnieniem (zapewne sporządzonym przed 2009 r.).

Tabela: Żądania pozwu		
Żądania pozwu	Częstość	Procent
Ustalenie ojcostwa	407	98,8
Nadanie dziecku nazwiska o określonym brzmieniu	244	59,2
Orzeczenia o władzy rodzicielskiej	308	74,8
Orzeczenia o kontaktach ojca z dzieckiem	7	1,7
Alimenty dla dziecka	373	90,5
Zwrot wydatków związanych z ciążą, porodem, „wyprawką”	129	31,3
Inne	7	1,7
Liczba pozwów 412 = 100%		

Źródło: opracowanie własne

¹⁷ Czterokrotnie powodowie stwierdzili, iż korzystali z pomocy przy sporządzaniu pozwu, z tym że w 3 przypadkach informacja taka nie ujawniała rzeczywistego autora pozwu (w aktach była mowa o korzystaniu z pomocy „innej osoby”, „organizacji pozarządowej”, „bezpłatnej pomocy prawnej”), a w jednym przypadku wskazano, że pozew sporządził wolontariusz fundacji „Academia Iuris”, mającej siedzibę w Warszawie.

¹⁸ Uwaga ta dotyczy głównie przykładowego uzasadnienia zawartego we wzorze, które zostało przyjęte przez autora za własne, mimo oczywistej sprzeczności ze stanem faktycznym.

W większości pozwów (407 – 98,8%) było jednoznacznie wysłowione **żądanie ustalenia ojcostwa**. W pozostałych co najmniej tak sądy zinterpretowały treść pisma powoda. W 373 (90,5%) pozwach było żądanie od domniemanego ojca **alimentów na rzecz dziecka**. W 371 wskazano żadaną kwotę miesięcznych świadczeń. Najniższa żądana kwota do 200 zł, najwyższa – 4.000 zł. Co dziesiąte żądanie dotyczyło kwoty od 200 do 450 zł miesięcznie. Tylko w 7% spraw przekraczało 1.000 zł (w 19 przypadkach była to kwota od 1.076 zł do 1.500 zł, w 6 przypadkach 2.000 zł, w jednym 2.500 zł i w jednym 4.000 zł)¹⁹. Nie rzadziej niż w co trzecim pozwie (w 129 pozwach – 31,4%) matki domagały się zasądzenia określonej kwoty (od 300 zł do 19.000 zł) tytułem **zwrotu wydatków związanych z ciążą i porodem** (w tym części – zwykle połowy – kosztów tzw. wyprawki, czyli wydatków na przedmioty przeznaczone dla dziecka). Najczęściej – w 24 pozwach (18,6% pozwów, w których było omawiane żądanie) dochodzono kwoty 1.000 zł oraz 2.000 zł i 3.000 zł.²⁰ W 244 pozwach (59,2%) było sformułowane żądanie dotyczące **brzmienia nazwiska dziecka**. Powodowie – domniemani ojcowie – oczekiwali, że dziecko będzie nosiło wyłącznie ich nazwisko. Matki (w imieniu własnym i dziecka) najczęściej pragnęły, aby dziecko nosiło wyłącznie ich nazwisko, ewentualnie nazwisko połączone w szyku ustawowym. Żądanie przez matkę nadania dziecku nazwiska ojca dotyczyło prawie wyłącznie sytuacji, gdy takie nazwisko nosiło już inne dziecko pochodzące od tego samego mężczyzny. Częstość żądania orzeczenia o **władzy rodzicielskiej** (w 308 pozwach – 74,8%) jest związana z doborem próby badawczej (tylko sprawy z rozstrzygnięciem w wyroku o władzy rodzicielskiej ojca)²¹.

3.2. Wykazywanie podstawy domniemania z art. 85 § 1 k.r.o.

Uprawdopodobnienie przez stronę powodową obcowania w okresie koncepcyjnym nastąpiło tylko w co trzeciej sprawie (w 124 sprawach – 30,1%). Twierdzenie strony powodowej uwiarygodniły w 99 przypadkach zeznania świadków, w 21 fotografie i korespondencja (w formie elektronicznej) matki z domniemanym ojcem, w 28²² inne dowody²³.

¹⁹ Najczęściej – w 96 pozwach (25,9% przypadków żądania alimentów o określonej wysokości) strona powodowa domagała się 500 zł miesięcznie, a w kolejnych 81 pozwach (21,8% przypadków żądania alimentów o określonej wysokości) 600 zł miesięcznie, w 43 pozwach (11,6% przypadków żądania alimentów o określonej wysokości) było to 800 zł, w 35 pozwach – 700 zł (9,4% przypadków żądania alimentów o określonej wysokości), w 29 pozwach – 1.000 zł (7,8% przypadków żądania alimentów o określonej wysokości). W 27 pozwach żądana kwota wyniosła od 1.076 zł do 4.000 zł (w jednym przypadku).

²⁰ Pozostając przy roszczeniach majątkowych, odnotowuję, że siedmiokrotnie w pozwach matki dzieci żądały świadczeń alimentacyjnych na swoje utrzymanie w okresie pieczy nad małym dzieckiem w kwotach od 300 zł do 500 zł miesięcznie.

²¹ W 22 sprawach, w których powodem był domniemany ojciec, w 9 pozwach (40,9%) było sformułowane żądanie dotyczące władzy rodzicielskiej. Domniemani ojcowie w pozwach zdecydowanie rzadziej od pozostałych powodów domagali się rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej. Pozwy w 390 zbadanych sprawach zostały wniesione przez inny niż domniemany ojciec uprawniony podmiot. Żądanie dotyczące władzy rodzicielskiej zawarto w 299 z nich (76,7%).

²² Wymienione dowody nie sumują się do 124, gdyż w poszczególnych postępowaniach było ich więcej niż jeden.

²³ Przykładowo akta sprawy o zaprzeczenie ojcostwa męża matki, z których wynikało, iż mężczyzna wskazywany w obecnym procesie jako ojciec przyznawał obcowanie z matką dziecka bądź ojcostwo było potwierdzone badaniami genetycznymi, odpis aktu oskarżenia pozwanego o gwałt, wskutek którego nastąpiło poczęcie, akta spraw karnych bądź wyroki skazujące za przestępstwa związane z obcowaniem z matką dziecka, orzeczenie wydane na podstawie art. 141 k.r.o., dokumentacja starań domniemanego ojca o przerwę w wykonywaniu kary pozbawienia wolności z powoływaniem się na konieczność zapewnienia opieki ciężarnej partnerce lub matce jego dziecka, którego stan cywilny pragnie ustalić, oświadczenia potwierdzające ojcostwo i zawierające zobowiązanie do świadczenia alimentów na rzecz dziecka, raporty z „prywatnych” badań DNA itp.

W 288 sprawach (69,9%) nie nastąpiło uprawdopodobnienie przez powoda obcowania w okresie koncepcyjnym. Gdyby model procesu o ustalenie ojcostwa był realizowany skrupulatnie, powinno w tych sprawach nastąpić oddalenie żądania pozwu. Sądy przechodziły do porządku dziennego nad tą niedoskonałością zachowania powodów, przede wszystkim w sytuacji, gdy strona pozwana nie zaprzeczała obcowaniu, ale je potwierdzała.

W 99 (24%) sprawach pozwany mężczyzna przyznał ojcostwo, co nie było przedmiotem weryfikacji. W 120 przypadkach (29,1%) nastąpiło wysłuchanie informacyjne matki i domniemanego ojca, a następnie zarządzenie dowodu z badań genetycznych. W kolejnych 18 sprawach (4,4%) po wysłuchaniu matki i mężczyzny wskazanego w pozwie jako ojciec dziecka, rozpoczęło się postępowanie dowodowe, ale nie zostało zarządzone badanie genetyczne. Niezależnie od płci powoda uprawdopodobnienie podstawy domniemania ojcostwa w większości spraw albo nie miało miejsca, albo było niedoskonałe.

3.3. Stanowisko pozwanych

Stanowisko pozwanych matek Pozwane matki tylko w 3 sprawach uznały wszystkie żądania zawarte w pozwach domniemanych ojców. W pozostałych przypadkach, w których uznały żądanie ustalenia ojcostwa bądź takie żądanie sformułowały, przedstawiły (inne niż powodowie) stanowisko co do sposobu unormowania osobowych i majątkowych następstw ustalenia ojcostwa (nazwisko dziecka, władza rodzicielska, alimenty).

Stanowisko pozwanych domniemanych ojców (390 spraw). W 39 (10%) przypadkach pozwany przyznał, że jest ojcem i uznał wszystkie żądania pozwu, w 100 (25,6%) także potwierdził, że dziecko od niego pochodzi, ale w tych sprawach uznanie dotyczyło tylko żądania ustalenia ojcostwa, a co najmniej jedno z innych żądań pozwu zostało zakwestionowane. W 90 sprawach (23%) pozwany wnosił o oddalenie pozwu w całości z tej przyczyny, że nie jest ojcem dziecka (co wobec wyniku postępowania w sprawie nie było uzasadnione), w 66 (16,9%) sprawach zajął inne stanowisko²⁴. Argumentacja pozwanych, którzy kwestionowali ojcostwo, przedstawiona przez nich w aktach spraw była następująca:

- najliczniejsi (59 pozwanych) twierdzili, że matka dziecka obcowała z innym mężczyzną w okresie, w którym doszło do poczęcia. 51 ograniczyło się do powyższego stwierdzenia, przemilczając charakter swojej znajomości z powódką, a kolejnych 8 – też powołujących się na tę okoliczność – podało jeszcze inne argumenty przeciwko prawdopodobieństwu swego ojcostwa (przykładowo własną bezpłodność albo stosowanie antykoncepcji podczas obcowania z matką dziecka, albo wyższe prawdopodobieństwo ojcostwa innego mężczyzny z uwagi na termin bądź częstotliwość obcowania matki dziecka z nim i z pozwanym);
- 9 pozwanych przyznało, że obcowali z matką dziecka, ale ponieważ wyłącznie jeden raz, to jest nieprawdopodobne, aby skutek tego obcowania

²⁴ Najczęściej wskazywał na wątpliwości, czy dziecko od niego pochodzi i wyrażał pragnienie wyjaśnienia tych wątpliwości za pomocą badań genetycznych. W pozostałych sprawach nie było wyrażone żadne stanowisko merytoryczne bądź pozwany zmieniał stanowisko (niekiedy kilkakrotnie).

mogło zostać poczęte dziecko (temu twierdzeniu nie towarzyszyło jednak wyjaśnienie, jaka jest przesłanka przeświadczenia, że domniemanie ojcostwa w danym przypadku rozmija się z rzeczywistością);

- 8 pozwanych kwestionowało fakt obcowania kiedykolwiek z matką dziecka, w tym jeden z nich dodatkowo twierdził, że nawet nie zna powódki (tzn. zna ją tylko z widzenia);
- 5 pozwanych nie kwestionowało obcowania z matką dziecka, ale twierdzili, że dawno i nie pamiętają, czy mogło to być w czasie, gdy zostało poczęte dziecko;
- 4 pozwanych twierdziło, że podczas stosunku z matką były stosowane środki antykoncepcyjne i w związku z tym nie mogło dojść do poczęcia;
- 3 pozwanych było przeświadczonych o swojej bezpłodności.

Mężczyźni, którzy przyznali swoje ojcostwo, ale zakwestionowali inne żądanie pozwu, najczęściej nie akceptowali roszczeń majątkowych związanych z ojcostwem. W 90 przypadkach²⁵ negowali zasadność zasądzenia alimentów w żądanej kwocie, w 6 nie godzili się na zasądzenie świadczeń alimentacyjnych za okres poprzedzający datę wyroku w sprawie o ustalenie ojcostwa, w 22 przypadkach nie godzili się na zasądzenie kwot żądanych tytułem zwrotu części wydatków poczynionych przez matki w związku z ciążą, porodem, utrzymaniem w okresie porodu, w tym wydatków na tzw. wyprawkę dla dziecka. W jednym przypadku pozwany wnosił o oddalenie żądania alimentów na utrzymanie matki zajmującej się wyłącznie pieczą nad niemowlęciem.

Pozwani ojcowie przyznający, że dziecko od nich pochodzi, w 49 przypadkach wnosili o oddalenie żądania matek odnośnie do pozbawienia ich władzy rodzicielskiej lub innej ingerencji w tę władzę ograniczającej jej zakres, w 30 zaś nie akceptowali propozycji matek co do brzmienia nazwiska dzieci, obstając przy żądaniu, aby sąd nadał dziecku wyłącznie ich nazwisko.

4. POSTĘPOWANIE DOWODOWE I ROZSTRZYGNIĘCIA MERYTORYCZNE W WYROKACH USTALAJĄCYCH OJCOSTWO

4.1. Ogólne informacje o przeprowadzonych dowodach i aktywności stron w postępowaniu

W zbadanych sprawach zwracała uwagę niejednakowa aktywność matek i domniemanych ojców w postępowaniu.

Matki przesłuchane były w 98,8% spraw, domniemani ojcowie w 75,5%. Pozwani mężczyźni rzadziej od matek zgłaszali wnioski dowodowe, przykładowo tylko w 31 sprawach (7,5%) wnosili o przesłuchanie świadków, podczas gdy matki dzieci taką inicjatywę wykazały w 168 (40,8%) sprawach. Jedynie wnioski o ekspertyzę genetyczną składali zdecydowanie częściej niż matki.

²⁵ Zważywszy, iż w 100 przypadkach pozwani ojcowie, przyznający pochodzenie od nich dzieci, zakwestionowali inne, poza ustaleniem ojcostwa, żądania pozwów – dane liczbowe pokrywają się z procentowymi (100 = 100%), nie zachodzi więc potrzeba podawania przy poszczególnych stanowiskach procentów.

Tabela: Przeprowadzone dowody			
L.p.	Przeprowadzone dowody	Częstość	Procent*
1.	Z odpisu pełnego aktu urodzenia dziecka	379	92,0
2.	Z odpisu skróconego aktu urodzenia dziecka	17	4,1
3.	Przesłuchanie domniemanego ojca	312	75,5
4.	Przesłuchanie matki	407	98,8
5.	Przesłuchanie przedstawiciela ustawowego dziecka – opiekuna	14	3,4
6.	Przesłuchanie świadków zgłoszonych przez domn. ojca	31	7,5
7.	Przesłuchanie świadków zgłoszonych przez matkę	168	40,8
8.	Przesłuchanie innych świadków	2	0,5
9.	Z akt spraw o kwestionowanie ojcostwa w stosunku do dziecka	21	5,1
10.	Z innych akt sądowych	44	10,7
11.	Z określonych dokumentów ze wskazanych akt sądowych	33	8,0
12.	Z dokumentacji medycznej dotyczącej przebiegu ciąży i porodu	62	15,0
13.	Z raportu o wynikach badań DNA	162	39,3
14.	Informacja o karalności domniemanego ojca	28	6,8
15.	Umowa o pracę/inna matki dokumentująca przychody	84	20,4
16.	Umowa o pracę/inna domn. ojca dokumentująca przychody	85	20,6
17.	PIT matki	20	4,9
18.	PIT domniemanego ojca	17	4,1
19.	Dokumenty stw. bezrobocie (poszukiwanie pracy) matki	108	26,2
20.	Dokumenty stw. bezrobocie (poszukiwanie pracy) domn. ojca	36	8,7
21.	Rachunki potwierdzające wydatki na dziecko	114	27,7
22.	Rachunki potwierdzające wydatki związane z ciążą i porodem	64	15,5
23.	Zaświadczenia, decyzje pomocy społecznej dot. matki i dziecka	172	41,7
24.	Opinia ROD-K przygotowana do tej sprawy	3	0,7
25.	Inne	164	39,8

* 412=100%

Źródło: opracowanie własne.

W 47 sprawach, w których mężczyźni mieli pozycję pozwanych, zostały wydane wyroki zaoczne, co stanowi 12% takich spraw, a w kolejnych 30 (7,7%) ustanowiono kuratorów zastępujących pozwanych, których miejsca pobytu nie udało się ustalić. Łącznie więc prawie co piąty pozwany mężczyzna nie brał udziału w postępowaniu. Można sądzić, że w części z tych spraw pozwani wiedzieli o postępowaniu, gdyż zarówno ich krewni, jak i matki dzieci informowały sąd, że mają kontakt telefoniczny z pozwanymi, którzy nie chcieli ujawnić miejsca swojego faktycznego pobytu (w kraju lub za granicą) bądź wyrażali brak chęci do stawienia się w sądzie. W kilku przypadkach pozwani ukrywali się w związku z popełnieniem przestępstw, ucieczką z zakładu karnego lub niestawieniem się w takim zakładzie w celu odbycia kary pozbawienia wolności. Sądy w licznych sprawach podejmowały z urzędu szereg czynności w celu ustalenia miejsca pobytu pozwanego, a wezwania

były niekiedy doręczane przez funkcjonariuszy Policji, co jednak nie zawsze powodowało stawienie się pozwanego.

4.2. Postępowanie w przedmiocie ustalenia pochodzenia dziecka od mężczyzny wskazanego w pozwie, jako jego ojciec

W zbadanych sprawach stosowano głównie „tradycyjne” środki dowodowe. Szczególnie często, co oczywiste i celowe, sąd ustalał okoliczności mogące potwierdzać obcowanie stron oraz stanowisko matki i domniemanego ojca w przedmiocie prawdopodobieństwa pochodzenia dziecka od tego mężczyzny. Prawie we wszystkich sprawach, w których na rozprawie byli obecni domniemany ojciec i matka dziecka, sądy przeprowadzały ich przesłuchanie informacyjne. W pierwszym etapie postępowania nie był stosowany dowód z przesłuchania stron (art. 299 k.p.c.), ale – zgodnie z jego rolą określoną w procesie – na końcu postępowania, choć nie we wszystkich sprawach²⁶.

Przesłuchanie matek nastąpiło w 407 sprawach (98,8%), domniemanych ojców w 312 sprawach (75,5%). W 14 sprawach sądy przesłuchiwały opiekunów małoletnich dzieci, których pochodzenie od ojca miało być ustalone. Zwykle tę funkcję pełniły osoby bliskie dziecku (najczęściej jedno lub oboje rodziców matki), mające pewną orientację na temat relacji osobistych matek dzieci i domniemanych ojców. Wysłuchani zostali świadkowie, głównie wskazani przez matki (w 168 sprawach – 40,8%), mniej licznie przez ojców (w 31 sprawach – 7,5%), a tylko w 2 sprawach zgłoszeni przez inne osoby.

Ojcostwo mężczyzny wskazanego jako ojciec w części spraw uprawdopodobniały wyniki postępowań o zaprzeczenie pochodzenia dziecka od męża matki (w 21 sprawach – 5,1%), a także akta spraw karnych przeciwko pozwanemu mężczyźnie (w szczególności gdy do poczęcia dziecka doszło przed ukończeniem przez matkę 15. roku życia).

Ustaleniu najbardziej prawdopodobnego okresu poczęcia może służyć przeprowadzenie dowodu z porównania daty obcowania stron ze stopniem rozwoju dziecka w chwili jego urodzenia. Taki dowód z opinii biegłego neonatologa był przeprowadzony w jednej sprawie. W 62 sprawach (15%) był przeprowadzony dowód z dokumentacji medycznej przebiegu ciąży i porodu, w której zawarte są informacje pozwalające na precyzyjne ustalenie najbardziej prawdopodobnego terminu poczęcia dziecka przez podmiot oceniający dysponujący odpowiednią wiedzą.

W sprawie o ustalenie ojcostwa najistotniejsze jest usunięcie wszelkich wątpliwości, czy domniemany ojciec jest w istocie ojcem genetycznym dziecka. Można to uczynić w sposób pewny, przeprowadzając badania DNA z zachowaniem wiarygodnej procedury. Raport z wyników takiego badania był dowodem w blisko 40% zbadanych spraw. Inicjatywa w przedmiocie przeprowadzenia badań DNA w 99 sprawach należała do domniemanego ojca, w 17 przedstawili ją zgodnie domniemany ojciec i matka dziecka. Pięciokrotnie inicjatywa należała tylko do matki.

²⁶ Gdy zostało zarządzone przesłuchanie stron w trybie art. 299 k.p.c., strony stwierdzały, że podtrzymują swoje wcześniejsze wyjaśnienia złożone na podstawie art. 212 k.p.c. Dlatego informacje liczbowe o przesłuchaniu matek i domniemanych ojców dotyczą przypadków, gdy w aktach są ich zeznania bez rozróżnienia, czy miały tylko charakter informacyjny, czy też był to formalnie przeprowadzony „dowód z przesłuchania stron”.

W 39 sprawach przeprowadzenie dowodu z badań DNA zarządził sąd z urzędu. W 8 przypadkach co najmniej jedna z osób, od których miał być pobrany materiał biologiczny, odmówiła uczestnictwa w badaniu. W 4 przypadkach pozwany mężczyzna nie stawiał się na badanie (co zapewne było związane z niewpłaceniem zaliczki na koszty jego przeprowadzenia).

W 96 sprawach wstępnie pełny koszt badania został pokryty przez Skarb Państwa (ze środków sądu orzekającego), a w kolejnych 3 sprawach Skarb Państwa dopłacił do zaliczki wpłaconej przez matkę (w jednej sprawie) i domniemanego ojca (w 2 sprawach). Tak więc w 99 sprawach nie było jakiegokolwiek uzależnienia przeprowadzenia badań od aktualnych możliwości płatniczych stron postępowania. W 55 sprawach zaliczkę na koszt badań DNA²⁷ wniósł domniemany ojciec, w 2 sprawach matka dziecka, a w jednym przypadku obydwie te osoby. Ostateczny koszt badań DNA wynosił od 587 zł 33 gr. (w jednym przypadku) do 3.029 zł 17 gr. Jednakże tylko w 12 sprawach wynosił nie więcej niż 1.490 zł. W pozostałych był nie niższy od 1.600 zł. Ostatecznie, zgodnie z ustaleniami zawartymi w wyrokach, w 80 przypadkach całkowity koszt badania DNA mieli pokryć ojcowie, w 2 przypadkach oboje rodzice w proporcjach ustalonych w wyroku, w 65 przypadkach Skarb Państwa. W pozostałych wyrokach rozstrzygnięcia były zróżnicowane i polegały na podzieleniu kosztu badania pomiędzy ojca ustalonego w wyroku a Skarb Państwa. Poczynione ustalenia uzasadniają ocenę, iż koszt badań DNA nie stanowił dla stron (w szczególności domniemanych ojców, którzy najczęściej wnioskowali o przeprowadzenie takich badań) niemożliwej czy bardzo trudnej do pokonania bariery w ustaleniu pochodzenia dziecka. Sądy w zbadanych sprawach bardzo wyrozumiale podchodziły do sytuacji stron o złym statusie materialnym²⁸. Mimo tego w większości (60%) spraw badań genetycznych nie przeprowadzono²⁹.

4.3. Postępowanie w przedmiocie władzy rodzicielskiej oraz stanowisko ojców odnośnie do ich władzy rodzicielskiej

Żądanie w przedmiocie określonego orzeczenia o władzy rodzicielskiej zostało sformułowane w 303 (73,5%) pozwach, w 4 (1%) odpowiedziach na pozew, w 12 przypadkach (2,9%) w zawierających tylko to żądanie pismach procesowych matek, 2 razy

²⁷ Zaliczka, do której wpłacenia została zobowiązana strona postępowania, wynosiła od 200 zł do 2.000 zł, jednakże w 76,3% przypadków nie przekraczała 500 zł i była dostosowana do możliwości majątkowych osoby, która miała ją wpłacić. W 4 przypadkach zaliczka nie została wpłacona i zapewne w związku z tym badanie nie zostało przeprowadzone.

²⁸ G. Niemiałowska (*Problematyka procesowa dowodu z DNA*, „Rodzina i Prawo” 2006/1) zbadała praktykę sądów warszawskich w sprawach o ustalenie ojcostwa z okresu od lipca 2004 r. do marca 2005 r. Koszt badań DNA wynosił 1.550 zł. Wszystkie badania przeprowadzone zostały przez dwie placówki: Zakład Medycyny Sądowej Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego oraz spółkę „Instytut Badań DNA” (*Problematyka procesowa...*, s. 63). Autorka stwierdziła, iż w zbadanych sprawach sądów warszawskich Skarb Państwa nadmiernie często był obciążany kosztami badań DNA, a zła sytuacja materialna strony nie powinna przesądzać o zwolnieniu jej z ponoszenia kosztów badań DNA w 100%. Wskazuje to na utrwaloną praktykę odnośnie do zakresu obciążania kosztami ekspertyzy genetycznej Skarbu Państwa.

²⁹ Były to głównie sprawy, w których pochodzenie dziecka od ojca dla obojga rodziców było niewątpliwe, co dotyczyło 150 przypadków (36,5% zbadanych spraw), oraz sprawy, w których nie było stosownego wniosku, głównie dlatego, że matka dziecka nie miała wątpliwości, iż pozwany mężczyzna jest ojcem, a on nie uczestniczył w postępowaniu (był zastępowany przez kuratora, albo były spełnione przesłanki wydania wyroku zaocznego – taka sytuacja dotyczyła 77 spraw). Tylko w 2 przypadkach, gdy pozwany nie uczestniczył w postępowaniu, został przeprowadzony dowód z wyników badań DNA, w których uczestniczyli jego krewni.

(0,5%) w pismach domniemanych ojców oraz w formie złożonego podczas rozprawy, jednoznacznie sformułowanego, „oświadczenia” zawierającego takie żądanie w 79 sprawach. W pozostałych sprawach żądanie w przedmiocie rozstrzygnięcia w wyroku o władzy rodzicielskiej było formułowane w inny sposób lub jednoznacznie nie zostało wysłowione. Żądania (inaczej sformułowane oczekiwania) dotyczące pozbawienia władzy rodzicielskiej lub innej ingerencji w zakres władzy rodzicielskiej ojca wyrażone w procesach, w których domniemany ojciec nie był powodem (390 spraw = 100%), przed przeprowadzeniem postępowania dowodowego, były następujące: „nie przyznawać” ojcu władzy rodzicielskiej – 169 przypadków (43,3% żądań, gdy powodem w sprawie nie był domniemany ojciec), pozbawić go władzy rodzicielskiej – 145 przypadków (37%), ograniczyć władzę rodzicielską na podstawie art. 107 k.r.o. do określonych obowiązków i uprawnień dotyczących osoby dziecka – 57 przypadków (14,6%), zawiesić władzę rodzicielską – 4 przypadki (1%), ograniczyć władzę rodzicielską na podstawie art. 109 k.r.o. – 1 przypadek (0,3%).

W 4 przypadkach wyrażone zostało stanowisko, że ojciec powinien mieć pełną władzę rodzicielską, a w 10 nie było żadnego stanowiska.

Zwraca uwagę, że w 80,5% spraw, w których ustalenia ojcostwa nie żądali sami domniemani ojcowie, strona powodowa nie chciała, aby ojciec miał władzę rodzicielską nad dzieckiem choćby w symbolicznym zakresie. Większość wyrażała to, używając formuły o „nie przyznaniu” władzy rodzicielskiej. Formuły takiej używali niekiedy w pozwach także profesjonalni pełnomocnicy. W takiej sytuacji trudno ocenić, czy było to przejawem ignorancji w zakresie stanu prawnego, który uległ zmianie w 2009 r., czy wyrazem swoistej taktyki procesowej (by nie zadrażniać sytuacji żądaniem pozbawienia władzy rodzicielskiej, mającym pejoratywne zabarwienie), czy też autorzy tak sformułowanego żądania wyrażali przeświadczenie, że jest to najbardziej racjonalne rozwiązanie, oznaczające, że z obiektywnych przyczyn dla dziecka będzie korzystne, aby wszystkie decyzje o jego sprawach należały nadal do matki.

W połowie spraw z pozwu domniemanych ojców pozwane matki żądały także pozbawienia ojców władzy rodzicielskiej. Łącznie w 156 sprawach (37,9%) przedstawiono żądanie pozbawienia władzy rodzicielskiej mężczyzny, którego ojcostwo miał ustalić sąd.

Domniemani ojcowie, bezpośrednio po zapoznaniu się z żądaniem strony przeciwnej, wyrazili następujące stanowiska: w 88 sprawach uznali żądanie, w 53 sprawach przedstawili propozycje odnośnie do ukształtowania swojej władzy rodzicielskiej, akceptując, iż matka dziecka zachowa pozycję „pierwszoplanowego” rodzica i pełną władzę rodzicielską, w 33 sprawach ograniczyli się do ogólnego stwierdzenia, że chcieliby widywać dziecko i mieć wpływ na jego los bez precyzowania, jak miałyby być ukształtowane ich władza rodzicielska i bez jednoznacznego odniesienia się do żądania strony przeciwnej, w 5 sprawach ojcowie nie odnieśli się do żądania strony przeciwnej, ale oświadczyli, że nie chcą, aby przysługiwała im władza rodzicielska, w 2 sprawach wnosili o powierzenie im władzy rodzicielskiej i modyfikację władzy rodzicielskiej matki, w 26 sprawach stanowisko ojców było inne od wymienionych wyżej, różne w poszczególnych sprawach, dostosowane do sytuacji (przykładowo przedstawiali pewne propozycje „pod warunkiem, że badanie genetyczne potwierdzi ojcostwo” albo proponowali różne rozwiązania na czas odbywania kary pozbawienia wolności, przebywania za granicą itp.).

Nie wszyscy domniemani ojcowie zajęli stanowisko wobec przedstawionych żądań bądź wypowiedzieli się na temat swojej władzy rodzicielskiej. W 86 sprawach, w których pozwani domniemani ojcowie twierdzili, że dzieci od nich nie pochodzą, żądanie oddalenia powództwa rozciągało się na wszystkie żądania strony przeciwnej (w tym dotyczące władzy rodzicielskiej). Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, w szczególności badań genetycznych, niektórzy ojcowie zajęli nowe stanowisko w sprawie.

We wszystkich zbadanych sprawach ojcostwo zostało ustalone. Aktualne stało się więc rozstrzygnięcie o ingerencję w wykonywanie władzy rodzicielskiej w sprawach, w których zostały przedstawione stosowne żądania. Postępowanie dowodowe w zakresie kwestii istotnych dla rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej zostało przeprowadzone w sposób, który można ocenić jako zadowalający w pełni tylko w 16 sprawach (3,9%). W kolejnych 78 sprawach (18,9%) trudno było o jednoznacznie pozytywną ocenę, nie mniej pewne ustalenia zostały poczynione. Natomiast aż w 318 sprawach (77,2%) nie było prowadzone postępowanie dowodowe dotyczące władzy rodzicielskiej. W sprawach, w których było prowadzone postępowanie dowodowe mające na celu ustalenie okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej, częstotliwość podejmowanych czynności została przedstawiona w tabeli (dane procentowe odnoszą się do 94 spraw traktowanych jako 100%, obejmujących 16 przypadków, w których postępowanie dowodowe nie budziło zastrzeżeń oraz 78 przypadków, w których nie było wyczerpujące, ale nie ograniczyło się wyłącznie do oświadczenia rodziców co do oczekiwanego rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej).

Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, w tym badań DNA potwierdzających pochodzenie dziecka od wskazanego mężczyzny, stanowisko ojców w przedmiocie władzy rodzicielskiej (o ile w danej sprawie zostało wyrażone) było następujące: pragnie mieć pełną władzę rodzicielską, ale bezpośrednią pieczę nad dzieckiem nadal ma sprawować matka – w 95 sprawach; przedstawia propozycje co do zakresu swojej władzy rodzicielskiej (art. 107 k.r.o.); akceptuje pełną władzę rodzicielską matki – 56 przypadków; wnosi o powierzenie mu wykonywania władzy rodzicielskiej, pragnie sprawować bezpośrednią pieczę nad dzieckiem – 3 przypadki; nie chce wykonywać władzy rodzicielskiej, w tym wyraża zgodę na orzeczenie o pozbawieniu go władzy rodzicielskiej – 102 przypadki.

W pozostałych przypadkach ojciec albo nie uczestniczył w rozprawie, albo nie zajął żadnego stanowiska, albo oświadczył, że pozostawia rozstrzygnięcie „do uznania sądu”. Przy uwzględnieniu tylko spraw, w których przed wyrokiem ojciec dziecka wysłowił swoje oczekiwanie co do rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej, to – w ujęciu procentowym (256 = 100%) – było ono następujące: nie chce wykonywać władzy rodzicielskiej, w tym godzi się na jej pozbawienie – 39,8%; chce, aby przysługiwała mu pełna władza rodzicielska, bez jakiegokolwiek ograniczenia (w tym także chce przejąć bezpośrednią pieczę nad dzieckiem, co dotyczyło 3 przypadków) – 38,3%; akceptuje pełną władzę rodzicielską matki – przedstawia propozycje dotyczące zakresu własnej władzy rodzicielskiej, w tym biorąc pod uwagę jakąś formę jej ograniczenia – 21,9%. Jak wynika z powyższego zestawienia, większość ojców – 60,2% chciało, aby przysługiwała im władza rodzicielska, a 39,8% godziło się na jej pozbawienie, przy czym zachodził stan bliski równowagi pomiędzy ojcami, którzy nie chcieli w ogóle mieć władzy rodzicielskiej, a takimi, którzy chcieli, aby przysługiwała im bez jakichkolwiek ograniczeń, nie mniej zaledwie 3 pragnęło przejąć bezpośrednią pieczę nad dziećmi.

Tabela:

Dowody na okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej

	Przeprowadzone dowody	Ilość	%
1.	Ustalenie argumentacji obojga rodziców* dotycz. zajętego stanowiska	14	14,9
2.	Ustalenie argumentacji matki co do zajętego stanowiska	2	2,1
3.	Przesłuchanie świadków zgłoszonych przez matkę	22	23,4
4.	Przesłuchanie świadków zgłoszonych przez ojca	2	2,1
5.	Przesłuchanie opiekuna dziecka	1	1,0
6.	Stanowisko rodziny zastępczej, w której przebywa dziecko	1	1,0
7.	Opinia ROD-K przygotowana do tej sprawy	3	3,2
8.	Opinia psychologa (biegłego, spoza ROD-K)	1	1,0
9.	Stanowisko organizacji pozarządowej udzielającej pomocy rodzinie	1	1,0
10.	Wywiad środowiskowy kuratora sądowego	10	10,6
11.	Wywiad środowiskowy MOPS	1	1,0
12.	Z akt spraw dotyczących ingerencji we władzę rodzicielską matki	2	2,1
13.	Z akt sprawy opiekuńczej dotyczącej dziecka	1	1,0
14.	Z akt sprawy karnej dotyczącej ojca	1	1,0
15.	Z notatek policyjnych dotyczących agresywnych zachowań ojca	1	1,0
16.	Informacja o karalności ojca	28	29,8

*stanowisko każdego z rodziców w formie przesłuchania oraz w pismach procesowych

Źródło: opracowanie własne.

4.4. Rozstrzygnięcia merytoryczne w wyrokach ustalających ojcostwo

Próba badawcza obejmowała tylko wyroki ustalające ojcostwo. Pozostałe rozstrzygnięcia dotyczące kwestii merytorycznych były następujące.

W 405 wyrokach zamieszczono rozstrzygnięcie o **nazwisku dziecka**. Najczęściej – w 205 (50,6%) wyrokach – ustalano, że dziecko ma nadal nosić tylko nazwisko matki, w 148 (36,5%) przypadkach sądy orzekły o nazwisku złożonym z nazwiska matki i dołączonego do niego nazwiska ojca (wariant ustawowy – art. 89 § 2 w zw. z § 1 k.r.o.), w jednym przypadku dziecko miało nosić nazwisko złożone, ale w szyku odmiennym od ustawowego (jako pierwsze nazwisko ojca, jako drugie nazwisko matki). Najrzadziej sąd nadał dziecku wyłącznie nazwisko ojca, co miało miejsce w 51 wyrokach (12,6%)³⁰.

Rozstrzygnięcie o **władzy rodzicielskiej** w wyrokach, które się uprawomocniły, było następujące: w 252 sprawach (61,2%) pozbawiono ojca władzy rodzicielskiej, w 13 (3,2%) miało miejsce stwierdzenie, że sąd „nie przyznaje” ojcu władzy rodzicielskiej, w 113 sprawach (27,4%) ograniczono władzę rodzicielską ojca do określonych

³⁰ W zbadanych w BSiA SN sprawach o ustalenie ojcostwa z powództw domniemanych ojców, w których wyrok zapadł w IV kwartale 2014 r. (Biuro Studiów i Analiz Sądu Najwyższego, E. Holewińska-Łapińska, *Sądowe ustalenie ojcostwa na żądanie domniemanego ojca (Raport z badania orzecznictwa)*, Warszawa 2015, niepublikowane) w 40% wyroków dziecko uzyskało nazwisko ojca i również w 40% nazwisko połączone z zachowaniem ustawowej kolejności członów (nazwisko matki jako pierwszy człon nazwiska złożonego i nazwisko ojca, jako drugi człon). W pozostałych sprawach dziecko pozostawało przy nazwisku matki.

obowiązków i uprawnień dotyczących osoby dziecka (art. 107 k.r.o.), w 21 (5,1%) sprawach zawieszono władzę rodzicielską ojca (w 15 sprawach było to konsekwencją przebywania ojca w zakładzie karnym), w 5 (1,2%) sprawach ograniczono władzę rodzicielską ojca na podstawie art. 109 k.r.o. (czterokrotnie przez nadzór kuratora sądowego, w jednym przypadku przez umieszczenie dziecka w rodzinie zastępczej), w 6 sprawach (1,5%) zapadły „inne rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej” oraz w 2 sprawach (0,5%) odnotowano stwierdzenie o „przyznaniu” ojcu władzy rodzicielskiej.

Jak z powyższego wynika, najczęściej (w 265 sprawach – 64,4%) orzeczenie sądu powodowało, iż ojcu nie przysługiwała władza rodzicielska.

W 390 wyrokach (94,7%) orzeczono o **alimentach** należnych dziecku od ojca. W 310 wyrokach (79,5% wyroków z rozstrzygnięciem o alimentach) zasądzone alimenty były niższe od żądanych, a w 71 (18,2%) takie same.

W 27 (6,9%) przypadkach zasądzono kwoty od 100 zł do 280 zł miesięcznie, w 68 (17,4%) po 300 zł, w 113 przypadkach (28,9%) zasądzona kwota miesięcznych świadczeń wynosiła od 325 zł do 400 zł. W 29 (7,4%) wyrokach zasądzona kwota to 450 zł, a w 88 (22,6%) – 500 zł. W pozostałych przypadkach kwoty były wyższe, ale tylko w 6 przypadkach przekroczyły 1.000 zł³¹. Należy zauważyć, że miesięczne dochody ujawnione w aktach zbadanych spraw większości rodziców były niewysokie. Średnie miesięczne dochody matek wynosiły 934 zł, ojców 1.897 zł, a mediana odpowiednio 800 zł i 1.400 zł.

5. SPRAWNOŚĆ POSTĘPOWANIA

Od dnia wpływu pozwu do sądu do dnia wydania wyroku przez sąd pierwszej instancji upłynęło średnio w zbadanych sprawach 8,6 miesiąca, mediana wynosiła 7 miesięcy. Najkrótsze postępowanie trwało 10 dni, najdłuższe 40 tygodni (3,3 roku), z tym że jego długotrwałość była skutkiem zawieszenia postępowania w celu ewentualnego obalenia pochodzenia dziecka od innego mężczyzny. Był to jeden z 2 przypadków zawieszenia postępowania. Na czas trwania postępowania główny wpływ miało zapewne obciążenie danego sądu ilością spraw, organizacja postępowania w danej sprawie, stopień „zdyscyplinowania” stron, świadków i innych osób w stawianiu się do sądu w wyznaczonym terminie, a także zakres prowadzonego postępowania dowodowego.

Tylko 15% spraw zostało rozstrzygniętych na pierwszej rozprawie. W pozostałych rozprawa była odraczana. W 119 sprawach rozprawę odraczano tylko raz, w 98 dwa razy, w 58 trzy razy, a w 75 nie mniej niż czterokrotnie. W 78 sprawach przyczyną odroczenia było niedoręczenie lub nieprawidłowe doręczanie wezwania na rozprawę stronie, w jednym przypadku świadkowi, w 31 sprawach usprawiedliwione niestawiennictwo strony, a w 11 usprawiedliwione niestawiennictwo świadka. Nieusprawiedliwione niestawiennictwo pozwanego mężczyzny było przyczyną odroczenia rozprawy w 102 sprawach, a więc średnio w co czwartej sprawie. Pozwany nie stawiał się bez usprawiedliwienia niekiedy wielokrotnie. Powodowało to w poszczególnych sprawach odroczenia rozprawy od 2 do 5 razy

³¹ Najwyższe świadczenia miesięczne to kwoty: 1.151 zł, 1.500 zł (2 razy), 2.000 zł (2 razy) i 8.100 zł.

(„wyrozumiałość” sądów była zróżnicowana). W znacznej liczbie spraw rozprawa była odraczana w celu przeprowadzenia określonego dowodu: w 167 sprawach w związku z zarządzeniem dowodu z badań genetycznych, w 119 sprawach w celu wezwania na posiedzenie sądu świadka lub biegłego, w 52 przypadkach w celu przeprowadzenia innego dowodu (przykładowo z dokumentacji przebiegu ciąży i porodu, z dokumentów umożliwiających ustalenie możliwości majątkowych i zarobkowych rodziców, z wywiadu środowiskowego itp.).

Należy zaznaczyć, że o ile osoby zobowiązane do udostępnienia materiału biologicznego do badań DNA stawiały się w pierwszym wyznaczonym terminie (co miało miejsce w większości przypadków), to oczekiwanie na wynik tego badania zwykle nie przekraczało 3 tygodni. Zastosowanie wymienionego dowodu, choć zawsze było związane z koniecznością odroczenia rozprawy, nie miało szczególnie istotnego wpływu na długość postępowania przed sądem I instancji. W 62 sprawach przyczyny odroczenia rozprawy były inne niż wymienione i bardzo zróżnicowane³².

W 33 sprawach (8%) miała miejsce kontrola instancyjna. W 21 przypadkach apelację wniósł tylko ojciec dziecka, w 10 matka, 3 razy zarówno matka jak i ojciec, a w jednym przypadku prokurator. 19 apelacji zostało oddalonych. W 11 przypadkach sąd II instancji zmienił rozstrzygnięcie o wysokości alimentów, w 2 o władzy rodzicielskiej, a w jednym przypadku o nazwisku dziecka.

Jeżeli w sprawie była kontrola instancyjna, to średnio w takich sprawach od dnia wpływu pozwu do sądu do dnia wydania wyroku przez sąd II instancji upływało niemal 16 miesięcy (rok i 4 miesiące). Mediana wynosiła 15 miesięcy. Najkrótsze takie postępowanie trwało 6 miesięcy, a najdłuższe 34 miesiące (2 lata i 10 miesięcy). Średnie oczekiwanie na ostateczne rozstrzygnięcie sprawy wskutek rozpoznania apelacji (okres od dnia wydania wyroku przez sąd I instancji do dnia zapadnięcia wyroku przed sądem II instancji) wynosiło 5,4 miesiąca, a mediana 5 miesięcy. Najkrótsze oczekiwanie wyniosło 3 miesiące, a najdłuższe 13 miesięcy.

6. DZIECI, KTÓRYCH DOTYCZYŁY POSTĘPOWANIA

W zbadanych 412 postępowaniach ustalono ojcostwo 418 dzieci. Liczba dziewczynek i chłopców była równa.

6.1. Wiek, stan zdrowia i rozwoju dzieci

Najmłodsze dziecko w dniu wydania wyroku, który się uprawomocnił, liczyło 2 miesiące, najstarsze 17 lat i 4 miesiące. (Czworo najstarszych dzieci było w wieku od 15 lat do 17 lat i 4 miesięcy). Ogółem dzieci liczące 10 lat i więcej stanowiły 4,6% małoletnich, których dotyczyły zbadane postępowania. 75% dzieci nie przekroczyło 4. roku życia. Średnia wieku dzieci w dniu wyrokowania w sprawie

³² Przykładowo choroba sędziego sprawozdawcy, umożliwienie zobowiązanemu wpłaty zaliczki na przeprowadzenie badań DNA, oczekiwanie na wskazanie przez Radę Adwokacką osoby mającej wykonywać funkcję pełnomocnika strony, uzyskanie wyjaśnień pozwanego w drodze pomocy sądowej (często mające miejsce, gdy pozwany odbywał karę pozbawienia wolności w odległym od siedziby sądu zakładzie penitencjarnym), oczekiwanie na pobyt w Polsce pozwanego pracującego za granicą, a nawet dlatego, że pozwany „chciał się zastanowić”, jakie ma zająć stanowisko w sprawie.

o ustalenie ich pochodzenia od ojców wynosiła w zbadanych sprawach 2 lata i 8 miesięcy, mediana rok i 7 miesięcy.

W aktach 378 spraw były informacje umożliwiające ocenę stanu zdrowia dzieci. W 303 sprawach (80,2%) można było przyjąć, iż stan zdrowia dzieci w dniu wyrokowania przez sąd I instancji był zadowalający. W 27 przypadkach (7,1%) dzieci nie były zdrowe, jednakże trapiące je choroby, niekiedy uciążliwe (jak przykładowo alergie pokarmowe) nie stwarzały poważniejszego zagrożenia dla życia i rozwoju dzieci. Wymagały jednak większego zaangażowania opiekuńczego, niekiedy specjalnej diety, ponoszenia wydatków na leki, żywność odpowiednią do stanu dziecka, dojazdu do specjalistów itp. Miało to istotny wpływ na zakres usprawiedliwionych potrzeb dziecka. 26 dzieci (6,9%) cierpiało na poważne choroby, często przewlekłe ze złymi rokowaniami. Były to przykładowo wrodzone wady serca, nerek, choroby nowotworowe. Dzieci te wymagały szczególnej pieczy, stałej kontroli lekarskiej, rehabilitacji, zapewnienia indywidualnego toku edukacji.

Problemy zdrowotne dzieci w 17 sprawach były bardziej złożone. Choć choroby, na które cierpiały, nie stwarzały zagrożenia dla życia, były szczególnie uciążliwe (przykładowo liczne czynniki alergizujące dziecko, atopowe zapalenie skóry wymagające zabiegów i specjalnych środków pielęgnacyjnych, skomplikowanie problemów pielęgnacyjno-opiekuńczych wskutek nadaktywności psychoruchowej albo problemów rozwojowych) bądź wymagające określonej terapii, której realizacja napotykała na liczne trudności spotęgowane niskim statusem społeczno-materialnym rodziny dziecka.

W 5 sprawach (1,2%) pozew dotyczył więcej niż jednego dziecka, a stan zdrowia tych dzieci był różny. W 4 przypadkach jedno z dzieci cierpiało na chorobę przemijającą, drugie na przewlekłą o poważnych rokowaniach, w jednej sprawie jedno z dzieci było zdrowe, drugie poważnie chore.

W 324 aktach spraw były pewne informacje pozwalające ocenić stopień rozwoju psychofizycznego dziecka w relacji do jego wieku. Z 312 (96,3%) akt wynikał brak odstępstw od normy. Upośledzenie umysłowe było zdiagnozowane w jednym przypadku, w 9 wystąpiły inne odstępstwa od normy rozwojowej.

Zdecydowana większość dzieci była należycie rozwinięta i nie cierpiała na poważniejsze choroby. (Przynajmniej taki stan faktyczny wynikał z analizowanych akt). Konieczne jest jednak podkreślenie, że stan zdrowia i rozwoju dzieci był przedmiotem ustaleń sądu głównie w aspekcie obowiązku alimentacyjnego rodzica niesprawującego bezpośredniej pieczy nad dzieckiem. Niekiedy informacje o zdrowiu i rozwoju dziecka pochodziły tylko z jednego źródła (przykładowo z wyjaśnień matki), niekiedy zaś były wspierane stosowną dokumentacją medyczną lub decyzjami o niepełnosprawności.

6.2. Sytuacja prawna i opiekuńcza dzieci w dniu orzekania

379 matkom (92,7%) w dniu orzekania w sprawie o ustalenie ojcostwa przysługiwała pełna władza rodzicielska nad dziećmi, których dotyczyły postępowania. Władza rodzicielska 14 matek (3,4%) była ograniczona na podstawie art. 109 k.r.o., 12 (2,9%) matkom nie przysługiwała władza rodzicielska, ponieważ nie miały pełnej zdolności do czynności prawnych, 2 były pozbawione władzy rodzicielskiej, 2 nie żyły w dniu wyrokowania. O władzy rodzicielskiej pozostałych matek nie było

informacji w aktach spraw. Większość dzieci (93%) pozostawała pod bezpośrednią pieczę matek. W jednym przypadku pieczę sprawował mężczyzna, którego ojcostwo ustalił sąd. Była to nietypowa sytuacja rodziny stworzonej na bazie długotrwałego konkubinatu bez ustalania pochodzenia dzieci od ojca. Śmierć matki i jej skutki prawne uświadomiły ojcu i dzieciom, że w świetle prawa są wobec siebie osobami obcymi, zaś ojciec w takiej sytuacji nie jest uprawniony ani do sprawowania opieki, ani do reprezentowania dziecka. W pozostałych sprawach dzieci pozostawały w pieczy zastępczej, w większości przypadków sprawowanej przez bliskich krewnych matek. Gdy matki były małoletnie (12 przypadków w dniu orzekania w badanych sprawach) współuczestniczyły w sprawowaniu pieczy nad swoimi dziećmi.

7. CHARAKTERYSTYKA SPOŁECZNO-DEMOGRAFICZNA MATEK I OJCÓW

7.1. Wiek w dniu urodzenia dziecka

Wśród rodziców we wszystkich grupach wiekowych do 25 lat udział matek był większy niż udział ojców. We wszystkich grupach wiekowych osób, które stały się rodzicami pozamałżeńskiego dziecka, licząc więcej niż 25 lat, udział matek spada, a udział ojców wzrasta.

Tabela: Wiek matek i ojców w dniu urodzenia dziecka (w procentach)		
Wiek matek i ojców w dniu urodzenia dziecka (w procentach)	Matki	Ojcowie
Małoletni rodzice – ogółem	16,8	5,9
Od 15 lat do 17 lat	8,5	3,2
Od 17,1 lat do 18 lat	8,3	2,7
Więcej niż 18 lat do 20 lat	15,1	9,5
Więcej niż 20 lat do 23 lat	17,7	16,3
Więcej niż 23 lata do 25 lat	13,2	11,5
Więcej niż 25 lat do 30 lat	18,5	24,3
Więcej niż 30 lat do 35 lat	12,1	16,4
Więcej niż 35 lat do 40 lat	5,4	8,3
Więcej niż 40 lat do 42 lat	1,0	1,5
Więcej niż 42 lata do 45 lat	–	1,4
Więcej niż 45 lat do 49 lat	0,2	2,2
Więcej niż 49 lat do 60 lat	–	2,7
	100,0	100,0

Źródło: opracowanie własne

7.2. Stan cywilny, wykształcenie, sytuacja osobista i zarobkowa w dniu wyrokowania

Większość matek i ojców nie pozostawała w związkach małżeńskich w dniu wyrokowania w sprawach. Mężatkami było wówczas zaledwie 19 kobiet (4,7%). Żonatych

mężczyzn było 41 (11,2%). 96,3% matek i 88,8% ojców, o których stanie cywilnym były informacje w aktach analizowanych spraw, w dniu orzekania o ojcostwie ich pozamałżeńskich dzieci było stanu wolnego. 83,7% matek było pannami, 11,6% było rozwiedzionych. Nadal kawalerami było 80,4% ojców dzieci, rozwiedzionych było 7,9%, a 2 (0,5%) było wdowcami.

Wiadomo było, że w 44 przypadkach co najmniej jedno dziecko starsze od tego, którego dotyczyło postępowanie, pochodziło od rodziców, którzy byli stronami tego postępowania. Mimo iż większość rodziców była stanu wolnego – nie rozważali możliwości zawarcia małżeństwa „naprawczego”, nawet wówczas, gdy mieli już inne wspólne dzieci. Przed 2005 r. obserwowano znaczną (i rosnącą) skalę zawierania tzw. małżeństw naprawczych przez rodziców poczętego dziecka³³, aby mogło się ono urodzić w czasie trwania małżeństwa³⁴. W połowie lat 80. ubiegłego wieku udział małżeństw „naprawczych” wynosił 46%, w latach 1985–1988 już 51,5%, a w latach 1989–1991 nawet 54%. Jednakże w 2005 r. zawarto tylko 1,36% małżeństw „naprawczych” i tendencja spadkowa utrzymuje się³⁵. Prawdopodobnie związek niesformalizowany (kohabitacyjny) pełni obecnie taką funkcję, jak uprzednio małżeństwo „naprawcze”³⁶.

Informacje dotyczące innych dzieci każdego z rodziców dziecka, którego dotyczyło postępowanie, były bardzo ograniczone, niejednakowe w odniesieniu do matek i ojców. Zestawienie tych danych zawiera tabela. Większość matek – 62,3% tych, co do których były informacje w aktach, nie miało innych dzieci poza tymi, których dotyczyły analizowane postępowania. Z akt wynikało, że 44% ojców także nie miało innych dzieci.

Bezpośrednią pieczę nad wszystkimi lub niektórymi innymi dziećmi niż te, których dotyczyło analizowane postępowanie, matki sprawowały w 92,6% przypadków, gdy takie dzieci miały, zaś ojcowie w 38,3% przypadków.

W sytuacji osobistej rodziców dzieci pozamałżeńskich, których dotyczył proces zwraca uwagę brak samodzielności dużych ich grup. Aż 59,1% matek i 36,1% ojców pozostawało we wspólnocie domowej z własnymi rodzicami lub innymi wstępnymi. Nie był to jedynie ich swobodny wybór, ale konieczność życiowa, bowiem zwykle korzystali z mieszkania bez odpłatności, ewentualnie pokrywali niewielki procent comiesięcznych kosztów utrzymania lokalu. Ich udział w pokrywaniu kosztów własnego utrzymania (w tym żywności) często był niższy od rzeczywistych wydatków na ten cel.

Znaczny był, zwłaszcza wśród ojców (16,9%), udział osadzonych w zakładach karnych. W takiej sytuacji była tylko jedna matka (0,3%).

Matkom dzieci pozamałżeńskich trudniej niż ich ojcom było założyć rodzinę, choćby opartą na niesformalizowanych relacjach. We wspólnym gospodarstwie

³³ P. Szukalski, *Małżeństwa „naprawcze”*, „Demografia i Gerontologia Społeczna – Biuletyn Informacyjny” 2013/6, s. 3, rys. 3.

³⁴ Badania W. Stojanowskiej (*Ochrona dziecka przed negatywnymi skutkami konfliktu między jego rodzicami*, Warszawa 1997, s. 49) wykazały, że wśród małżeństw z dziećmi, których związek był w stanie konfliktu, 26,4% związków zostało zawartych w czasie ciąży kobiety, a w próbie badawczej dla 19% tych związków ciąża była głównym motywem zawarcia małżeństwa. W ocenie autorki taki „potężny ładunek przymusu” był „przedmałżeńskim źródłem późniejszego konfliktu w rodzinie”.

³⁵ Dane za D. Kałuża, *Małżeństwa „naprawcze” w powojennej Polsce* (w:) *Dziecko – Etyka – Ekonomia*, R. Ozorowski (red.), R.Cz. Horodeński (red.), Białystok 2008, s. 301. Jak podaje P. Szukalski (*Urodzenia pozamałżeńskie w Polsce – przyczyny wzrostu* (w:) *Reprodukcja ludności i mobilność przestrzenna na obszarze Ziemi Łódzkiej*, J. T. Kowaleski (red.), Łódź 2002, s. 109), 40% małżeństw było zawieranych przez ciężarne kobiety.

³⁶ Taka tezę przedstawił P. Szukalski, *Urodzenia pozamałżeńskie w Polsce...*, s. 4.

domowym z małżonkiem lub konkubentem pozostawało 11,3% matek. W analogicznej sytuacji było 23,8% ojców pozamałżeńskich dzieci. Można więc sądzić, że ojcowie dwukrotnie częściej od matek „zorganizowali” swoje życie osobiste. Matki też częściej od ojców prowadziły samotne gospodarstwo domowe wraz ze swoim dzieckiem (dziećmi). W takiej sytuacji było 24,2% matek i 16,6% ojców.

Tabela: Źródła utrzymania matek i ojców (w procentach)		
Źródła utrzymania matek i ojców (w procentach)	Matki*	ojcowie
Wynagrodzenie za pracę o stałym charakterze	17,0	21,9
Prace dorywcze, podejmowane w kraju	7,8	25,7
Praca za granicą	1,0	12,4
Renty i emerytury	3,9	2,9
Działalność gospodarcza prowadzona na własny rachunek	1,9	4,5
Rodzinne gospodarstwo rolne (z rodzicami, inną rodziną)	1,2	1,6
Na wyłącznym utrzymaniu rodziców lub innych krewnych	38,1	10,6
Na wyłącznym utrzymaniu żony/konkubiny	6,6	3,2
Ze środków pomocy społecznej	50,0	1,6
Z alimentów na rzecz dzieci, w tym z Funduszu Alimentacyjnego	21,1	-
W zakładzie karnym	0,2	13,5
Inne (w tym doraźna pomoc osób trzecich)	13,4	2,1
Ogółem	378=100%	300=100%

* Dane procentowe nie sumują się do 100%; matki korzystały z kilku źródeł utrzymania.

Źródło: opracowanie własne

Wczesne macierzyństwo miało wpływ na poziom wykształcenia matek, który był niższy od przeciętnego w państwie, ale i ojcowie niemający takich obciążeń jak matki byli w większości słabo wykształceni. Wykształcenie nie wyższe od podstawowego miało 24,7% matek i 29,6% ojców o znanym wykształceniu. Wśród rodziców dzieci pozamałżeńskich w zbadanych sprawach był także bardzo wysoki udział osób niemających żadnych kwalifikacji zawodowych (51,5% matek i 44,7% ojców). Natomiast wykształcenie zawodowe na poziomie elementarnym (w tym także uzyskane w szkołach specjalnych, w ramach Hufców Pracy, kursów zawodowych) uzyskało 34% ojców i 30,6% matek. Więcej ojców niż matek miało także średnie wykształcenie techniczne (zawodowe) – odpowiednio 16,7% oraz 10%³⁷.

Poziom edukacji oraz przygotowania zawodowego, a także obowiązki opiekuńcze wobec dzieci, których dotyczyły analizowane postępowania, bezpośrednio rzutowały na szanse matek i ojców na rynku pracy oraz na możliwość podjęcia pracy za granicą, co wymaga znacznej dyspozycyjności i praktycznie nie jest dostępne dla osoby sprawującej bezpośrednią pieczę nad małym dzieckiem.

³⁷ Pewna przewaga w poziomie wykształcenia matek nad ojcami wystąpiła wśród osób mających co najmniej wykształcenie średnie (28,8% matek i 24,4% ojców), w tym także wyższe zawodowe (6,3% matek i 3% ojców). Natomiast wykształcenie wyższe magisterskie zarówno matki, jak i ojcowie w zbadanych sprawach mieli bardzo rzadko (w liczbach bezwzględnych było to po 5 przypadków).

Ogromna większość matek dzieci pozamałżeńskich była całkowicie uzależniona od pomocy krewnych oraz od pomocy ze źródeł publicznych. Na pełnym utrzymaniu najbliższej rodziny (zwykle rodziców lub matek) było aż 38,1% wszystkich matek dzieci pozamałżeńskich, których dotyczyło postępowanie i „tylko” 10,6% ojców. Pomoc rodziny matki zawsze obejmowała dziecko.

Zwraca uwagę dysproporcja pomiędzy matkami i ojcami pobierającymi świadczenia z pomocy społecznej (różne zasiłki stałe, zasiłki celowe, okresowa pomoc), które niekiedy były głównym źródłem ich utrzymania. W takiej sytuacji była co druga matka i zaledwie 1,6% ojców. Należy wskazać, iż ustalając przychody (dochody) rodziców, brano pod uwagę kwoty, jakimi oni faktycznie dysponowali z wszystkich źródeł (w tym ze świadczeń pomocy społecznej).

Musi budzić bardzo poważne zaniepokojenie ustalenie badania, iż więcej niż co piąta matka przeznaczała środki z alimentów na rzecz innego dziecka niż to, którego dotyczyło postępowanie o ustalenie ojcostwa, na utrzymanie tegoż dziecka i na utrzymanie własne. Miało to bezpośredni wpływ na sytuację osoby uprawnionej do świadczeń alimentacyjnych, zwykle (zwłaszcza gdy wypłacane były z Funduszu Alimentacyjnego) niewysokich.

Konsekwencją złej pozycji na rynku pracy zarówno matek, jak i ojców, wynikającej z braku kwalifikacji zawodowych u większości z nich, a dodatkowo w przypadku matek małej dyspozycyjności związanej z obowiązkami opiekuńczymi wobec małych dzieci, był niski status majątkowy większości stron badanych postępowań i niskie dochody. Najniższe odnotowane miesięczne dochody matki to 68 zł, najwyższe 8.000 zł, natomiast ojców odpowiednio 150 zł i 8.625 zł. Średnie miesięczne dochody matek wynosiły 934 zł (mediana 800 zł), średnie miesięczne dochody ojców 1.897,5 zł (mediana 1.400 zł). Średnia miesięcznych dochodów netto matek stanowiła zaledwie połowę średnich dochodów ojców ich pozamałżeńskich dzieci.

Powyższe dane warto skonfrontować z ustaleniami dotyczącymi ubóstwa w Polsce. Przy ustalaniu granic ubóstwa ekonomicznego uwzględnia się poziom „minimum egzystencji”, który stanowi granicę „ubóstwa skrajnego”³⁸. Zgodnie z danymi GUS, w IV kwartale 2014 r. dla gospodarstwa jednoosobowego minimum egzystencji wyniosło 540 zł³⁹. Analiza czynników decydujących o ubóstwie wskazuje na jego uzależnienie od pozycji jednostki i jej rodziny na rynku pracy. W 2014 r. wśród gospodarstw domowych, w skład których wchodziła przynajmniej jedna osoba bezrobotna, stopa ubóstwa skrajnego wynosiła prawie 15% i była dwa razy wyższa niż średnia w Polsce. Większa liczba osób bezrobotnych w gospodarstwie domowym zwiększa ryzyko ubóstwa skrajnego⁴⁰. Relatywna

³⁸ Minimum egzystencji obliczane jest przez Instytut Pracy i Spraw Socjalnych z uwzględnieniem potrzeb, „których zaspokojenie nie może być odłożone w czasie, a konsumpcja niższa od tego poziomu prowadzi do biologicznego wyniszczenia”.

³⁹ Przy obliczaniu granic ubóstwa obowiązują dwie wielkości progowe: dla osoby samotnie gospodarującej (gospodarstwo jednoosobowe) oraz dla osoby w gospodarstwie wieloosobowym.

⁴⁰ W gospodarstwach domowych, w których bezrobotne były przynajmniej dwie osoby, stopa ubóstwa skrajnego wynosiła ok. 33%. Z powoływanych ustaleń GUS wynika, że w gospodarstwach domowych uzyskujących przychody z pracy na stanowiskach robotniczych w ubóstwie skrajnym żyła co dziesiąta osoba, podczas gdy w gospodarstwach domowych utrzymujących się z pracy na stanowiskach nierobotniczych – w przybliżeniu co pięćdziesiąta. Gdy głowa gospodarstwa domowego uzyskała wykształcenie nie wyższe od gimnazjalnego, odsetek osób skrajnie ubogich wyniósł w 2014 r. około 18%, w przypadku wykształcenia wyższego – niecały 1%. Powyższe ilustruje tabela „Zasięg ubóstwa wg poziomu wykształcenia głowy gospodarstwa domowego” – GUS, *Ubóstwo ekonomiczne w Polsce w 2014 r. (na podstawie badania budżetów gospodarstw domowych)*, Warszawa 2015, s. 2.

granica ubóstwa, określona jest jako 50% średnich wydatków ogółu gospodarstw domowych (obliczonych na podstawie wyników badania budżetów gospodarstw domowych). W IV kwartale 2014 r. granica ubóstwa relatywnego wynosiła 713 zł. Istotne jest jeszcze pojęcie tzw. ubóstwa ustawowego. Określa je kwota dochodów, która uprawnia do ubiegania się o przyznanie świadczenia pieniężnego w ramach pomocy społecznej. Od października 2012 r. dla osoby samotnie gospodarującej jest to kwota 542 zł, zaś dla osoby w gospodarstwie wieloosobowym – 456 zł⁴¹. Powyższe pozwala na ustalenie, iż większość dzieci pozamałżeńskich, których pochodzenie od ojców ustalono w zbadanych postępowaniach, było wychowywanych w rodzinach dotkniętych ubóstwem i zagrożonych nim także w przyszłości.

8. UWAGI PODSUMOWUJĄCE

Uogólniony obraz typowych rodziców dzieci pozamałżeńskich w sytuacji ustalania ojcostwa przez sąd przedstawia osoby młode, stanu wolnego (najczęściej panny i kawalerów), słabo wykształcone, bez kwalifikacji zawodowych, lub z niskimi kwalifikacjami, o niewielkiej aktywności na rynku pracy, niskich dochodach plasujących większość z nich (zwłaszcza matki) w strefie ubóstwa ekonomicznego, niekiedy już będące rodzicami innych dzieci (mężczyźni częściej od kobiet), o sytuacji życiowej i statusie społecznym niższych od przeciętnych. Większość z nich jest uzależniona od pomocy najbliższej rodziny i świadczeń pomocy społecznej, z tym że ta zależność jest znacznie wyższa w grupie matek niż w grupie ojców. Ogólna sytuacja matek pozamałżeńskich w zbadanych sprawach była zdecydowanie mniej korzystna od sytuacji ojców we wszystkich badanych jej aspektach. Podkreślenia wymaga wyjątkowo młody wiek większości matek, odbiegający w istotny sposób od przeciętnej krajowej. Według informacji GUS kobiety liczące mniej niż 20 lat urodziły w 2014 r. 3,5% wszystkich dzieci⁴². Natomiast w zbadanych sprawach matki liczące w dniu porodu mniej niż 20 lat urodziły 30,8% dzieci, a ponad połowa z nich (54,3%) w dniu urodzenia dziecka nie osiągnęła pełnoletności.

W literaturze demograficznej wyróżniane są dwa podstawowe modele płodności pozamałżeńskiej: „tradycyjny” i „nowoczesny”⁴³. Model tradycyjny dotyczy głównie młodych, niedoświadczonych życiowo matek. Poczęcie z reguły nie jest planowane. Model nowoczesny jest realizowany przez niezależne, samodzielne materialnie, dobrze wykształcone kobiety, a pozamałżeńskie macierzyństwo jest w tym modelu konsekwencją świadomego wyboru dokonanego przez kobietę. Cechy typowych matek dzieci pozamałżeńskich w zbadanych sprawach pozwalają na zakwalifikowanie ich płodności do modelu tradycyjnego.

Zbadane sprawy dotyczyły orzecznictwa 45% sądów skupionych w 19 okręgach. Przy założeniu podobnej częstotliwości wydawania wyroków ustalających ojcostwo z rozstrzygnięciem o władzy rodzicielskiej w pozostałych okręgach sądowych, można przyjąć, że w 2014 r. miało to miejsce w przybliżeniu w połowie wyroków. Rodzice dziecka pozamałżeńskiego w sytuacji sądowego ustalenia ojcostwa zwykle

⁴¹ GUS, *Ubóstwo ekonomiczne w Polsce w 2014 r...*, oraz załączony tam *Aneks tabelaryczny*, s. 2.

⁴² GUS, *Dzieci w Polsce w 2014 r. Charakterystyka demograficzna*, Warszawa 2015, s. 6.

⁴³ P. Szukalski, *Urodzenia pozamałżeńskie w Polsce – przyczyny wzrostu (w:) Reprodukcyjność ludności i mobilność przestrzenna na obszarze Ziemi Łódzkiej*, J.T. Kowalewski (red.), Łódź 2002, s. 108.

żyją w rozłączeniu. Potrzeba rozstrzygnięcia o wykonywaniu władzy rodzicielskiej może więc z tej przyczyny występować bardzo często. O ile w praktyce występuje średnio w co drugiej sprawie, to częstotliwość ingerencji we władzę rodzicielską jest umiarkowana. Może natomiast budzić zaniepokojenie rodzaj ingerencji, w szczególności fakt, że aż w 61,2% wyroków nastąpiło pozbawienie ojca władzy rodzicielskiej.

Zważywszy na tezę zawartą w „Krajowym programie działań na rzecz równego traktowania”, iż sądy rodzinne mogą, orzekając o władzy rodzicielskiej, dopuszczać się dyskryminacji ze względu na płeć, refleksji wymagają przyczyny tak wysokiego udziału pozbawień władzy rodzicielskiej. Celowe wydaje się zwrócenie uwagi, że ojcowie dzieci pozamażeńskich w procesach o ustalenie ojcostwa wykazywali niewielką aktywność, stosunkowo często akceptowali propozycje matek co do władzy rodzicielskiej – włącznie z jej pozbawieniem. W sprawach, w których deklarowali pragnienie pełnej władzy rodzicielskiej, gdy zapadło orzeczenie pozbawiające ich tej władzy lub ograniczające ją – skrajnie rzadko zaskarżali takie rozstrzygnięcia (w 5 apelacjach). Postawa ojców niewyrażających gotowości do podjęcia obowiązków rodzicielskich zapewne miała istotny wpływ zarówno na stanowisko matek co do władzy rodzicielskiej ojców, jak i na rozstrzygnięcia sądów.

Orzeczenia tylko sporadycznie były uzasadnione. Niemniej nasuwa się przypuszczenie, iż sądy przejawiały bardzo duży dystans do samej istoty zmiany stanu prawnego w przedmiocie władzy rodzicielskiej mężczyzny, którego ojcostwo zostało ustalone wyrokiem⁴⁴. Dokonując wykładni art. 93 § 2 k.r.o., sądy szczególną rolę przypisują przesłance dobra dziecka, warunkującej dopuszczalność modyfikacji władzy rodzicielskiej ojca w wyroku ustalającym ojcostwo przez odpowiednie zastosowanie art. 107 k.r.o. oraz art. 109–111 k.r.o. Podstawowym kryterium zagrożenia dobra dziecka jest (jak można domniemywać, zważywszy na stany faktyczne spraw, w których ojcowie zostali pozbawieni władzy rodzicielskiej) prawdopodobieństwo niewykonywania lub nienależytego wykonywania władzy rodzicielskiej oceniane w dniu wyrokowania. Stopień prawdopodobieństwa należytego wykonywania władzy rodzicielskiej wyznacza nadal, jak stwierdził Sąd Najwyższy w 1952 r., stosunek ojca do dziecka jeszcze przed procesem, zachowanie domniemanego ojca podczas całego postępowania, ocena wzajemnego stosunku rodziców do siebie, gwarantująca ich harmonijną współpracę przy wykonywaniu władzy rodzicielskiej, oraz „odpowiednie właściwości osobiste” ojca. Powyższe powoduje, że ustalenia faktyczne, które przed 13.06.2009 r. uzasadniałyby decyzję sądu o nieprzyznaniu ojcu władzy rodzicielskiej, są współcześnie przez wiele sądów traktowane jako wystarczające dla orzeczenia o pozbawieniu władzy rodzicielskiej. Tymczasem istotą zmiany stanu prawnego, dokonanej w ustawie z dnia 6.11.2008 r.⁴⁵, nowelizującej kodeks rodzinny i opiekuńczy, między innymi odnośnie do unormowania władzy rodzicielskiej, było dążenie do możliwie szerokiego udziału rodziców w wykonywaniu władzy rodzicielskiej także wówczas, gdy ustalenie stosunku rodzicielskiego następuje w orzeczeniu sądu, powiązane ze swoistym domniemaniem, iż osoba

⁴⁴ Mimo istotnej zmiany stanu prawnego, nadal bardzo ważną rolę w procesie wykładni art. 93 § 2 k.r.o. odgrywają wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w przedmiocie sądowego ustalenia ojcostwa z 6.12.1952 r. (C. Prez. 166/52), OSN 1953, poz. 31.

⁴⁵ Dz. U. Nr 220, poz. 1431.

nabywająca prawny status rodzica ma kwalifikacje osobiste do należytego wywiązywania się z płynących z niego obowiązków wobec małoletniego dziecka.

Pozbawienie władzy rodzicielskiej – poza sytuacjami szczególnymi (a za takie uważam wynikające z postawy ojca wobec dziecka zagrożenie dla zdrowia, życia dziecka, lub zagrożenie jego demoralizacji) nie wydaje się właściwe jako pierwszy środek ingerencji we władzę rodzicielską, równoległy z uzyskaniem przez ojca prawnego statusu rodzica dziecka. Nie sprzyja on bowiem realizacji wychowawczo-prewencyjnej funkcji orzeczeń, może zniechęcać ojców do nawiązywania bezpośredniej styczności z dziećmi i podejmowania za nie odpowiedzialności. Może to okazać się niekorzystne dla dzieci, a w dalszej perspektywie być źródłem poważniejszego zagrożenia ich dobra. Z tej przyczyny zaobserwowana praktyka nie zasługuje na aprobatę⁴⁶.

Odnosząc wyniki badania do „Krajowego programu działań na rzecz równego traktowania na lata 2013–2016”, wskazującego na potrzebę „przeciwdziałania dyskryminacji ze względu na płeć w systemie sądownictwa rodzinnego”, konieczne wydaje się kategoryczne wskazanie, iż błędne i skrajnie uproszczone jest stanowisko, że w sprawach wymagających rozstrzygnięcia dotyczącego dziecka (w szczególności w sytuacji, gdy jego rodzice żyją w rozłączeniu), przejawem dyskryminacji ze względu na płeć jest (potwierdzona statystycznie) niejednakowa liczba powierzeń bezpośredniej pieczy nad dzieckiem matce i ojcu lub zróżnicowany czas kontaktów dziecka z każdym z rodziców.

Zgodnie z polskimi i międzynarodowymi standardami, obowiązującymi w prawie rodzinnym (zarówno w jego zapisach, jak i w ich stosowaniu), nadrzędną rolę powinno odgrywać „najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka”⁴⁷. Ocena praktyki sądowej, w pierwszej kolejności, powinna brać to pod uwagę. W większości spraw sądowych (około 95%) domniemani ojcowie mieli pozycję pozwanych, uznanie żądań pozwu nie było regułą. Musieli więc zostać przez wyrok sądowy „przymuszeni” do przyjęcia obowiązków wynikających z ojcostwa. W tej sytuacji oczekiwanie, że pragnieniem większości ojców ustalonych sądownie jest podjęcie trudu wychowawczego, stałego uczestniczenia w życiu dzieci, systematyczne, rzetelne i terminowe wykonywanie obowiązków rodzicielskich, byłoby wyrazem nieuzasadnionego optymizmu.

Konkludując, oceniam, że analiza jakościowa spraw nie wskazuje na dyskryminowanie ojców. Natomiast zaniepokojenie budzi, że aż w 77,2% spraw nie było prowadzone (poza ustaleniem stanowiska samych rodziców) postępowanie dowodowe dotyczące władzy rodzicielskiej, mimo iż rozstrzygnięcia o tej władzy najczęściej przybierały postać ograniczenia lub pozbawienia władzy rodzicielskiej ojców. Choć takie rozstrzygnięcia (w absolutnej większości przypadków) nie były zaskarżone, to jest bardzo prawdopodobne, że część z nich mogła być wadliwa. Sądy bowiem uwzględniały głównie wolę zainteresowanych rodziców, zamiast przeprowadzić w każdej sprawie odpowiednie postępowanie dowodowe i podjąć w niektórych z nich działania „perswazyjno-wychowawcze”, zwracając uwagę stron na doniosłość udziału obojga rodziców w wychowaniu dziecka. Konieczne wydaje się jednak podkreślenie w tym kontekście, że kształtowanie postaw rodzicielskich

⁴⁶ Szerzej na ten temat E. Holewińska-Lapińska, *Pozbawienie ojca władzy rodzicielskiej w wyroku ustalającym ojcostwo – refleksje na tle orzecznictwa sądów powszechnych* w: SINE IRA ET STUDIO. Księga jubileuszowa dedykowana Sędziemu Jackowi Gudowskiemu, Warszawa 2016, s.902–918.

⁴⁷ Art. 3 ust. 1 Konwencji Narodów Zjednoczonych z 20.11.1989 r. o Prawach Dziecka (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.).

rozpoczyna się na długo przed decyzjami prokreacyjnymi. Odpowiedzialne rodzicielstwo wynika zwykle z doświadczeń rodzica (dobrego wzoru własnej rodziny), jego wiedzy, postawy etycznej, empatii, stopnia akceptacji pozytywnych wzorców życia małżeńskiego i rodzinnego. Zależy od wpływu mediów i środowiska, w tym od stopnia społecznej dezaprobaty dla uchylania się od obowiązków ojcowskich, jak również dla bezpodstawnego uchylania się matek od współpracy z ojcami.

Słowa kluczowe: badanie genetyczne, domniemanie prawne, nazwisko dziecka, pozbawienie władzy rodzicielskiej, reprezentowanie dziecka, stan cywilny rodziców, władza rodzicielska, zagrożenie dobra dziecka.

Summary

Elżbieta Holewińska-Łapińska – Cases for establishing paternity in the aspect of exercise of fathers' rights

The 'National Equal Treatment Programme for 2013-2016' provides, among other things, for 'counteracting discrimination on the grounds of sex in the system of family courts' through 'eliminating inequalities in the process of adjudicating on parental rights and custody of the child.' In the provisions on establishing the paternity of a child born out of marriage there is no differentiation depending on the parent's sex. The presumed fathers were granted the right to bring action in a case for establishment of paternity on 19 July 2004 (Dz. U. No. 162, item 1691). Parents - regardless of their sex - enjoy parental authority by operation of law once the civil status as a parent of the given child is established if the parents have full legal capacity. Since 13 June 2009 (statute of 6 November 2008, Dz. U. No. 220, item 1431) this applies also to establishing the relation of parenthood in a judgment. Yet the court may, in the judgement establishing maternity or paternity, include a decision having the nature of interference with the paternal authority, including deprivation of such (Art. 93.2 of the Family and Guardianship Code), where the child's good so requires. The article presents the results of a study of case files in cases for establishment of paternity.

The study showed little activity of fathers of children born outside marriage in cases for establishing paternity. (The relevant motions were filed by fathers only in some 6% of cases. Among claimant fathers there were 70% of persons with a least secondary education, whilst among respondent fathers – only 18.1%).

Respondent fathers rarely made evidentiary motions and rarely appealed against judgments. But it was mainly fathers who demanded evidence from genetic tests. The frequency of admitting evidence from DNA tests was by 10 percentage points higher in cases initiated by fathers' motions (every second case) compared to other cases. DNA tests were conducted in 40% cases. In 40.1% of cases in which such evidence was taken, the cost was eventually borne by the State Treasury in full, while in 9.3% of cases in part.

It was not observed that courts treated mothers and presumed fathers differently, nevertheless the contents of the judgments demonstrate a greater role of mothers in the children's life than that of fathers established in them, probably because some 95% of all cases were initiated by entitled persons other than fathers. In most such cases the respondents were 'forced' by the judgment the legal status of fathers, which they did not want to accept voluntarily.

It is, however, a cause for concern that in as many as 77.2% of cases no evidentiary proceedings concerning parental authority were conducted and that there was a very high percentage (around 64) of cases of fathers being deprived of parental authority. This was definitively less frequent in cases initiated by fathers' motions (22.7%).

Keywords: genetic tests, legal presumption, child's surname, deprivation of parental authority, representing the child, parents' marital status, parental authority, threat to the child's interests.

Maciej Domański*

Orzekanie o pieczy naprzemiennnej w wyrokach rozwodowych

I. PIECZA NAPRZEMIENNA – WPROWADZENIE

Polskie prawo rodzinne, zasadniczo od jego unifikacji, a w pełnym zakresie od pierwszej kodyfikacji, przewidywało zasadę przysługiwania władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom¹. Władza rodzicielska miała być wykonywana wspólnie. Założenie takie nie dotyczyło jednak sytuacji zaniku więzi małżeńskich². W okolicznościach martwoty związku małżeńskiego ustawodawca jako „zło konieczne”³ dopuścił instytucję rozwodu. W przypadku rozpadu rodziny przyjęto zasadę skupienia w ręku jednego rodzica wszystkich praw i obowiązków wynikających z władzy rodzicielskiej. Wskazywano, że rozwiązanie takie wynikało ze względów natury pedagogicznej. Dziecko miało przebywać na co dzień pod pieczą jednego z rodziców, a kontakty z drugim rodzicem miały być sporadyczne. Chodziło o uniknięcie sprzecznego oddziaływania dwóch środowisk wychowawczych⁴. Ustawodawca opierał się na założeniu negatywnej prognozy możliwości wykonywania wspólnie władzy rodzicielskiej po rozwodzie⁵. Jak zauważył K. Jagielski, „ponieważ [rodzice – M.D.] nie żyją w jednej wspólnocie rodzinnej, nie mogą w zasadzie bez szkody dla dziecka sprawować w pełni powierzonej im władzy rodzicielskiej”⁶. Władza rodzicielska po rozwodzie miała być uregulowana tak, aby nie budziło wątpliwości, które z rodziców jest podstawowym opiekunem i aby nie tworzyć kolizji uprawnień rodziców żyjących w rozłączeniu. Rodzice po rozwodzie mieli, zawierając związki małżeńskie, zakładać nowe rodziny. Dziecko powinno wejść do zrekonstruowanej rodziny – najczęściej matki. Szerokie przyznanie praw i obowiązków, jak również kontaktów z drugim rodzicem mogłoby utrudniać integrację dziecka w nowej rodzinie.

* Autor jest adiunktem w Katedrze Prawa Cywilnego WPiA UW oraz w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości. S. Szer, *Prawo rodzinne*, Warszawa 1954, s. 183.

¹ J. Gwiazdomorski (ref. Główny), M. Grudziński, S. Kaleta, A. Wolter, *Założenia prawa rodzinnego w świetle Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, w: *Zagadnienia prawna Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Materiały Sesji Naukowej PAN 4–9 lipca 1953 r.*, t. 3, Warszawa 1954, s. 70.

² Uchwała SN z 26.04.1952 r. (C 798/51), OSN(C) 1952/1, poz. 1 (wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w przedmiocie stosowania art. 30 kodeksu rodzinnego).

³ A. Łapiński, *Ograniczenia władzy rodzicielskiej*, Warszawa 1975, s. 144.

⁴ B. Dobrzański, w: *Kodeks rodzinny. Komentarz*, M. Grudziński (red.), J. Ignatowicz (red.), Warszawa 1959, s. 256.

⁵ K. Jagielski, *Istota i treść władzy rodzicielskiej*, SC 1963, t. III, s. 111. Uwaga odnosiła się wprost do rodziców dziecka pozamałżeńskiego, jednak jest aktualna również w odniesieniu do rodziców rozwiedzionych.

Wskazanim założeń odpowiadały rozwiązania prawne. Zgodnie z art. 31 § 1 dekretu prawo małżeńskie z 25.09.1945 r. sąd obligatoryjnie powierzał dziecko oraz zarząd jego majątkiem jednemu z rodziców (z pierwszeństwem niewinnego). Rodzicowi, któremu władzy rodzicielskiej nie powierzono, zapewniał jedynie dozór nad wychowaniem i wykształceniem dziecka oraz możliwość utrzymywania z nim kontaktów. Bezpośrednie sprawowanie pieczy nad dzieckiem, zarząd jego majątkiem, zajmowanie się wychowaniem i wykształceniem mogły przysługiwać tylko jednemu rodzicowi⁷.

Zasadniczo powyższa konstrukcja została przyjęta również w kodeksie rodzinnym z 1950 r. Zgodnie z art. 32 k.r. rozwód nie mógł być orzeczony bez rozstrzygnięcia o prawach i obowiązkach obojga małżonków względem osób i majątku ich małoletnich dzieci. Stosownie do art. 437 d.k.p.c. sąd, orzekając rozwód, mając na względzie dobro dziecka oraz interes społeczny, powierzał wykonywanie władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców i określał uprawnienia drugiego w stosunku do osoby dziecka, w szczególności w zakresie nadzoru nad jego wychowaniem i w zakresie utrzymywania z nim stosunków osobistych. Zakładano, że prawa i obowiązki względem dzieci, z uwagi na rozpad rodziny, nie będą wspólnie wykonywane prawidłowo. „Przepis art. 437 k.p.c. wymaga, aby tej obawie zapobiec w każdym wypadku, a więc nawet i wtedy gdy w danych okolicznościach można by przypuszczać, że mimo rozwodu uprawnienia rodziców względem ich dzieci będą nadal wspólnie prawidłowo wykonywane”⁸.

Formalnie rozwiązanie było neutralne z punktu widzenia płci rodzica, któremu powierzano wykonywanie władzy rodzicielskiej. W praktyce podstawowym opiekunem dziecka zostawała prawie zawsze matka. Znamienne jest często powtarzane stwierdzenie Sądu Najwyższego z uzasadnienia orzeczenia z 21.11.1952 r.⁹: „Zwłaszcza w okresie niemowlęstwa i wczesnego dzieciństwa wskazane jest, by dziecko pozostawało pod pieczą matki. Do sprawowania bowiem pieczy, szczególnie w tym okresie predestynuje matkę konstrukcja psychiczna, większa jej uczuciowość i skłonność do tak potrzebnych dziecku zewnętrznych wyrazów uczuciowego stosunku łączącego je z rodzicami, właściwa jej troska o zaspokojenie codziennych potrzeb życiowych dziecka. Obserwowane niemal wyłącznie zjawisko takiego podziału funkcji w małżeństwie, że na żonie spoczywa głównie ciężar wychowywania dzieci, zwłaszcza młodszych, ma niewątpliwie źródło między innymi w szczególnej wartości osobistych starań matki o dziecko. Nic nie przemawia za przyjęciem odmiennych rozwiązań w przypadku orzeczenia rozwodu. Jeśli więc kwalifikacje podmiotowe pozwanej i jej stosunek uczuciowy do dziecka nie nasuwają zastrzeżeń, należy jej powierzyć wykonywanie władzy rodzicielskiej nad synem stron”.

Praktyka powierzania matkom wykonywania władzy rodzicielskiej po rozwodzie miała silne uzasadnienie w rzeczywistości społecznej i ściśle określonych, „tradycyjnych” funkcjach kobiety i mężczyzny w rodzinie. Zgodnie z funkcjonalistyczną wizją rodziny rola męża i ojca ograniczała się do zapewnienia środków na utrzymanie rodziny¹⁰. Dodatkowo rodzaj jego pracy zawodowej i poziom zarobków wyznaczały status całej rodziny. Sprawowanie pieczy nad dziećmi było zadaniem

⁷ S. Grzybowski, w: S. Grzybowski, I. Różański, *Prawo małżeńskie. Komentarz*, Kraków 1946, s. 189.

⁸ B. Dobrzański, w: *Kodeks rodzinny...*, M. Grudziński (red.), J. Ignatowicz (red.), s. 153.

⁹ C 1814/52, OSNCK 1953/3, poz. 92.

¹⁰ T. Szlendak, *Socjologia rodziny. Ewolucja, historia, różnicowanie*, Warszawa 2010, s. 445.

i funkcją matek¹¹. Wpływy wskazanej koncepcji są jasno dostrzegalne w cytowanym wcześniej orzeczeniu SN. Opisany stan dotyczył oczywiście nie tylko polskiego porządku prawnego, ale był poglądem kształtującym prawo i praktykę sądową w całej Europie¹² i Ameryce Północnej¹³.

Od mniej więcej lat 60. XX wieku najpierw w USA i Europie Zachodniej oraz Północnej model rodziny zaczął dynamicznie się zmieniać¹⁴. Z punktu widzenia zmian w zakresie rozstrzygnięć w wyrokach rozwodowych najistotniejsze znaczenie miał radykalny wzrost liczby rozwodów, a więc powstanie sytuacji, w której dzieci wychowujące się poza rodziną nuklearną stały się nie nieistotnym marginesem, lecz znaczącym elementem struktury społecznej¹⁵. Drugim czynnikiem była zmiana ról społecznych związanych z płcią. Podjęcie powszechnie pracy zawodowej przez kobiety miało wpływ na zwiększenie zaangażowania ojców w wychowanie dzieci oraz sprawowanie nad nimi bezpośredniej pieczy¹⁶. W naukach społecznych akcentowano negatywne skutki psychologiczne i społeczne nieobecności ojców w wychowaniu z punktu widzenia dobra dziecka¹⁷. Z czasem pojawiło się na scenie społecznej zjawisko „nowego ojcostwa”, a więc zupełnie innego od wcześniejszego wzorca ojca zaangażowanego również w codzienną opiekę i dbałość o dziecko¹⁸.

Wskazane czynniki, nacisk stowarzyszeń ojcowskich¹⁹ oraz wpływ koncepcji praw osobistych na konstrukcję prawa rodzinnego²⁰ spowodowały zmianę paradygmatu rozstrzygania o władzy rodzicielskiej po rozwodzie poprzez powierzenie jej wykonywania tylko jednemu z rodziców. Teorie psychologiczne wskazujące na doniosłą rolę obojga rodziców w wychowaniu dziecka oraz koncepcje „prawa dziecka do wychowania przez oboje rodziców” czy też „prawa rodziców do uczestniczenia w wychowaniu dzieci” spowodowały zmianę podejścia do omawianego zagadnienia. Przedstawiona została konstrukcja, zgodnie z którą rozwód oznaczać miał tylko rozstanie partnerów, ale nie rodziców, a wspólne wykonywanie władzy rodzicielskiej po rozwodzie zasadniczo uznawane było za zgodne z dobrem dziecka. W literaturze najpierw psychologicznej, a później prawniczej pojawiła się i była intensywnie promowana koncepcja wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej po rozwodzie²¹.

¹¹ T. Parsons, *The American Family: Its Relations to Personality and to the Social Structure*, w: T. Parsons, R.F. Bales, *Family, Socialization and Interaction Process*, New York 1955, s. 12–13.

¹² C.G. Jeppesen de Boer, *Joint Parental Authority*, Antwerpen–Oxford–Portland 2008, s. 34; K. Kurki-Suonio, *Joint Custody as an Interpretation of the Best Interests of the Child in Critical and Comparative Perspective*, „International Journal of Law, Policy and the Family” 2000/14, s. 183.

¹³ Zob. przykładowo: E.S. Scott, *Pluralism, Parental Preference, and Child Custody*, „California Law Review”, 1992/80 (May), s. 619 i n.

¹⁴ Zob. w literaturze prawniczej M. Domański, *Względne zakazy małżeńskie*, Warszawa 2013, s. 367 i n.

¹⁵ E. Scott, A. Derdeyn, *Rethinking Joint Custody*, „Ohio State Law Journal”, 1984/45, no. 2, s. 458 i n.; J.G. Wexler, *Rethinking the Modification of Child Custody Decrees*, „The Yale Law Journal”, 1985/94, no. 4, s. 757.

¹⁶ E. Scott, A. Derdeyn, *Rethinking Joint Custody*, s. 461.

¹⁷ S. Coltrane, R. Collins, *Sociology of Marriage & the Family: Gender, Love, and Property*, Wadsworth/Thomson Learning 2001.

¹⁸ D. Majka-Rostek, *Współczesne wzorce nowego ojcostwa*, w: *Rodzina. Kondycja i przemiany*, M. Świątkiewicz-Mośny (red.), Kraków 2011, s. 103.

¹⁹ D.W. Allen, M. Brinig, *Do Joint Parenting Laws Make Any Difference?*, „Journal of Empirical Legal Studies”, 2011/8, Issue 2, s. 304.

²⁰ J.W. Bozomo, *Joint Legal Custody: A Parent's Constitutional Right in a Reorganized Family*, „Hofstra Law Review” 2002/31, Issue 2, s. 558 i n.; C.G. Jeppesen de Boer, *Joint Parental Authority*, s. 83 i n.

²¹ J. Folberg, M. Graham, *Joint Custody of Children Following Divorce*, „University of California Davis Law Review” 1979/12, s. 523; w literaturze polskiej zob. J. Wierciński, *Kilka uwag o władzy rodzicielskiej nad małoletnim dzieckiem w razie rozwodu rodziców w ujęciu prawnoporównawczym*, SPP 2012/1, s. 19.

W polskim systemie prawnym możliwość pozostawienia pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom po rozwodzie pojawiła się wraz z wejściem w życie kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Jeszcze w projekcie k.r.o. z 1962 r. zgodnie z proponowanym art. 101 sąd w wyroku orzekającym rozwód miał powierzyć wykonywanie władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców, ograniczając władzę rodzicielską drugiego²². W toku prac parlamentarnych nad projektem²³, ostatecznie sformułowanie „powierza wykonywanie władzy rodzicielskiej” zamieniono na „może powierzyć”, co otworzyło możliwość pozostawienia obojgu rodzicom władzy rodzicielskiej po rozwodzie.

Rozwiązanie pozostawiające pełną władzę rodzicielską obojgu rodzicom uznane zostało jednak za rozstrzygnięcie o charakterze wyjątkowym²⁴. Jak zauważył Sąd Najwyższy w uchwale z 18.03.1968 r.²⁵, „takiego rozstrzygnięcia nie można traktować jako reguły. Wymaga ono bowiem ustalenia, że stosunek wzajemny małżonków oraz inne okoliczności, a przede wszystkim ich dotychczasowy stosunek do dzieci oraz wzajemne kontakty w tym zakresie, zapewniają szanse zgodnego wykonywania przez oboje rodziców władzy rodzicielskiej wspólnie, w sposób odpowiadający dobru dziecka i interesowi społecznemu”.

Należy zauważyć, że możliwość pozostawienia pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom była rozumiana jako pozostawienie rodzicom pełnego prawa do podejmowania wspólnie decyzji w sprawach osoby dziecka oraz jego majątku, jak również prawa reprezentacji, a nie jako możliwość przyznania uprawnienia do wymiennego w czasie, symetrycznego sprawowania bezpośredniej pieczy nad dzieckiem²⁶. Rozwiązanie takie odpowiadało więc koncepcji *joint legal custody* (czy *authority*) a nie *joint physical custody*²⁷. W praktyce powyższa koncepcja przekładała się na obligatoryjne określanie w sentencji wyroku rozwodowego miejsca stałego pobytu dziecka u jednego z rodziców²⁸.

Zasygnalizowane wcześniej procesy społeczne stały się, w wielu systemach prawnych, podstawą albo uznania dopuszczalności w ramach decyzji rodziców potwierdzanej przez sąd, albo nawet mocą orzeczenia sądu bez zgody rodziców²⁹ wspólnej, naprzemiennej, podzielonej w czasie pieczy rodzicielskiej³⁰.

²² Projekt kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz przepisów wprowadzających kodeks rodzinny i opiekuńczy, Warszawa 1962.

²³ W. Stojanowska, *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979, s. 169.

²⁴ B. Dobrzański, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, B. Dobrzański (red.), J. Ignatowicz (red.), Warszawa 1975, s. 340; J. Górecki, *Wytyczne rozwodowe Sądu Najwyższego*, „Państwo i Prawo” 1968/8–9, s. 340; W. Stojanowska, *Rozwód...*, s. 171 i n.

²⁵ *Wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w zakresie stosowania przepisów art. 56 oraz art. 58 k.r.o.*, III CZP 70/66, OSNC 1968/5, poz. 77.

²⁶ W. Stojanowska, *Pozostawienie pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rozwiedzionym małżonkom nad ich małoletnimi dziećmi*, ZN IBPS 1975/2, s. 68.

²⁷ Zob. D.E. Abrams, N.R. Cahn, C.J. Ross, D.D. Meyer, *Contemporary Family Law*, Thomson Reuters, St. Paul 2009, s. 767; w polskiej literaturze J. Kosińska-Wiercińska, *Władza rodzicielska nad małoletnim dzieckiem w razie rozwodu rodziców na tle prawa amerykańskiego*, RiP 2011/19, s. 21 i n.

²⁸ W. Stojanowska, *Pozostawienie pełnej władzy rodzicielskiej...*, s. 69.

²⁹ E.S. Scott, *Pluralism...*, s. 624.

³⁰ Przykładowo, w odniesieniu do prawa holenderskiego i duńskiego: G. Jeppesen de Boer, *Joint Parental Authority*, s. 83 i n.; amerykańskiego: D.E. Abrams, N.R. Cahn, C.J. Ross, D.D. Meyer, *Contemporary Family Law*, s. 768. Syntetyczne wyliczenie krajów europejskich dopuszczających pieczę naprzemienną: K. Boele-Woelki, F. Ferrand, C. González Beilfuss, M. Jänterä-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny, W. Pintens, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen–Oxford 2007, s. 132 i n. W polskiej literaturze w odniesieniu do prawa amerykańskiego zob. J. Kosińska-Wiercińska, *Władza rodzicielska nad małoletnim dzieckiem...*; niemieckiego i francuskiego: J. Wierciński, *Kilka uwag o władzy rodzicielskiej...*

Należy wskazać, że rozwiązanie takie przyjęto jako promowane w zasadach europejskiego prawa rodzinnego dotyczących władzy (odpowiedzialności) rodzicielskiej³¹, przygotowanych przez Europejską Komisję Prawa Rodzinnego. Zgodnie z zasadą 3.20, jeżeli władza rodzicielska jest wykonywana wspólnie przez rodziców żyjących w rozłączeniu, powinni oni zdecydować, z którym z nich dziecko będzie przebywało (ust. 1). Dziecko może przebywać naprzemiennie u osób, którym przysługuje władza rodzicielska, stosownie do porozumienia (rodzicielskiego) zaakceptowanego przez właściwą władzę albo na podstawie decyzji tej władzy (ust. 2).

Jak podkreślono w komentarzu do cytowanych zasad, naprzemienne miejsce pobytu dziecka jest nowoczesnym trendem w legislacji. Zasady nie rozstrzygają, czy rozwiązanie polegające na naprzemiennej pieczy rodziców ma być regułą czy też wyjątkiem w przypadku rozwodu. Dopuszczono jednak nie tylko przyjęcie takiego modelu sprawowania władzy rodzicielskiej decyzją stron, ale również poprzez narzucenie jej np. mocą orzeczenia sądu³².

Wskazane „trendy” nie ominęły również Polski. Problem stał się przedmiotem bardziej intensywnej debaty prawniczej po dokonanej w 2009 r. modyfikacji przepisów k.r.o. dotyczących rozstrzygania o władzy rodzicielskiej w wyroku rozwodowym.

II. PROBLEM DOPUSZCZALNOŚCI ORZECZENIA O PIECZY NAPRZEMIENNEJ W WYROKU ROZWODOWYM W STANIE PRAWNYM OBOWIĄZUJĄCYM PRZED 29 SIERPNIA 2015 R.

Na gruncie stanu prawnego obowiązującego od 13.06.2009 r. do 28.08.2015 r. przedstawione zostały rozbieżne poglądy co do dopuszczalności przyjęcia modelu pieczy naprzemiennej jako rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej w wyroku rozwodowym. Część doktryny uznała tego typu rozstrzygnięcie za dopuszczalne. Wskazywano, że ustawodawca w znowelizowanym art. 58 k.r.o. nie przewidział obowiązku określenia miejsca pobytu dziecka przy jednym z rodziców w wyroku rozwodowym. Zgodnie z tym poglądem rodzice mogli samodzielnie, w porozumieniu przedstawianym zgodnie z art. 58 § 1 k.r.o., określić naprzemiennie miejsce przebywania dziecka³³.

W literaturze zaprezentowane zostało również stanowisko odmienne, uznające całkowitą niedopuszczalność przyjęcia modelu pieczy naprzemiennej³⁴. Przedstawione argumenty, mające uzasadniać taką tezę, można podzielić na dwie grupy: o charakterze „formalnym”, wynikające z przyczyn systemowych, oraz „materialne”, dotyczące sprzeczności takiego orzeczenia z materialnoprawnymi przesłankami rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej.

W odniesieniu do pierwszej grupy sygnalizowano systemową konieczność przesądzenia o miejscu stałego przebywania dziecka u jednego z rodziców zgodnie

³¹ *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*.

³² K. Boele-Woelki, F. Ferrand, C. González Beilfuss, M. Jänterä-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny, W. Pintens, *Principles of European Family Law...*, s. 135.

³³ R. Zegadło, *Miejsce zamieszkania, miejsce pobytu, miejsce zwykłego (stałego) pobytu dziecka oraz piecza naprzemienna*, RiP 2011/17–18, s. 14 i n.; T. Justyński, *W sprawie tzw. opieki naprzemiennej*, RiP 2011/19, s. 5; J. Kosińska-Wiercińska, *Władza rodzicielska nad małoletnim dzieckiem...*, s. 32.

³⁴ B. Czech, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Piasecki (red.), Warszawa 2011, s. 501; J. Ignaczewski, *Rozwód po nowelizacji. Art. 56–61 KRO. Komentarz*, Warszawa 2009; W. Stojanowska, w: *System prawa prywatnego*, t. 11, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, T. Smoczyński (red.), Warszawa 2014, s. 769 i n.

z art. 58 k.r.o.³⁵ Przeciwno dopuszczalności pieczy naprzemiennej miała przemawiać koncepcja miejsca zamieszkania dziecka regulowana w art. 26 k.c.³⁶ Wskazano również na konstrukcję art. 113¹ k.r.o. oraz konieczność ustalenia kontaktów z dzieckiem w porozumieniu rodziców na podstawie art. 58 k.r.o. Ustalenie kontaktów w przypadku pieczy naprzemiennej miałyby być zbędne³⁷. Artykuł 113¹ k.r.o. przewiduje bowiem ustalenie kontaktów przez rodziców wyłącznie, gdy dziecko nie przebywa stale u żadnego z nich³⁸. Zasygnalizowano ponadto, że o konieczności ustalenia kontaktów w sentencji wyroku rozwodowego przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 5.06.2012 r.³⁹ Wskazywano również na komplikacje natury praktycznej dotyczące przykładowo: orzekania o alimentach czy możliwych trudności z działaniem kuratora.

W drugiej grupie argumentów podkreślano generalną sprzeczność rozwiązania przewidującego pieczę naprzemienną z dobrem dziecka⁴⁰. W tym kontekście autorzy sprzeciwiający się dopuszczalności orzeczenia o pieczy naprzemiennej odwoływali się najczęściej do poglądów wyrażonych w orzeczeniu Sądu Najwyższego z 22.04.1952 r.⁴¹ Stwierdzono w nim, iż orzeczenie polegające na podzieleniu wykonywania władzy rodzicielskiej w czasie i sukcesywnym przekazywaniu dziecka każdemu z rozwiedzionych rodziców, pozostaje w sprzeczności z art. 437 k.p.c. z 1932 r. Zaznaczono, że „periodyczne zmiany osoby wykonującej władzę rodzicielską nie tylko nie mogą zapewnić dziecku należytego zaspokojenia jego potrzeb, ale wręcz wyłączają jednolitość kierunku jego wychowania i musiałyby wyrzucić jak najbardziej ujemny wpływ na kształtowanie się świadomości dziecka”. Podobny pogląd został wyrażony również w orzeczeniu SN z 4.11.1953 r.⁴², w którym stwierdzono, że niedopuszczalne jest w postanowieniu powierzającym wykonanie władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców, zastrzeżenie, że dziecko w ciągu jednego miesiąca corocznie będzie przebywało u drugiego z rodziców i pod jego pieczę. W uzasadnieniu podkreślono: „decyzja, że dziecko ma przez 1 miesiąc w roku, «według wyboru powoda», przebywać u niego pod jego pieczę, równa się praktycznie podziałowi władzy rodzicielskiej między rozwiedzionych rodziców dziecka w ten sposób, że jedna z nich sprawuje ją przez 11, a druga przez 1 miesiąc w roku. Sąd Najwyższy zwracał już w innej sprawie uwagę na niezgodność takiej decyzji z art. 437 k.p.c.”, oraz że „udzielenie powodowi prawa zabierania dziecka ze środowiska, do którego przywykło, wbrew woli matki, która sprawuje władzę rodzicielską, byłoby zgodne tylko z interesami powoda, mogłoby zaś w pewnych wypadkach być sprzeczne z dobrem samego dziecka”.

Odnosząc się do wskazanych argumentów, należy stwierdzić, że zagadnienie dopuszczalności pieczy naprzemiennej (czy też jej niedopuszczalności) nie wynikało

³⁵ W. Stojanowska, w: *System prawa prywatnego*, t. 11, T. Smoczyński (red.), s. 773.

³⁶ W. Stojanowska, w: *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza. Wykładnia. Komentarz*, W. Stojanowska (red.), Warszawa 2011, s. 68.

³⁷ W. Stojanowska, w: *System prawa prywatnego*, t. 11, T. Smoczyński (red.), s. 773.

³⁸ W. Stojanowska, w: *System prawa prywatnego*, t. 11, T. Smoczyński (red.), s. 750.

³⁹ III CZP 72/11, OSNC 2012/12, poz. 135, tak: W. Stojanowska, w: *System prawa prywatnego*, t. 11, T. Smoczyński (red.), s. 780.

⁴⁰ W. Stojanowska, w: *System prawa prywatnego*, t. 11, T. Smoczyński (red.), s. 778.

⁴¹ C 414/52, OSNCK 1953/2, poz. 47, tak: W. Stojanowska, w: *System prawa prywatnego*, t. 11, T. Smoczyński (red.), s. 771, B. Czech, w: *Kodeks rodzinny...*, K. Piasecki (red.).

⁴² II C 481/53, PiP 1954/3, poz. 553.

jasno z rozwiązań obowiązujących w stanie prawnym przed 29.08.2015 r. Problem nie był również *expressis verbis* uregulowany przed 13.06.2009 r.

W zakresie przedstawionych argumentów „formalnych” należy zgodzić się, że ustawodawca wprost w art. 113¹ k.r.o. przewidział możliwość ustalenia przez rodziców sposobu utrzymywania kontaktów z dzieckiem przez to z nich, u którego dziecko stale nie przebywa. Wydaje się jednak, że przepis ten można interpretować tak, że w przypadku gdy dziecko u żadnego rodzica nie przebywa stale, nie znajduje on w ogóle zastosowania, ponieważ nie powstaje kwestia uregulowania kontaktów. Po prostu kontakty realizowane są w ramach sprawowania pieczy nad dzieckiem. W art. 58 § 1 k.r.o. wskazano, że sąd ma obowiązek rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej i o kontaktach z dzieckiem. W przypadku pozostawienia pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom, rozstrzygnięcie takie zapadało na podstawie porozumienia rodziców. Ustawodawca wskazał w obu przypadkach łącznie sposób wykonywania władzy rodzicielskiej i kontakty z dzieckiem. Wydaje się, że elementów tych nie należy rozdzielać, a przeciwstawianie ich, w sytuacji przysługiwania władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom, jest sztuczne⁴³. Rzeczywiście musieli oni określić kontakty w porozumieniu (choć z treści art. 58 § 1 k.r.o. nie wynika, że muszą to być kontakty z rodzicem niesprawującym bezpośredniej pieczy nad dzieckiem), ale ze wskazanego przepisu nie wynika, jak takie określenie miało zostać dokonane (jedynym kryterium pozostawała zgodność porozumienia z dobrem dziecka). Przyjęcie w porozumieniu modelu pieczy naprzemiennej jest ustaleniem zarówno sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej, jak i kontaktów z dzieckiem po rozwodzie. Nic oczywiście nie stoi na przeszkodzie, aby w porozumieniu znalazły się również postanowienia dotyczące uregulowania kontaktów rodzica z dzieckiem w czasie, gdy nie będzie sprawował nad nim pieczy. Takie rozstrzygnięcie mogłoby zostać przeniesione również do sentencji wyroku rozwodowego. Wskazanej interpretacji nie przeczy również treść uchwały III CZP 72/11, w której SN wskazał na konieczność zamieszczenia rozstrzygnięcia o kontaktach w treści sentencji wyroku. Można uznać, że samo przyjęcie modelu pieczy naprzemiennej i określenie tego w sentencji wyroku czyni zadość obowiązkowi orzeczenia o kontaktach z dzieckiem.

Rozważając argument z treści art. 26 k.c., należy zauważyć, że konstrukcja cywilnoprawnego miejsca zamieszkania nie ma żadnego wpływu na rozstrzygnięcie o władzy rodzicielskiej. To właśnie miejsce zamieszkania dziecka wynika z rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej (czy, wyjątkowo, z miejsca stałego pobytu dziecka), a nie odwrotnie. Miejsce zamieszkania określane jest *ex lege* na podstawie art. 26 k.c. i zasadniczo nie zależy od decyzji sądu. Ponadto miejscem zamieszkania, zgodnie z art. 25 k.c., jest miejscowość, a nie konkretny adres. W przypadku zamieszkiwania rodziców mających pełną władzę rodzicielską w jednej miejscowości, problem określenia miejsca zamieszkania w ogóle nie powstaje – bez względu na nieporozumienia czy konflikty między rodzicami co do określenia miejsca pobytu dziecka. Należy również zwrócić uwagę, że kompetencja sądu opiekuńczego do określania

⁴³ P. Mostowik, *Kontakty dziecka z rodzicami, krewnymi i bliskimi a władza rodzicielska*, PS 2013/3, s. 7 i n. Dostrzegalne jest to chociażby w cytowanym orzeczeniu II C 481/53, gdy określenie kontaktów ojca z dzieckiem przez jeden miesiąc w roku zostało uznane za podzielenie w czasie pieczy nad dzieckiem, a w konsekwencji również władzy rodzicielskiej.

miejsca zamieszkania została ograniczona do sytuacji, w której rodzicom przysługuje pełna władza rodzicielska, dziecko stale u żadnego nie przebywa, a ponadto rodzice mają różne miejsca zamieszkania (miejszem tym są różne miejscowości). Postępowanie to nie jest więc uniwersalną podstawą do rozstrzygania konfliktów dotyczących miejsca pobytu dziecka. Nawet określenie przez sąd miejsca zamieszkania na podstawie art. 26 § 2 *in fine* k.c. istotne z punktu widzenia miejsca spełnienia świadczenia (art. 454 k.c.) czy właściwości miejscowej sądu (art. 27 k.p.c.), nie jest rozstrzygnięciem o władzy rodzicielskiej i nie przesądza o osobie sprawującej pieczę nad dzieckiem. Na marginesie można wskazać, że treść art. 26 § 2 k.c. jest raczej argumentem na rzecz konstrukcyjnej dopuszczalności pieczy naprzemiennej, skoro ustawodawca *expressis verbis* przewidział sytuację, w której „dziecko nie przebywa stale u żadnego z rodziców” i określił sposób ustalenia miejsca zamieszkania w takiej sytuacji (koniecznego z uwagi np. na określenie właściwego sądu)⁴⁴.

Nie były również jednoznacznym argumentem na rzecz przyjęcia poglądu o niedopuszczalności pieczy naprzemiennej przepisy regulujące rozstrzygnięcie o władzy rodzicielskiej w wyroku rozwodowym. Należy zauważyć, że zgodnie z treścią art. 58 § 1 i 1a k.r.o. sąd rozstrzygał o władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem po rozwodzie. Do pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom konieczny był ich zgodny wniosek oraz przedstawienie porozumienia na podstawie art. 58 § 1 k.r.o., jak również zasadne było oczekiwanie, że będą współdziałali w sprawach dziecka. Ustawodawca nie określił koniecznej czy niedopuszczalnej treści porozumienia w zakresie przyjmowanego modelu sprawowania wspólnej władzy rodzicielskiej po rozwodzie (poza wymaganiem, aby rodzeństwo wychowywało się wspólnie). Jedynym kryterium było dobro dziecka. Nie istniało również wymaganie wskazania (czy to w porozumieniu, czy treści wyroku) jednego rodzica sprawującego pieczę nad dzieckiem przez określenie chociażby miejsca pobytu dziecka przy jednym z rodziców. Co więcej, ustawodawca – pomimo jasnej propozycji wprowadzenia takiej regulacji do treści art. 58 § 1a k.r.o. – sugestię tę odrzucił. Pomijając okoliczności wykreślenia propozycji⁴⁵, nie można przejść nad taką decyzją ustawodawcy do porządku dziennego i uznać proponowanego art. 58 § 1a zdanie trzecie za *superfluum*.

System prawny rzeczywiście jako zasadę przyjmuje, że osoba fizyczna ma jedno miejsce stałego pobytu⁴⁶. Kategorie administracyjnoprawne (jak w ustawie o ewidencji ludności) czy potencjalne trudności np. w sprawowaniu dozoru kuratora nie mogą jednak determinować konstrukcji rodzinnych uregulowanych w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym. Problemy administracyjnoprawne muszą być rozwiązywane na gruncie tamtej gałęzi prawa. Podsumowując, motywy „formalne” przesądzały (w stanie prawnym obowiązującym przed 29.08.2015 r.) o niedopuszczalności przyjęcia przez rodziców (w ramach pozostawienia im pełnej władzy rodzicielskiej) modelu pieczy naprzemiennej.

⁴⁴ Szerzej o miejscu zamieszkania oraz pobytu dziecka w kontekście rozstrzygnięcia zawartego w wyroku rozwodowym zob. M. Domański *Rozstrzygnięcie w wyroku rozwodowym o miejscu pobytu dziecka*, PS 11–12/2016, s. 107.

⁴⁵ Szeroko opisany przez W. Stojanowską, w: *System prawa prywatnego*, t. 11, T. Smoczyński (red.), s. 774.

⁴⁶ Przykładowo, zgodnie z art. 27 ust. 2 ustawy z 24.09.2010 r. o ewidencji ludności (Dz. U. Nr 217, poz. 1427 ze zm.), równocześnie można mieć tylko jedno miejsce pobytu stałego i jedno miejsce pobytu czasowego (art. 27 ust. 3).

W zakresie materialnoprawnych przesłanek oceny porozumienia i rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej jedynym kryterium było dobro dziecka (uszczegółowione wymaganiem, by rodzeństwo wychowywało się razem). Uznanie absolutnej niedopuszczalności pieczy naprzemiennej możliwe byłoby jedynie w przypadku przyjęcia, że rozwiązanie takie zawsze jest sprzeczne z dobrem dziecka.

Problem należy do niezwykle kontrowersyjnych. Klauzula dobra dziecka ma specyficzny charakter. Jej ocena wymaga globalnej, wielopłaszczyznowej analizy stanu faktycznego w różnych aspektach i podjęcia rozwiązania optymalnego dla dziecka w danych okolicznościach. Trudno jest generalizować ocenę z punktu widzenia wskazanej klauzuli. Ponadto ocena wpływu modelu sprawowania władzy rodzicielskiej na rozwój i sytuację dziecka jest dokonywana głównie z pozycji nauk społecznych, takich jak psychologia czy pedagogika.

Należy również zauważyć, że sąd, dokonując oceny postulowanego rozstrzygnięcia z punktu widzenia dobra dziecka, nie porównuje hipotetycznych skutków wdrożenia modelu pieczy naprzemiennej ze stanem optymalnym – wychowywania się dziecka w niezdezintegrowanej rodzinie pełnej, ale z możliwym stanem, w którym wykonywanie władzy rodzicielskiej zostanie powierzone jednemu z rodziców (ewentualnie obojgu z określeniem, że bezpośrednią pieczę nad dzieckiem wykonuje tylko jedno z rodziców, oczywiście o ile przedstawiliby zgodne porozumienie w tym zakresie).

Nie pretendując do wyczerpania tematu i podkreślając konieczność prowadzenia dalszych badań nad modelami wykonywania władzy rodzicielskiej przez rodziców żyjących w rozłączeniu oraz skutkami wdrożenia tych modeli, należy wskazać, że piecza naprzemienna jest dopuszczalna, a nawet szeroko stosowana w różnych krajach⁴⁷. Powyżej zostały zacytowane rekomendacje Europejskiej Komisji Prawa Rodzinnego preferujące model pieczy naprzemiennej, a nawet dookreślające kryteria jego stosowania. W literaturze zagranicznej spór nie dotyczy właściwie tego, czy rodzice mogą porozumieć się i z własnej woli wprowadzić model pieczy naprzemiennej (co raczej uznawane jest za oczywiste), ale czy rozwiązanie takie może im zostać narzucone. Również sceptycy pieczy naprzemiennej⁴⁸ nie wskazują na absolutną niedopuszczalność takiego rozwiązania we wszystkich sytuacjach, ale raczej sygnalizują okoliczności (zwłaszcza dotyczące konfliktu rodzicielskiego i braku współpracy), w których rozwiązanie takie należy uznać za sprzeczne z dobrem dziecka. Jednocześnie wskazywane są kryteria umożliwiające zaakceptowanie takiego modelu sprawowania władzy rodzicielskiej.

Należy ponadto podkreślić, że badania prowadzone w krajach, w których piecza naprzemienna jest orzekana od wielu lat, nie wskazują na negatywne konsekwencje takiego rozwiązania dla dobrostanu dzieci (w porównaniu z powierzeniem sprawowania pieczy nad dzieckiem jednemu z rodziców)⁴⁹. Antycypując wyniki

⁴⁷ Zob. przyp. 30.

⁴⁸ A. Czerederecka, *Rozstrzygnięcie o kwestiach związanych ze sprawowaniem władzy rodzicielskiej i uregulowaniem kontaktów z dziećmi – refleksje psychologa*, RiP 2013/26–27, s. 95; A. Czerederecka, *Rozwód a rywalizacja o opiekę nad dziećmi*, Warszawa 2010, s. 108; w literaturze zagranicznej przykładowo zob. D. Post, *Arguments Against Joint Custody*, Berkeley Women's Law Journal 1989/4, s. 325.

⁴⁹ R. Bauserman, *Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review*, Journal of Family Psychology 2002/16, No. 1, s. 91; E. Spruijt, V. Duindam, *Joint Physical Custody in The Netherlands and Well-Being of Children*, Journal of Divorce & Remarriage 2010/51, s. 65; M. Bergström, E. Fransson, A. Hjern, L. Köhler, T. Wallby, *Mental health in Swedish children living in joint physical custody and their parents' life satisfaction: A cross-sectional study*, Scandinavian Journal of Psychology 2014/55, s. 433; A.K. Sodermans, K. Matthijs, *Joint Physical Custody and Adolescents' Subjective Well-Being: A Personality, Environment Interaction*, Journal of Family Psychology 2014/28, No. 3, s. 346.

badania praktyki, należy wskazać, że we wszystkich sprawach, gdy sądy zlecały przeprowadzenie badań biegłym psychologom lub rodzinnemu ośrodkowi diagnostyczno-konsultacyjnemu⁵⁰, rozwiązanie polegające na naprzemiennej pieczy obojga rodziców oceniane było jako zgodne z dobrem dzieci.

W sytuacji, gdy miejsce pobytu dziecka określane jest stale, przy jednym z rodziców, ale jednocześnie orzekane są szerokie kontakty z drugim z rodziców (z możliwością zabierania dziecka np. na weekendy do swojego miejsca zamieszkania czy też spędzania z nim wakacji) w rzeczywistości dochodzi do podzielenia w czasie wykonywania pieczy nad dzieckiem. Możliwość realizacji kontaktów z dzieckiem poza kontrolą drugiego z rodziców zawsze wiąże się z czasowym sprawowaniem pieczy nad dzieckiem. Trudno uznać, że spędzanie przez dziecko 60% czasu pod pieczą jednego z rodziców i 40% pod pieczą drugiego jeszcze jest zgodne z dobrem dziecka, ale już pozostawianie pod pieczą obojga rodziców po 50% czasu absolutnie i w każdym przypadku jest z dobrem dziecka sprzeczne.

Niezwykle istotnym argumentem jest również nowelizacja przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz kodeksu postępowania cywilnego wprowadzona ustawą z 25.06.2015 r.⁵¹, która weszła w życie 29.08.2015 r. Poza wprowadzeniem jako zasady „wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej” nawet w przypadku nieprzedstawienia porozumienia dotyczącego wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem, dodano art. 582¹ oraz 598²² k.p.c., w których *expressis verbis* przewidziano możliwość wydania orzeczenia, zgodnie z którym „dziecko będzie mieszkać z każdym z rodziców w powtarzających się okresach”. Trudno uznać, aby do 28.08.2015 r. rozwiązanie takie, jako bezwzględnie sprzeczne z dobrem dziecka, było niedopuszczalne, a od 29.08.2015 r. stało się już wprost dopuszczone przez ustawodawcę i z dobrem dziecka zgodne.

Reasumując, trudno uznać, uwzględniając specyfikę klauzuli dobra dziecka, wielość możliwych stanów faktycznych oraz wyniki badań z innych krajów, że rozwiązanie w postaci symetrycznej naprzemiennej pieczy obojga rodziców jest, jako zawsze sprzeczne z dobrem dziecka, absolutnie niedopuszczalne.

Na marginesie należy zasygnalizować pewien problem terminologiczny. W literaturze czasem pojawiają się poglądy o niedopuszczalności „podzielenia w czasie władzy rodzicielskiej”⁵². W przypadku konstrukcji określanej jako *joint physical custody* nie chodzi o podzielenie w czasie władzy rodzicielskiej. Rozwiązanie takie powiązane jest z pozostawieniem obojgu rodzicom pełnej władzy rodzicielskiej (*joint legal custody*). W każdym momencie, bez względu na to, które z rodziców sprawuje bezpośrednią pieczę nad dzieckiem, oboje mają pełną władzę rodzicielską i zachowują obowiązki i prawa z niej wynikające⁵³. Podzielone w czasie (wymienne) jest jedynie sprawowanie bezpośredniej pieczy nad dzieckiem, a więc następuje podzielenie w czasie jedynie jednego z atrybutów władzy rodzicielskiej. Z tego powodu wydaje się, że najbardziej prawidłowe i precyzyjne jest posługiwanie się

⁵⁰ W okresie, w którym toczyły się zbadane sprawy istniały jeszcze rodzinne ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne, zastąpione z dniem 1.01.2016 r. przez opiniodawcze zespoły sądowych specjalistów działające przy sądach okręgowych (ustawa z 5.08.2015 r. o opiniodawczych zespołach sądowych specjalistów, Dz. U. poz. 1418).

⁵¹ Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy 2 Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2015 r., poz. 1062).

⁵² B. Czech, w: *Kodeks rodzinny...*, K. Piasecki (red.), s. 502.

⁵³ T. Justyński, *W sprawie tzw. opieki...*, s. 6.

pojęciem „naprzemiennej pieczy”. Termin „naprzemienna władza rodzicielska” zupełnie nie oddaje istoty instytucji, a pojęcie „opieki naprzemiennej” może wprowadzać w błąd. Instytucja opieki została ściśle określona i związana z prawem opiekuńczym (art. 145 i n. k.r.o.). Zgodnie z art. 146 k.r.o. sąd może małżonkom powierzyć wspólne sprawowanie opieki. W tym kontekście pojawia się, przynajmniej teoretycznie, kwestia „naprzemiennego sprawowania opieki” czy „opieki naprzemiennej”, jednak w zupełnie innym znaczeniu niż naprzemienne sprawowanie pieczy w ramach pełnej władzy rodzicielskiej.

III. OGÓLNA CHARAKTERYSTYKA I ZAŁOŻENIA BADANIA.

Jak zasygnalizowano powyżej, zagadnienie dopuszczalności przyjęcia w wyroku rozwodowym modelu pieczy naprzemiennej budzi w literaturze polskiej wątpliwości. Z uwagi na brak badań empirycznych w tym zakresie podjęcie próby ustalenia skali zjawiska oraz praktyki sądowej w tym zakresie należało uznać za niezwykle istotne.

Instytut Wymiaru Sprawiedliwości zwrócił się do wszystkich sądów okręgowych o przesłanie akt wszystkich spraw rozwodowych, w których orzeczenie przewidujące pieczę naprzemienną zapadło w 2014 r. i było prawomocne. Do badania przesłane zostały akta 146 spraw. W praktyce okazało się, że pojęcie „pieczy naprzemiennej” nie było jednolicie rozumiane. Wiele z przesłanych akt spraw zawierało rozstrzygnięcie pozostawiające władzę rodzicielską obojgu rodzicom z określeniem stałego miejsca pobytu dziecka przy jednym z nich oraz przewidujące szerokie kontakty z drugim z rodziców.

Cel badania zakładał zbadanie wyłącznie spraw, w których model „symetrycznej naprzemiennej pieczy obojga rodziców” został przyjęty (zaakcentowany) wprost w wyroku rozwodowym, a więc takich, w których z sentencji wyroku lub też porozumienia rodziców (zaakceptowanego w wyroku) wynikało, że rodzice w danych okresach będą wymieniali się pieczą nad dzieckiem (dziećmi).

Po odrzuceniu spraw, w których rozstrzygnięcia nie odpowiadały zakładanemu⁵⁴, do badania skierowane zostały akta 23 spraw z 10 sądów okręgowych⁵⁵. Badanie zostało zrealizowane metodą ankietową. Z uwagi na niewielką liczbę spraw wyniki będą przedstawiane zarówno w ujęciu ilościowym (jednak poprzez wskazanie liczby spraw, a nie odsetka), a także z szerokim wykorzystaniem metody studium przypadku.

Podstawowym założeniem badania było ustalenie, czy w praktyce rozwodowej występują sprawy, w których orzeczenie o władzy rodzicielskiej przewidywało model pieczy naprzemiennej oraz ustalenie skali tego zjawiska. Ponadto istotne było zbadanie zgodności rozstrzygnięć z kodeksowymi przesłankami pozostawienia pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom, jak również szczególnymi, formułowanymi w literaturze, wymaganiami dotyczącymi dopuszczalności wydania orzeczenia przewidującego pieczę naprzemienną. Planując badanie, przyjęto również

⁵⁴ W tym również spraw, w których rodzice w rzeczywistości sprawowali władzę rodzicielską w formie pieczy naprzemiennej, jednak w wyroku rozwodowym sąd określił stałe miejsce pobytu dziecka z góry – jak się wydaje – przyjmując, że rozstrzygnięcie to ma charakter jedynie formalny i nie będzie realizowane

⁵⁵ Były to sądy okręgowe w: Gliwicach, Krakowie, Krośnie, Poznaniu, Rzeszowie, Szczecinie, Toruniu, Warszawie, Włocławku, Zielonej Górze.

konieczność szerokiego poddania analizie elementów społecznych charakteryzujących strony procesów rozwodowych, co miało dać odpowiedź na pytanie, kto w polskich warunkach decyduje się na model pieczy naprzemiennej.

Założono również zbadanie „jakości” postępowań sądowych, w szczególności zakresu postępowania dowodowego oraz zgodności z modelem procesu rozwodowego. Za istotne uznano również ustalenie problemów orzeczniczych związanych z przyjmowaniem tego niestandardowego, przynajmniej w polskich warunkach, rozstrzygnięcia.

IV. SPOŁECZNO-DEMOGRAFICZNA CHARAKTERYSTYKA STRON

1. Żony

Wśród zbadanych spraw powództwo o rozwód zostało wytoczone w 16 przypadkach przez żony i w 7 przez mężów. Uzyskane dane zbieżne są z uzyskanymi w innych badaniach praktyki orzeczniczej w sprawach rozwodowych oraz ogólnymi danymi statystycznymi⁵⁶.

W chwili wytoczenia powództwa średni wiek kobiet wynosił 34,3 lat i (mediana 33 lata). Najmłodsza miała skończone 26 lat, a najstarsza 43. Średni „staż” małżeński w chwili wytoczenia powództwa wyniósł 10,8 lat. Najkrócej małżeństwo trwało 4,3, lata najdłużej 23 lata.

W aż 13 zbadanych sprawach (72,2%⁵⁷) kobiety miały wyższe wykształcenie. W 5 przypadkach brak było na ten temat informacji w aktach sprawy. Jedynie w 2 sprawach żony miały wykształcenie zawodowe i w takiej samej wykształcenie średnie. W jednym przypadku było to wykształcenie pomaturalne. W żadnej zbadanej sprawie kobiety nie miały wykształcenia niższego niż zawodowe. Wyniki w tym zakresie zdecydowanie odbiegają od wyników porównywanego badania, w którym odsetek kobiet z wyższym wykształceniem wyniósł jedynie 20%, a zasadnicze zawodowe lub niższe miało aż 40,1%⁵⁸.

W 16 zbadanych sprawach kobiety zamieszkiwały w dużych miastach (powyżej 100.000 mieszkańców). Żadna nie zamieszkiwała na wsi, 3 w miastach do 50.000 mieszkańców, a pozostałe 4 w miastach średnich (50.000–100.000 mieszkańców). Należy jednak zauważyć, że w większości przypadków gdy miejscem zamieszkania były mniejsze miasta, były to miejscowości znajdujące się w obrębie wielkomiejskiej aglomeracji (w szczególności warszawskiej).

W badaniu poddano ocenie sytuację społeczno-zawodową stron. W 19 przypadkach żony miały stałe zatrudnienie (90,5%). W jednym żona pozostawała na utrzymaniu rodziny (rodziców). W jednej sprawie pozostawała na urlopie macierzyńskim (dziecko urodzone ze związku z nowym partnerem). W pozostałych 2 przypadkach brak było informacji w aktach sprawy o sytuacji zawodowej żony (w porównywanym badaniu odsetek kobiet mających stałe zatrudnienie wyniósł 52%)⁵⁹.

⁵⁶ M. Domański, *Powierzenie wykonywania władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców w wyroku rozwodowym*, „Prawo w Działaniu”, 2015/21, s. 9..

⁵⁷ Przyjmując za 100% 18 spraw, w których informacje o wykształceniu kobiety znajdowały się w aktach.

⁵⁸ M. Domański, *Powierzenie wykonywania...*, s. 10.

⁵⁹ J.w.

Istotnych danych dostarczyła analiza sytuacji finansowej stron postępowania. Jako bardzo dobra została oceniona sytuacja żon w 7 sprawach, jako dobra w kolejnych 10. W jednym przypadku sytuacja została uznana za „przeciętną”. W pozostałych 5 brak było informacji w aktach sprawy umożliwiających dokonanie oceny wskazanego elementu. Odsetek żon o dobrej i bardzo dobrej sytuacji finansowej w porównywanym badaniu wyniósł jedynie 19,4%⁶⁰.

Należy zauważyć, że zarówno w zakresie stosunków zawodowych, jak i finansowych sytuacja żon w zbadanych sprawach była zdecydowanie lepsza niż odnotowana w badaniu dotyczącym powierzenia wykonywania władzy jednemu z rodziców⁶¹.

Kobiety w zbadanych sprawach, na chwilę zamknięcia rozprawy, w 8 przypadkach zamieszkiwały we własnym mieszkaniu, również w 8 sprawach wynajmowały mieszkanie. Z rodzicami żony zamieszkiwały w 4 przypadkach. W pozostałych sprawach informacje znajdujące się w aktach uniemożliwiały ustalenie opisywanego elementu. Niezwykle istotna wydaje się informacja, że dane dotyczące warunków mieszkaniowych w miejscu stałego przebywania żon-matek znalazły się jedynie w aktach 7 spraw (w 6 przypadkach były to warunki dobre lub bardzo dobre a w jednym dostateczne). Wskazana liczba skorelowana jest ściśle z liczbą spraw, w których przeprowadzono wywiady środowiskowe (9). Niepokojące jest to, że w pozostałych 16 sprawach sądy rozwodowe, rozstrzygając o władzy rodzicielskiej, nie miały informacji dotyczących warunków, w jakich dziecko ma przebywać.

Problemy zdrowotne zostały stwierdzone w przypadku 4 kobiet – stron zbadanych postępowań. W 3 sprawach były to problemy ze zdrowiem psychicznym (2 przypadki zaburzeń depresyjnych i jeden zaburzeń na pograniczu schizofrenii – sprawa zostanie opisana w dalszej części).

W aż 10 zbadanych sprawach w chwili zamknięcia rozprawy żony pozostawały w związku z innym mężczyzną. Tylko w 2 zaprzeczyły tej okoliczności, a w aktach nie znalazły się informacje potwierdzające wskazaną okoliczność. W pozostałych 11 sprawach brak było na ten temat informacji.

W jednej zbadanej sprawie stwierdzono, że kobieta przejawiała zachowania określone jako „zachowania z zakresu patologii społecznej” w postaci nadużywania alkoholu.

Kobiety – strony zbadanych postępowań rozwodowych – były reprezentowane przez profesjonalnych pełnomocników (adwokatów albo radców prawnych) w aż 15 przypadkach, a więc zdecydowanie więcej niż w połowie zbadanych postępowań. Odsetek spraw, w których żony były reprezentowane przez profesjonalnych pełnomocników, był zdecydowanie wyższy niż odnotowany w porównywanym badaniu, w którym zapadły rozstrzygnięcia powierzające wykonywanie władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców (analogiczny odsetek wyniósł 37,5%).

2. Mężowie

W zbadanych sprawach w chwili wytoczenia powództwa rozwodowego mężowie mieli średnio 36,5 lat (mediana 35,2). Najmłodszy mężczyzna – strona postępowania – miał skończone 30 lat, a najstarszy 45 lat.

⁶⁰ J.w., s. 11.

⁶¹ Stałe zatrudnienie miało tylko 52,2% kobiet, a sytuacja finansowa została oceniona jako dobra lub bardzo dobra jedynie w 19,4% spraw.

W aż 10 sprawach (62,5%) mężowie mieli wyższe wykształcenie. W 5 przypadkach było to wykształcenie średnie, w jednym pomaturalne. W pozostałych 7 sprawach brak było na ten temat informacji w aktach. Pomimo iż poziom wykształcenia mężczyzn był niższy niż kobiet, i tak wyniki badania znacznie odbiegały zarówno od danych populacyjnych (zgodnie z danymi pochodzącymi z Narodowego Spisu Powszechnego Ludności i Mieszkań 2011 mężczyźni z wykształceniem wyższym stanowili jedynie 14,8%). Również w porównywanym badaniu odsetek mężów z wyższym wykształceniem wyniósł 8,4%⁶².

Mężczyźni – strony zbadanych postępowań – w aż 14 sprawach zamieszkiwali w dużych miastach – powyżej 100.000 mieszkańców. W 4 przypadkach były to miasta średnie (50.000–100.000 mieszkańców), w 3 małe miasta (poniżej 50.000 mieszkańców), w jednej sprawie mąż zamieszkiwał na wsi i w jednej zamieszkiwał za granicą (sprawa zostanie szczegółowo opisana w dalszej części opracowania). Podobnie jak w przypadku analogicznych danych w odniesieniu do kobiet, odsetek mężczyzn zamieszkujących w dużych miastach (jak również w granicach aglomeracji) był zdecydowanie wyższy niż w porównywanym badaniu⁶³.

W aż 20 zbadanych sprawach (ponad 95%) mężowie mieli stałe zatrudnienie lub prowadzili działalność gospodarczą. Jedynie w jednym przypadku w chwili zamknięcia rozprawy mąż był bezrobotny. W pozostałych 2 sprawach brak było na ten temat informacji w aktach. Dane te również zupełnie odbiegają od analogicznych wyników porównywanego badania, w którym stałe zatrudnienie miało jedynie 55,4% mężów⁶⁴.

Analiza ogólnej sytuacji finansowej (obejmującej dochody, zobowiązania i majątek) mężów wykazała wyniki podobne do danych dotyczących kobiet. W 5 sprawach sytuacja ta zostało oceniona jako bardzo dobra, w 10 jako dobra. Jedynie w jednej sprawie jako przeciętna, a w pozostałych 3 brak było na ten temat informacji w aktach. Wyniki te są zupełnie odmienne od analogicznych odnotowanych w badaniu, w którym nastąpiło rozstrzygnięcie powierzające wykonywanie władzy jednemu z rodziców. W porównywanym badaniu jako dobrą lub bardzo dobrą oceniono sytuację 33,8% mężów. Ten odsetek w opisywanym badaniu wyniósł 95%⁶⁵.

Rozwodzący się mężowie w 15 sprawach zamieszkiwali we własnym mieszkaniu lub domu. W 5 przypadkach było to mieszkanie wynajmowane. Tylko w jednej sprawie mężczyzna zamieszkiwał z rodzicami. W pozostałych 2 brak było na ten temat informacji w aktach sprawy.

Istotne dla rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej jest ustalenie warunków mieszkaniowych w miejscu potencjalnego przebywania dziecka. Niestety informacje na ten temat znalazły się jedynie w aktach 7 spraw (pochodziły z wywiadów środowiskowych). W 5 przypadkach były to warunki bardzo dobre, a w 2 dobre.

W badaniu podjęto próbę ustalenia ogólnego stanu zdrowia rozwodzących się mężczyzn. Informacje na ten temat znalazły się w aktach 12 spraw. W 11 stan zdrowia był dobry, jedynie w jednej sprawie odnotowano problemy zdrowotne (zaburzenia neurologiczne wynikające z przebytego zapalenia mózgu). W pozostałych

⁶² M. Domański, *Powierzenie wykonywania...*, s. 12.

⁶³ J.w., s.

⁶⁴ 100% stanowiły sprawy, w których informacje te znajdowały się w aktach sprawy.

⁶⁵ Przyjmując jako 100% sprawy, w których informacje na ten temat znajdowały się w aktach.

11 sprawach sądy nawet nie zadały pytania (w toku przeprowadzania dowodu z przesłuchania strony) o ogólny stan zdrowia.

Mężowie, w chwili zamknięcia rozprawy, w 3 przypadkach pozostawali w związku z inną kobietą, w kolejnych 9 zaprzeczali takiemu faktowi (i badana okoliczność nie wynikała z innych przeprowadzonych dowodów). W pozostałych 11 sprawach sądy nie próbowały ustalić, czy mąż pozostaje w nowym związku. Praktykę taką (oczywiście zarówno w odniesieniu do kobiet, jak i mężczyzn) należy ocenić negatywnie. Pozostawanie w nowym związku, relacje dziecka z nowym partnerem matki (ojca), jak również poziom wrogości (konfliktu) pomiędzy małżonkiem a partnerem drugiego małżonka mogą mieć znaczenie z punktu widzenia rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej nad małoletnim dzieckiem rozwodzących się stron.

Mężowie byli reprezentowani przez profesjonalnych pełnomocników (radców prawnych albo adwokatów) w 15 sprawach, a więc dokładnie w takiej samej liczbie jak w przypadku kobiet. Potwierdzona została prawidłowość odnotowana w innych badaniach, że jeżeli jedna strona jest reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika procesowego, najczęściej druga strona również angażuje takiego pełnomocnika. Wysoki odsetek spraw, w których rozwodzący się małżonkowie byli reprezentowani przez adwokatów i radców prawnych (we wszystkich przypadkach byli to pełnomocnicy z wyboru), związany był oczywiście z wysokim statusem majątkowym stron zbadanych postępowań.

Podobnie jak w przypadku żon, również w jednej sprawie stwierdzono „zachowania z zakresu patologii społecznej” po stronie męża. W tym przypadku chodziło o dopuszczenie się naruszenia nietykalności cielesnej funkcjonariusza policji, nadużywania alkoholu oraz sprawstwa przemocy domowej (sprawa zostanie opisana w dalszej części opracowania).

Zarysowane wyniki charakterystyki społeczno-demograficznej rozwodzących się małżonków w sprawach, w których orzeczona została piecza naprzemienna, są niezwykle interesujące z uwagi na różnice z wynikami badania spraw, w których sądy powierzały wykonywanie władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców, ograniczając władzę rodzicielską drugiego.

W opisywanym badaniu nie odnotowano rozwodów bardzo młodych małżonków. Wiek kobiet na chwilę wytoczenia powództwa wyniósł minimum 26 a maksimum 43 lata, mężczyzn: 30–45 lat. Najczęściej rozwody, w których orzeczono pieczę naprzemienną, dotyczyły małżonków mających w chwili wytoczenia powództwa między 30 a 40 lat.

Niezwykle istotne są również dane dotyczące miejsca zamieszkania. Zdecydowanie dominowały duże miasta (powyżej 100.000 mieszkańców) oraz aglomeracje wielkomiejskie. Rozstrzygnięcia o pieczy naprzemienną właściwie nie zostały odnotowane na wsiach czy w małych miastach oddalonych od wielkomiejskich centrów. W przypadku badania spraw, w których nastąpiło powierzenie wykonywania władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców, na wsiach zamieszkiwało aż blisko 30% rozwodzących się kobiet i ponad 30% mężczyzn (wśród mężczyzn była to najliczniejsza grupa).

Zwraca uwagę niezwykle wysoki poziom wykształcenia małżonków w analizowanym badaniu. 13 żon na 18 (gdy informacje na ten temat znajdowały się w aktach), miało wykształcenie wyższe. Mężowie legitymowali się wyższym wykształceniem

w 10 sprawach na 16 (w których właściwe dane znalazły się w aktach). Rozstrzygnięcie polegające na orzeczeniu o pieczy naprzemiennej dotyczyło więc właściwie wyłącznie rodziców, z których choć jedno miało wyższe wykształcenie.

Zupełnie odmienny niż w badaniu porównywanym były również status majątkowy i sytuacja zawodowa stron. Niemalże we wszystkich sprawach, w których informacje znalazły się w aktach, rozstrzygnięcie o pieczy naprzemiennej dotyczyło rodziców mających stałe zatrudnienie i dobrą lub bardzo dobrą sytuację finansową. Wyniki te nie mogą dziwić w kontekście wcześniejszych danych dotyczących poziomu wykształcenia. Stabilna sytuacja na rynku pracy oraz wysoki status majątkowy wpłynęły również na dobre, a w wielu przypadkach wręcz luksusowe, warunki mieszkaniowe u obojga rozwodzących się małżonków.

W zbadanych sprawach jedynie sporadycznie odnotowano zachowania „z zakresu patologii społecznej”, występujące niezwykle często w sprawach, w których powierzono wykonywanie władzy rodzicielskiej tylko jednemu z małżonków (w tamtym badaniu nadużywanie alkoholu lub alkoholizm stwierdzono u 51,9% mężów, a w 25% spraw stwierdzono występowanie przemocy domowej, której sprawcami byli mężczyźni).

Reasumując, rozstrzygnięcie o władzy rodzicielskiej w postaci pieczy naprzemiennej dotyczyło rodziców zamieszkujących w dużych miastach, o wysokim poziomie wykształcenia i świadomości prawnej (zdecydowana większość była reprezentowana przez profesjonalnych pełnomocników procesowych), stabilnej sytuacji zawodowej i wysokim statusie finansowym.

V. SYTUACJA WSPÓLNYCH MAŁOLETNIICH DZIECI

3. Ogólna charakterystyka

Rozstrzygnięcie o władzy rodzicielskiej i kontaktach w zbadanych sprawach dotyczyło 34 dzieci: 18 chłopców i 16 dziewczynek. W jednej sprawie rozwodzący się małżonkowie mieli 4 małoletnich dzieci, również w jednej sprawie rozstrzygnięcie dotyczyło 3 dzieci. W 5 sprawach w wyroku orzeczono o władzy rodzicielskiej w stosunku do 2 dzieci i w pozostałych 16 przypadkach małżonkowie mieli jedno wspólne małoletnie dziecko.

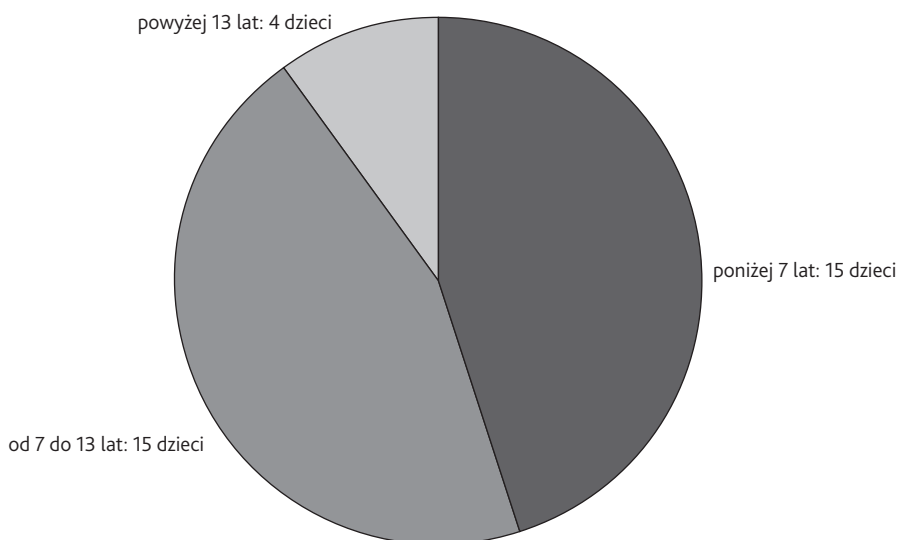
Najmłodsze dziecko, w stosunku do którego zapadło rozstrzygnięcie przewidujące pieczę naprzemienną, miało 3 lata, najstarsze – prawie 17 lat. Średnia wieku dzieci wyniosła 8,4 roku⁶⁶. Istotne i dość zaskakujące są dane dotyczące rozkładu wieku dzieci, w stosunku do których zapadło analizowane rozstrzygnięcie. Dane te zostały przedstawione na poniższym wykresie 1.

Zagadnienie wpływu wieku dziecka na rozstrzygnięcie o władzy rodzicielskiej oraz ocena tego czynnika zostanie przedstawiona w dalszej części opracowania. Należy jednak już w tym miejscu zauważyć, że orzeczenie o pieczy naprzemiennej dotyczyło przede wszystkim małych dzieci (poniżej 13 lat) lub dzieci bardzo małych – poniżej 7 lat. W zbadanych sprawach rozstrzygnięcie takie dotyczyło jedynie 4 dzieci starszych – powyżej lat 13.

⁶⁶ Dane odnoszące się do wieku dzieci dotyczą chwili wydania wyroku rozwodowego.

Wykres 1

Rozkład wieku dzieci



4. WYKONYWANIE WŁADZY RODZICIELSKIEJ I WYWIĄZYWANIE SIĘ Z INNYCH OBOWIĄZKÓW RODZICIELSKICH

Niezwykle istotne znaczenie z punktu widzenia rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem po rozwodzie ma sposób wykonywania władzy rodzicielskiej (w szczególności sprawowania bezpośredniej pieczy) w okresie wcześniejszym, zarówno przed wytoczeniem powództwa rozwodowego, jak również już w czasie kiedy nastąpił rozkład pożycia małżonków. W badaniu podjęto próbę ustalenia różnych elementów składających się ogólnie na wykonywanie obowiązków rodzicielskich.

W okresie przed wytoczeniem powództwa rozwodowego najczęściej (w przypadku 19 dzieci) realizowany był model pieczy naprzemiennej, w którym miejsce pobytu zmieniał dziecko. W przypadku kolejnej 4 dzieci również realizowany był model pieczy naprzemiennej, jednak miejsce pobytu zmieniali rodzice. Należy podkreślić, że już na etapie poprzedzającym wytoczenie powództwa rozwodowego w stosunku do zdecydowanej większości dzieci (23 na 34) realizowany był (z woli rodziców i bez podstawy w rozstrzygnięciu sądowym) model pieczy naprzemiennej. W przypadku 6 dzieci – przebywały one stale z obojgiem rodziców, którzy mieszkali jeszcze wspólnie. 3 dzieci stale przebywało z matką a 2 – z ojcem.

Niewielkie zmiany odnotowane zostały w zakresie miejsca przebywania dzieci po wytoczeniu powództwa rozwodowego. 4 dzieci przebywało nadal w miejscu wspólnego zamieszkania matki i ojca (w trzech sprawach rozwodzący się małżonkowie w chwili zamknięcia rozprawy nadal zamieszkiwali wspólnie). W jednym przypadku za miejsce stałego pobytu uznane zostało miejsce zamieszkania matki dziecka jednak dziewczynka „pomieszkiwała” również u ojca. Formalna piecza naprzemienna w okresach tygodniowych miała zostać wdrożona dopiero

po orzeczeniu rozwodu. W przypadku aż 24 dzieci w okresie po wniesieniu powództw, ale jeszcze przed orzeczeniem rozwodów, realizowany był model pieczy naprzemiennej, w którym miejsce pobytu zmieniały dzieci. W jednej sprawie (4 dzieci) realizowany był model pieczy naprzemiennej, w którym miejsce pobytu zmieniali rodzice. W przypadku 1 dziecka z uwagi na ograniczone postępowanie dowodowe nie można było ustalić miejsca pobytu dziecka w okresie toczącego się postępowania rozwodowego.

W badaniu oceniano również wywiązywanie się przez rodziców z obowiązku alimentacyjnego względem wspólnych małoletnich dzieci. We wszystkich sprawach ojcowie wywiązywali się z obowiązku alimentacyjnego w pełnym zakresie. Matki wywiązywały się w pełnym zakresie z obowiązku alimentacyjnego w 22 sprawach. W jednym przypadku matka wywiązywała się w ograniczonym zakresie (dziecko zamieszkiwało u niej naprzemiennie, jednak w zakresie pozostałych wydatków – np. związanych ze szkołą, zakupem ubrań itd. – nie chciała partycypować i w całości obciążały one ojca).

We wszystkich zbadanych sprawach w stosunku do wszystkich dzieci (gdy akta pozwalały na dokonanie oceny) zaangażowanie matek w sprawowanie pieczy nad dzieckiem zarówno na etapie poprzedzającym wytoczenie powództwa rozwodowego, jak również już w czasie toczącego się postępowania zostało ocenione jako silne. Niezależne było to od miejsca stałego przebywania dziecka. W jednej sprawie materiał dowodowy znajdujący się w aktach był tak ograniczony, że nie można było ocenić zaangażowania matki w sprawowanie pieczy nad jednym dzieckiem.

Dokładnie takie same wyniki w analizowanym zakresie dotyczyły zaangażowania ojców. We wszystkich przypadkach, bez względu na miejsce zamieszkania dziecka, zarówno na etapie poprzedzającym wytoczenie powództwa rozwodowego, jak również w czasie trwania postępowania ojcowie silnie angażowali się w sprawowanie pieczy nad dzieckiem. W jednym przypadku nie była możliwa ocena zaangażowania w sprawowanie bezpośredniej pieczy nad dzieckiem z uwagi na niezwykle skromny materiał dowodowy.

Analogiczne wyniki zostały uzyskane w zakresie badania kontaktów rodziców z dziećmi. We wszystkich zbadanych sprawach (poza jedną, w której ocena nie mogła zostać dokonana) zarówno ojcowie, jak i matki bez względu na miejsce pobytu dzieci mieli z nimi regularne i stałe kontakty.

W 4 zbadanych sprawach odnotowano utrudnianie przez ojca kontaktów dziecka z matką. Kontakty ojców były utrudniane w 2 sprawach (przez matki i w jednym przypadku przez rodzinę generacyjną matki). We wskazanych 2 przypadkach utrudnianie kontaktów miało charakter wzajemny. Sprawy zostaną opisane w części dotyczącej problemów związanych z orzecznictwem.

W sprawach poddanych badaniu, w których możliwe było dokonanie oceny więzi rodziców z dzieckiem, zarówno matki, jak i ojców łączyły z dziećmi silne relacje. Zarówno w przypadku ojców, jak i matek w stosunku do 11 dzieci istnienie silnych więzi zostało potwierdzone badaniem z opinii rodzinnego ośrodka diagnostyczno – konsultacyjnego (dalej RODK) lub opinią biegłego psychologa, w odniesieniu do 12 dzieci istnienie intensywnych więzi potwierdzały inne dowody. Opisywanego elementu nie udało się ocenić w stosunku do 11 dzieci.

Podsumowując przedstawione dane, należy wskazać, że rozstrzygnięcia przewidujące pieczę naprzemienną w zbadanych sprawach dotyczyły sytuacji, w których oboje rodzice byli intensywnie zaangażowani w sprawowanie pieczy nad dzieckiem jeszcze w czasie, gdy nie nastąpił zupełny rozkład pożycia. Związane to było również z utrzymywaniem systematycznych i częstych kontaktów z dziećmi nawet w sytuacji oddzielnego zamieszkiwania. W prawie wszystkich zbadanych sprawach rodzice w pełni wywiązywali się z obowiązku alimentacyjnego. Wskazany charakter relacji rodzicielskich spowodował, że we wszystkich sprawach (gdy możliwa była ocena na podstawie materiału z akt) rozstrzygnięcia o pieczy naprzemiennej zapadały w sytuacji występowania silnych więzów uczuciowych pomiędzy rodzicami (zarówno ojcami, jak i matkami) a dziećmi.

VI. WYBRANE ZAGADNIENIA POSTĘPOWANIA

5. Czas trwania

Średni czas trwania zbadanych postępowań od dnia wniesienia pozwu do dnia wydania wyroku kończącego postępowanie w sprawie wyniósł 255 dni (8,5 miesiąca). Najkrócej postępowanie trwało 48 a najdłużej 644 dni (21,5 miesiąca). Wskazane dane są zbliżone do czasu trwania postępowań w porównywanym badaniu (średnia 8,5 miesiąca)⁶⁷.

Najczęściej – w 8 przypadkach – w sprawie odbyło się jedno posiedzenie wyznaczone na rozprawę, w 6 sprawach odbyły się 2 takie posiedzenia, w 4 – 3 posiedzenia i w jednej sprawie odbyło się 6 posiedzeń wyznaczonych na rozprawę. Również w tym zakresie nie odnotowano istotnych różnic pomiędzy postępowaniami, w których wyroki rozwodowe zawierały rozstrzygnięcie o pieczy naprzemiennej i powierzające wykonywanie władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców.

6. Przyczyny i вина rozkładu pożycia

W zbadanych sprawach w 20 przypadkach powód już w pozwie złożył wniosek o nieorzekanie o winie rozkładu pożycia. W 3 sprawach domagano się orzeczenia rozwodu wyłącznie z winy pozwanego.

Pozwani w odpowiedzi na pozew lub na pierwszej rozprawie w 11 przypadkach uznali żądanie pozwu i przyznali okoliczności faktyczne, w 8 sprawach uznali żądanie pozwu, jednak kwestionowali przedstawione w pozwie okoliczności faktyczne, w 2 sprawach zażądali rozwodu z wyłącznej winy powoda, w jednej sprawie pozwany zażądał oddalenia powództwa rozwodowego z uwagi na brak spełnienia przesłanki pozytywnej zupełnego i trwałego rozkładu pożycia oraz w jednej sprawie pozwany zażądał orzeczenia separacji.

Stanowisko stron w zakresie winy ulegało zmianie w toku postępowania i ostatecznie we wszystkich 23 postępowaniach sądy z uwagi na wniosek stron odstąpiły od orzekania o winie rozkładu pożycia.

W badaniu podjęto próbę ustalenia rzeczywistych przyczyn rozkładu pożycia małżeńskiego. W 10 przypadkach ujawniono związaną się żony z innym mężczyzną.

⁶⁷ M. Domański, *Powierzenie wykonywania...*, s. 16.

W 3 – „niezgodność charakterów”, 2 – niewierność męża, po jednym przypadku – związanie się męża z inną kobietą, ciężką chorobę żony, nadużywanie alkoholu przez żonę, nadużywanie alkoholu przez męża (i związane z tym sprawstwo przemocy domowej), nieporozumienia na tle finansowym, chorobę psychiczną żony, konflikt męża z córką żony⁶⁸. W 6 sprawach sądy nie ustaliły przyczyn rozkładu pożycia.

Wśród zbadanych spraw zdecydowanie najczęstszą przyczyną rozkładu pożycia było związanie się żony z innym mężczyzną. W grupie tej zawarte zostały sytuacje czasowego lub trwałego związku z inną osobą. Wystąpienie takiej sytuacji nie oznacza oczywiście, że w chwili zamknięcia rozprawy żona nadal związana była z innym mężczyzną. Oddzielnie od „związania się” małżonka z inną osobą skategoryzowana została zdrada, która jednak nie łączyła się z pozostawianiem w nawet czasowym związku z inną osobą.

Należy zwrócić uwagę, iż przyczyny rozkładu pożycia w analizowanym badaniu różnią się od stwierdzonych w badaniu porównywanym, gdzie najczęściej występującą przyczyną rozkładu pożycia (38,1%) był alkoholizm męża (lub nadużywanie przez niego alkoholu) oraz jego znęcanie się fizyczne lub psychiczne nad członkami rodziny (21,3%)⁶⁹.

W zbadanych sprawach w aż 15 przypadkach przyczyną (lub współprzyczyną) rozkładu pożycia była zdrada małżonka. Tylko w jednym przypadku współprzyczyną (obok nieporozumień na tle finansowym) było nadużywanie alkoholu przez żonę i w jednej (współprzyczyna ze zdradą żony) nadużywanie alkoholu przez męża (powiązane z zachowaniami „przemocowymi”).

7. Postępowanie dowodowe

W sprawach rozwodowych, w szczególności gdy wyrok zawiera rozstrzygnięcie o władzy rodzicielskiej nad wspólnym małoletnim dzieckiem oraz kontaktach z nim, zakres postępowania dowodowego, jego szczegółowość i kompleksowość nabiera niezwykle istotnego znaczenia. W sprawach rozwodowych nie można oprzeć rozstrzygnięcia wyłącznie na uznaniu powództwa (art. 431 k.p.c.), przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron jest obligatoryjne (432 k.p.c.), ograniczenie postępowania dowodowego do przesłuchania stron jest niedopuszczalne, jeżeli małżonkowie mają wspólne małoletnie dzieci (art. 442 k.p.c.), a postępowanie dowodowe ma na celu przede wszystkim ustalenie okoliczności dotyczących rozkładu pożycia, jak również okoliczności dotyczących dzieci stron i ich sytuacji, a w razie uznania powództwa – także przyczyn, które skłoniły do tego stronę pozwaną (art. 441 k.p.c.).

Częstotliwość przeprowadzania poszczególnych dowodów przedstawiała się następująco: dowód z przesłuchania stron przeprowadzono w 23 sprawach, z odpisu aktu małżeństwa – 23, z odpisu aktu urodzenia wspólnego dziecka (dzieci) – 23, z przesłuchania świadka (świadków) – 18, z dokumentów poświadczających

⁶⁸ Wskazane liczby nie sumują się do 23, ponieważ w jednej sprawie mogło ujawnić się kilka przyczyn rozkładu pożycia.

⁶⁹ M. Domański, *Powierzenie wykonywania...*, s. 12.

dochody męża – 10, z wywiadu środowiskowego – 9, z dokumentów poświadczających dochody żony – 8, z dokumentów dotyczących stanu zdrowia wspólnych małoletnich dzieci – 5, z opinii RODK – 5, z opinii biegłego psychologa – 3, z przesłuchania wspólnych dzieci stron (które ukończyły 17 lat) – 2, z dokumentów znajdujących się w aktach wcześniejszej sprawy rozwodowej – 2, z dokumentów dotyczących stanu zdrowia męża – 2, z dokumentów dotyczących stanu zdrowia żony – 2, z dokumentów znajdujących się w aktach spraw dotyczących wspólnych małoletnich dzieci – 2.

Przedstawione dane dotyczą wyłącznie najczęściej przeprowadzanych dowodów. W kilku sprawach przeprowadzane były dowody mające przykładowo wykazać dopuszczenie się przez małżonka zdrady, przedstawiano prywatne opinie psychologiczne mające przesądzać o pożądanym przez stronę sposobie rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej i kontaktach z dziećmi, opinie z miejsca pracy o małżonku (mające poświadczać jego odpowiedzialność i kompetencje do sprawowania pieczy nad dzieckiem), jak również opinie ze szkoły dotyczące małoletniego dziecka (mające dowodzić prawidłowego rozwoju, zaangażowania rodzica w sprawy szkoły itd.).

Bezwzględnie we wszystkich sprawach konieczne jest przeprowadzenie dowodu z odpisu aktu małżeństwa i aktu urodzenia małoletniego dziecka stron (zasada wyłączności dowodowej aktów stanu cywilnego). Podobnie, zgodnie z art. 432 k.p.c., obligatoryjny charakter ma dowód z przesłuchania stron. We wszystkich zbadanych sprawach dowody te zostały przeprowadzone.

Zdecydowanie bardziej ograniczone postępowanie dowodowe odnotowano w zakresie ustalenia okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem po rozwodzie. W 2 zbadanych sprawach poza dowodem z przesłuchania stron sąd dysponował jedynie wywiadem środowiskowym sporządzonym przez kuratora sądowego. Należy wskazać, że w doktrynie prawa cywilnego procesowego dominuje pogląd, że wywiad środowiskowy jest jedynie środkiem uprawdopodobnienia, a nie dowodem, i nie może zastąpić postępowania dowodowego⁷⁰.

W 9 sprawach poza dowodem z przesłuchania stron przeprowadzono jedynie dowód z przesłuchania świadka. Zeznania najczęściej niewiele wносиły do sprawy. Przykładowo w sprawie o numerze 23 jedynym dowodem (poza pobieżnym przesłuchaniem stron), jakim dysponował sąd rozstrzygając o rozwodzie, władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem były następujące zeznania matki powódki: „Najczęściej widuję się z wnukiem co dwa tygodnie. Wnuk jest wesołym i radosnym dzieckiem. Jest wychowany we właściwej karności. Jest dobrze rozwiniętym dzieckiem. Zarówno z mamą, jak i z tatą ma dobre relacje. Jak zostaje z dziadkami często pyta o rodziców. Wydaje mi się, że jest jednakowo związany z mamą jak i z tatą. Nie wiem czy wytłumaczono wnukowi sytuację jaką zaistniała między rodzicami. Wnuk jest zdrowy”.

Rozstrzygnięcie o pieczy naprzemiennej budzi sygnalizowane już wcześniej wątpliwości. Możliwość prawidłowego, zgodnego z dobrem dziecka sprawowania naprzemiennej pieczy nad nim jest uwarunkowane różnymi okolicznościami. Sąd, podejmując

⁷⁰ T. Żyźnowski, w: *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 2, *Komentarz do art. 367–729*, red. A. Marciniak, K. Piasecki, Warszawa 2014, s. 218; Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, *Dowody i postępowanie dowodowe w sprawach cywilnych*, Warszawa 2014.

taką decyzję, powinien mieć pełny obraz charakteru konfliktu między rodzicami, sposobu sprawowania pieczy nad dzieckiem, problemów związanych z funkcjonowaniem postulowanego przez rodziców rozwiązania. Szczególne wątpliwości powstają, gdy w toku postępowania ujawniane były okoliczności, które bezwzględnie powinny zostać wyjaśnione. Przykładowo w sprawie o numerze 4 powódka w pozwie rozwodowym wskazała, że strony już po ustaniu wspólnego pożycia próbowały zorganizować wykonywanie władzy rodzicielskiej w formie pieczy naprzemiennej, jednak z powodu problemów w komunikacji „ta forma sprawowania opieki nad dziećmi nie sprawdzała się”, po czym nastąpiło wyliczenie okoliczności, które wpłynęły na postawienie takiej tezy przez matkę. Na rozprawie strony złożyły już zgodny wniosek o pozostawienie obojgu rodzicom pełnej władzy rodzicielskiej i orzeczenie o pieczy naprzemiennej. Sąd ograniczył postępowanie dowodowe do przesłuchania stron i jednego świadka (siostry powódki). Przesłuchanie świadka trwało 1 minutę i 23 sekundy. Kwestia wykonywania władzy rodzicielskiej nie pojawiła się. Żadne pytanie skierowane do stron nie dotyczyło również władzy rodzicielskiej ani kontaktów z dzieckiem.

Niepokojące jest, że sądy jedynie sporadycznie zdecydowały się na dopuszczenie dowodu z opinii rodzinnego ośrodka diagnostyczno-konsultacyjnego (5 spraw) czy biegłego psychologa (3 sprawy). Wydaje się, że przy podejmowaniu rozstrzygnięcia, które jest dużym wyzwaniem dla rodziców i sądu oraz budzi rozmaite wątpliwości, dowód taki powinien być standardem.

Negatywnie należy również ocenić, że sądy jedynie w 9 sprawach zleciły przeprowadzenie wywiadu środowiskowego przez kuratora sądowego. Informacje zawarte w wywiadzie dają pewien zakres wiedzy sądowi co do warunków, w jakich wychowuje się (i będzie wychowywać) dziecko czy też dotychczasowego sposobu sprawowania pieczy nad dzieckiem. Aby wywiad środowiskowy dostarczył istotnych, w kontekście rozstrzygnięcia, informacji, powinien być przeprowadzony zarówno w miejscu stałego przebywania matki, jak i ojca. Tak stało się jedynie w 5 sprawach. W jednym przypadku miejsce pobytu mieli, po orzeczeniu pieczy naprzemiennej, zmieniać rodzice. W tym przypadku przeprowadzenie wywiadu środowiskowego w miejscu, gdzie miały stale przebywać dzieci, było uzasadnione. W przypadku 4 spraw sądy poprzestały jedynie na przeprowadzeniu wywiadu środowiskowego w miejscu przebywania jednego z rodziców.

8. Kontrola instancyjna

W zbadanych sprawach pisemne uzasadnienie wyroku zostało sporządzone jedynie w 2 przypadkach. W żadnej zbadanej sprawie nie została wniesiona apelacja.

VII. SPEŁNIENIE MATERIALNOPRAWNYCH PRZESŁANEK POZOSTAWIENIA WŁADZY RODZICIELSKIEJ OBOJGU RODZICOM (ZGODNIE ZE STANEM PRAWNYM OBOWIĄZUJĄCYM PRZED 29 SIERPNIĄ 2015 R.).

Jak wskazano w pierwszej części opracowania, rozstrzygnięcie przewidujące model pieczy naprzemiennej obojga rodziców może być rozważane jedynie w przypadku pozostawienia pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom. W pierwszej

kolejności musi zostać stwierdzone wypełnienie przesłanek ustawowych takiego rozstrzygnięcia.

W stanie prawnym obowiązującym do 29.08.2015 r., a więc w okresie, z którego pochodziły zbadane sprawy, zgodnie z art. 58 k.r.o. przesłankami pozostawienia władzy rodzicielskiej obojga rodziców było: złożenie przez strony procesu rozwodowego zgodnego wniosku w tym zakresie, przedstawienie zgodnego z dobrem dziecka porozumienia małżonków o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem po rozwodzie oraz prognoza, że rodzice będą współdziałać w sprawach dziecka.

9. Stanowisko stron w zakresie rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej

W zbadanych sprawach ustalano stanowiska stron w zakresie władzy rodzicielskiej zajmowane na początku postępowania (w pozwie lub na pierwszej rozprawie). Dane te w odniesieniu do stanowiska zajętego w pozwie zostały przedstawione w poniższej tabeli. Odnoszą się one do liczby małoletnich dzieci występujących w postępowaniach, a nie liczby zbadanych spraw.

Stanowisko powoda w zakresie władzy rodzicielskiej zajęte w pozwie	Liczba dzieci, w stosunku do których odnosiło się zajęte stanowisko
Pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom w postaci pieczy naprzemiennej	12
Pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom z określeniem miejsca pobytu dziecka przy matce	10
Pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom z określeniem miejsca pobytu dziecka przy ojcu	2
Powierzenie wykonywania władzy rodzicielskiej matce z ograniczeniem władzy rodzicielskiej ojca	7
Powierzenie wykonywania władzy rodzicielskiej ojcu z ograniczeniem władzy rodzicielskiej matki	1
Inaczej;	2

Należy podkreślić, że w większości przypadków (24) powodowie zajmowali już na początku postępowania stanowisko zmierzające do pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom. Różnice dotyczyły dookreślenia wykonywania władzy rodzicielskiej poprzez wskazanie miejsca pobytu dziecka.

Zaskakujące okazały się dane, że w aż 8 przypadkach stanowisko powoda zakładało ograniczenie władzy rodzicielskiej jednego z rodziców. Sprawy takie wymagają szczególnej analizy, ponieważ zajęcie stanowiska zmierzającego do ograniczenia władzy rodzicielskiej rodzica może świadczyć albo o głębokim konflikcie między rodzicami (również na tle wykonywania władzy rodzicielskiej), albo o nieprawidłowościach w wykonywaniu tej władzy.

Grupa „inaczej” obejmowała 2 sprawy (i w każdej po jednym dziecku), w których powodowie (mężczyźni) zajmowali stanowisko trudne do przyporządkowania do możliwych typów rozstrzygnięć sądu. W jednym przypadku ojciec wskazał, iż żąda „powierzenia jemu władzy rodzicielskiej”, co być może miało wiązać się

z ograniczeniem władzy rodzicielskiej matki. W drugiej sprawie żądanie obejmowało „powierzenie wykonywania władzy rodzicielskiej ojcu z określeniem przy nim miejsca pobytu”.

Stanowisko pozwanych w zakresie rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej nad wspólnymi małoletnimi dziećmi, zajęte na początku postępowania (w odpowiedzi na pozew lub na pierwszej rozprawie), zostało przedstawione w poniższej tabeli.

Stanowisko pozwanego w zakresie rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej zajęte w odpowiedzi na pozew lub na pierwszej rozprawie	Liczba dzieci, do których odnosiło się zajęte stanowisko
Pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom w postaci pieczy naprzemiennej	20
Pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom z określeniem miejsca pobytu dziecka przy ojcu	3
Pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom z określeniem miejsca pobytu dziecka przy matce	2
Powierzenie wykonywania władzy rodzicielskiej ojcu z ograniczeniem władzy rodzicielskiej matki	6
Powierzenie wykonywania władzy rodzicielskiej matce z ograniczeniem władzy rodzicielskiej ojca	1
Inaczej	2

Powyższe dane wskazują, że stanowisko o pozostawieniu władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom w formie pieczy naprzemiennej od początku postępowań było zajmowane zdecydowanie częściej przez stronę pozwaną. Nie było to uzależnione od płci pozwanego. W sprawach, w których powodem była kobieta, mężowie pozwani zajęli stanowisko żądające rozstrzygnięcia w postaci pieczy naprzemiennej w stosunku do 12 dzieci. W odwrotnej sytuacji pozwane żony wnosiły o takie rozstrzygnięcie w stosunku do 8 dzieci.

W odniesieniu do 2 dzieci (w 2 sprawach) pozwani zajęli „inne stanowisko”. W sprawie o numerze 6 pozwana kobieta wnosiła „o pozostawienie jej władzy rodzicielskiej”, a w sprawie o numerze 22 pozwany mąż chciał „pozostawienia obojgu małżonkom władzy rodzicielskiej” bez dookreślenia miejsca pobytu dziecka.

Z punktu widzenia spełnienia przesłanek pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom znaczenie ma stanowisko stron procesu na chwilę zamknięcia rozprawy. W odniesieniu do 31 dzieci strony postępowania na chwilę zamknięcia rozprawy złożyły zgodne wnioski o pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom i rozstrzygnięcie o pieczy naprzemiennej. W odniesieniu do 3 dzieci (2 sprawy) formalnie takiego w pełni zgodnego wniosku nie było.

W sprawie o numerze 15 powód (mąż) domagał się pozostawienia władzy rodzicielskiej nad dwójką dzieci (16-letnim synem i 14-letnią córką) obojgu rodzicom, jednak z ustaleniem miejsca pobytu dzieci przy ojcu. Matka w odpowiedzi na pozew wnioskowała o pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom, jednak z ustaleniem miejsca pobytu dzieci przy matce. W stosunku do dzieci jeszcze przed wytoczeniem powództwa rozwodowego realizowany był model pieczy naprzemiennej. W toku procesu strony (za pośrednictwem pełnomocników) do końca rozprawy

podtrzymywały stanowisko zajęte w pozwie i odpowiedzi na pozew. W postępowaniu nie zostało również przedstawione porozumienie o wykonywaniu władzy rodzicielskiej i kontaktach po rozwodzie. Sprawa zostanie bardziej szczegółowo opisana w dalszej części opracowania. W tym miejscu należy stwierdzić jedynie, iż orzeczenie pozostawienia obojgu rodzicom władzy rodzicielskiej z przyjęciem modelu pieczy naprzemiennej w sytuacji braku zgodnego wniosku w tym zakresie (nie tylko dotyczącego pozostawienia pełnej władzy rodzicielskiej, ale również rozstrzygnięcia w formie pieczy naprzemiennej) było niedopuszczalne.

Podobna sytuacja miała miejsce w sprawie o numerze 16. Powódka domagała się w pozwie powierzenia jej wykonywania władzy rodzicielskiej i ograniczenia władzy rodzicielskiej męża nad niespełną 8-letnią córką. W odpowiedzi na pozew mąż wniósł o powierzenie jemu wykonywania władzy rodzicielskiej nad dzieckiem i ograniczenie władzy rodzicielskiej matki. W toku procesu strony przedstawiły porozumienie o wykonywaniu władzy rodzicielskiej i kontaktach z córką po rozwodzie. Porozumienie przewidywało pozostawienie obojgu rodzicom władzy rodzicielskiej i przyjęcie modelu pieczy naprzemiennej. W treści porozumienia (zawartego przed profesjonalnym mediatorem) znalazł się jednak „protokół rozbieżności” m.in. w zakresie utrzymywania kontaktów z córką poza okresem sprawowania bezpośredniej pieczy nad dzieckiem. Ostatecznie przed zamknięciem rozprawy jedynie strona powodowa wносиła o pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom wraz z przyjęciem modelu pieczy naprzemiennej, a strona pozwana wniosła o „pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom, ustalenie miejsca zamieszkania dziecka przy ojcu oraz ustanowienie nadzoru kuratora nad wykonywaniem władzy rodzicielskiej”. Sprawa z uwagi na kontrowersyjność rozstrzygnięcia i skomplikowanie stanu faktycznego również zostanie szczegółowo opisana w dalszej części opracowania. Należy jednak wskazać, że brak zgodnego wniosku o pozostawienie pełnej władzy rodzicielskiej w modelu pieczy naprzemiennej uniemożliwiał wydanie takiego rozstrzygnięcia przez sąd.

10. Przedstawienie porozumienia o wykonywaniu władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem po orzeczeniu rozvodu.

Porozumienie, w formie pisemnej, o wykonywaniu władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem po rozwodzie zostało przedstawione przez rodziców w 19 sprawach. W 3 przypadkach (sygnalizowana powyżej sprawa o nr 15 oraz w sprawach nr 5 oraz 6) porozumienia takiego nie przedstawiono. Poza sprawą nr 15, w której do końca wniosków w zakresie rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej nie był zgodny we wskazanych sprawach, na pewnym etapie postępowania strony oświadczały, że doszły do porozumienia w sprawie uregulowania władzy rodzicielskiej poprzez pozostawienie jej obojgu rodzicom i orzeczenie o pieczy naprzemiennej. Na rozprawie zgłoszone zostały jednak wyłącznie wnioski w tym zakresie, zaprotokołowane stanowiska stron nie zawierały żadnych szczegółów dotyczących wykonywania władzy rodzicielskiej czy też kontaktów z dziećmi po rozwodzie.

W jednej sprawie porozumienie zakwalifikowano jako przedstawione w formie ustnej. Z uwagi na jego skąpą treść trudno odróżnić je po prostu od stanowiska w kwestii władzy rodzicielskiej zajętego na rozprawie. Zawierało ono jednak pewne konkrety w zakresie uregulowania kontaktów.

W sprawie nr 4 powódką była żona. Zażądała ona w pozwie pozostawienia obojgu rodzicom władzy rodzicielskiej nad 10-letnim synem, jednak z „określeniem miejsca zamieszkania u matki” (drugi z synów w toku postępowania osiągnął pełnoletniość). Mąż w odpowiedzi na pozew zażądał pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom, jednak z dookreśleniem, że „miejszem zamieszkania dziecka jest miejsce zamieszkania pozwanego”. Na rozprawie „pełnomocnicy stron oświadczają, iż przed wywołaniem sprawy na korytarzu strony podjęły próbę ustalenia zgodnego stanowiska w sprawie celem ograniczenia postępowania dowodowego i nie konfliktowania stron. Pełnomocnicy stron oświadczają, że strony wnoszą o (...) powierzenie wykonywania władzy rodzicielskiej (...) obojgu rodzicom z ustaleniem tzw. opieki naprzemiennej czyli przez 2 tygodnie syn przebywać będzie u powódki a przez kolejne 2 tygodnie u pozwanego”. Następnie skrótowo przedstawione zostały ustalenia wyłącznie dotyczące kontaktów (spędzania świąt i ferii).

Wśród zbadanych spraw w 19 przypadkach z przedstawionego porozumienia wynikało przyjęcie modelu pieczy naprzemiennej. Poza 3 sprawami, w których brak było porozumienia, w jednym przypadku mimo przedstawienia porozumienia, o którym stanowi art. 58 § 1 k.r.o., z jego treści nie wynikało przyjęcie przez rodziców modelu pieczy naprzemiennej. W sprawie nr 19 strony już na wstępnym etapie postępowania przedstawiły porozumienie (zgodne ze stanowiskiem stron zajęтым w pozwie i odpowiedzi na pozew), iż władza rodzicielska nad 13-letnią córką ma zostać pozostawiona obojgu rodzicom „z ustaleniem miejsca zamieszkania dziecka jako każdorazowego miejsca zamieszkania matki”. Stosownie do takiego rozwiązania uregulowane zostały kontakty ojca z dzieckiem. Na ostatnim posiedzeniu wyznaczonym na rozprawę (po upływie ponad roku od przedstawienia porozumienia) „pełnomocnik powódki (...) wnosi o (...) pozostawienie władzy rodzicielskiej (...) obojgu rodzicom z ustaleniem opieki naprzemiennej”. Takie samo stanowisko zajął pełnomocnik pozwanego. Strony nie przedstawiły innego porozumienia, a nowe zaproponowane rozwiązanie, zakładające pieczę naprzemienną, czyniło większość postanowień wcześniejszego porozumienia nieaktualnymi. Praktykę taką należy ocenić negatywnie i stwierdzić, że przesłanka przedstawienia zgodnego z dobrem dziecka porozumienia o wykonywaniu władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem po rozwodzie nie została spełniona.

Wśród spraw, w których porozumienie rodziców zostało przedstawione, w 12 przypadkach poziom jego szczegółowości oceniony został jako wysoki. Najczęściej w takich sytuacjach strony korzystały z gotowych formularzy porozumień. W 7 sprawach poziom szczegółowości porozumień oceniony został jako niski. W takich przypadkach treść porozumienia poza potwierdzeniem planowanej pieczy naprzemiennej i pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom najczęściej nie zawierało już żadnych konkretnych postanowień dotyczących np. podejmowania decyzji w różnych sprawach dziecka. W jednej sprawie porozumienie miało bardzo szczegółowy charakter, ale jedynie w zakresie kontaktów z dzieckiem (spędzania świąt, wakacji, sposobu odbierania dziecka z przedszkola, dowożenia i odwożenia). Nie zawierało jednak postanowień dotyczących wykonywania władzy rodzicielskiej (poza przyjęciem modelu pieczy naprzemiennej).

11. Zasadność oczekiwania, że rodzice będą współdziałać w sprawach dziecka

W stanie prawnym obowiązującym do 29.08.2015 r. przesłanką pozostawienia obojgu rodzicom władzy rodzicielskiej było zasadne oczekiwanie, że będą oni współpracować w sprawach dziecka. Przesłankę tę należało interpretować *in concreto* w kontekście sytuacji, okoliczności danej sprawy oraz treści przedstawionego porozumienia.

W badaniu podjęto próbę ustalenia występowania okoliczności i czynników szczególnie istotnych z punktu widzenia wykonywania władzy rodzicielskiej w formie pieczy naprzemiennej. W świetle badań stanowić mogą one podstawę prognozy, czy porozumienie o wykonywaniu władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem po rozwodzie będzie realizowane, a więc czy rodzice będą współdziałać w sprawach dziecka. W przypadku rozstrzygnięcia zakładającego pieczę naprzemienną, a więc modelu wymagającego szerokiej współpracy rodziców, ustalenie i rozważenie wskazanych okoliczności ma szczególne znaczenie. W niniejszej części opracowania przedstawione zostaną jedynie liczbowo wyniki częstości ustalenia istotnych dla rozstrzygnięcia okoliczności. Ich wpływ na wyrok, a także ocena przez sąd zostaną przedstawione w części dotyczącej analizy orzecznictwa.

Wśród zbadanych spraw poziom konfliktu rozwodzących się małżonków dotyczący okoliczności rozkładu pożycia i winy tego rozkładu w 10 przypadkach został oceniony jako wysoki. W takiej samej liczbie spraw oceniono go jako niski. W jednym przypadku poziom konfliktu może zostać uznany za umiarkowany. W 2 sprawach z uwagi na ograniczony materiał dowodowy, znajdujący się w aktach sprawy, niemożliwe było dokonanie oceny poziomu konfliktu pomiędzy małżonkami.

W badaniu, niezależnie od formalnego stanowiska stron w zakresie winy rozkładu pożycia (we wszystkich sprawach małżonkowie złożyli ostatecznie wnioszek o nieorzekanie o winie rozkładu pożycia), podjęto próbę ustalenia subiektywnej oceny rozwodzących się rodziców co do winy dezintegracji i rozpadu małżeństwa.

Subiektywne przekonanie matek o winie rozkładu pożycia w zbadanych sprawach zostało przedstawione w poniższej tabeli.

Przekonanie matek o winie rozkładu pożycia	Liczba spraw
Wina obojga rozwodzących się małżonków	13
Wyłączna wina ojca dziecka (dzieci)	5
Wyłączna wina matki	1
Nie można ustalić	4

Analogiczne dane dotyczące ojców zostały przedstawione w poniższej tabeli.

Przekonanie ojców o winie rozkładu pożycia	Liczba spraw
Wina obojga rozwodzących się małżonków	5
Wyłączna wina matki	13
Nie można ustalić	5

Przedstawione dane wskazują, że w zbadanych sprawach rozkład sytuacji wysokiego i niskiego poziomu konfliktu rodziców dotyczącego okoliczności i winy rozkładu pożycia był mniej więcej symetryczny. Nie można wskazać, aby w badanych sprawach dominowały sytuacje braku bądź niskiego konfliktu pomiędzy rodzicami.

Interesujących obserwacji dostarczają również wyniki wskazujące subiektywną ocenę okoliczności rozkładu pożycia przez rozwodzących się małżonków. O ile wśród matek dominowało przekonanie o winie obojga małżonków, a przekonanie o wyłącznej winie męża odnotowano w zdecydowanej mniejszości spraw (w jednej nawet kobieta przyznawała, że ponosiła wyłączną winę rozkładu pożycia), o tyle mężczyźni najczęściej wskazywali na wyłączną winę partnerek. Zdecydowanie rzadziej przyznawali, że oboje ponoszą winę rozkładu pożycia i w żadnym przypadku nie wskazywali siebie jako wyłącznie winnych. Uzupełniając powyższe dane, należy jednak wskazać, że związanie się żony z innym mężczyzną było najczęstszą odnotowaną przyczyną rozkładu pożycia.

Odrębnie od poziomu konfliktu w zakresie okoliczności rozkładu pożycia dokonano oceny konfliktu w zakresie wykonywania władzy rodzicielskiej oraz kontaktów z małoletnim. W 10 zbadanych sprawach poziom konfliktu w sprawach związanych z wykonywaniem władzy rodzicielskiej i kontaktami został oceniony jako niski, jednak w aż 7 przypadkach oceniony został jako wysoki. Ocena taka opierała się na występowaniu: utrudniania kontaktów z drugim rodzicem, „nastawiania” dziecka przeciwko drugiemu z rodziców, wikłaniu go w konflikt. W 2 sprawach oceniono zmianę sytuacji w toku postępowania. Początkowo poziom konfliktu był wysoki (utrudnianie kontaktów, wikłanie dziecka w konflikt rozwodowy), jednak w toku procesu obniżył się. Trudno ocenić realność czy trwałość takiej zmiany. Wskazana ocena wynikała z oświadczeń i stanowiska zajmowanego przez samych rozwodzących się małżonków. W 4 sprawach dowody znajdujące się w aktach sprawy nie pozwalały na dokonanie oceny poziomu konfliktu w zakresie wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów.

Odrębnie od opisanego powyżej elementu podjęto próbę oceny poziomu współpracy rodziców w sprawach dziecka. Wskazane segmenty są silnie ze sobą skorelowane. Współpraca rodzicielska ma jednak charakter bardziej zobiektywizowany. Uznano, że pomimo skonfliktowania rodziców również w sprawach dziecka, możliwe jest jednak współpracowanie w bieżącym podejmowaniu decyzji. W 8 sprawach współpraca między rodzicami nie nastroczała problemów (zarówno w zakresie komunikacji, jak i podejmowania decyzji). Również w 8 sprawach współpraca rodziców była ograniczona – w komunikacji, wypracowywaniu decyzji pojawiały się różne problemy: spory dotyczące kontaktów z rodzicem, który w czasie ewentualnego kontaktu nie sprawuje bezpośredniej pieczy nad dzieckiem; nieporozumienia dotyczące finansowania wydatków; problemy decyzyjne w pewnych sferach, np. dotyczących leczenia dziecka. Najczęściej odnotowane problemy dotyczyły braku spójności wychowawczej: stosowania różnych metod wychowawczych oraz związanego z tym kwestionowania przez rodzica decyzji podejmowanych przez drugiego rodzica. W 2 sprawach odnotowano brak współpracy w sprawach dziecka. W obu przypadkach jeszcze w toku postępowania wdrożony został model pieczy naprzemiennej. Rodzice, poza umożliwieniem przejęcia pieczy, nie kontaktowali się ze sobą, nie wymieniali informacjami, działali metodą „faktów dokonanych”,

podejmując samodzielnie decyzje w czasie, gdy sprawowali pieczę nad dzieckiem, a gdy pojawiała się konieczność podejmowania istotnych decyzji (np. wybór szkoły) – zwracali się do sądu o rozstrzygnięcie. W 5 sprawach materiał zgromadzony w aktach uniemożliwiał dokonanie oceny współpracy w sprawach dziecka (nawet podczas przesłuchania stron nie padło pytanie dotyczące tego elementu).

Istotna z punktu widzenia rozstrzygnięcia o pieczy naprzemiennej, w szczególności poprzez wpływ na prognozę współpracy między rodzicami, jest subiektywna ocena kompetencji rodzicielskich jednego rodzica przez drugiego. W zbadanych sprawach ojcowie pozytywnie oceniali kompetencje matek w 9 przypadkach. W 4 sprawach ocena ta była negatywna. Nie udało się ustalić tego elementu w aż 10 sprawach. Oznacza to, że sądy w żaden sposób nie próbowały ustalić takiej okoliczności.

Ocena kompetencji ojców przez matki była zbliżona. W 10 sprawach była ona pozytywna. W jednym przypadku pozytywna z pewnymi zastrzeżeniami. W 4 sprawach negatywna. W 8 przypadkach elementu tego nie udało się ustalić. Należy zaznaczyć, że ocena wskazanego czynnika była dokonywana, jeżeli opinia została bezpośrednio wyrażona przez rodzica w toku sporządzania opinii przez RODK, biegłego psychologa czy wywiadu środowiskowego albo w toku przesłuchania strony. Nie poczyniono założenia, że wysoki poziom konfliktu i brak współpracy w sprawach dziecka musi oznaczać negatywną ocenę kompetencji wychowawczych drugiego rodzica. W 2 sprawach zarówno ojciec pozytywnie oceniał kompetencje matki, jak również kompetencje ojca były pozytywnie oceniane przez matkę, mimo wysokiego poziomu konfliktu.

Podsumowując wskazane dane, należy zauważyć, że w zbadanych sprawach w 10 przypadkach nie zostały spełnione przesłanki pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom, wynikające z art. 58 k.r.o. w brzmieniu obowiązującym do 28.08.2015 r. Za takie sytuacje uznano przypadki, gdy brak było zgodnego wniosku o pozostawienie obojgu rodzicom pełnej władzy rodzicielskiej w formie pieczy naprzemiennej, brak było porozumienia o wykonywaniu władzy rodzicielskiej i kontaktach zakładającego model pieczy naprzemiennej, jak również sytuacje ograniczonej współpracy rodziców w sprawach dziecka (lub braku tej współpracy).

VIII. OCENA ORZECZNICTWA

12. Ocena praktyki w zakresie wyboru modelu pieczy naprzemiennej

We wcześniejszej części opracowania przedstawione zostały liczbowe dane dotyczące spełnienia przesłanek pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom w wyroku rozwodowym. Ich wypełnienie należy uznać za pierwszy warunek uregulowania władzy rodzicielskiej w wyroku rozwodowym w formie pieczy naprzemiennej. Podstawowym kryterium rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej jest oczywiście zasada ochrony dobra dziecka (w ujęciu dyrektywalnym⁷¹). Specyfika rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej i konieczność uwzględnienia całości sytuacji

⁷¹ M. Zieliński, w: S. Wrótkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974, s. 28.

dziecka na różnych „poziomach” powoduje, że niezwykle trudno jest przedstawić ilościowo wyniki badania oraz dokonać oceny praktyki orzeczniczej w sposób syntetyczny i ukazujący statystycznie istotne zależności. Właściwie każda sprawa ma swoją indywidualną specyfikę.

Rozstrzygnięcie przewidujące pozostawienie władzy rodzicielskiej w formie pieczy naprzemiennej wymaga oceny okoliczności mieszczących się formalnie w zakresie wypełniania przesłanek pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom, ale musi ponadto uwzględniać specyfikę takiego sprawowania władzy rodzicielskiej oraz związanych z tym potencjalnych problemów. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 58 § 1a k.r.o. w brzmieniu obowiązującym do 28.08.2015 r. sąd mógł pozostawić władzę rodzicielską obojgu rodzicom, a nie musiał wydawać takiego rozstrzygnięcia, co wskazywało na istotny margines sędziowskiej oceny. W niniejszej części opracowania orzecznictwo zostanie przeanalizowane w pierwszej kolejności pod kątem samego wyboru pieczy naprzemiennej jako rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej i czynników decydujących o takim wyborze. Następnie wskazane zostaną problemy związane z ujęciem wskazanego modelu w ramy rozstrzygnięcia rozwodowego.

13. Elementy subiektywne

a. Poziom konfliktu między rodzicami; uwzględnienie negatywnych konsekwencji wychowawczych; przemoc i uzależnienia

Zagadnieniem budzącym poważne wątpliwości zarówno w doktrynie⁷², jak i w praktyce jest wpływ poziomu konfliktu między rodzicami (w szczególności dotyczącego spraw dziecka) oraz związanego z tym zakresu współpracy rodziców na dopuszczalność orzeczenia o pieczy naprzemiennej. Zgodnie z danymi liczbowymi przedstawionymi we wcześniejszej części opracowania w blisko połowie zbadanych spraw (w odniesieniu do spraw, w których informacje pozwalające na ocenę poziomu konfliktu znajdowały się w aktach) orzeczenia zapadały w okolicznościach silnych nieporozumień dotyczących spraw dziecka oraz ograniczonej współpracy rodzicielskiej. Szczegółowa analiza poszczególnych spraw wskazuje, że decyzje sądów mogą budzić różne wątpliwości.

W sprawie o numerze 7 powodem była 28-letnia kobieta. W pozwie żądała rozwodu bez orzekania o winie i powierzenia wykonywania władzy rodzicielskiej nad 7-letnią córką stron matce oraz ograniczenia władzy rodzicielskiej 33-letniemu pozwanemu do „współdecydowania o istotnych sprawach dziecka”. Pozwany w odpowiedzi na pozew wniósł o orzeczenie rozwodu z winy żony oraz powierzenie ojcu wykonywania władzy rodzicielskiej nad córką i ograniczenie władzy rodzicielskiej matce. Poza nieporozumieniami na tle finansowym, podstawową przyczyną rozkładu pożycia była niewierność żony i jej związek z innym mężczyzną. Powódka wyprowadziła się ze wspólnego mieszkania i zamieszkała z rodzicami. Małżonkowie jeszcze przed wytoczeniem powództwa rozwodowego zawarli (przed mediatorem z MOPR) porozumienie, zgodnie z którym miała zostać wdrożona piecza naprzemienna nad małoletnią córką.

⁷² A. Czerederecka, *Rozstrzyganie...*, s. 95.

W toku postępowania obie strony starały się wykazać, że druga strona ponosi wyłączną winę rozkładu pożycia oraz zdyskredytować kompetencje wychowawcze drugiego rodzica. Zarzucali sobie utrudnianie kontaktów i manipulowanie dzieckiem. Mąż zarzucał, że żona, gdy związała się z innym mężczyzną, porzuciła rodzinę i przestała interesować się sprawami córki oraz nie wywiązywała się z ustaleń w sprawie kontaktów. W odpowiedzi matka zarzucała mężowi stosowanie przemocy i bezprawne przetrzymywanie córki. W sprawę konfliktu wciągnięci zostali dziadkowie matczyński – dziadek złożył doniesienie do prokuratury o naruszeniu jego nietykalności cielesnej przez zięcia.

Sąd postanowił przeprowadzić dowód z opinii biegłych psychologów na okoliczność rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem po rozwodzie. W toku badania strony powtórzyły rozbieżne stanowiska w tym zakresie, jak również zarzuty w stosunku do strony przeciwnej: „(...) pozwany wg powódki nie potrafi właściwie zadbać o nawyki żywieniowe, dobrać kolorystykę⁷³ ubrań, a przede wszystkim stosuje przemoc psychiczną wobec dziecka w postaci narzucania małoletniej swojej woli, wywierania na niej presji, dominowania nad dzieckiem, manipulowania córką (...) pozwany uważa, że żona nie jest w stanie w sposób stabilny zapewnić dziecku opieki (...) z powodu dwuzmianowego systemu pracy (...) Wyraża przekonanie, że to dziadkowie (...) zajmują się i będą zajmować się jego córką a mają szkodliwy wpływ na (...) bo nią manipulują, nastawiają przeciwko niemu (...)”. W dalszej części opinii wskazano, że „potencjał rodzicielski stron jest porównywalnie dobry zarówno w wymiarze predyspozycji osobowościowych jak i kompetencji opiekuńczo wychowawczych. (...) Posiadają (...) dobre zdolności do nawiązania i utrzymywania bliskich relacji uczuciowych z dzieckiem, stawiania mu wymagań zgodnie z jego możliwościami psychospołecznymi oraz rozpoznawania jego autonomicznych potrzeb. (...) Posiadają dobry wgląd w emocje, przeżycia, oczekiwania dziecka. W sposób prawidłowy (...) zaspokajają codzienne potrzeby zdrowotne, poznawcze małoletniej. (...) są wobec córki troskliwi, czuli, wrażliwi, okazujący swe przywiązanie (...) oraz zainteresowanie. (...) postawy rodzicielskie nie budzą poważniejszych zastrzeżeń”.

Analizując sytuację małoletniej, stwierdzono, że „jest silnie związana uczuciowo z obojgiem rodziców. Ma poczucie troskliwości i opiekuńczości z ich strony (...) Więzy przywiązaniowe z rodzicami są ukształtowane w sposób prawidłowy”. Jednocześnie „Martwią ją konflikty (...) między rodzicami i dziadkami (...) Ma ich świadomość, bardzo je przeżywa (...) a lęk przed takimi zdarzeniami jest na tyle utrwalony, że ma charakter antycypacyjny”.

W zakresie możliwości rozstrzygnięcia o pieczy naprzemiennej biegli wskazali z jednej strony, że „Więzy uczuciowe, bliskość relacji (...) oraz preferowany przez strony styl opieki i wychowania nie jest rozbieżny, niespójny czy niejednorodny a więc nie stanowią podstawę do wykluczenia możliwości kontynuowania opieki naprzemiennej”, z drugiej strony „brak współpracy rodzicielskiej, a przede wszystkim słaba gotowość psychiczna do jej podjęcia stanowi istotne przeciwwskazanie do utrzymania opieki naprzemiennej”. We wnioskach opinii wskazano, że każde z rodziców daje gwarancję prawidłowego wywiązywania się z obowiązków rodzicielskich, „(...)

⁷³ Pisownia oryginalna.

optymalnym rozwiązaniem sytuacji opiekuńczo-wychowawczej byłoby utrzymanie opieki naprzemienniej w systemie jak dotychczas – tydzień na tydzień a więc pozostawienie obojgu rodzicom pełnej władzy rodzicielskiej, ustanawiając stałe miejsce zamieszkania dziecka u matki⁷⁴ (sic!).

Na posiedzeniu wyznaczonym na rozprawę stawily się strony wraz z pełnomocnikami. „Pełnomocnicy stron zgodnie oświadczają, że strony doszły do porozumienia i składają do akt plan wychowawczy i wnoszą o orzeczenie rozwodu bez orzekania o winie, powierzenie obojgu rodzicom władzy rodzicielskiej zgodnie z przedstawionym porozumieniem”. Z porozumienia wynikało przyjęcie modelu pieczy naprzemienniej. Jednocześnie pełnomocnicy cofnęły złożone wcześniej wnioski dowodowe.

Stanowisko stron spotkało się z niezwykle pozytywnym przyjęciem przez sąd (cytat ze stwierdzenia przewodniczącej „no to super”, „bardzo się cieszę, że udało się porozumieć”). Przewodnicząca zapytała pełnomocników, „czy wpisujemy opiekę do wyroku czy piszemy zgodnie z porozumieniem”. Sąd dopuścił dowód z przesłuchania stron. Przesłuchanie było niezwykle lakoniczne. Sąd wydał wyrok (z uwagi na specyfikę rozstrzygnięcia zostanie ono przeanalizowane jeszcze w dalszej części opracowania).

W sprawie ujawniony został problem powtarzający się w zdecydowanej większości spraw „konfliktowych”. Oboje rodzice byli silnie związani z dzieckiem i zaangażowani w sprawowanie władzy rodzicielskiej nad nim. Żadnemu z rodziców nie można postawić poważniejszych zarzutów w tym zakresie (choć wątek porzucenia rodziny przez matkę związany z przeprowadzką do mężczyzny, z którym była przez pewien czas związana, nie został wyjaśniony w postępowaniu). Dziecko miało dobre relacje z obojgiem rodziców. Jak wskazano w opinii: „Dziewczynka stara się obdarować rodziców «po równo» swoimi uczuciami i dowodami przywiązania. Kontroluje swoje wypowiedzi dot. więzi (...) aby nikogo z nich nie skrzywdzić”. Jednocześnie rodzice wciągnęli dziecko w konflikt rozwodowy, nie mogli porozumieć się w żadnej istotniejszej sprawie, a wzajemne kontakty kończyły się awanturami, które były przez strony nagrywane i załączane do akt jako dowód obciążający drugą stronę.

Piecz naprzemienna została zaproponowana w opinii biegłych jako „rozwiązanie salomonowe”. Do modelu takiego miała również przychylić się córka stron. Ostatecznie rodzice zawarli porozumienie, które przewidywało pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu w formie pieczy naprzemienniej, jednak strony pozostały w stosunku do siebie niezwykle nieufne, co przejawiało się chociażby w trwających do końca negocjacjach dotyczących określenia „miejsca zamieszkania dziecka”, pomimo formalnej akceptacji pieczy naprzemienniej. Z jednej strony złożony został zgodny wniosek stron i zawarto porozumienie oraz, pomimo konfliktów, funkcjonował od kilku miesięcy model pieczy naprzemienniej, z drugiej strony istniał głęboki konflikt między rodzicami i ograniczenia we współpracy w sprawach dziecka.

Na marginesie analizy niniejszej sprawy należy wskazać, że biegli zawarli w opinii konkluzje faworyzujące matkę jako podstawowego opiekuna w przypadku nieprzedstawienia porozumienia przez małżonków. Stwierdzili, iż w braku „planu

⁷⁴ Problematyka ustalania „miejsca zamieszkania” i „miejsca pobytu” zostanie przedstawiona w dalszej części opracowania.

opieki” „proponujemy powierzyć wykonywanie władzy rodzicielskiej matce”. Zupełnie pominięto fakt, iż matka wyprowadziła się z domu rodzinnego, a centrum życiowe małoletniej (jej pokój, środowisko wychowawcze) znajdowało się w miejscu przebywania ojca. Matka zamieszkiwała w mieszkaniu rodziców razem z siostrą i warunki mieszkaniowe były tam zdecydowanie gorsze niż w miejscu pobytu ojca. Ponadto kobieta pracowała na zmiany, co wiązało się również z pracą w nocy. Biegli w ustnym wyjaśnieniu opinii przedstawianym na rozprawie bagatelizowali te okoliczności, podkreślając: „z badań dziecka wynikało, że wcale nie jest tak, że ojciec jest stale dyspozycyjny (...) Nawet gdybyśmy uznali, że system pracy ojca jest korzystniejszy to z uwagi na konsekwencje takiego ustalenia nie jest warto aby ustalić miejsce zamieszkania dzieci u ojca. Warunki pracy mogą się w każdym czasie zmienić (sic!). To jest za słaby argument. (...) Warunki socjalne są ważne ale nie tyle jak wiek i płeć (...) Różnice socjalne nie są na tyle istotne aby nadawać im rangę rozstrzygającą”. Stwierdzenia powyższe wydają się niespójne. Z jednej strony biegli stwierdzili, że ojciec daje gwarancję prawidłowego sprawowania pieczy nad dzieckiem i stwierdzili, że optymalne byłoby rozstrzygnięcie w formie pieczy naprzemiennej, a więc nie ma przeciwwskazań do zamieszkiwania dziecka u ojca, jak również wielokrotnie podkreślali, że: „Potencjał rodzicielski, warunki i więzi z dzieckiem są porównywalne między stronami”, a z drugiej strony zajęli jednoznaczne stanowisko, że w przypadku innego rozstrzygnięcia władzę rodzicielską należy ograniczyć ojcu. Należy również zwrócić uwagę, że sąd nie zlecił przeprowadzenia wywiadu środowiskowego celem ustalenia chociażby sytuacji mieszkaniowej obojga rodziców. Biegli dokonywali takiej oceny na podstawie zdjęć znajdujących się w aktach sprawy dostarczonych przez strony.

Decyzje o przyjęciu modelu pieczy naprzemiennej, mimo wysokiego poziomu konfliktu rodziców w zakresie wykonywania władzy rodzicielskiej, znalazły oparcie w specjalistycznych opiniach sporządzonych na potrzeby postępowania. Opinia RODK albo biegłych psychologów w zakresie związanym z rozstrzygnięciem o władzy rodzicielskiej i kontaktach została sporządzona w 8 sprawach. W żadnym przypadku nie stwierdzono, aby zastosowanie modelu pieczy naprzemiennej było w ocenie biegłych niewskazane. W 7 sprawach wnioski opinii pozytywnie oceniały takie rozstrzygnięcie, a w jednym przypadku stwierdzono, że biegli nie są w stanie ocenić konsekwencji pozostawienia obojgu rodzicom władzy rodzicielskiej w formie pieczy naprzemiennej, jednak nie wyrażono tam negatywnego stanowiska co do takiego rozstrzygnięcia. Pozytywna ocena modelu pieczy naprzemiennej była wyrażana niezależnie od stwierdzanego poziomu konfliktu i zakresu współpracy rodziców. Należy jednak zauważyć, że we wszystkich przypadkach biegli wypowiadali się o pozostawieniu modelu pieczy naprzemiennej, który był już stosowany z woli rodziców.

W stanie prawnym obowiązującym przed 28.08.2015 r. występowanie silnego konfliktu między rodzicami na tle władzy rodzicielskiej, przekładające się na nieporozumienia w decydowaniu o sprawach dziecka, uniemożliwiało pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom i tym bardziej orzeczenie o pieczy naprzemiennej. Symptomatyczne było jednak stanowisko biegłych, którzy nie widzieli w takich sytuacjach przeciwwskazań do orzeczenia o pieczy naprzemiennej. Należy wszakże podkreślić, że biegli psychologowie nie mają kompetencji do oceny

prawnych przesłanek rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej. Pozytywna ocena z punktu widzenia psychologicznego nie przesądza oczywiście możliwości orzeczenia o pieczy naprzemiennej przez sąd. Ocena występowania prawnych przesłanek wydania określonego rozstrzygnięcia należy wyłącznie do sądu.

Szczególną sytuacją stanowiącą istotne przeciwwskazanie do orzeczenia o pieczy naprzemiennej jest dopuszczanie się przez któregoś z małżonków aktów przemocy, jak również nadużywanie substancji psychoaktywnych. Sporadycznie w badaniu odnotowane zostały sytuacje, gdy występowanie (a przynajmniej silne poszlaki występowania) wskazanych okoliczności nie były oceniane jako dyskwalifikujące dla przyjęcia modelu pieczy naprzemiennej.

Przykładowo, w sprawie o numerze 5 powodem była 34-letnia kobieta, a pozwany 40-letni mężczyzna. Żona domagała się orzeczenia rozwodu bez orzekania o winie rozkładu pożycia, powierzenia matce wykonywania władzy rodzicielskiej nad małoletnimi dziećmi (6-letnią córką i 3-letnim synem) i ograniczenia władzy rodzicielskiej męża. W toku postępowania zostało udowodnione, że mężczyzna nadużywał alkoholu, wszczynał awantury również w obecności dzieci, dopuszczał się aktów przemocy wobec żony. W domu miały miejsce interwencje policyjne, będące skutkiem wszczynania awantur przez męża. Mężczyzna dopuścił się pod wpływem alkoholu naruszenia nietykalności cielesnej funkcjonariusza policji (wyrok załączony do akt). W toku postępowania wykazano również, że żona naruszyła obowiązek wierności i związała się z innym mężczyzną. Na jednym z posiedzeń pełnomocnicy stron stwierdzili, że „doszło do porozumienia między stronami, wnosimy o rozwód bez orzekania o winie, powierzenie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom z miejscem pobytu dzieci naprzemiennie”. Sąd postanowił dopuścić dowód z przesłuchania stron i na tym samym posiedzeniu wydał wyrok orzekający rozwód i regulujący władzę rodzicielską nad dziećmi w formie pieczy naprzemiennej. W opisanej sprawie nie wystąpiły przesłanki pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom. Małżonkowie nie przedstawili porozumienia, o którym stanowi art. 58 § 1 k.r.o., ponadto trudno uznać, że przy tak silnym konflikcie, w którym dochodziło również do rękoczynów, istniała pozytywna prognoza współpracy w sprawach dziecka.

Podobna sytuacja miała ięjsce w sprawie o numerze 11 powodem był 41-letni mężczyzna. Pozwana była w takim samym wieku. Powód domagał się rozwiązania małżeństwa przez rozwód bez orzekania o winie rozkładu pożycia oraz powierzenia wykonywania władzy rodzicielskiej nad 16-letnim synem stron ojcu i ograniczenia władzy rodzicielskiej matki. Pozwana zażądała orzeczenia separacji, powierzenia wykonywania władzy rodzicielskiej matce i ograniczenia władzy rodzicielskiej ojca. W toku postępowania okazało się, że matka (wykształcenie wyższe pedagogiczne – nauczyciel neurologopeda) – przynajmniej na pewnym etapie pożycia małżeńskiego – miała problem z nadużywaniem alkoholu. Prowokowała awantury po spożyciu alkoholu (również w obecności dziecka), kilkakrotnie przebywała na izbie wytrzeźwień. Definitywne zerwanie pożycia nastąpiło, gdy małżonka wywołała awanturę pod wpływem alkoholu, była agresywna i została odwieziona przez policję do izby wytrzeźwień. Mąż nie zgodził się już na powrót żony do domu. Wskazane fakty, choć znane biegłym z RODK na potrzeby postępowania, zupełnie nie wpłynęły na ostateczne jej konkluzje. Stwierdzono, że „oboje rodzice posiadają odpowiednie predyspozycje rodzicielskie, mają dobry potencjał porozumiewania się w sprawach

syna”. Biegli podkreślili, że pozostawienie obojgu rodzicom władzy rodzicielskiej w modelu pieczy naprzemiennej jest słusznym rozwiązaniem. Sąd uwzględnił w tym zakresie wnioski rodziców. Wątek nadużywania alkoholu i nieprawidłowości w postawie matki pozostał niewyjaśniony (w opinii RODK pojawiło się stwierdzenie, że pozwana „Zaręcza, że od lipca 2013 r. jest abstynentką [opinia została wydana 24 lipca 2013 r. – M.D.]. Przestała spożywać alkohol, by jak podaje, udowodnić, że nie miała problemu alkoholowego”).

Ocena materiału dowodowego prowadzi do wniosku, że rozstrzygnięcie, czyniące ojca głównym opiekunem dziecka, było bardziej uzasadnione. Należy jednak zaznaczyć, że poziom konfliktu pomiędzy małżonkami w sprawach dziecka nie był wysoki, a małoletni akceptował pieczę naprzemienną (czemu dał wyraz zarówno podczas badania w RODK, jak również wysłuchany przed sądem zgodnie z art. 216¹ k.p.c.). Piecza naprzemienna była modelem wymyślonym i postulowanym przez ojca dziecka.

Jak już sygnalizowano we wcześniejszej części opracowania, prawie we wszystkich sprawach piecza naprzemienna była modelem wdrożonym przez rodziców już w czasie toczącego się postępowania rozwodowego albo nawet jeszcze przed wytoczeniem powództwa. Sytuacja taka jest optymalna dla sądu, aby dokonać oceny funkcjonowania proponowanego rozwiązania w szczególności w zakresie skutków wychowawczych. Niestety w kilku przypadkach, pomimo pojawiających się wątpliwości co do konsekwencji realizowania pieczy naprzemiennej, problem nie został wyjaśniony ani nie stał się podstawą interwencji sądu. W badaniu odnotowano 5 spraw, w których na różnym etapie postępowania pojawiały się sygnały o nieprawidłowościach, mogących mieć swoje źródło w realizowaniu modelu pieczy naprzemiennej.

Przykładowo, w sprawie nr 6 powodem był 34-letni mężczyzna. Pozwaną – 31-letnia kobieta. Powód domagał się „powierzenia wykonywania władzy rodzicielskiej” nad 11-letnim synem ojcu. Przyczyną rozkładu pożycia były wyjazdy zagraniczne żony (w celach zarobkowych) oraz jej związanie się z innym mężczyzną. Ostatecznie kobieta wróciła do Polski i zamieszkała z konkubentem oraz dwojgiem dzieci z nowego związku w tym samym budynku (wielorodzinnym), co powód. Pozwana żądała „powierzenia jej wykonywania władzy rodzicielskiej nad wspólnym dzieckiem”. Sąd postanowił zlecić sporządzenie opinii przez biegłego psychologa na okoliczność „któremu z rodziców należy powierzyć wykonywanie władzy rodzicielskiej nad synem oraz w jaki sposób uregulować kontakty dziecka z rodzicem, któremu wykonywanie władzy rodzicielskiej nie zostanie powierzone”.

Między stronami nie występował silny konflikt ani na tle okoliczności rozkładu pożycia, ani w sprawach dziecka. Kompetencje wychowawcze obojga oraz więzi z dzieckiem zostały ocenione wysoko. W opinii znalazły się jednak stwierdzenia sygnalizujące problemy: „Niepokojące jest (...) że strony nie współpracują ze sobą w wymiarze wychowawczym. Stwierdza się brak spójności i jednolitości w stosowaniu metod wychowawczych oraz brak przepływu informacji między rodzicami co sprawia, że chłopak jest niedopilnowany, nie w pełni nadzorowany, kontrolowany i zaczyna fakt ten wykorzystywać poprzez wymuszanie na rodzicach korzystnych dla siebie rozwiązań”; „(...) oboje rodzice posiadają umniejszony autorytet wychowawczy w oczach dziecka w następstwie braku spójności w stawianiu mu

wymagań i ich egzekwowaniu. (...) Chłopiec ujawnia (...) skłonności do manipulowania otoczeniem”. W opinii wskazano ponadto, że: „Faktycznie to małoletni sam decyduje kiedy i u którego rodzica przebywa w ciągu dnia i gdzie pozostaje na noc”. Sama pozwana stwierdziła, że „zbyt ulega dziecku, a powód jest bardziej konsekwentny wychowawczo, przez co posiada większy autorytet w oczach syna”.

W kontekście niniejszych informacji nie dziwi, że małoletni zdecydowanie akceptował przyjęcie modelu pieczy naprzemiennej.

Ostatecznie w konkluzjach opinii znalazło się jednak stwierdzenie, że „optymalnym rozwiązaniem byłoby pozostawienie obojgu rodzicom (...) władzy rodzicielskiej (...) i ustanowienie opieki naprzemiennej”. Sąd przychylił się do wniosku stron oraz stanowiska biegłego i orzekł pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom i przyjęciu modelu pieczy naprzemiennej, pomimo że małżonkowie nie przedstawili porozumienia zgodnie z art. 58 k.r.o.

Opisana sprawa uwypukliła problemy (zgłaszane w literaturze pedagogicznej i psychologicznej), jakie mogą wiązać się z funkcjonowaniem pieczy naprzemiennej. W opisanej powyżej sprawie nastolatek pozbawiony był silnego nadzoru rodzicielskiego, sam decydował gdzie chce przebywać i manipulował rodzicami w celu osiągnięcia różnych korzyści. Sąd zupełnie pominął sygnalizowane problemy i nie wykorzystał w tym zakresie kompetencji sądu opiekuńczego. Z punktu widzenia wychowawczego pozostawienie modelu pieczy naprzemiennej wydaje się być niekorzystne dla dziecka. Uwzględniając okoliczności sprawy, wiek i płeć dziecka, należy uznać, że powierzenie wykonywania władzy rodzicielskiej ojcu (ewentualnie ustalenie miejsca pobytu dziecka przy ojcu w razie pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom) byłoby rozwiązaniem lepszym. Należy jednak zwrócić uwagę, że piecza naprzemienna była realizowana z woli rodziców, którzy zamieszkiwali w odległości kilkudziesięciu metrów od siebie, a inicjatywa takiego rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej w wyroku rozwodowym wyszła właśnie od ojca.

b. Stanowisko dziecka

Zgodnie z art. 216¹ k.p.c. sąd w sprawach dotyczących osoby małoletniego dziecka wysłucha go, jeżeli jego rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości na to pozwalają. W literaturze przyjmuje się, że sprawa o orzeczenie rozwodu w zakresie rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem jest oczywiście taką, w której dziecko powinno zostać wysłuchane. Sporna pozostaje kwestia, czy cytowany przepis dopuszcza wyłącznie bezpośrednie wysłuchanie dziecka⁷⁵, czy też dotyczy również wysłuchania pośredniego, a sąd może zapoznać się ze stanowiskiem dziecka wyrażonym np. w toku przygotowywania opinii przez biegłego⁷⁶.

Jeżeli spełnione zostaną przesłanki określone w art. 216¹ k.p.c., wysłuchanie dziecka ma charakter obligatoryjny („sąd wysłucha”, a nie jedynie „może wysłuchać”). Orzeczenie przyjmujące rozwiązanie w postaci pieczy naprzemiennej jest

⁷⁵ M.M. Cieśliński, *Wysłuchanie dziecka w procesie cywilnym (art. 216¹ k.p.c.)*, PS 2012/6, s. 63.

⁷⁶ A. Czerederecka, *Psychologiczne kryteria wysłuchania dziecka w sprawach rodzinnych i opiekuńczych*, RiP 2010/14–15, s. 24, W. Stojanowska, w: *Nowelizacja prawa rodzinnego...*, W. Stojanowska (red.), s. 356.

obarczone szczególnym ryzykiem, wymaga specyficznych predyspozycji rodziców i okoliczności zarówno o charakterze subiektywnym, jak i obiektywnym. Właśnie w takiej sytuacji wysłuchanie dziecka, poznanie jego oceny sytuacji i preferencji może mieć bardzo istotne znaczenie. Wydaje się, że bezpośrednie wysłuchanie małoletniego nie tylko jest realizacją zasady bezpośredniości postępowania dowodowego⁷⁷, ale sprzyja również możliwości poznania przez sąd małoletniego, jego sytuacji i punktu widzenia. Nie można tracić z pola widzenia, że sąd rozwodowy wypełnia funkcję sądu opiekuńczego. Skrócenie dystansu między sądem a dzieckiem, o którego przyszłości decydować będzie rozstrzygnięcie, nawet w sytuacji gdy nie dostarcza bezpośrednio wiedzy mogącej przesądzać przyjęcie określonego modelu orzeczenia, jest trudne do przecenienia.

Wśród zbadanych spraw w przypadku aż 19 dzieci (na 34, których dotyczyło rozstrzygnięcie, a więc w blisko 56%) sąd nie poznał ani bezpośrednio, ani pośrednio stanowiska dziecka. 8 dzieci wyraziło aprobatę dla planowanego rozstrzygnięcia o pieczy naprzemiennej w toku sporządzania opinii przez RODK lub biegłego psychologa. W 5 przypadkach pośrednia informacja (której wartość i poprawność mogą budzić wątpliwości) o pozytywnym stosunku do planowanego rozstrzygnięcia wynikała z wywiadu środowiskowego przeprowadzonego przez kuratora sądowego. Tylko w jednej sprawie stanowisko akceptujące pieczę naprzemienną wyrażone zostało w toku wysłuchania przed sądem, dokonywanym na podstawie art. 216¹ k.p.c. i powtórzone przy sporządzaniu opinii przez RODK. W jednym przypadku dziecko w toku badania w RODK wyraziło nadzieję na pojednanie się rodziców i nie wypowiedziało się co do planowanej pieczy naprzemiennej.

Podsumowując, należy stwierdzić, że instytucja bezpośredniego wysłuchania dziecka (art. 216¹ k.p.c.) w zbadanych sprawach była właściwie martwa. Niepokojący był również fakt, iż w przypadku starszych dzieci (powyżej 7 lat⁷⁸) ich stanowisko znane było sądowi orzekającemu (na jakiegokolwiek podstawie) jedynie w 10 przypadkach. W kolejnych 9 dzieci nie zajęły stanowiska w sprawie.

Wyrażenie stanowiska wspierającego pieczę naprzemienną nie oznacza oczywiście, że musi zostać ono przez sąd uwzględnione. Wysłuchanie dziecka i poznanie jego preferencji przez sąd zdecydowanie poszerza jednak pole analizy, pozwala sądowi dokonać bardziej pogłębionej oceny innych dowodów, jak chociażby opinii biegłego psychologa czy opinii sporządzonej przez RODK.

Realność realizacji modelu przyjętego w porozumieniu

Porozumienie określające sposób wykonywania władzy rodzicielskiej oraz kontaktów z dzieckiem po rozwodzie musi spełniać kryterium zgodności z dobrem dziecka. Ocena porozumienia i stanowiska stron musi uwzględniać możliwość jego wdrożenia. Problem może zostać zobrazowany stanem faktycznym sprawy o numerze 1.

⁷⁷ Zastrzegając kontrowersyjność kwalifikacji wysłuchania dziecka jako dowodu.

⁷⁸ Oczywiście zagadnienie wieku i poziomu rozwoju umysłowego umożliwiającego poznanie stanowiska dziecka budzi wątpliwości (A. Czerederecka, *Psychologiczne kryteria...*). Przyjęta granica 7 lat ma charakter arbitralny i jedynie poglądowy. Osiągnięcie 7 lat na gruncie dekretu – Prawo o osobowe z 1945 r. powodowało nabycie ograniczonej zdolności do działań prawnych. Z osiągnięciem tego wieku ustawodawca wiązał przez wiele lat powstanie obowiązku szkolnego.

Powodem była 36-letnia kobieta. W pozwie domagała się pozostawienia władzy rodzicielskiej nad czwórką dzieci (dwie córki – 11- i 8-letnią oraz dwoma synami – 7- i 4-letnim) obojgu rodzicom z „ustaleniem miejsca zamieszkania” przy matce. W odpowiedzi na pozew 35-letni mąż domagał się ustalenia pieczy naprzemiennnej. Przyczyną rozkładu pożycia było związanie się żony z nowym partnerem. W toku postępowania przedstawione zostało porozumienie o wykonywaniu władzy rodzicielskiej i kontaktach z dziećmi po rozwodzie, przewidujące pieczę naprzemienną. Strony jeszcze w toku postępowania rozwodowego przyjęły model pieczy naprzemiennnej. Co istotne, miejsce pobytu (w systemie dwutygodniowym) zmieniali rodzice, a dzieci stale przebywały w domu rodzinnym. Podstawowym problemem były jednak miejsca pobytu rodziców dziecka. Matka mieszkała z nowym partnerem w miejscowości oddalonej o blisko 400 km od domu, w którym przebywały dzieci. Ojciec od kilku lat zamieszkiwał w Norwegii i twierdził, że co dwa tygodnie na dwa tygodnie będzie przylatywał do Polski i sprawował pieczę nad dziećmi. Strony twierdziły, że taki system sprawdzał się. Mężczyzna przesłuchiwany na rozprawie stwierdził, że „gdy żona zajmuje się dziećmi, wyjeżdżam do Norwegii do brata i szukam pracy. Nie wiem jeszcze gdzie będę pracował. Gdyby była to praca w Norwegii to pracodawca musiałby zaakceptować to, że pracowałbym tylko dwa tygodnie”. Przewodniczący zamknął rozprawę i po przerwie ogłosił w wyrok.

Rozwiązanie przewidujące, że dzieci nie będą zmieniały miejsca pobytu, z pewnością jest zdecydowanie korzystniejsze niż sytuacja, w której to dzieci muszą przemieszczać się pomiędzy miejscami stałego pobytu rodziców. Przyjęcie zaproponowanego modelu razi jednak naiwnością. Trudno zakładać, że trwałym i docelowym modelem sprawowania pieczy będzie przemieszczanie się co dwa tygodnie jednego rodzica przez pół Polski, a drugiego przez pół Europy. Można założyć, że w okolicznościach tej sprawy porozumienie było właściwie niemożliwe do zrealizowania.

14. Okoliczności o charakterze obiektywnym

c. Odległość miejsca pobytu rodziców

W zbadanych sprawach zaledwie w jednym przypadku miejsce pobytu mieli zmieniać rodzice. W pozostałych sprawach to dzieci miały cyklicznie zmieniać miejsce swojego przebywania. Przy takim rozwiązaniu niezwykle istotną okolicznością jest odległość pomiędzy miejscami przebywania matki i ojca. Wpływa to bezpośrednio na czas dojazdów, konieczność zmieniania środowiska, możliwość bezproblemowego dotarcia do szkoły itd.

W 5 sprawach odległość pomiędzy miejscami pobytu rodziców (w których również miały przebywać dzieci) była mniejsza niż 1 km. Rodzice zamieszkiwali przy jednej ulicy, a nawet w tym samym budynku. Nietypowa sytuacja została odnotowana w sprawie o nr 8. Powodem była 36-letnia kobieta. Domagała się pozostawienia władzy rodzicielskiej nad 10-letnim synem obojgu rodzicom i przyjęcia modelu pieczy naprzemiennnej w systemie tygodniowym. Pozwany – 35-letni mężczyzna w odpowiedzi na pozew żądał takiego samego rozstrzygnięcia. Poza ogólną „niezgodnością charakterów” sąd nie ustalił przyczyn rozkładu pożycia.

Rodzice jeszcze przed wytoczeniem powództwa rozwodowego wdружи pieczę naprzemienną, jednak była ona realizowana w dość nietypowy sposób z uwagi na zamieszkiwanie we wspólnym mieszkaniu. Z dowodu z przesłuchania stron wynika, że strony po prostu naprzemiennie zajmowały się dzieckiem, które przebywało tydzień w części mieszkania ojca i tydzień w części mieszkania matki. Rodzice zamieszkiwali wspólnie nawet w chwili zamknięcia rozprawy. Ustalono zostało jedynie, że mężczyzna buduje dom, do którego ma zamiar w przyszłości się wyprowadzić. W postępowaniu właściwie żadne okoliczności nie zostały ustalone: ani dotyczące okoliczności rozkładu pożycia (może budzić wątpliwości, czy wystąpiła pozytywna przesłanka rozwodowa), ani sytuacji małoletniego, sposobu i prawidłowości wykonywania władzy rodzicielskiej. Sąd nie ustalił również miejsca, do którego mężczyzna zamierza się wyprowadzić.

W większości spraw rozwodzący się małżonkowie zamieszkiwali w obrębie jednej miejscowości. W przypadku, gdy były to wielkie miasta (w szczególności Warszawa) zamieszkiwanie w różnych dzielnicach i odległość ok. 10 km może już utrudniać naprzemienne wykonywanie pieczy przez rodziców. W 2 sprawach rodzice zamieszkiwali w odległości większej niż 10 km. Największa odległość między miejscami zamieszkania wynosiła ok. 30 km. W tej sprawie matka zamieszkiwała w Warszawie, a ojciec w domu pod Warszawą.

Podsumowując, nie odnotowano sytuacji orzekania o władzy rodzicielskiej z przyjęciem system pieczy naprzemiennej, gdy odległość miejsca stałego pobytu rodziców była znaczna. Nawet w sprawie, w której wynosiła 30 km, rozstrzygnięcie dotyczyło dzieci 15- i 17-letnich, uczęszczających do szkoły w Warszawie. Ponieważ ojciec również pracował w Warszawie w okresie, gdy dzieci zamieszkiwały z nim, wszyscy codziennie dojeżdżali do miejsca pracy i nauki.

d. Status finansowy i zakres „świadomości wychowawczej” rodziców

Problem wpływu statusu finansowego rodziców i związanego z tym poziomu zaspokajania potrzeb dziecka na rozstrzygnięcie sądu jest zagadnieniem niezwykle delikatnym. Wiązaniu dopuszczalności rozstrzygnięcia ze statusem finansowym można łatwo postawić zarzut dyskryminacji osób słabiej sytuowanych⁷⁹. Nie można jednak tracić z pola widzenia, że prawidłowe wykonywanie pieczy naprzemiennej wiąże się ze zdecydowanie większymi wydatkami niż sprawowanie pieczy przez jednego z rodziców. Konieczne jest bowiem zorganizowanie dwóch centrów życiowych dziecka, wyposażonych w różne osobiste przedmioty.

Problem może zostać zobrazowany poprzez analizę sprawy o nr 22. Powódką była 33-letnia kobieta. W pozwie domagała się pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom nad 10-letnim synem z ustaleniem, że „miejsce zamieszkania będzie zawsze przy matce”. Pozwanym był 33-letni mężczyzna, który w odpowiedzi na pozew żądał pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom i orzeczenia o pieczy naprzemiennej (stosownie do załączonego porozumienia podpisanego

⁷⁹ Przykładowo zgodnie z § 2.12 p. f *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*; American Law Institute, Philadelphia 2002, sąd, rozstrzygając o władzy rodzicielskiej, zasadniczo nie powinien uwzględniać m.in. zdolności i okoliczności finansowych, jednak z wyjątkiem sytuacji, gdy łączne zasoby finansowe rodziców ograniczają w praktyce możliwość realizacji porozumienia.

przez obie strony). Na pierwszej rozprawie powódka zażądała ograniczenia władzy rodzicielskiej ojca, tak aby nie mógł podejmować decyzji w sprawach leczenia i edukacji dziecka. Wniosek wynikał z rozbieżności zdań rodziców w kwestii edukacji dziecka. Syn stron był niepełnosprawny – rozpoznano u niego zespół Aspergera. Matka chciała wdrożyć indywidualny tok nauczania, a ojciec uważał, że dziecko może poradzić sobie, chodząc do szkoły.

W toku postępowania ujawniono ogromną nieufność rodziców w stosunku do siebie. Rodzice wzajemnie oskarżali się o niewłaściwe sprawowanie pieczy nad dzieckiem. W toku postępowania zawarto kolejne porozumienie o wykonywaniu władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem (przewidujące pieczę naprzemienną), jednak matka zaczęła bardzo szybko je kwestionować, stwierdzając, że: „Porozumienie stron (...) nie spełnia swojego celu w praktyce, Małoletni jest przewożony w zasadzie codziennie od matki do ojca, co destabilizuje jego ośrodek życiowy. Taki sposób kontaktów (...) ma negatywny wpływ na jego problemy zdrowotne”. Zarzuciła również mężowi, że nie przestrzega specjalnych lekarskich zaleceń dietetycznych, czego skutkiem było zdecydowane pogorszenie się wyników badań małego. Ojciec odpierał zarzuty, wskazując na niewłaściwe warunki mieszkaniowe w miejscu pobytu żony (mieszkała ze swoim ojcem), wszczynanie awantur, zaniechanie wezwania pomocy lekarskiej, gdy dziecko spadło z roweru. Pogorszenie wyników badań syna tłumaczył przebytymi w tym czasie chorobami somatycznymi (m.in. szkarlatyną).

Sygnalizowane okoliczności zupełnie nie zostały zbadane przez sąd. W zakresie informacji o sytuacji dziecka sąd dysponował jedynie pobieżnym wywiadem środowiskowym przeprowadzonym przez kuratora sądowego. Znajduje się w nim w szczególności opis warunków mieszkaniowych w domu stron, który jeszcze w toku postępowania został zyty. W sprawie nie został przeprowadzony dowód z przesłuchania świadka. Sąd najpierw postanowił zlecić sporządzenie opinii przez RODK, jednak rodzice zwrócili się pisemnie do sądu o „cofnięcie dowodu z opinii RODK”, stwierdzając, że doszli do porozumienia w spornych sprawach związanych z władzą rodzicielską i kontaktami z dzieckiem (co nie było prawdą). W sprawie trudno jest więc ustalić, w jaki sposób w rzeczywistości sprawowana była piecza nad dzieckiem. Bezsporne jest, że rozstrzygnięcie miało dotyczyć dziecka niepełnosprawnego o szczególnych potrzebach. Sami rodzice wskazywali, jak wysokie kwoty muszą być przeznaczane na leki, konsultacje specjalistyczne czy spełnienie szczególnych wymagań żywieniowych. Jednocześnie oboje rodzice znajdowali się w trudnej sytuacji finansowej. Ojciec był bezrobotny, a matka spłacała liczne kredyty. W sprawie kwestia pokrywania kosztów związanych z utrzymaniem dziecka była istotnym punktem spornym i podstawą formułowania różnych zarzutów przez strony.

Na ostatnim posiedzeniu wyznaczonym na rozprawę w toku przeprowadzania dowodu z przesłuchania stron ujawnione zostało, że rodzice zupełnie nie wiedzieli, jak ma być sprawowana władza rodzicielska w postaci pieczy naprzemiennej. Kierowali pytania do sądu, jak taki system ma wyglądać i „co należy dziecku spakować gdy ma udać się do drugiego rodzica”. Można odnieść wrażenie, że przy istniejących problemach (również finansowych) stworzenie stabilnych warunków w dwóch miejscach pobytu byłoby niezwykle trudne. Pewne zażenowanie budzić

może instruowanie przez przewodniczącego rodziców, że dziecko w miejscu pobytu musi mieć „majtki, skarpetki, trampki i koszulki” ale „kurtkę przecież będzie miało jedną”.

Opisana sprawa wskazuje, że model pieczy naprzemiennej wymaga szczególnej współpracy i starań ze strony rodziców. Jest to rozwiązanie, dla którego konieczne jest ponoszenie większych wydatków niż w sytuacji jednego, stałego miejsca pobytu, jak również konieczne są szczególne predyspozycje rodziców, odpowiedzialność, świadomość koniecznych do rozwiązania problemów oraz sposobu realizacji takiego modelu. W opisanym przypadku przeciwko pieczy naprzemiennej przemawiał również stan zdrowia dziecka.

15. Rozwiązania alternatywne w zakresie rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej.

Wielokrotnie wskazano, że ocena rozstrzygnięcia w zakresie władzy rodzicielskiej z uwagi na konieczność globalnej oceny z punktu widzenia kryterium dobra dziecka, uwzględniania wielu aspektów i analizy okoliczności na różnych płaszczyznach, z trudem poddaje się jednoznacznej ocenie. W badaniu podjęta została próba całościowej weryfikacji, czy w zadanych okolicznościach (ustalanych oczywiście wyłącznie na podstawie analizy akt sprawy) rozstrzygnięcie przyjmujące model pieczy naprzemiennej⁸⁰ może zostać uznane za uzasadnione. Przy tej ocenie pominięto spełnianie przesłanek formalnych pozostawienia obojgu rodzicom władzy rodzicielskiej (złożenie zgodnego wniosku i przedstawienie porozumienia zgodnie z art. 58 k.r.o.). Problematyka wypełnienia wskazanych przesłanek została przedstawiona we wcześniejszej części opracowania.

W 7 zbadanych sprawach stwierdzono, że rozstrzygnięcie o pieczy naprzemiennej może zostać uznane za uzasadnione. W 2 kolejnych sprawach uznano, że rozstrzygnięcie takie raczej jest uzasadnione, jednak z uwagi na słabość postępowania dowodowego trudno jednoznacznie zaakceptować takie rozstrzygnięcie. W 5 zbadanych sprawach uznano, że rozstrzygnięcie przewidujące pieczę naprzemienną nie było uzasadnione. W pozostałych 9 sprawach rozstrzygnięcie budziło wątpliwości (istniały argumenty zarówno na rzecz, jak również przeciwko takiemu rozstrzygnięciu), ewentualnie istniały „poszlaki” występowania okoliczności uniemożliwiających orzeczenie o pieczy naprzemiennej, jednak z uwagi na braki postępowania dowodowego nie zostały rozstrzygnięte.

W sprawach, w których orzeczenie przewidujące pieczę naprzemienną należy uznać za nieprawidłowe, postulowane rozstrzygnięcia były różne. W sprawie o numerze 9 powódką była 31-letnia kobieta. Domagała się pozostawienia władzy rodzicielskiej nad 5-letnią córką obojgu rodzicom z ustaleniem miejsca zamieszkania dziecka przy matce. Pozwany w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa bez ścisłego wskazania podstawy takiego stanowiska. Z lakonicznego uzasadnienia można wywnioskować, że prawdopodobnie pozwany uważał, że nie wystąpiła pozytywna przesłanka rozwodowa. Na pierwszym posiedzeniu wyznaczonym

⁸⁰ Ocena nie dotyczy prawidłowości samego rozstrzygnięcia, np. w zakresie doboru okresu, przez jaki piecza miałaby być sprawowana przez każdego z rodziców czy też innych elementów wyroku, ale jedynie samego wyboru pieczy naprzemiennej jako modelu sprawowania władzy rodzicielskiej po rozwodzie.

na rozprawę pozwany zmodyfikował swoje stanowisko i wyraził zgodę na rozwód bez orzekania o winie i wniósł o pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom z ustaleniem miejsca pobytu dziecka przy ojcu. Ustaloną przyczyną rozkładu pożycia była zdrada męża. Małżonkowie pozostawali w silnym konflikcie. Eskalowali awantury w celu wzywania policji na interwencję, jak również nagrywania małżonka, aby dostarczyć dowodów w toczącym się postępowaniu. Dziecko zostało silnie uwikłane w konflikt i manipulowane przez oboje rodziców. Jednocześnie rodzice byli z nim silnie związani i zaangażowani w sprawowanie pieczy.

Sąd w toku postępowania, w trybie zabezpieczenia, ustalił miejsce stałego pobytu dziecka przy ojcu. Postanowił ponadto zlecić sporządzenie opinii przez RODK. We wnioskach znalazło się stwierdzenie: „Małoletnia (...) nie zaakceptowała (...) rozstania [rodziców – M.D.], nie jest przygotowana na taką ewentualność. Jakkolwiek zdaje się prawidłowo funkcjonować w obecnej sytuacji lecz wyraźnie traktuje ją jako tymczasową i zdecydowanie oczekuje pojednania rodziców. Być może rozłąka trwa jeszcze zbyt krótko, by dziecko zdążyło się z nią oswoić i uznać za trwałą. Z uwagi na powyższe, należy stwierdzić że w obecnej sytuacji ewentualne orzeczenie rozvodu stron pozostaje w sprzeczności z dobrem małoletniej i może stanowić zagrożenie dla jej dalszego prawidłowego rozwoju psychicznego. Małoletnia ujawnia silne więzi uczuciowe z obojgiem rodziców i pragnie by oboje w równym stopniu uczestniczyli w jej wychowaniu. Nie jest w stanie na obecnym etapie dokonać wyboru rodzica z którym chciałaby zamieszkiwać w przyszłości”. Biegli zaproponowali, aby w przypadku ewentualnego orzeczenia rozvodu przyjąć model pieczy naprzemiennej. Pod wpływem opinii strony zmieniły stanowisko w zakresie władzy rodzicielskiej i wniosły o orzeczenie o pieczy naprzemiennej oraz złożyły porozumienie stosownie do wymagania z art. 58 k.r.o. Sąd orzekł rozwód.

Można mieć poważne wątpliwości, czy w niniejszej sprawie orzeczenie rozvodu nie było przedwcześnie. Sąd nie wykorzystał instrumentów takich jak chociażby skierowanie stron do mediacji. Z opinii RODK wynikało jasno, że na analizowanym etapie orzeczenie rozvodu było sprzeczne z dobrem małoletniego dziecka. Okoliczności sprawy zdają się potwierdzać taką ocenę⁸¹. Wskazane stanowisko nie zostało jednak podzielone przez sąd.

Niezwykle drastyczny stan faktyczny ujawniony został w sprawie o numerze 16. Powódką była 31-letnia kobieta, pozwanym 36-letni mężczyzna. Oboje byli pracownikami naukowymi o wysokim statusie majątkowym. Żona domagała się powierzenia wykonywania władzy rodzicielskiej nad 7-letnią córką i ograniczenia władzy rodzicielskiej ojca. Pozwany w odpowiedzi na pozew zażądał powierzenia wykonywania władzy rodzicielskiej ojcu i ograniczenia władzy rodzicielskiej matce. W toku postępowania okazało się, że powódka była osobą zaburzoną psychicznie, wielokrotnie z tego powodu hospitalizowaną. Z opinii sądowo-psychiatrycznej sporządzonej na zlecenie sądu wynikało, że powódka „dotknięta jest chorobą z kręgu schizofrenii”. Kobieta nie zgadzała się jednak z diagnozą, w czym utwierdzali ją rodzice, u których zamieszkiwała. Należy zauważyć, że brak wglądu w chorobę wpływał na samowolne odstawianie leków przez powódkę i kwestionowanie zasadności leczenia. W czasie rzutów choroby kobieta zachowywała się agresywnie, wymagała przymusowej hospitalizacji, a jej zachowania

⁸¹ W szczególności biorąc pod uwagę nadal aktualne stanowisko SN zajęte w uchwale z 18.03.1968 r. (III CZP 70/66).

miały drastyczny charakter (wynikające z dokumentacji medycznej kompulsywne odbywanie stosunków seksualnych z innymi pacjentami w szpitalu). Rodzice byli niezwykle skonfliktowani i właściwie niezdolni do podjęcia jakiejkolwiek współpracy w sprawach dziecka. Między stronami dochodziło (obustronnie) do aktów przemocy fizycznej. W konflikt silnie zaangażowani byli rodzice powódki. Podczas przesłuchania matka powódki wskazała na domniemane niewłaściwe zachowanie pozwanego – kąpiele wspólne z córką. Dalsze postępowanie nie wykazało jakiegokolwiek niewłaściwego postępowania pozwanego w zakresie wykonywania władzy rodzicielskiej.

Sąd zlecił przygotowanie opinii przez RODK. Biegli stwierdzili, że oboje rodzice są silnie związani z dzieckiem i silnie zaangażowani w sprawowanie pieczy. W opinii ocena wpływu stanu zdrowia powódki na zdolność właściwego wywiązywania się z obowiązków rodzicielskich została przeanalizowana niezwykle pobieżnie. Nie dostrzeżono przeciwwskazań do przejęcia pieczy nad dzieckiem przez matkę, a jedynie stwierdzono, że: „Ograniczeniem predyspozycji wychowawczych matki i możliwości sprawowania przez nią samodzielnie opieki nad dzieckiem jest jej stan zdrowia. W opinii lekarza wymaga ona kontroli w zakresie kontynuowania leczenia psychiatrycznego (...) oraz poddania oddziaływaniom psychoedukacyjnym. Są to konieczne warunki do sprawowania samodzielnej opieki nad dzieckiem”. Predyspozycje wychowawcze ojca nie budziły wątpliwości biegłych.

Sąd postanowił skierować sprawę do mediacji. W toku mediacji rodzice formalnie zawarli porozumienie o wykonywaniu władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem po rozwodzie, przewidujące pieczę naprzemienną. W kolejnych pismach procesowych i stanowiskach zajmowanych na rozprawie obie strony przedstawiały już własne interpretacje porozumienia i kwestionowały jego treść. Powódka na pierwszym posiedzeniu wyznaczonym na rozprawę zmieniała stanowisko i zażądała ustalenia miejsca zamieszkania dziecka przy matce. Pozwany zażądał ustalenia miejsca zamieszkania przy ojcu i ograniczenia władzy rodzicielskiej rodziców przez ustanowienie nadzoru kuratora. Ostatecznie powódka złożyła wniosek o rozstrzygnięcie o władzy rodzicielskiej w formie pieczy naprzemiennej, a ojciec chciał „ustalenia miejsca zamieszkania przy nim”.

Na ostatniej rozprawie sąd przesłuchał w charakterze świadka nowego partnera matki (z którym kobieta zamieszkiwała). Również jego stanowisko wskazywało na głęboki konflikt, całkowity brak współpracy i nieodpowiedzialność osób mających tworzyć środowisko wychowawcze dziecka. Mężczyzna oświadczył, że nie zamierza mieć jakiegokolwiek kontaktu z ojcem dziewczynki – odmówił mu nawet podania numeru telefonu. Przewodniczący zamknął rozprawę, orzekł rozwód, pozostawił władzę rodzicielską obojgu rodzicom w formie pieczy naprzemiennej. W pisemnym uzasadnieniu wyroku stwierdzono: „strony (...) zawarły porozumienie m.in. w zakresie wychowania i opieki nad małoletnią córką, nadto mimo wcześniejszego braku takiego porozumienia na piśmie i pewnej (sic!) różnicy zdań co do sprawowania opieki (...) np. w zakresie wyboru szkoły, strony w ocenie Sądu potrafiły porozumieć się w najistotniejszych kwestiach dotyczących dziecka, o czym świadczy fakt sprawowania od przeszło dwóch lat opieki naprzemiennej nad córką, która zdaniem biegłych okazała się być korzystna dla dziecka [pisownia oryginalna – M.D.]. Sąd nie widział przeszkód, aby powierzyć władzę rodzicielską (...) obojgu rodzicom, pozostawiając funkcjonującą już od dłuższego czasu opiekę naprzemienną, do której (...) się przyzwyczaiła i którą

akceptuje. (...) Sąd (...) na podstawie art. 109 § 1 i 2 k.r.o. zobowiązał powódkę do kontynuowania leczenia psychiatrycznego i poddania się działaniom psychoedukacyjnym, gdyż tylko takie postępowanie, zdaniem biegłych (!), zagwarantuje powódce możliwość należytego sprawowania samodzielnej opieki nad małoletnią (...). Sąd nie uwzględnił wniosku o objęcie władzy rodzicielskiej nadzorem kuratora. Przede wszystkim ustanowienie nadzoru kuratora (...) byłoby w istocie ograniczeniem tej władzy w tym przypadku obojgu rodzicom". W dalszej części stwierdzono, że ustanowienie nadzoru nie zabezpieczy dziecka w sytuacji rzutu choroby matki, a zabezpieczeniem takim ma być zobowiązanie jej do kontynuowania leczenia.

Decyzje podejmowane przez sąd w niniejszej sprawie budzą istotne wątpliwości. Odnieść można wrażenie, że uzasadnienie wyroku dotyczy innego stanu faktycznego niż wynikający z akt sprawy. Po pierwsze, nie było w chwili zamknięcia rozprawy wniosku pozwanego o pozostawienie obojgu rodzicom władzy rodzicielskiej w formie pieczy naprzemiennnej. Również samo porozumienie przedstawione na pewnym etapie postępowania było przez strony później kwestionowane. Po drugie, z opinii przygotowanej przez specjalistów z RODK nie wynika, jak stwierdził sąd, aby piecza naprzemienna była korzystna dla małoletniej. Znalazło się tam stwierdzenie, że: „Biegli nie są w stanie jednoznacznie wypowiedzieć się na temat skutków kontynuowania tej formy opieki dla małoletniej w przyszłości”. Po trzecie, stwierdzenie, iż strony potrafiły się porozumieć w sprawach córki, zupełnie nie znajduje podstaw w aktach sprawy. Strony toczyły nieustanny spór co do wszystkich spraw związanych z dzieckiem. Potwierdzenie takiego stanu znajduje się również w opinii biegłych z RODK, którzy stwierdzili: „Niewątpliwie rodziców dzieli konflikt i trudność w nawiązaniu współpracy na płaszczyźnie rodzicielskiej”. Zalecili również skorzystanie z pomocy specjalistycznej w placówce zajmującej się wsparciem dla rodziców pozostających w konflikcie. Pomijając wątpliwość co do możliwości nałożenia na podstawie art. 109 k.r.o., w tym przypadku na stronę postępowania rozwodowego, obowiązku poddania się leczeniu psychiatrycznemu, sąd w żaden sposób nie określił, jak wywiązywanie się z tego obowiązku miałyby wyglądać oraz nie wskazał żadnego sposobu kontroli wykonywania obowiązku. Podobnie nie wiadomo, na czym miałyby polegać obowiązki „poddania się działaniom psychoedukacyjnym”. Biorąc pod uwagę poziom konfliktu między rodzicami a także brak wglądu powódki w chorobę, całkowicie naiwnie brzmi rozstrzygnięcie sądu nakładające na matkę obowiązek „niezwłocznego informowania ojca (...) o pogorszeniu się jej stanu zdrowia lub pobycie w placówce leczniczej”.

W sprawie nie zachodziły przesłanki pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom. Z analizy wynika, że zdecydowanie lepsze kompetencje w zakresie prawidłowego sprawowania władzy rodzicielskiej miał ojciec. Optymalnym rozstrzygnięciem wydaje się powierzenie wykonywania władzy rodzicielskiej ojcu i ograniczenie jej matce. Pozostawieniu pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom nie zostało obwarowane środkami mogącymi realnie zabezpieczać dobro dziecka.

Jako przeciwieństwo opisanych stanów faktycznych można wskazać sprawę o numerze 13. Powodem był 38-letni mężczyzna, pozwaną 34-letnia kobieta. Oboje mieli wyższe wykształcenie oraz stałą i bardzo dobrze płatną pracę. Małżonkowie już w pozwie i odpowiedzi na pozew wniosli o pozostawienie władzy rodzicielskiej nad wspólnymi małoletnimi dziećmi (6-letnim synem i 3-letnią córką) obojgu rodzicom w systemie pieczy naprzemiennnej. Przedstawili również szczegółowe porozumienie regulujące wykonywanie władzy rodzicielskiej i kontaktów po rozwodzie.

Przyczyna rozkładu pożycia nie została ustalona ponad wszelką wątpliwość – małżonkowie wskazywali na „niezgodność charakterów” i oddalenie się od siebie oraz różnice w stylach życia i zainteresowaniach (kobieta realizowała się w uprawianiu różnych sportów, co łączyło się licznymi wyjazdami, a mężczyzna właściwie na granicy zawodowstwa zajmował się szybownictwem). W postępowaniu nie ustalono występowania jakichkolwiek oznak konfliktu w zakresie spraw dzieci. Strony wypowiadały się na temat kompetencji wychowawczych drugiego rodzica niezwykle pozytywnie. Małżonkowie przygotowali kompleksową „operację” rozstania i przyjęcia systemu pieczy naprzemiennej pod nadzorem psychologa dziecięcego. Matka zakupiła mieszkanie w bezpośrednim sąsiedztwie miejsca, w którym pozostać miał mąż, stopniowo wyprowadzała się do nowego miejsca pobytu, mieszkając naprzemiennie w obu miejscach. Z przeprowadzonego dowodu z przesłuchania stron wynika, że idea pieczy naprzemiennej została szczegółowo przemyślana, a rodzice przygotowali rozwiązania różnych problemów, które mogą pojawić się w związku z takim systemem. Rodzice darzyli się dużym zaufaniem, czego dowodem było chociażby założenie odrębnego rachunku bankowego, na który każde z rodziców miesięcznie wpłacało określoną kwotę pieniędzy, do rachunku założone zostały dwie karty płatnicze i każdy z rodziców mógł korzystać ze zgromadzonych środków wyłącznie w celu zaspokajania potrzeb dzieci (gdy sprawował nad nim bezpośrednią pieczę). Okoliczności te zostały potwierdzone przez świadka, którym była opiekunka zajmująca się obojgiem dzieci. Nadal miała ona pomagać w sprawowaniu pieczy nad dziećmi naprzemiennie. Co prawda wątpliwości może budzić niski wiek, w szczególności córki, jednak przy uznaniu dopuszczalności pieczy naprzemiennej w sprawie tej rozstrzygnięcie należy zaakceptować.

16. Szczegółowe zagadnienia orzeczenia przewidującego model pieczy naprzemiennej

e. Okres po jakim ma następować zmiana osoby sprawującej pieczę

Okres, po jakim następować miała zmiana rodzica sprawującego pieczę nad dzieckiem, we wszystkich sprawach został ustalony zgodnie z żądaniem stron procesu (jednej strony, jeżeli nie było zgodnego wniosku). W żadnej zbadanej sprawie nie odnotowano dzielenia czasu sprawowania pieczy połączonego z rozdzieleniem rodzeństwa. W każdym przypadku rodzic miał sprawować pieczę w tym samym czasie nad wszystkimi małoletnimi dziećmi. Szczegółowe dane liczbowe dotyczące częstości rozstrzygnięć okresów sprawowania pieczy zostały przedstawione w poniższej tabeli:

Okres, po jakim następować miała zmiana osoby sprawującej pieczę	Liczba spraw
tygodniowy	11
dwutygodniowy	6
miesięczny*	2
półtoratygodniowy (niedziela–środa w następnym tygodniu)	1
półtygodniowy (niedziela–środa)	1
inaczej	2

(*) w 1 sprawie okres taki zgodny wskazany został we wniosku, jednak nie wynikał bezpośrednio z treści orzeczenia.

Określenie okresu zmiany rodzica sprawującego pieczę nastąpiło bezpośrednio w wyroku rozwodowym w 13 sprawach. W 9 przypadkach w orzeczeniu odesłano do porozumienia zawartego przez małżonków. W jednej sprawie strony, na ostatnim posiedzeniu wyznaczonym na rozprawę, złożyły wniosek o pozostawienie obojgu władzy rodzicielskiej w formie pieczy naprzemiennnej z przyjęciem miesięcznych okresów sprawowania pieczy. Sąd zaakceptował takie stanowisko, jednak w wyroku znalazło się jedynie stwierdzenie, że „dzieci mają przebywać naprzemiennie u rodziców”, bez dookreślenia przez jaki czas. Praktykę taką należy oczywiście uznać za nieprawidłową. Analizując wyroki sądów pod kątem szczegółowości ustalenia okresów sprawowania pieczy, w 8 sprawach sądy określały okresy ze wskazaniem dnia zmiany rodzica. W 5 sprawach nastąpiło bardziej precyzyjne określenie – godzinowe.

W 2 przypadkach określonych jako „inne”, w jednej sprawie dziecko miało spędzać poniedziałki i wtorki u ojca, środy i czwartki u matki a piątki, soboty i niedziele naprzemiennie u ojca i u matki; w drugiej, dziecko miało przebywać u matki w poniedziałki, wtorki, piątki, soboty i niedziele w 1 i 3 tygodniu miesiąca i środy oraz czwartki w 2 i 4 tygodniu miesiąca. W pozostałe dni dziecko miało przebywać u ojca. Rozwiązanie takie było stosowane już wcześniej przez rodziców i wynikało z przyjętego porozumienia.

f. Określenie w wyrokach miejsca pobytu dziecka

W zbadanych sprawach istotne rozbieżności zostały stwierdzone w praktyce określania modelu pieczy naprzemiennnej w sentencji orzeczeń. Problem braku jednolitej praktyki w określaniu rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej w sentencji orzeczenia był już sygnalizowany we wcześniejszych badaniach⁸².

W 11 zbadanych sprawach sądy, pozostawiając obojgu rodzicom władzę rodzicielską, określiły bezpośrednio w sentencji orzeczenia systematyczne zmiany miejsca pobytu dziecka. W 8 przypadkach nastąpiło wskazanie „miejsca zamieszkania” dziecka (w 4 sprawach przy matce, w 2 przy ojcu, w 1 naprzemiennie u matki i u ojca, w 2 sprawach sąd wskazał jako miejsce zamieszkania konkretną miejscowość). W kolejnych 2 sprawach sądy wskazały „stałe miejsce pobytu” przy jednym z rodziców. Również w 2 sprawach sądy określały w wyroku rozwodowym „miejsce zameldowania” dziecka. Należy podkreślić, że określenie miejsca „stałego pobytu” czy „miejsca zamieszkania” u jednego z rodziców zawsze związane było jednak z jednoczesnym orzeczeniem pieczy naprzemiennnej (w ujęciu systematycznej zmiany miejsca pobytu albo „zmiany sprawowania opieki”). W 5 zbadanych sprawach w zakresie rozstrzygnięcia o sposobie sprawowania pieczy nad dzieckiem nastąpiło *expressis verbis* odwołanie do porozumienia rodziców znajdującego się w aktach sprawy.

Powyższe dane ujawniają dwa problemy: po pierwsze, związane z określeniem miejsca pobytu dziecka, po drugie, w kwestii szczegółowości rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej (kontaktach) w sentencji wyroku oraz związanego z tym problemu odwołania do treści zawartego między rodzicami porozumienia.

⁸² E. Holewińska-Łapińska, *Pozostawienie władzy rodzicielskiej nad wspólnymi małoletnimi dziećmi obojgu rozwiedzionym rodzicom oraz rozstrzygnięcia o kontaktach z dziećmi w wyrokach rozwodowych*, raport IWS, Warszawa 2012.

Przykładem dla zobrazowania odnotowanej niepewności stron, pełnomocników i sądu w zakresie określania „miejsca pobytu” może być sprawa oznaczona nr 5. Powodem była 35-letnia kobieta, pozwanym 41-letni mężczyzna. Powódka w pozwie domagała się powierzenia jej wykonywania władzy rodzicielskiej nad 4-letnim synem i 7-letnią córką. Pozwany w odpowiedzi na pozew domagał się powierzenia jemu wykonywania władzy rodzicielskiej nad dziećmi i ograniczenia władzy rodzicielskiej żonie. W toku postępowania pełnomocnik pozwanego (adwokat) przysłał do sądu pismo w którym stwierdzono „(...) informuję, że strony doszły do porozumienia tak w zakresie sposobu rozwiązania małżeństwa, jak i władzy rodzicielskiej. Wobec powyższego (...) wnoszę o ograniczenie postępowania dowodowego do przesłuchania stron (sic!)”. Na rozprawie pełnomocnik powoda stwierdził, że „strony doszły do porozumienia ale powódka nie jest w stanie pójść na ugodę (...) powódka chce aby ona zajmowała się dziećmi (...) pozwany jest wulgarny przy dzieciach, powódka obawia się, że będą problemy”. Na kolejnej rozprawie pełnomocnik powódki stwierdził, iż „doszło do porozumienia między stronami (...) wnosimy o (...) powierzenie władzy rodzicielskiej obojemu rodzicom z miejscem pobytu naprzemiennie”. Pełnomocnik powoływał się na podpisane porozumienie, jednak nie zostało ono sądowi przedstawione ani nie znalazło się w aktach sprawy.

Przewodniczący zadał pytanie „gdzie ma orzec miejsce pobytu dzieci”. Następnie stwierdził, że „dziecko musi mieć miejsce stałego pobytu w Polsce”, „dziecko musi być gdzieś zameldowane”, „musi na jakiś adres przychodzić korespondencja np. ze szkoły”. Między stronami ujawnił się spór dotyczący miejsca zameldowania dzieci. Pełnomocnik powoda zaproponował zawarcie dodatkowej „ugody” (w szczególności w kwestii alimentów, ale – jak się wydaje – również pewnych elementów dotyczących władzy rodzicielskiej). Przewodniczący stwierdził, że oczywiście strony mogą składać oświadczenia do protokołu, jednak one „nie są wiążące (sic!) i nie nadają się do egzekucji”. „To jest taka «umowa gentelmeńska», która może mieć znaczenie w kolejnym postępowaniu dotyczącym władzy rodzicielskiej (sic!)”.

Strony nadal nie mogły porozumieć się w kwestii zameldowania. Przewodniczący najpierw stwierdził, że „dzieci muszą mieć swoje miejsce na ziemi” i od „miejsca stałego pobytu” zależy przecież m.in. „gdzie pójdą do komunii”, aby następnie stwierdzić: „a jakie to w rzeczywistości ma znaczenie?, w każdej chwili mogą to państwo zmienić”. Ostatecznie strony (odnieść można wrażenie, że pod pewną presją sądu) złożyły wniosek o „ustalenie miejsca stałego pobytu” przy ojcu („skoro są tam zameldowane to po co przemeldowywać” stwierdził przewodniczący).

Kolejny problem dotyczył regulacji kontaktów. Pełnomocnik powódki chciał, aby w orzeczeniu znalazły się szczegółowe postanowienia dotyczące spędzania ferii oraz świąt. Przewodniczący zauważył, że „jak już jest piecza naprzemienna to przecież tego do wyroku nie wpiszę”. W elektronicznym protokole odnaleźć można pytanie przewodniczącego, „czy strony zamierzają do 18. roku życia dzieciom kontakty regulować” i „czemu są tacy drobiazgowi”.

W ogólnym zamieszczeniu przewodniczący stwierdził „żeby już nie komplikować” i „zostawić stronom trochę luzu” należy zamieścić jedynie ogólną klauzulę o spędzaniu świąt naprzemiennie. „Resztę regulujcie sobie jak zechcecie” – stwierdził przewodniczący. Poinstruował strony, że orzeczenie w tym zakresie może zostać

„w każdej chwili” zmienione (cytat z protokołu: „idziecie sobie do sądu rejonowego i zmieniacie sobie”, „sąd rodzinny stoi przed Wami otworem”).

Po zamknięciu rozprawy sąd wydał wyrok, w którym „wykonywanie władzy rodzicielskiej nad małoletnimi dziećmi (...) [w wyroku określono jedynie imiona dzieci – M.D.] powierza obojgu rodzicom ustalając miejsce pobytu dzieci przy ojcu” oraz „ustala, że małoletnie dzieci (...) będą przebywały naprzemiennie pod opieką ojca od czerwca 2014 r. a pod opieką matki od lipca 2014 r. Świąta (...) będą dzieci spędzały naprzemiennie u rodziców”.

Opisana sprawa jest przykładem nagromadzenia różnych problemów (ujawnionych dzięki elektronicznemu protokołowi rozprawy). Spór co do uregulowania „miejsca stałego pobytu” czy „miejsca zamieszkania”, pomimo przyjęcia modelu pieczy naprzemiennej, pojawiał się również w innych sprawach. Strony, jak się wydaje, traktowały tę kwestię ambicjonalnie, a być może uważały, że „zameldowanie” dziecka u któregoś z nich czy też określenie „miejsca zamieszkania” daje status „pierwszego rodzica” – być może mającego większe „prawa do dziecka”.

IX. PODSUMOWANIE I WNIOSKI

Podstawowym wnioskiem wynikającym z badania jest potwierdzenie obecności w praktyce sądowej spraw, w których sądy w wyrokach rozwodowych zdecydowały się na przyjęcie modelu symetrycznej, naprzemiennej pieczy rodzicielskiej. Pomimo wątpliwości zgłaszanych w doktrynie prawa – sporadycznie, ale jednak – rozstrzygnięcia takie występowały na terenie całego kraju. Ich liczba wskazuje jednak, że opisywane rozwiązanie uznawane było za zupełnie wyjątkowe.

Istotnych danych dostarczyła charakterystyka społeczno-demograficzna stron zbadanych postępowań. Grupę tę charakteryzował wysoki poziom wykształcenia (72% kobiet i 62% mężczyzn legitymowało się wykształceniem wyższym), posiadanie stałej i stabilnej pracy (82% kobiet i 95% mężczyzn) oraz, związanej z tym, dobrej lub bardzo dobrej sytuacji finansowej. W zdecydowanej większości spraw małżonkowie, którzy zdecydowali się na złożenie wniosku o przyjęcie modelu pieczy naprzemiennej, zamieszkiwali w dużych miastach lub na ich przedmieściach. W zbadanych sprawach symptomatyczne były również stwierdzone przyczyny rozkładu pożycia. W większości spraw była nią zdrada żony lub jej związanie się z innym mężczyzną (12 przypadków). Łącznie zdrada małżonka lub związanie się z innym partnerem były zdecydowanie dominującymi przyczynami rozkładu pożycia (15 spraw).

Z punktu widzenia rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej doniosłe znaczenie ma ustalenie, że we wszystkich zbadanych sprawach analizowane rozstrzygnięcia zapadały w stosunku do rodziców zaangażowanych w sprawy dziecka, uczestniczących intensywnie w sprawowaniu bieżącej nad nim pieczy i (prawie we wszystkich przypadkach) w pełni wywiązujących się z obowiązku alimentacyjnego.

Niezwykle cennych obserwacji dostarczyło porównanie wyników analizowanego badania ze zrealizowanym w 2014 r. badaniem, które objęło sprawy, w których nastąpiło powierzenie wykonywania władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców i ograniczenie władzy rodzicielskiej drugiemu⁸³. Wykazało ono, że rozstrzygnięcie

⁸³ M. Domański, *Powierzenie wykonywania ...*s. 7.

ograniczające władzę rodzicielską jednemu z rodziców zapadało najczęściej w sprawach małżonków słabiej wykształconych i mniej zamożnych, zamieszkujących w mniejszych miejscowościach. Głównymi przyczynami rozkładu pożycia było nadużywanie alkoholu (alkoholizm) męża oraz (niejednokrotnie związane z tym) sprawstwo przemocy domowej. Zachowania takie w badaniu, którego wyniki zostały przedstawione powyżej, odnotowano jedynie zupełnie sporadycznie.

Istotne problemy orzecznicze stwierdzone zostały w zakresie spełnienia przesłanek koniecznych dla pozostawienia pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom, jak również specyficznych okoliczności koniecznych do rozważania przy podejmowaniu rozstrzygnięcia przyjmującego model symetrycznej, naprzemiennej pieczy rodzicielskiej.

Niepokojące jest, że aż w 5 sprawach (co stanowiło ponad 20%) stwierdzono brak spełnienia przesłanek wynikających z art. 58 § 1a k.r.o.: przedstawienia porozumienia dotyczącego wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem po rozwodzie oraz złożenia zgodnego wniosku w tym zakresie przez obie strony procesu rozwodowego. Orzeczenia, które zapadły w tych sprawach, nie miały więc materialnoprawnych podstaw.

Podstawowym problemem dotyczącym wyboru modelu pieczy naprzemiennej było akceptowanie takiego rozwiązania w sytuacji nasilonego konfliktu rodzicielskiego, który uniemożliwiał lub istotnie utrudniał współpracę rodziców w sprawach dziecka. Stan taki został stwierdzony w 10 sprawach, co stanowiło ponad 43% wszystkich zbadanych. Należy zauważyć, że pozytywna prognoza „współdziałania w sprawach dziecka” była – w okresie, gdy wydawane były zbadane wyroki – bezpośrednią przesłanką pozostawienia rodzicom pełnej władzy rodzicielskiej (art. 58 § 1a *in fine*). W literaturze psychologicznej element ten jest wskazywany jako bardzo istotny czynnik niesprzyjający akceptacji rozwiązania przewidującego pieczę naprzemienną obojga rodziców.

W badaniu ujawnione zostały również inne szczegółowe problemy, mające znaczenie z punktu widzenia oceny orzecznictwa. Sporadycznie odnotowano nieprzywiązywanie przez sądy wystarczającej uwagi do występujących problemów wychowawczych (sygnalizowanych w opiniach RODK lub biegłych psychologów). Problemy te mogły wynikać ze stosowanego z woli rodziców modelu pieczy naprzemiennej. Sąd rozwodowy, rozstrzygając o władzy rodzicielskiej w wyroku rozwodowym, sprawuje funkcję sądu opiekuńczego. Stwierdzone przypadki zachowań powinny być stać się przedmiotem bardziej dogłębnej analizy i być może podjęcia stosownych decyzji.

Sporadycznie w zbadanych sprawach stwierdzono orzekanie o pieczy naprzemiennej, pomimo występowania okoliczności zdecydowanie niesprzyjających takiemu rozstrzygnięciu: nadużywania substancji psychoaktywnych przez rodziców, aktów przemocy domowej czy poważnych problemów zdrowotnych (natury psychicznej).

Niezwykle niepokojący był wysoki odsetek spraw (56%⁸⁴), w których sądy, nawet pośrednio, nie poznały stanowiska dziecka w zakresie preferowanego rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej. Należy zauważyć, że w ponad 14% spraw opinia

⁸⁴ 100% stanowią wszystkie małoletnie dzieci małżonków w zbadanych sprawach.

dziecka została wyrażona jedynie podczas wywiadu środowiskowego przeprowadzanego przez kuratora sądowego, co budzi fundamentalne wątpliwości co do jej prawdziwości i „użyteczności”.

W odniesieniu do rozstrzygnięć szczegółowych o władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem nadal w praktyce występowały rozbieżności co do wzajemnego stosunku porozumienia rodziców o wykonywaniu władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem, a sentencją wyroku rozwodowego. Istotne problemy występowały w zakresie ujęcia rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej przy przyjęciu modelu pieczy naprzemiennej oraz określania miejsca pobytu (stałego pobytu, zamieszkania) dziecka.

Na zakończenie należy zwrócić uwagę na problem o charakterze bardziej ogólnym – fasadowości postępowania w zakresie rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem oraz niechęci wielu sądów do szczegółowego ujawnienia i zbadania istotnych okoliczności mogących wpływać na rozstrzygnięcie w tym zakresie.

Jako egemplifikację problemu można wskazać zdanie przewodniczącego, który w toku rozprawy, zwracając się do stron, stwierdził „idźcie sobie do sądu rejonowego i zmieniajcie sobie [rozstrzygnięcie o władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem – M.D.] (...) Sąd rodzinny stoi przed wami otworem”.

Wnioski o powierzchowności postępowania dowodowego w zakresie rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej pojawiały się już we wcześniejszych badaniach⁸⁵. Rozważenia wymaga zagadnienie, na ile sygnalizowane trudności wynikają z problemów o charakterze systemowym i strukturalnym. Być może ponownej analizy wymaga zagadnienie modelu postępowania rozwodowego, w szczególności w zakresie kognicji sądu czy właściwości rzeczowej w tych sprawach.

Na zakończenie należy podkreślić, że badanie było prowadzone w okresie „granicznym” niezwykle istotnej i dość nagłej zmiany stanu prawnego w zakresie rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej w wyrokach rozwodowych⁸⁶. Z uwagi na rezygnację z kilku materialnoprawnych przesłanek (obowiązkowego, dla możliwości pozostawienia pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom, przedstawienia porozumienia rodziców, *expressis verbis* wyrażonego wymagania oczekiwania współdziałania rodziców w sprawach dziecka) ciężar dookreślenia normatywnych ram stosowania przyjętych rozwiązań ciążył będzie w większym zakresie na sądach (w szczególności Sądzie Najwyższym). Z uwagi na lakoniczność przyjętej regulacji trudno jest prognozować dominujący kierunek wykładni nowych rozwiązań. Należy jednak podkreślić, że problemy ujawnione w badaniu (jak chociażby wpływ silnego konfliktu rodzicielskiego na dopuszczalność przyjęcia modelu pieczy naprzemiennej) pozostają nadal aktualne, nawet jeżeli ich ocena będzie dokonywana w ramach ogólnej zgodności rozstrzygnięcia z dobrem dziecka. Należy postulować kontynuowanie analizy praktyki w sprawach rozwodowych co, w związku z sygnalizowanymi zmianami legislacyjnymi i poszerzeniem swobody sądów w zakresie rozstrzygnięcia, staje się szczególnie istotne.

⁸⁵ E. Holewińska-Łapińska, *Pozostawienie władzy rodzicielskiej...*; M. Domański, *Powierzenie...*

⁸⁶ Warto podkreślić, że przy poprzedniej zmianie dokonanej ustawą z 6.11.2008 r. (ustawa o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 220, poz. 1431) przewidziano 6-miesięczne *vacatio legis*. Obecnie obowiązujący przepis wszedł w życie zaledwie po 30 dniach od dnia ogłoszenia.

Słowa kluczowe: rozwód, władza rodzicielska, piecza naprzemienna, małżeństwo, prawo rodzinne.

Summary

Maciej Domański – *Adjudicating alternating custody in judgments of divorce*

The paper presents the results of a study which aimed to determine the scale and analyse court practice in divorce cases, in which courts, when deciding on parental authority over the divorcees' minor children, adopted the model of symmetrical alternating custody.

The study was intended to cover all the cases in which the judgments gave both parents full parental authority and, from the post-divorce agreement on the exercise of parental authority and access to the child or the divorce judgment, it followed that parents would, in specified periods, take turns to provide care and the decision was issued in 2014 and was final and binding. Thus it concerned cases in which the decision on parental authority was made in the state of law before amendment to Art. 58 of the Family and Guardianship Code introduced by the Act of 25 June 2015. Out of the provided case files, the study covered 23 cases examined by 10 regional courts.

The first conclusion was the finding that the decision in question, despite doubts raised by legal scholars, was present, albeit sporadically, in the court practice across Poland.

The study provided interesting data about the socio-demographic characteristics of parties in the proceedings. This group was characterised by high level of education (the vast majority of divorcing parents had university education), stable jobs and good financial standing. Most of those persons lived in big cities.

From the point of view of deciding about parental authority it was important to determine that in all the examined cases the analysed decisions were issued in respect of parents who were engaged in the child's life, intensively participated in providing day-to-day care and (in almost all cases) fully discharging their duty to maintain the child. Major adjudicating problems were found with regard to the meeting of conditions necessary for leaving both parents full parental authority and the particular circumstances that had to be considered before making a decision on the model of symmetrical alternating child custody. In as many as five cases (over 20% of all examined cases) it was found that the conditions set out in Art. 58(1a) FGC (in the version valid before 29 August 2015): submitting an agreement on the exercise of parental authority and contacts with the child after the divorce and both parties of the divorce proceedings making a mutual application. Thus the judgments issued in those cases had no substantive-law grounds.

A serious problem concerning the choice of the alternating custody model was accepting this solution in a situation of intense conflict between parents, which prevented parents from cooperating in matters relating to the child or made it very difficult. This situation was found in ten cases, which accounted for over 43% of all examined cases. In psychological literature this element is identified as an important factor against adopting the solution involving alternating custody by both parents.

What was exceedingly alarming was the high percentage of cases (56%) in which courts did not - even indirectly - seek to know the child's opinion about the preferred decision on parental authority. It should be observed that in over 14% of the cases the child's opinion was expressed only during the community interview carried out by a court-appointed child guardian, which casts doubts on its usefulness in the proceedings.

Like in earlier studies concerning court practice in divorce cases, this study revealed a 'facade' character of proceedings in the field of deciding about parental authority and contacts with the child and courts' 'reluctance' to reveal in detail and exhaustively examine all the circumstance that might affect the decision in this regard. It should be

considered to what extent the difficulties signalled in many studies result from systemic and structural problems. Perhaps the model of divorce proceedings should be analysed again, in particular the issue of court powers and material jurisdiction in this kind of cases.

Keywords: *divorce, parental authority, alternating custody, marriage, family law.*

Jerzy Słyk*

Zezwolenie (zgoda) sądu opiekuńczego na udzielenie świadczenia zdrowotnego małoletniemu pacjentowi (art. 32 i 34 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty)

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Normatywny wymóg uzyskania zgody pacjenta na interwencję medyczną stanowi jedną z gwarancji poszanowania jego autonomii, będącej fundamentalną wartością chronioną przez współczesne prawo medyczne i gwarantowaną nie tylko na poziomie ustaw zwykłych, lecz wywodzoną również z przepisów Konstytucji RP oraz umów międzynarodowych¹. Pominięcie zgody pacjenta na działania medyczne może decydować o bezprawności badania lub innego świadczenia zdrowotnego, a w konsekwencji prowadzić do odpowiedzialności karnej i cywilnej. W tym kontekście przedmiotem szczególnej troski ustawodawcy winno być poszanowanie podmiotowości i praw pacjenta w sytuacjach, w których z różnych przyczyn, takich jak małoletność, ubezwłasnowolnienie czy stan braku świadomości, wyrażenie przez niego zgody nie jest możliwe. Cel ten realizowany jest przez unormowania prawa medycznego, wprowadzające konstrukcje tzw. zgody zastępczej, zgody podwójnej (kumulatywnej, łącznej) oraz zezwolenia (zgody) sądu opiekuńczego na badanie, inne świadczenie zdrowotne czy eksperyment medyczny². Prawo do wyrażenia zgody jest zatem przypisane innej osobie, która powinna dawać rękojmię ochrony praw pacjenta z racji sprawowanej funkcji (rodzica wykonującego władzę rodzicielską,

* Autor jest adiunktem w Katedrze Prawa Rodzinnego i Prawa Nieletnich WPiA UKSW oraz w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości.

¹ W doktrynie wskazuje się m.in. na art. 41 Konstytucji RP, zapewniający każdemu nietykalność osobistą i wolność osobistą, art. 47 Konstytucji RP gwarantujący każdemu prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym (przepisy te, jako konstytucyjne źródło prawa do wyrażenia zgody pacjenta, wymienia np. R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2010, s. 338, a także A. Dudzińska, *Zgoda na działanie medyczne*, „Państwo i Prawo” 2009/11, s. 69). Wśród aktów prawa międzynarodowego wskazać należy przede wszystkim art. 5 Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny: Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie, ogłoszonej przez Radę Europy 4.04.1997 r. (dotychczas nieratyfikowanej przez Polskę), który wprowadza wymóg uzyskania swobodnej i świadomej zgody na interwencję medyczną.

² Na ten temat por. przede wszystkim obszerne rozważania zawarte w monografii B. Janiszewskiej, *Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie wewnątrzsystemowe*, Warszawa 2013, s. 476–576; por. również R. Kubiak, *Prawo medyczne*, s. 345–356.

opiekuna), a w wyjątkowych przypadkach – na sąd opiekuńczy, który również powinien być gwarantem ochrony praw pacjenta³.

Celem niniejszego opracowania jest empiryczna analiza przypadków orzekania przez sądy opiekuńcze o zezwoleniu na badanie lub inne świadczenie zdrowotne dotyczące małoletniego pacjenta. Zawężenie przedmiotu badań podyktowane zostało w szczególności prawnorodzinnymi uwarunkowaniami sytuacji, w których znajdują się dzieci-pacjenci. Ponieważ unormowane w ustawie z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty⁴ przypadki wydawania przez sąd opiekuńczy zezwolenia na interwencję medyczną określone zostały w sposób ogólny (brak przedstawiciela ustawowego lub niemożliwość porozumienia się z nim, sprzeciw małoletniego mającego ukończone 16 lat, niewyrażenie zgody przez przedstawiciela ustawowego), konieczna jest analiza aktowa, pozwalająca na scharakteryzowanie sytuacji rodzinnej małoletnich pacjentów, w szczególności określenie sposobu wykonywania przez rodziców władzy rodzicielskiej, przyczyn braku przedstawicielstwa ustawowego rodziców lub nieustanowienia opieki prawnej czy też przyczyn odmowy wyrażenia przez przedstawiciela ustawowego zgody na badanie lub inne świadczenie zdrowotne. Równie istotna jest charakterystyka prowadzonego przez sądy postępowania dowodowego oraz określenie rodzaju wydawanych rozstrzygnięć i sposobu formułowania ich sentencji. Diagnoza praktyki sądowej we wskazanych wyżej obszarach pozwoli sformułować ocenę instrumentu prawnego w postaci zezwolenia sądu opiekuńczego na badanie lub inne świadczenie zdrowotne w aspekcie adekwatności do sytuacji dziecka-pacjenta oraz jego ochrony przed niepotrzebną, pochopną lub szkodliwą interwencją medyczną.

2. ZEZWOLENIE SĄDU OPIEKUŃCZEGO NA INTERWENCJĘ MEDYCZNĄ WOBEC MAŁOLETNIEGO PACJENTA – OBOWIĄZUJĄCE UNORMOWANIA PRAWNE

Sytuacja prawna małoletniego pacjenta w zakresie wyrażenia zgody lub zezwolenia koniecznych do przeprowadzenia badania lub innego świadczenia zdrowotnego jest obecnie kształtowana przepisami dwóch ustaw⁵. Unormowanie bardziej ogólne, skoncentrowane na prawach pacjenta, zostało zawarte w ustawie z 6.11.2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁶. Z art. 17 tej ustawy w odniesieniu do małoletnich pacjentów wynikają następujące zasady:

- małoletni pacjent, który ukończył 16 lat, ma prawo do wyrażenia zgody na przeprowadzenie badania lub udzielenie innych świadczeń zdrowotnych przez lekarza (art. 17 ust. 1 u.p.p.);
- prawo takie przysługuje również przedstawicielowi ustawowemu małoletniego pacjenta (art. 17 ust. 2 zdanie pierwsze u.p.p.);

³ Na funkcję ochronną zgody zastępczej wskazuje np. B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, s. 509.

⁴ Tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 464 ze zm., dalej jako: u.z.l.l.d.

⁵ Prezentowane w niniejszym opracowaniu badania aktowe nie obejmowało sytuacji unormowanych w ustawie z 19.08.1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 231, poz. 1375 ze zm.) oraz w ustawie z 1.07.2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 793 ze zm.). Dlatego też regulacje te nie będą szczegółowo omawiane.

⁶ Tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 186, dalej jako: u.p.p.

- prawo takie przysługuje również opiekunowi faktycznemu małoletniego pacjenta, jednakże tylko w odniesieniu do badania i o ile brak jest przedstawiciela ustawowego (art. 17 ust. 2 zdanie drugie u.p.p.);
- pacjent małoletni, który ukończył 16 lat, ma prawo wyrazić sprzeciw co do udzielenia świadczenia zdrowotnego; w tej sytuacji stanie się ono możliwe, o ile wydane zostanie zezwolenie przez sąd opiekuńczy (art. 17 ust. 3 u.p.p.).

Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta określa zatem tylko jeden przypadek, w którym konieczne jest uzyskanie zezwolenia sądu opiekuńczego (sprzeciw małoletniego pacjenta mającego ukończone 16 lat), nie wskazując konsekwencji braku zgody przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego. W zakresie zasad przeprowadzania badania lub udzielania innych świadczeń zdrowotnych przez lekarza, pomimo braku zgody albo wobec zgłoszenia sprzeciwu, przytoczona ustawa w art. 19 odsyła do przepisów art. 33 i 34 ust. 6 u.z.l.l.d., w której zawarto bardziej rozbudowane unormowanie. W piśmiennictwie słusznie jednak wskazano, że odesłanie jedynie do wymienionych wyżej przepisów jest zbyt wąskie i nie wyczerpuje wszystkich prawnie unormowanych konsekwencji przypadków braku wymaganej zgody na interwencję medyczną⁷. Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry normuje problematykę zgody na interwencję medyczną oraz ewentualnego zezwolenia (zgody) sądu opiekuńczego w ramach dwóch przepisów: art. 32 oraz art. 34⁸.

Pierwszy z nich określa zasady przeprowadzenia przez lekarza **badania** lub udzielania **innych świadczeń zdrowotnych**. Interwencja sądu opiekuńczego, dotycząca małoletniego pacjenta, mająca na celu umożliwienie tych czynności medycznych, przewidziana została w następujących sytuacjach:

- zezwolenie sądu opiekuńczego w przypadku braku przedstawiciela ustawowego lub braku możliwości porozumienia się z przedstawicielem ustawowym (art. 32 ust. 2 u.z.l.l.d.);
- zezwolenie sądu opiekuńczego w przypadku wyrażenia przez małoletniego pacjenta mającego ukończone 16 lat sprzeciwu wobec czynności medycznych (art. 32 ust. 6 u.z.l.l.d.);
- zezwolenie sądu opiekuńczego w przypadku niewyrażenia zgody przez przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego małoletniego pacjenta mającego ukończone 16 lat (literalnie odczytany art. 32 ust. 6 u.z.l.l.d.);
- zgoda sądu opiekuńczego w przypadku braku przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego albo braku możliwości porozumienia się z nimi, która warunkuje przystąpienie przez lekarza do udzielania dalszych świadczeń zdrowotnych po przeprowadzeniu badania (literalnie odczytany art. 32 ust. 8 u.z.l.l.d.)⁹.

⁷ D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, LEX/el. 2012, komentarz do art. 19. Por. również uwagi B. Janiszewskiej, *Zgoda na udzielenie...*, s. 445–446, która jako całość normatywną wskazuje art. 17–19 u.p.p. oraz art. 32 i 34 u.z.l.l.d.

⁸ B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, s. 447.

⁹ Jak się wydaje, możliwa jest interpretacja, zgodnie z którą dwa ostatnie z wymienionych przypadków nie są równoznaczne z przyznaniem odrębnej kompetencji sądu opiekuńczego, lecz stanowią nawiązanie do wskazanych w ustawie możliwych sytuacji interwencji sądu opiekuńczego. Użyte w art. 32 ust. 6 u.z.l.l.d. sformułowanie „niewyrażenie zgody” obejmuje przypadki braku przedstawiciela ustawowego lub niemożności porozumienia się z nim, z drugiej jednak strony może być interpretowane jako odpowiadające odmowie wyrażenia zgody.

Należy w tym miejscu dodać, że opiekun faktyczny małoletniego pacjenta jest uprawniony do wyrażenia zgody na badanie, lecz nie na inne świadczenia zdrowotne (art. 32 ust. 3 u.z.l.l.d. oraz art. 17 ust. 2 zdanie drugie u.p.p.).

W art. 34 u.z.l.l.d. unormowane zostały zasady przeprowadzania interwencji medycznej przybierającej postać **zabiegu operacyjnego albo metody leczenia lub diagnostyki stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta**. Interwencja sądu opiekuńczego, dotycząca małoletniego pacjenta, mająca na celu umożliwienie tych czynności medycznych, przewidziana została w następujących sytuacjach:

- zezwolenie sądu opiekuńczego w przypadku braku przedstawiciela ustawowego lub braku możliwości porozumienia się z przedstawicielem ustawowym (art. 34 ust. 3 u.z.l.l.d.);
- zezwolenie sądu opiekuńczego w przypadku wyrażenia przez małoletniego pacjenta mającego ukończone 16 lat sprzeciwu wobec czynności medycznych (art. 34 ust. 5 w zw. z art. 32 ust. 6 u.z.l.l.d.);
- zgoda sądu opiekuńczego w przypadku, gdy przedstawiciel ustawowy małoletniego nie zgadza się na zabieg operacyjny albo metodę leczenia lub diagnostyki stwarzające podwyższone ryzyko, a są one niezbędne do usunięcia niebezpieczeństwa utraty przez pacjenta życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała bądź ciężkiego rozstroju zdrowia (art. 34 ust. 6 u.z.l.l.d.).

Przedstawione wyżej unormowania art. 32 i 34 u.z.l.l.d. i art. 17 u.p.p. tworzą całość normatywną o wysokim stopniu skomplikowania, nawet przy rozpatrywaniu jej jedynie w odniesieniu do sytuacji małoletniego pacjenta. Regulacje te rodzą szereg wątpliwości zarówno w aspekcie celowościowym, jak i w zakresie ich poprawnej interpretacji (wykładni językowej)¹⁰. Pogłębiona analiza dogmatyczna w tym zakresie przekraczałaby ramy niniejszego opracowania, a ponadto była już przedmiotem obszernych opracowań¹¹. Z tych względów w dalszej części wywodów zostaną jedynie zasygnalizowane główne problemy, istotne z punktu widzenia przeprowadzonego badania empirycznego.

Przyjęta przez ustawodawcę cezura wieku, która różnicuje sytuację małoletniego pacjenta w zależności od tego, czy ukończył on 16. rok życia, jest źródłem sygnalizowanych w doktrynie wątpliwości. Wskazano m.in. na brak spójności tego rozwiązania prawnego z przepisami określającymi granicę uzyskania ograniczonej zdolności do czynności prawnych, którą jest ukończenie 13 lat, jak również z przepisami samej ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, określającymi zasady wyrażenia zgody na przeprowadzenie wobec małoletniego eksperymentu medycznego, a także unormowaniem ustawy o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, dotyczącym zgody małoletniego na pobranie szpiku¹². Należy

¹⁰ Krytyczną opinię w tym zakresie sformułowała np. B. Janiszewska, *Zadania sądu opiekuńczego określone w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty*, „Rodzina i Prawo” 2008/9–10, s. 65.

¹¹ Por. przede wszystkim wyczerpującą monografię B. Janiszewskiej, *Zgoda na udzielenie...*, rozdział III, oraz powołane tam piśmiennictwo.

¹² M. Safjan, *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998, s. 56 i 57. Autor przywołuje przepis art. 9 ust. 3 ustawy z 26.10.1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. z 1995 r. Nr 138, poz. 682). Obecnie obowiązująca ustawa z 1.07.2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów przewiduje w art. 12 ust. 3 analogiczne rozwiązanie, polegające na ustanowieniu wymogu uzyskania zgody od małoletniego dawcy, mającego ukończone 13 lat; por. również S. Michalek-Janiczek, *Autonomia małoletniego w zakresie leczenia*, „Państwo i Prawo” 2009/10, s. 64.

podkreślić, że zgodnie z art. 573 k.p.c. osoba pozostająca pod władzą rodzicielską, opieką albo kuratelą, ma zdolność do podejmowania czynności w postępowaniu dotyczącym jej osoby, chyba że nie ma zdolności do czynności prawnych. Małoletni może zatem dokonywać samodzielnie czynności procesowych, a więc np. uczestniczyć w rozprawie czy zgłaszać wnioski¹³. Oznacza to, że małoletni, któremu ustawodawca nie przyznaje prawa do wyrażenia zgody na interwencję medyczną, może brać czynny udział w postępowaniu sądowym, w którym ta zgoda ma zostać zastąpiona zezwoleniem sądu opiekuńczego. W piśmiennictwie wskazano, że bardziej optymalnym rozwiązaniem byłoby przyjęcie jako kryterium wymogu uzyskania od małoletniego zgody na interwencję medyczną faktycznej zdolności do złożenia takiego oświadczenia¹⁴.

Wydaje się, że w praktyce stosowania omawianych przepisów ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, mogą pojawić się wątpliwości związane z rozróżnieniem świadczeń zdrowotnych, o których jest mowa w art. 32 tej ustawy, od zabiegów operacyjnych i metod leczenia lub diagnostyki stwarzających podwyższone ryzyko. Zastosowane kryterium ma bowiem charakter nieostry i wymaga odróżnienia podwyższonego ryzyka od ryzyka „zwykłego”. Skutki prawne kwalifikacji świadczenia zdrowotnego do jednej z tych grup są doniosłe i mogą np. dotyczyć dopuszczalności wyrażenia zgody przez opiekuna faktycznego małoletniego pacjenta, a co za tym idzie – ewentualnej potrzeby uzyskania zezwolenia sądu opiekuńczego. Z kolei dokonanie oceny ryzyka przez sąd może wymagać odwołania się do wiedzy specjalistycznej – opinii biegłego lekarza – co może okazać się utrudnione w sprawach, w których postanowienie powinno zostać wydane jak najszybciej ze względu na dobro pacjenta.

W piśmiennictwie zwrócono również uwagę na inne potencjalne problemy wyłaniające się w związku z ustawowymi rozróżnieniami dotyczącymi rodzajów świadczeń zdrowotnych i wynikającymi z tych rozróżnień skutkami. Zarówno z art. 17 u.p.p., jak i z art. 32 u.z.l.l.d. wynika wyodrębnienie badania jako kategorii świadczenia zdrowotnego, co do której możliwe jest wyrażenie zgody również przez opiekuna faktycznego pacjenta¹⁵. W odniesieniu do małoletnich oznacza to w praktyce znaczne rozszerzenie możliwości udzielenia takiego świadczenia zdrowotnego, ponieważ dziecko, ze względu na swoją nieporadność, z reguły posiada opiekuna faktycznego. Motywem tego zabiegu ustawodawcy było zapewne przyjęcie, że badanie stanowi bezpieczną i łatwą w przeprowadzeniu czynność leczniczą, ograniczającą się np. do osłuchania czy oględzin pacjenta¹⁶. Przyjęcie takiego rozumienia na gruncie wykładni logicznej i systemowej może jednak mijać się z jego znaczeniem przyjmowanym w praktyce przez lekarzy – adresatów omawianej normy prawnej – obejmującym wszelkie czynności medyczne o charakterze diagnostycznym¹⁷.

¹³ A. Zieliński, *Sądownictwo opiekuńcze w sprawach małoletnich*, Warszawa 1975, s. 99. Należy dodać, że autor zajmuje krytyczne stanowisko wobec unormowania art. 573 k.p.c., określając je jako „wadliwe”.

¹⁴ M. Safjan, *Prawo...*, s. 56.

¹⁵ R. Kubiak wskazuje, że pojęcie świadczenia zdrowotnego ma najszerze znaczenie i obejmuje terapię, diagnostykę, profilaktykę i rehabilitację (R. Kubiak, *Prawo medyczne*, s. 341).

¹⁶ Tak, B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, s. 448; R. Kubiak, *Prawo medyczne*, s. 341–342; M. Malczewska, w: *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, E. Zielińska (red.), LEX/el. 2014, komentarz do art. 32, teza 7.

¹⁷ Tak T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008, s. 59.

O ile przywołane wyżej unormowania ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw pacjenta oraz ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty konsekwentnie wyodrębniają badanie jako szczególny rodzaj świadczenia zdrowotnego, to nie są spójne w pozostałym zakresie regulacji, dotyczącym opiekuna faktycznego. Należy zwrócić uwagę, że art. 17 u.p.p. warunkuje wyrażenie zgody przez opiekuna faktycznego brakiem przedstawiciela ustawowego. W art. 32 ust. 3 u.z.l.l.d. taka zależność nie została ustanowiona¹⁸. Ponadto z art. 32 i 34 u.z.l.l.d. wynika, że zgoda opiekuna faktycznego jest możliwa tylko w przypadku badań niestwarzających podwyższonego ryzyka, podczas gdy art. 17 i 18 u.p.p. podstawy do takiego rozróżnienia nie dają.

Istotny problem interpretacyjny, wyłaniający się na gruncie art. 32 i 34 u.z.l.l.d., dotyczy określenia niezbędnych warunków (zgód lub zezwoleń) udzielenia świadczenia zdrowotnego małoletnim, którzy ukończyli 16 lat, nie zostali ubezwłasnowolnieni całkowicie, a nie są zdolni do wyrażenia zgody (np. ze względu na upośledzenie umysłowe lub stan nieprzytomności). Oba wymienione przepisy nie określają wprost konsekwencji takiej sytuacji, ograniczając się do wskazania skutków sprzeciwu małoletniego wobec czynności medycznych. Ponieważ w tym ostatnim przypadku konieczne jest uzyskanie zezwolenia sądu opiekuńczego, może się pojawić wątpliwość, czy w razie niezdolności do wyrażenia zgody małoletniego mającego ukończone 16 lat, konieczne jest również uzyskanie zezwolenia sądu opiekuńczego obok zgody przedstawiciela ustawowego. Należy podzielić zapatrywanie wyrażone w piśmiennictwie, że wystarczająca jest w tej sytuacji zgoda przedstawiciela ustawowego¹⁹. Za taką wykładnią przemawiają względy natury językowej. W hipotezie normy zawartej w art. 32 ust. 2 u.z.l.l.d. ustawodawca posłużył się sformułowaniem: „Jeżeli pacjent jest małoletni **lub** niezdolny do świadomego wyrażenia zgody”, co oznaczać może alternatywę zwykłą, tj. dopuszczenie możliwości, że pacjent jest małoletni i **jednocześnie** niezdolny do świadomego wyrażenia zgody. Przepis art. 32 ust. 2 u.z.l.l.d. wymaga jedynie zgody przedstawiciela ustawowego i takie też rozwiązanie należy przyjąć w odniesieniu do sytuacji mającego ukończone 16 lat małoletniego, który nie jest zdolny do świadomego wyrażenia zgody.

Kolejny istotny problem w zakresie stosowania omawianej regulacji dotyczy dopuszczalności udzielenia świadczenia zdrowotnego na podstawie zgody sądu opiekuńczego wbrew woli przedstawiciela ustawowego w przypadkach innych niż określone w art. 34 ust. 6 u.z.l.l.d. Przepis ten przewiduje możliwość przełamania braku zgody (odmowy) przedstawiciela ustawowego w razie konieczności wykonania zabiegu operacyjnego lub zastosowania metody leczenia lub diagnostyki stwarzających dla pacjenta podwyższone ryzyko, a niezbędnych do usunięcia niebezpieczeństwa utraty przez niego życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała bądź ciężkiego rozstroju zdrowia. Może się zdarzyć, że usunięcie wymienionych zagrożeń

¹⁸ B. Janiszewska dopuszcza zgodę opiekuna faktycznego w przypadkach, w których porozumienie z przedstawicielem ustawowym jest niemożliwe (B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, s. 556). Wydaje się, że brzmienie art. 32 ust. 3 u.z.l.l.d. dopuszcza jeszcze szerszą wykładnię (trudną jednak do pogodzenia z art. 17 u.p.p.). Z przepisu tego nie wynika bowiem, że odnosi się on jedynie do przypadku braku przedstawiciela ustawowego bądź niemożności porozumienia z nim.

¹⁹ M. Safjan, *Prawo...*, s. 55; tak również B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, s. 484.

będzie możliwe dzięki udzieleniu świadczeń zdrowotnych niestwarzających podwyższonego ryzyka²⁰. Co do takiego przypadku brak jest jednak wyraźnej regulacji prawnej. Jak słusznie wskazała B. Janiszewska, za dopuszczalnością interwencji sądu opiekuńczego w takiej sytuacji przemawiają względy systemowe – trudne do przyjęcia byłoby rozwiązanie, w którym ochrona życia lub zdrowia pacjenta wbrew woli przedstawiciela ustawowego mogłaby się dokonywać za zgodą sądu środkami ryzykownymi, a niemożliwe byłoby doprowadzenie do wykorzystania środków niestwarzających ryzyka²¹.

Niezależnie od rozwiązań ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty należy zaznaczyć, że doprowadzenie do udzielenia świadczenia zdrowotnego dziecku może nastąpić dzięki zastosowaniu środków ingerencji we władzę rodzicielską lub opiekę przewidzianych w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym²².

W analizowanych unormowaniach art. 32 i 34 u.z.l.l.d. ustawodawca określa interwencję sądu opiekuńczego w sposób niejednolity. W art. 32 ust. 2 i 6 oraz art. 34 ust. 3 u.z.l.l.d. mowa jest o „zezwoleniu sądu opiekuńczego”. Podobnie ocenić należy art. 34 ust. 5 u.z.l.l.d., który odsyła do posługującego się tym pojęciem art. 32 ust. 6 u.z.l.l.d. Natomiast w art. 32 ust. 8 u.z.l.l.d. oraz art. 34 ust. 6 u.z.l.l.d. posłużono się terminem „zgoda sądu opiekuńczego”. Zasady prawidłowej wykładni językowej oraz założenie racjonalności ustawodawcy nakazywałyby przydać wskazanemu rozróżnieniu znaczenie prawne. Analiza skutków prawnych decyzji sądu wyrażonej bądź w formie „zgody”, bądź „zezwolenia” nie pozwala jednak na uchwycenie różnic między tymi sytuacjami. Do podobnych wniosków prowadzi analiza funkcjonalna przywołanych regulacji prawnych. Interwencja sądu opiekuńczego we wszystkich wymienionych przypadkach następuje w razie braku wymaganej prawem zgody pacjenta lub jego przedstawiciela (ewentualnie opiekuna faktycznego). Skutkiem orzeczenia sądowego (zezwolenia lub zgody) jest umożliwienie przeprowadzenia legalnej interwencji medycznej. W analizowanych przypadkach nie zachodzą zatem istotne różnice konstrukcyjne. Ponadto – jak słusznie wskazała B. Janiszewska – konsekwentne posługiwanie się ścisłym rozróżnieniem „zezwolenia” i „zgody” sądu prowadziłoby do znacznego zawężenia stosowania art. 34 ust. 7 u.z.l.l.d., który przewiduje możliwość przeprowadzenia operacji lub zastosowania metody leczenia bądź diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko w sytuacjach nagłych, bez zgody sądu opiekuńczego²³. Względę funkcjonalne przemawiają na rzecz możliwości zastosowania tej regulacji np. wtedy, gdy małoletni pacjent nie ma przedstawiciela ustawowego i co do zasady konieczne jest uzyskanie zezwolenia sądu opiekuńczego (art. 34 ust. 3 u.z.l.l.d.). Założenie odrębności konstrukcyjnej zgody i zezwolenia sądu opiekuńczego nakazywałoby również równoległe uzyskanie obu rodzajów orzeczeń w sytuacji pacjenta małoletniego nieposiadającego przedstawiciela ustawowego lub

²⁰ Problem ten sygnalizuje i omawia B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, s. 535 i n.

²¹ B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, s. 536; w dalszych wywodach autorka podaje jednak szereg argumentów przeciwko dopuszczalności udzielenia zgody przez sąd opiekuńczy w omawianej sytuacji.

²² W tym kontekście warto zwrócić uwagę na orzecznictwo Sądu Najwyższego, który uznał za dopuszczalne wydanie przez sąd opiekuńczy zarządzeń na podstawie art. 109 k.r.o., prowadzących do pobrania od dziecka krwi w celu przeprowadzenia dowodów biologicznych w sprawach o prawa stanu. Stanowisko takie, motywowane dobrem dziecka, wydaje się tym bardziej zasadne w sytuacjach, w których chodzi o ochronę jego zdrowia (por. np. wyrok SN z 18.06.1969 r., I CR 128/69, LEX nr 6518; postanowienie SN z 5.05.2000 r., II CKN 869/00, OSNC 2000/11, poz. 205).

²³ B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, s. 570.

opiekuna faktycznego oraz w razie niemożności porozumienia się z tymi osobami. W podobnych stanach faktycznych (brak przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego oraz niemożność porozumienia się z nimi) konieczność uzyskania zezwolenia sądu opiekuńczego wynika bowiem z art. 32 ust. 2 u.z.l.l.d., a zgody sądu opiekuńczego – z art. 32 ust. 8 u.z.l.l.d.²⁴

Przedstawicielami ustawowymi małoletniego są jego rodzice, o ile przysługuje im władza rodzicielska (art. 98 § 1 k.r.o.). W art. 97 § 1 k.r.o. ustanowiona została zasada samodzielnego wykonywania władzy rodzicielskiej przez każdego z nich. Nie wyłącza jej przewidziany w art. 97 § 2 k.r.o. obowiązek współdecydowania przez rodziców o istotnych sprawach dziecka. Oznacza to, że w przypadku poważniejszych świadczeń zdrowotnych udzielanych dziecku, rodzice powinni podejmować wspólnie decyzję, ale wyrazić zgodę na to świadczenie może każdy z nich²⁵. Konsekwentnie jednak różnica zdań między rodzicami w przedmiocie świadczenia zdrowotnego i ujawniony wobec lekarza sprzeciw jednego z nich stanowią przeszkodę w udzieleniu świadczenia zdrowotnego. Jej usunięcie może nastąpić w drodze rozstrzygnięcia sądu opiekuńczego przewidzianego w art. 97 § 2 k.r.o.²⁶ Wskazuje się, że orzeczenie sądu zastępuje w tym przypadku brak porozumienia rodziców, a więc tworzy taki stan prawny, jakby rodzice byli zgodni w istotnej sprawie dziecka²⁷. Nie zastępuje natomiast samego działania rodziców w istotnej sprawie dziecka²⁸. W przypadku zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego oznacza to – w zależności od rozstrzygnięcia sądu – uchylenie skutków sprzeciwu jednego z rodziców i możliwość wyrażenia zgody przez drugiego z nich bądź też pozbawienie skutków prawnych zgody rodzica i zaistnienie stanu prawnego, który powstaje w razie odmowy zgody przez przedstawiciela ustawowego²⁹.

Nie ulega wątpliwości, że troska o zapewnienie opieki zdrowotnej dziecku i wykonywanie czynności w tym zakresie, stanowią składnik elementu osobowego władzy rodzicielskiej (pieczy nad osobą dziecka)³⁰. Wymóg uzyskania zgody rodzica

²⁴ Na marginesie rozważań warto zaznaczyć, że ostatnio wymieniony przepis świadczy o nadmiernym skomplikowaniu i częściowej niespójności omawianych regulacji prawnych. Przewidziany w nim obowiązek uzyskania orzeczenia sądu opiekuńczego umożliwiającego dalsze świadczenia zdrowotne po wykonaniu badania wynika już z art. 32 ust. 2 u.z.l.l.d. Jednocześnie ze względu na brzmienie tego przepisu brak jest podstaw do wyłączenia obowiązku uzyskania zezwolenia sądu opiekuńczego na badanie „wstępne”, o którym jest mowa w art. 32 ust. 8 u.z.l.l.d. bez wskazania konieczności uzyskania takiego zezwolenia.

²⁵ W odniesieniu do reprezentowania dziecka w postępowaniu sądowym pogląd taki został wyrażony np. w postanowieniu SN z 3.06.2011 r. (III CSK 259/10), LEX nr 1129120. W odniesieniu do świadczeń zdrowotnych stanowiących istotne sprawy dziecka stanowisko takie prezentuje B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, s. 514; por. też J. Ignaczewski, *Spory między rodzicami dotyczące zgody na udzielenie dziecku świadczenia zdrowotnego*, w: *Komentarz do spraw rodzinnych*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2014, s. 878–881, Przeciwny pogląd wyraził R. Kubiak (*Prawo medyczne*, s. 346), według którego w przypadku świadczeń zdrowotnych będących istotnymi sprawami dziecka lekarz powinien uzyskać zgodę obojga rodziców.

²⁶ Szerzej na temat tego rodzaju rozstrzygnięcia w ujęciu empirycznym por. J. Słyk, *Rozstrzygnięcie o istotnych sprawach dziecka w braku porozumienia rodziców* (art. 97 § 2 k.r.o.), „Prawo w Działaniu” 2013/14, s. 77–120.

²⁷ A. Zieliński, *Sądownictwo...*, s. 219.

²⁸ Tak słusznie w odniesieniu do zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, s. 516.

²⁹ Teoretycznie mogłaby wtedy pojawić się ewentualność orzekania przez sąd opiekuńczy o zezwoleniu (zgodzie) na udzielenie świadczenia zdrowotnego na podstawie art. 32 ust. 6 (pod warunkiem kwalifikacji świadczenia zdrowotnego jako istotnej sprawy dziecka) lub art. 34 ust. 6 u.z.l.l.d. Wydaje się, że postępowanie takie nie mogłoby się jednak toczyć z uwagi na wcześniejsze merytoryczne rozpoznanie i rozstrzygnięcie kwestii potrzeby przeprowadzania interwencji medycznej na podstawie art. 97 § 2 k.r.o.

³⁰ Por. w szczególności obszerną analizę przeprowadzoną przez T. Sokołowskiego, *Władza rodzicielska nad dorastającym dzieckiem*, Poznań 1987, s. 119 i n.; por. również np. J. Słyk, *Władza rodzicielska*, w: *Prawo rodzinne*, G. Jędrzejek (red.), Warszawa 2015, s. 597 i n.; B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, s. 512–514.

(przedstawiciela ustawowego) jest zatem zależny od sposobu ukształtowania jego władzy rodzicielskiej w konkretnym przypadku. Jakkolwiek unormowania ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentyisty łączą prawo do wyrażenia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego z samym statusem przedstawicielstwa ustawowego, nie sposób uznać, że rodzic, którego władza rodzicielska nie obejmuje czynności związanych z opieką zdrowotną nad dzieckiem, mógłby wyrażać zgodę w tym zakresie. Do takiego ograniczenia władzy rodzicielskiej może dojść na podstawie art. 58 § 1a zdanie drugie k.r.o. dotyczącego rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej rozwiedzionych rodziców oraz analogicznego rozwiązania prawnego przewidzianego w art. 107 § 2 zdanie drugie k.r.o., określającego sposób ukształtowania władzy rodzicielskiej rodziców żyjących w rozłączeniu. Konstrukcja ukształtowania władzy rodzicielskiej przewidziana w tych przepisach polega na ograniczeniu jej w stosunku do jednego z rodziców do konkretnie wskazanych obowiązków i uprawnień w stosunku do osoby dziecka³¹. Niewskazanie przez sąd obowiązków i uprawnień z zakresu opieki medycznej nad dzieckiem wyłącza prawo tego rodzica do wyrażania zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Pewne wątpliwości mogą pojawić się w przypadku spotykanego często w praktyce sposobu sformułowania sentencji wyroku rozwodowego, polegającego na ograniczeniu władzy rodzicielskiej jednego z rodziców do współdecydowania o istotnych sprawach dziecka³². Wydaje się, że tak ukształtowany zakres władzy rodzicielskiej nie mieści w sobie prawa do wyrażania samodzielnej zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych dziecku, zarówno w zakresie drobnych badań czy zabiegów leczniczych, jak i poważniejszych, które mieszczą się w kategorii spraw istotnych.

Do zmodyfikowania zakresu władzy rodzicielskiej rodziców może dojść również na podstawie art. 109 k.r.o., który przewiduje szereg wariantów jej ograniczenia. Wśród nich wskazać należy poddanie rodziców takim ograniczeniom, jakim podlega opiekun (art. 109 § 2 pkt 2 k.r.o.). W szczególności oznacza to stosowanie art. 156 k.r.o., który przewiduje obowiązek uzyskania zezwolenia sądu opiekuńczego we wszelkich ważniejszych sprawach, które dotyczą podopiecznego. Za sprawę taką należy uznać wyrażenie zgody przez opiekuna (rodzica, któremu ograniczono władzę rodzicielską) a nie samo udzielenie świadczenia zdrowotnego³³. Sąd opiekuńczy w tych przypadkach zezwala na udzielenie zgody przez opiekuna (rodzica), co należy odróżnić od zezwolenia sądu opiekuńczego przewidzianego w art. 32 i 34 u.z.l.l.d., które dotyczy bezpośrednio świadczenia zdrowotnego.

Istotne konsekwencje wynikają z zastosowania najdalej idącej postaci ograniczenia władzy rodzicielskiej, tj. umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej, rodzinnym

³¹ Odnośnie do wymienionych regulacji por. np. W. Stojanowska, w: *System prawa prywatnego*, t. 11, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, T. Smoczyński (red.), Warszawa 2014, s. 742; B. Czech, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, K. Piasecki (red.), Warszawa 2002, s. 380–391. Przywołane opracowania dotyczą poprzednio obowiązującego stanu prawnego, w którym przesłanki poszczególnych rodzajów rozstrzygnięć kształtowały się inaczej. Sama konstrukcja ukształtowania władzy rodzicielskiej pozostała jednak niezmieniona.

³² Możliwość taka została zasygnalizowana w uchwale SN z 18.03.968 r. – Wytoczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w zakresie stosowania przepisów art. 56 oraz art. 58 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (III CZP 70/66), OSNC 1968/5, poz. 77, w której dopuszczono ograniczenie władzy rodzicielskiej jednego z rodziców polegające na zastrzeżeniu, że jego zgoda konieczna będzie we wszystkich ważniejszych sprawach, które dotyczą dzieci.

³³ Tak słusznie B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, s. 520–521.

domu dziecka albo w instytucjonalnej pieczy zastępczej lub też w zakładzie opiekuńczo-leczniczym, w zakładzie pielęgnacyjno-opiekuńczym lub w zakładzie rehabilitacji leczniczej (art. 109 § 2 pkt 5 k.r.o.). W przypadku tym w art. 112¹ k.r.o. przewidziany został rozdział pieczy między rodziców a rodziców zastępczych, osoby prowadzące rodzinne domy dziecka i kierujące wymienionymi placówkami. Z zakresu obowiązków i praw rodziców zostało wyłączone sprawowanie bieżącej pieczy nad dzieckiem, wychowywanie go i reprezentowanie w tych sprawach, a w szczególności w dochodzeniu świadczeń przeznaczonych na zaspokojenie jego potrzeb. Jeżeli chodzi o konsekwencje przywołanej konstrukcji prawnej w obrębie unormowań dotyczących zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego małoletniemu, kluczowe jest pojęcie bieżącej pieczy, które nie zostało ustawowo zdefiniowane. W piśmiennictwie wskazano, że pod pojęciem tym należy rozumieć „wszystkie faktyczne starania o dziecko, konieczność podjęcia których wynika z typowych interakcji między dzieckiem a rodziną zastępczą (placówką)”³⁴. Jako niemieszające się w tym zakresie wskazano decyzje perspektywiczne dla dalszych losów dziecka³⁵. Zdaniem R. Zegadły włączenie bieżących decyzji w sprawy leczenia dziecka w zakres pojęcia bieżącej pieczy jest konieczne z punktu widzenia umożliwienia realizacji celów pieczy zastępczej³⁶. Stanowisko to zasługuje na aprobatę również ze względów językowych: określenie spraw jako bieżące wcale nie przesądza o ich wadze, tzn. sprawy bieżące mogą należeć do istotnych. Decydujące znaczenie należy przydać kryterium funkcjonalnemu, które przemawia za zaliczeniem do zakresu bieżącej pieczy takich działań z zakresu opieki zdrowotnej nad dzieckiem, które warunkują właściwe wywiązywanie się z obowiązków przez osoby sprawujące pieczę zastępczą. Podsumowując, rodzice zastępczy lub inne wskazane wyżej osoby wykonujące pieczę zastępczą mogą być uprawnione do wyrażenia zgody na udzielenie małoletniemu świadczenia zdrowotnego w następujących sytuacjach:

- w zakresie świadczeń zdrowotnych mieszczących się w pojęciu bieżącej pieczy, a więc np. gdy chodzi o diagnozowanie i leczenie lżejszych chorób (przeziębienie, grypa itp.), profilaktyki zdrowotnej, badań okresowych, rehabilitacji itp.;
- w zakresie innych świadczeń zdrowotnych, o ile sąd opiekuńczy, ograniczając władzę rodzicielską, rozszerzy zakres obowiązków i praw tych osób (art. 112¹ § 2 k.r.o.).

Na zakończenie niniejszej części opracowania należy zwrócić uwagę na niektóre zagadnienia związane z przebiegiem postępowania przed sądem opiekuńczym, istotne z punktu widzenia prezentowanych niżej wyników badań aktowych.

W piśmiennictwie prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym postępowanie przed sądem opiekuńczym w sprawie wydania postanowienia o zezwoleniu lub zgodzie unormowanych w art. 32 i 34 u.z.l.l.d. prowadzone jest z urzędu i wszczynane na skutek zawiadomienia o konieczności orzeczenia w tym przedmiocie³⁷. Statusu

³⁴ J. Strzebińczyk, w: *System prawa prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, T. Smoczyński (red.), Warszawa 2011, s. 344.

³⁵ J. Strzebińczyk, w: *System prawa prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, T. Smoczyński (red.), Warszawa 2011, s. 344.

³⁶ R. Zegadło, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, J. Wierciński (red.), Warszawa 2014, s. 740.

³⁷ B. Janiszewska, *Zadania sądu...*, s. 86; B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, s. 545.

uczestnika postępowania nie posiada lekarz, mimo że jest on często podmiotem zawiadamiającym sąd opiekuńczy³⁸. Natomiast pacjent i jego przedstawiciel ustawowy mogą być uczestnikami postępowania³⁹.

Należy szczególnie podkreślić, że doktryna formułuje w omawianych przypadkach postulat wnikliwego badania sprawy i nieograniczania postępowania dowodowego do zbadania stanowiska lekarza zawiadamiającego o potrzebie udzielenia świadczenia zdrowotnego⁴⁰. Brak merytorycznej kontroli zamierzonych działań lekarskich stawiałby pod znakiem zapytania celowość omawianego instrumentu prawnego. Czynnikiem utrudniającym sądowi zebranie materiału dowodowego może być konieczność szybkiego podjęcia decyzji, podyktowana stanem zdrowia pacjenta. Należy mieć jednak na względzie, że w przypadkach takich może znaleźć zastosowanie unormowanie zawarte w art. 34 ust. 7 u.z.l.l.d.

Co do samego zezwolenia (zgody) sądu opiekuńczego słusznie podnosi się, że orzeczenie powinno być sformułowane w sposób konkretny, możliwie szczegółowy⁴¹. Ponieważ rozstrzygnięcie sądowe zastępuje zgodę pacjenta lub zapada w związku z brakiem zgody przedstawiciela ustawowego, wymóg ten podyktowany jest podobnymi względami, jak w przypadku postulatu konkretyzacji zakresu zgody pacjenta⁴². Oczywiście specjalistyczny oraz złożony charakter świadczeń zdrowotnych, a także nieprzewidywalność rozwoju stanu zdrowia pacjenta mogą w znacznym stopniu utrudniać dobranie odpowiedniej formuły sentencji orzeczenia. Nie powinna ona jednak mieć charakteru blankietowego, pozwalającego lekarzowi na pełną swobodę – nie można by bowiem mówić w takim przypadku o zezwoleniu na świadczenie zdrowotne.

3. BADANIE AKTOWE SPRAW DOTYCZĄCYCH ZEZWOLENIA NA UDZIELENIE ŚWIADCZENIA ZDROWOTNEGO MAŁOLETNIEMU

3.1. Organizacja badania i dobór próby

Z informacji statystycznych Ministerstwa Sprawiedliwości wynika, że w roku 2014 zakończonych zostało 240 spraw toczących się na podstawie przepisów ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, w których orzeczenie dotyczyło stosowania procedur medycznych w stosunku do małoletnich (repertorium Nsm, symbol 235)⁴³. W tej kategorii mieszczą się nie tylko postępowania, których przedmiotem jest wydanie zezwolenia (zgody) na udzielenie świadczenia zdrowotnego, ale również udzielenie przez sąd zgody na przeprowadzenie eksperymentu medycznego.

Ponieważ deklarowana w przywołanej wyżej informacji statystycznej liczba spraw sądowych nie przekracza liczby sądów rodzinnych w Polsce, celowe było zwrócenie się o przesłanie akt do wszystkich z nich. Sądy poproszone zostały o przesłanie akt spraw zakończonych w 2014 r. Część przesłanych akt, których nie zakwalifikowano

³⁸ B. Janiszewska, *Zadania sądu...*, s. 90.

³⁹ B. Janiszewska, *Zadania sądu...*, s. 90.

⁴⁰ B. Janiszewska, *Zadania sądu...*, s. 87–88.

⁴¹ B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, s. 571;.

⁴² Por. np. M. Safjan, *Prawo...*, s. 42.

⁴³ Sprawozdanie MS-16 w sprawach rodzinnych z zakresu spraw cywilnych z wyłączeniem spraw nieletnich.

do badania, dotyczyła postępowań toczących się w stosunku do osób dorosłych. Nie przesłano ani jednego aktu sprawy, która dotyczyłaby eksperymentu medycznego z udziałem małoletniego. Ostatecznie badaniem objęto 207 akt nadesłanych przez 66 sądów. Zapewne istotną przyczyną nienadesłania akt z większości sądów w Polsce było unormowanie art. 32 ust. 10 u.z.l.l.d., zgodnie z którym sądem opiekuńczym właściwym miejscowo dla udzielania zgody na wykonywanie czynności medycznych jest sąd, w którego okręgu czynności te mają być wykonane. Można przypuszczać, że o zezwoleniu i zgodzie na świadczenia zdrowotne orzekają najczęściej sądy, w których obszarze właściwości miejscowej znajdują się placówki opieki zdrowotnej udzielające tych świadczeń dzieciom (w szczególności szpitale dziecięce).

Analizę aktową przeprowadził autor niniejszego opracowania, wykorzystując opracowane przez siebie narzędzie badawcze – kwestionariusz do badania akt spraw sądowych.

3.2. Informacje dotyczące małoletnich pacjentów i ich sytuacji rodzinnej

Interwencja sądu opiekuńczego na podstawie art. 32 i 34 u.z.l.l.d. jest uwarunkowana brakiem zgody na świadczenie zdrowotne przedstawiciela ustawowego (brakiem przedstawiciela ustawowego, niemożnością porozumienia się z nim, jego sprzeciwem) lub też sprzeciwem małoletniego mającego ukończone 16 lat. Dlatego w pierwszej kolejności konieczne jest określenie sytuacji rodzinnej małoletnich, których dotyczyły badane postępowania sądowe. Jej zaburzenia mogą bowiem stanowić przyczynę zwrócenia się do sądu opiekuńczego o wydanie zezwolenia lub zgody. Celem badania w tej jego części było uzyskanie odpowiedzi na pytanie, dlaczego rodzice nie byli przedstawicielami ustawowymi dziecka lub dlaczego pełniąc tę funkcję, nie wyrazili zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego.

Tabela 1.

Małoletni pacjenci według płci i wieku w chwili zawiadomienia sądu o potrzebie wydania zezwolenia lub zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego

Wiek (ukończone lata)	Chłopcy		Dziewczynki		Ogółem	
	liczba	procent	liczba	procent	liczba	procent
Poniżej roku	28	13,5	26	12,6	54	26,1
rok do 3 lat	16	7,7	15	7,2	31	15
4 do 6 lat	13	6,3	9	4,3	22	10,6
7 do 9 lat	6	2,9	3	1,4	9	4,3
10 do 12 lat	10	4,8	7	3,4	17	8,2
13 do 15 lat	10	4,8	19	9,2	29	14
16 do 17 lat	15	7,2	26	12,6	41	19,8
Brak informacji o wieku w aktach	1	0,5	3	1,4	4	1,9
Ogółem	99	47,8	108	52,2	207	100

Źródło: opracowanie własne.

W badanej próbie nie odnotowano dysproporcji między liczebnością chłopców i dziewczynek (odpowiednio 47,8% do 52,2%). Natomiast rozkład liczebności

dzieci według ich wieku okazał się nierównomierny. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że zdecydowanie największą grupę stanowiły dzieci, które nie ukończyły pierwszego roku życia (54 dzieci – 26,1%). Wśród przyczyn odnotowanej tendencji można wskazać częstsze występowanie nieuporządkowanego stanu prawnego w zakresie władzy rodzicielskiej i opieki u bardzo małych dzieci, porzuconych przez rodziców. Wydaje się ponadto, że w przypadkach patologicznych rodzin, w których rodzice dopuszczają się rażących zaniedbań w zakresie wykonywania władzy rodzicielskiej lub w ogóle nie chcą jej wykonywać, częstsze są przypadki występowania poważnych zaburzeń rozwoju i chorób, wymagających interwencji lekarskiej⁴⁴. Drugą co do liczebności grupą wiekową dzieci stanowili najstarsi małoletni, mający ukończone 16 lat, a więc ci, którzy są uprawnieni do wyrażania zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Przyczyny wszczęcia postępowania dotyczącego zezwolenia (zgody) sądu opiekuńczego będą przedmiotem analizy w dalszej części. W tym miejscu należy jedynie wskazać, że dysproporcja w zakresie liczebności grup wiekowych małoletnich pacjentów w przypadku najstarszych dzieci nie była podyktowana korzystaniem przez nie z prawa do sprzeciwu wobec świadczenia zdrowotnego. Była natomiast skutkiem wszczynania postępowania w przypadku dzieci niezdolnych do wyrażenia zgody, np. z powodu upośledzenia umysłowego. Jak już wcześniej wspomniano, w piśmiennictwie wskazuje się, że zezwolenie sądu opiekuńczego zastępujące zgodę małoletniego pacjenta nie jest w tych sytuacjach potrzebne i wystarczające jest wyrażenie zgody przez przedstawiciela ustawowego.

Badane akta pozwoliły na określenie wieku matek jedynie w 40 przypadkach, a wieku ojców – w 26. Z tych względów, a także z uwagi na mniejsze znaczenie tej okoliczności dla głównego przedmiotu badań, pominięto jej prezentację.

Tabela 2.
Żyjący i zmarli rodzice małoletniego pacjenta

Opis sytuacji	Sprawy	
	w liczbach bezwzgl.	w procentach
Oboje rodzice żyli	126	60,9
Matka żyła, ojciec zmarł	9	4,3
Ojciec żył, matka zmarła	2	1
Matka żyła, ojcostwa nie ustalono	29	14
Matka żyła, brak informacji co do ojca	22	10,6
Brak informacji o rodzicach	19	9,2
Ogółem	207	100

Źródło: opracowanie własne.

Z tabeli 2 wynika, że w badanych postępowaniach nie odnotowano przypadków, w których brak przedstawiciela ustawowego małoletniego spowodowany byłby śmiercią obojga rodziców. W nielicznych sytuacjach zmarło jedno z rodziców. W zdecydowanej większości przypadków oboje rodzice żyli (126 spraw – 60,9%). Uwagę zwraca wysoki odsetek spraw, w których na podstawie akt sądowych nie

⁴⁴ Może tu chodzić np. o wady powstałe w okresie prenatalnym wskutek nadużywania alkoholu, narkotyków itp.

można było ustalić podstawowych informacji dotyczących ojca (22 sprawy – 10,6%) lub obojga rodziców (19 spraw – 9,2%). W badanych sprawach postępowanie dowodowe prowadzone było w bardzo ograniczonym zakresie. Szczegółowe ustalenie relacji zachodzących w rodzinie nie było zapewne w wielu przypadkach konieczne, jednak zdziwienie może budzić brak ustaleń – a w każdym razie ich utrwalenia w aktach sprawy – pozwalających na określenie, czy istnieje przedstawiciel ustawowy uprawniony do wyrażenia zgody, względnie dlaczego rodzic nie sprawuje tej funkcji.

Tabela 3.

Pozostawanie rodziców małoletniego pacjenta w związku małżeńskim oraz ich wspólne zamieszkiwanie

Czy rodzice pozostawali w związku małżeńskim	Czy rodzice zamieszkiwali wspólnie				Ogółem
	Tak	Nie	Nie wynikało z akt	Nie dotyczy	
Tak	27 (13%)	8 (3,9%)	6 (2,9%)	0	41 (19,8%)
Nie, byli rozwiedzeni	0	3 (1,4%)	0	0	3 (1,4%)
Nie, ale byli małżeństwem przed śmiercią jednego z nich	0	0	0	1 (0,5%)	1 (0,5%)
Nie, nigdy nie byli małżeństwem	3 (1,4%)	4 (1,9%)	2 (1%)	0	9 (4,3%)
Ojcostwa nie ustalono	0	0	0	29 (14%)	29 (14%)
Nie wynikało z akt	6 (2,9%)	16 (7,7%)	92 (44,4%)	10 (4,8%)	124 (59,9%)
Ogółem	36 (17,4%)	31 (15%)	100 (48,3%)	40 (19,3%)	207 (100%)

Źródło: opracowanie własne.

W tabeli nr 3 zaprezentowane zostały informacje dotyczące wzajemnych relacji między rodzicami małoletniego pacjenta, tj. pozostawania przez nich w związku małżeńskim oraz wspólnego zamieszkiwania⁴⁵. Przede wszystkim należy ponownie zaznaczyć, że badane akta bardzo często nie zawierały informacji odnoszących się do relacji między członkami rodziny (około połowa zbadanych spraw). Wśród spraw, w których możliwe było dokonanie takich ustaleń, najczęściej rodzice pozostawali w związku małżeńskim (41 przypadków – 19,8%). Liczną grupę przypadków stanowiły rodziny, w których jedno z rodziców zmarło lub ojcostwo nie zostało ustalone (40 spraw – 19,3%). Z 36 akt spraw (17,4%) wynikało, że rodzice zamieszkiwali wspólnie. Jednak w podobnej liczbie postępowań (31 spraw – 15%) ustalono, że rodzice nie prowadzili wspólnego gospodarstwa domowego. Przytoczone wyżej wyniki badania świadczą o istotnym udziale procentowym stanów faktycznych, w których relacje faktyczne między rodzicami były z różnych przyczyn zaburzone.

Dla identyfikacji przyczyn zaburzenia ustawowego modelu wyrażania zgody na świadczenie zdrowotne istotne jest określenie relacji prawnych i faktycznych między rodzicami a dziećmi. Przede wszystkim należało wskazać, jak wykonywana była władza rodzicielska nad dzieckiem.

⁴⁵ Z uwagi na brak możliwości poczynienia szczegółowych ustaleń na podstawie badanych akt zrezygnowano z posługiwania się pojęciem wspólnego pożycia.

Tabela 4.

Stan prawny w zakresie władzy rodzicielskiej przysługującej rodzicom w chwili zawiadomienia sądu o potrzebie wydania zezwolenia lub zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego

Władza rodzicielska	Matki		Ojcowie	
	l.bezwzgl.	procenty	l.bezwzgl.	procenty
Pełna	46	22,2	35	16,9
Ograniczona przez nadzór kuratora	1	0,5	1	0,5
Ograniczona przez umieszczenie w rodzinie zastępczej	32	15,5	22	10,6
Ograniczona przez umieszczenie w placówce opiekuńczo-wychowawczej	42	20,3	31	15
Ograniczona przez umieszczenie w zakładzie opiekuńczo-leczniczym	2	1	2	1
Ograniczona w wyroku rozwodowym (art. 58 k.r.o.)	0	0	1	0,5
Pozbawienie władzy rodzicielskiej	33	15,9	25	12,1
Zawieszenie władzy rodzicielskiej	1	0,5	1	0,5
Rodzic wyraził zgodę blankietową na przysposobienie	5	2,4	4	1,9
Nie ustalono pochodzenia dziecka	1	0,5	29	14
Rodzic małoletni	10	4,8	0	0
Rodzic zmarł	2	1	9	4,3
Brak władzy rodzicielskiej – przyczyna nie wynikała z akt	13	6,3	21	10,1
Nie przyznana w wyroku ustalającym pochodzenie	0	0	1	0,5
Nie wynikało z akt	19	9,2	25	12,1
Ogółem	207	100	207	100

Źródło: opracowanie własne.

Gdy chodzi o stan prawny w zakresie wykonywania władzy rodzicielskiej, wyniki badania okazały się jednoznaczne zarówno w odniesieniu do matek, jak i do ojców. Jedynie w 46 sprawach (22,2%) matki posiadały pełną władzę rodzicielską. W przypadku ojców liczba ta była jeszcze niższa i wynosiła 35 (16,9%). W pozostałych przypadkach, w których na podstawie akt można było uzyskać informacje w tym zakresie, wykonywanie władzy rodzicielskiej podlegało różnego rodzaju ograniczeniom bądź było wyłączone. W badanej próbie postępowań rodzice mieli najczęściej ograniczoną władzę rodzicielską przez umieszczenie dziecka w różnych formach pieczy zastępczej, a więc zachowywali status przedstawicieli ustawowych. Orzeczenia o takiej treści, jeszcze przed wystąpieniem o zezwolenie (zgoda) na udzielenie świadczenia zdrowotnego, zostały przez sąd opiekuńczy wydane w stosunku do 76 matek (36,8% spraw) oraz 55 ojców (26,6% spraw). Z kolei brak władzy rodzicielskiej spowodowany różnymi przyczynami zachodził w stosunku do 65 matek (31,4%) oraz 90 ojców (43,4%). Z przytoczonych wyników badania wynika, że brak przedstawiciela ustawowego nie był najczęstszą przyczyną wystąpienia do sądu o wydanie zezwolenia na udzielenie świadczenia

zdrowotnego. Częściej miało to miejsce w przypadku rodziców zachowujących atrybut przedstawicielstwa ustawowego przy jednoczesnym ograniczeniu władzy rodzicielskiej. Wyjaśnieniem takiego stanu rzeczy mogą być w pewnym stopniu przedstawione w kolejnej tabeli ustalenia w zakresie faktycznego wykonywania obowiązków wynikających z władzy rodzicielskiej.

Tabela 5. Stan faktyczny w zakresie wykonywania władzy rodzicielskiej				
Sposób wykonywania obowiązków	Matki		Ojcowie	
	l.bezwzgl.	procenty	l.bezwzgl.	procenty
Zaniedbywanie obowiązków – porzucenie dziecka	52	25,1	31	15
Zaniedbywanie obowiązków – inne formy (sporadyczne zainteresowanie dzieckiem, zaniedbania wychowawcze itp.)	25	12,1	22	10,7
Emigracja zarobkowa rodzica	7	3,4	4	1,9
Pobyt w szpitalu	3	1,4	0	0
Pobyt w zakładzie karnym	2	1	5	2,4
Choroba uniemożliwiająca wykonywanie obowiązków	3	1,4	0	0
Wykonywanie obowiązków odpowiadające stanowi prawnemu	26	12,6	23	11,1
Nie dotyczy lub nie wynikało z akt	89	43	122	58,8
Ogółem	207	100	207	100

Źródło: opracowanie własne.

Ze względu na różnorodność badanych sytuacji oraz ograniczoną ilość informacji zawartych w analizowanych aktach posłużono się ogólnymi kategoriami określającymi sposób wywiązywania się przez rodziców ze swoich obowiązków. Badanie jednoznacznie wskazało, że najliczniej występowały wśród rodziców małoletnich pacjentów różne formy zaniedbywania swoich obowiązków, przy czym najcięższe z tych zaniedbań, które sklasyfikowano jako porzucenie dziecka, występowały najczęściej (52 matki – 25,1% oraz 31 ojców – 15%). Jedynie w przypadku 26 matek (12,6%) oraz 23 ojców (11,1%) na podstawie akt można było sformułować ocenę, że władza rodzicielska była wykonywana zgodnie z jej prawnym ukształtowaniem.

Kolejnym czynnikiem charakteryzującym sytuację rodzinną małoletnich pacjentów było wskazanie osób lub podmiotów uprawnionych do wykonywania bieżącej pieczy nad dzieckiem. Wyniki badania w tym zakresie potwierdziły wcześniej zarysowane tendencje. Tylko w 35 przypadkach (16,9%) stan prawny określał ustabilizowaną sytuację rodzinno-wychowawczą, tzn. dziecko powinno było przebywać z obojgiem rodziców. O wiele częściej uprawnione do wykonywania bieżącej pieczy nad dzieckiem były podmioty pieczy zastępczej, przy czym niemal dwukrotnie częściej dzieci umieszczone były w placówkach opiekuńczo-wychowawczych (73 sprawy – 35,3%) niż w rodzinach zastępczych (38 spraw – 18,4%). Warto odnotować,

że w 11 sprawach (5,3%) dzieci przebywały na mocy postanowienia sądu opiekuńczego w zakładach opiekuńczo-leczniczych. Tylko w jednym przypadku jako osobę uprawnioną do wykonywania bieżącej pieczy nad dzieckiem wskazano opiekuna⁴⁶. Wynika to z ustalonej praktyki, w której dziecko jest umieszczane w podmiocie pieczy zastępczej (placówce opiekuńczo-wychowawczej), która sprawuje nad nim bieżącą pieczę, a opiekunem zostaje ustanowiony np. jeden z wychowawców, który jednak nie zamieszkuje z dzieckiem na stałe.

Tabela 6.

Osoby lub podmioty uprawnione do wykonywania bieżącej pieczy nad dzieckiem w chwili zawiadomienia sądu o potrzebie wydania zezwolenia lub zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego

Osoba lub podmiot	Sprawy	
	w liczbach bezwzgl.	w procentach
Matka i ojciec	35	16,9
Tylko matka	8	3,9
Tylko ojciec	1	0,5
Matka, brak informacji na temat ojca	5	2,4
Rodzina zastępcza	38	18,4
Placówka opiekuńczo-wychowawcza	73	35,3
Młodzieżowy ośrodek wychowawczy	6	2,9
Zakład opiekuńczo-leczniczy	11	5,3
Dom pomocy społecznej	2	1
Opiekun	1	0,5
Nie było takiej osoby ani podmiotu	17	8,2
Nie wynikało z akt	10	4,8
Ogółem	207	100

Źródło: opracowanie własne.

Prezentowane wyniki badania należy uzupełnić, wskazując, gdzie faktycznie przebywały dzieci w chwili zawiadomienia sądu opiekuńczego o potrzebie wydania zezwolenia (zgody) na interwencję medyczną.

Małoletni pacjenci, których dotyczyły badane postępowania, w znaczącej liczbie przypadków w chwili zawiadomienia sądu opiekuńczego przebywali w szpitalu (77 spraw – 37,2%). W przypadkach tych zwykle istniała potrzeba jak najszybszego udzielenia świadczenia zdrowotnego. Spośród spraw, w których małoletni nie byli hospitalizowani w chwili zawiadamiania sądu, najczęściej miejscem ich faktycznego pobytu były placówki opiekuńczo-wychowawcze (59 spraw – 28,5%) oraz rodziny zastępcze (25 spraw – 12,1%). W sprawach tych zwykle przedmiotem postępowania było zezwolenie (zgoda) na zaplanowane w przyszłości świadczenie zdrowotne.

⁴⁶ Chodziło o sprawę, w której członek rodziny dziecka, u którego ono przebywało, został ustanowiony opiekunem prawnym.

Tabela 7.

Miejsce, w którym dziecko przebywało w chwili zawiadomienia sądu o potrzebie wydania zezwolenia lub zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego

Osoba lub podmiot	Sprawy	
	w liczbach bezwzgl.	w procentach
W szpitalu	77	37,2
Z matką i ojcem	6	2,9
U matki	8	3,9
U ojca	1	0,5
W rodzinie zastępczej	25	12,1
W placówce opiekuńczo-wychowawczej	59	28,5
W młodzieżowym ośrodku wychowawczym	2	1
W zakładzie opiekuńczo-leczniczym	16	7,7
W domu pomocy społecznej	7	3,4
U babki lub dziadka	3	1,4
Nie wynikało z akt	3	1,4
Ogółem	207	100

Źródło: opracowanie własne.

Dopełnieniem prezentowanych wyżej wyników badania w zakresie określenia sytuacji rodzinnej i wychowawczej małoletnich jest wskazanie, czy posiadali oni przedstawiciela ustawowego i kto pełnił tę funkcję.

Tabela 8.

Osoby pełniące funkcję przedstawiciela ustawowego małoletniego pacjenta

Przedstawiciel ustawowy	Sprawy	
	w liczbach bezwzgl.	w procentach
Rodzic lub rodzice	62	30
Rodzic(e) oraz rodzice zastępczy lub kierujący placówką opiekuńczo-wychowawczą	79	38,2
Rodzic(e) oraz kierujący zakładem leczniczym	2	1
Opiekun	24	11,6
Brak przedstawiciela ustawowego	36	17,4
Nie wynika z akt	4	1,9
Ogółem	207	100

Źródło: opracowanie własne.

W zdecydowanej większości przypadków objętych badaniem aktowym małoletni posiadali przedstawiciela ustawowego w osobach rodziców lub opiekuna. W największej grupie spraw (81 przypadków – 39,2%) odnotowano istnienie tzw. pieczy podzielonej, tj. analizowanego wcześniej (por. pkt 2) rozdziału obowiązków i uprawnień, w tym przedstawicielstwa ustawowego, między rodziców a osoby sprawujące pieczę zastępczą. Jak już wskazano, w sytuacjach tych nadanie określonego znaczenia pojęciu bieżącej pieczy nad osobą małoletniego determinuje przyznanie osobom sprawującym bieżącą pieczę prawa do wyrażania zgody

na udzielenie świadczenia zdrowotnego, przynajmniej w zakresie podstawowej opieki zdrowotnej. Zagadnienie to ma istotne znaczenie dla oceny potrzeby wydawania przez sąd zezwolenia (zgody) w przypadku konkretnego świadczenia zdrowotnego.

W 36 przypadkach (17,4%) dzieci w ogóle nie posiadały przedstawiciela ustawowego. Należy podkreślić, że ustawodawca realizuje w polskim systemie prawnym zasadę powszechności opieki, co oznacza, że jest ona ustanawiana obligatoryjnie zawsze wtedy, gdy nad dzieckiem nie jest wykonywana władza rodzicielska (art. 94 § 2 k.r.o.)⁴⁷. Brak przedstawiciela ustawowego może zatem występować wyjątkowo i przejściowo, do czasu wydania postanowienia o ustanowieniu opieki prawnej.

Podsumowując tę część analizy, należy podkreślić, że mimo ograniczonego zakresu informacji dotyczących sytuacji rodzinno-wychowawczej małoletnich, które udało się ustalić na podstawie badanych akt, dzieci najczęściej pochodziły z rodzin dotkniętych różnego rodzaju problemami, będącymi powodem ingerencji sądu opiekuńczego we władzę rodzicielską. Potrzeba wystąpienia do sądu opiekuńczego o zezwolenie (zgoda) na udzielenie świadczenia zdrowotnego była zatem najczęściej pochodną dysfunkcji lub wręcz patologii w funkcjonowaniu rodziny dziecka.

3.3. Świadczenie zdrowotne będące przedmiotem postępowania

Na wstępie należy zaznaczyć, że charakterystyka i kategoryzacja świadczeń zdrowotnych, które były przedmiotem postępowań sądowych poddanych badaniu, jest utrudniona ze względu na ich różnorodność oraz konieczność odwoływania się do wiedzy specjalistycznej z zakresu medycyny. Dlatego w dalszych rozważaniach zastosowano ogólne kryteria, odwołujące się do sformułowań ustawowych, a dokonane przez autora niniejszego badania oceny i przedstawione na tej podstawie wyniki mają charakter przybliżony.

Jak już wspomniano w ramach przeprowadzonej wyżej analizy dogmatycznej unormowań ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty, konstrukcja prawna zgody pacjenta na udzielenie świadczenia zdrowotnego oraz korespondującego z nią zezwolenia (zgody) sądu opiekuńczego zakłada rozróżnienie świadczeń zdrowotnych według kryterium ryzyka, jakie one stwarzają.

Tabela 9.

Przedmiot zezwolenia (zgody) sądu według treści pisma zawiadamiającego sąd o potrzebie wydania postanowienia w tej sprawie

Rodzaj świadczenia zdrowotnego	Sprawy	
	w liczbach bezwzgl.	w procentach
Badanie lub świadczenie zdrowotne niestwarzające podwyższonego ryzyka	38	18,4
Zabieg operacyjny, metoda leczenia lub diagnostyki stwarzające podwyższone ryzyko	138	66,7
Trudno ocenić na podstawie akt	31	15
Ogółem	207	100

Źródło: opracowanie własne.

⁴⁷ Por. np. S. Kalus, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, K. Piasecki (red.), s. 860.

Przedmiotem zdecydowanej większości postępowań objętych badaniem było zezwolenie (zgoda) sądu opiekuńczego na świadczenie zdrowotne stwarzające podwyższone ryzyko (138 spraw – 66,7%). Liczbę świadczeń zdrowotnych nie stwarzających takiego ryzyka określono jako 38 (18,4%). Należy jednak zaznaczyć, że – z uwagi na możliwe wątpliwości interpretacyjne – kierowano się zasadą rozstrzygania wątpliwości na rzecz kategorii związanej z podwyższonym ryzykiem. Takie rozwiązanie uzasadnione jest ochroną dobra pacjenta i wydaje się, że powinno być przyjmowane również w praktyce stosowania omawianych przepisów prawnych. Przykładowo jako stwarzające podwyższone ryzyko kwalifikowano badania wymagające zastosowania znieczulenia ogólnego (najczęściej rezonans magnetyczny głowy). Wśród świadczeń zdrowotnych nie stwarzających podwyższonego ryzyka, które wystąpiły w badaniu, wskazać można przykładowo:

- zabieg stomatologiczny usunięcia zęba z zastosowaniem znieczulenia (miejscowego),
- badanie moczu i krwi na obecność alkoholu i środków psychoaktywnych,
- badanie diagnostyczne – konsultacja kardiologiczna i przewóz dziecka karetką,
- badanie słuchu we śnie (ABR),
- badanie USG stawów biodrowych i związany z tym transport do szpitala.

We wcześniejszych rozważaniach zwrócono również uwagę na wymóg konkretyzacji zakresu zgody pacjenta (przedstawiciela ustawowego), jak i zezwolenia sądu. W badanych sprawach aż w 62 przypadkach (30%) odnotowano ogólny, a niekiedy wręcz blankietowy sposób formułowania przedmiotu zezwolenia (zgody) sądu opiekuńczego. Jako przykłady takiej praktyki wskazać można następujące sposoby sformułowania zawiadomienia sądu:

- „wyrażenie zgody na leczenie specjalistyczne”,
- „wyrażenie zgody na podpisywanie dokumentacji medycznej (...) skierowanej do szpitala celem przeprowadzenia badań z powodu silnych bólów głowy”,
- „zezwolenie na diagnostykę medyczną pod kątem syndromu FAS”,
- „zezwolenie na diagnostykę i leczenie w znieczuleniu ogólnym”,
- „wyrażenie zgody na hospitalizację”.

Warto zaznaczyć, że często występującym sposobem formułowania pisma zawiadamiającego sąd o potrzebie wydania zezwolenia (zgody) było określenie samej potrzeby hospitalizacji. W piśmiennictwie zwrócono uwagę na brak wyraźnej regulacji prawnej dotyczącej wyłącznie zgody na przyjęcie do szpitala⁴⁸. Należy zatem uznać, że hospitalizacja mieści się w pojęciu świadczenia zdrowotnego, o którym jest mowa w art. 32 u.z.l.l.d. Można jednak pod tym pojęciem rozumieć standardowe czynności medyczne wykonywane w stosunku do osób przyjmowanych do szpitala. Na inne świadczenia, w szczególności operacje i leczenie stwarzające podwyższone ryzyko, konieczna jest osobna zgoda pacjenta, względnie zezwolenie lub zgoda sądu opiekuńczego.

⁴⁸ R. Kubiak, *Prawo medyczne*, s. 342.

Z drugiej strony wydaje się oczywiste, że zawarcie w treści zgody pacjenta lub zezwolenia (zgody) sądu opiekuńczego wszystkich elementów planowanego leczenia lub diagnostyki może okazać się niemożliwe. Świadczenie zdrowotne powinno być jednak określone w taki sposób, aby wszelkie składowe i konsekwencje planowanego sposobu leczenia były możliwe do określenia na podstawie aktualnej wiedzy medycznej i przyjmowanych standardowych procedur. Przykładowo zgoda na zabieg operacyjny w znieczuleniu ogólnym będzie obejmować konsultację anestezjologa oraz podanie odpowiednich leków (antybiotyków) po przeprowadzonym zabiegu. Należy przy tym pamiętać, że pacjent powinien zostać wyczerpująco i szczegółowo poinformowany o planowanym sposobie leczenia i jego konsekwencjach⁴⁹. Z tym zastrzeżeniem jako wystarczające należy ocenić odnotowane w badaniu sposoby określenia świadczenia zdrowotnego, takie jak:

- „badanie głowy rezonansem magnetycznym w znieczuleniu ogólnym”,
- „artroskopia i plastyka więzadłowa lewego stawu skokowego w znieczuleniu ogólnym”,
- „operacyjne usunięcie trzeciego migdałka oraz migdałków podniebnych w znieczuleniu ogólnym”,
- „wymiana przezskórnej endoskopowej gastrostomii (PEG) oraz czynności związane z opieką lekarską i pielęgniarczą, wykonanie podstawowych badań”,
- „drenaż jam bębenkowych w znieczuleniu w trybie ambulatoryjnym oraz podstawowe badania diagnostyczne i stosowanie niezbędnych leków”.

Jako zbędne ocenić należy sformułowania, dodawane niekiedy do pism kierowanych do sądu, mówiące o zezwoleniu na przeprowadzenie „niezbędnych badań i leczenia w trybie nagłym, ratującym życie”. Możliwość taka wynika z unormowania zawartego w art. 34 ust. 7 u.z.l.l.d.

W zdecydowanej większości badanych spraw świadczenie zdrowotne wiązało się z koniecznością pobytu małoletniego w szpitalu (170 przypadków – 82,1%). W tej liczbie 89 małoletnich (43%) miało zostać poddanych zabiegowi operacyjnemu. W 24 sprawach (11,6%) potrzeba hospitalizacji nie zachodziła. W 3 przypadkach (1,4%) zachodziła potrzeba objęcia dziecka całodobowymi świadczeniami innymi niż szpitalne. W jednej sprawie dziecko w ogóle nie musiało brać udziału w badaniu – chodziło o przeprowadzenie badań genetycznych DNA z wykorzystaniem tkanek znajdujących się w posiadaniu placówki służby zdrowia. W 38 sprawach (18,4%) planowane świadczenie zdrowotne ograniczało się do przeprowadzenia badań.

Jednym z podstawowych celów badania było uzyskanie odpowiedzi na pytanie o najczęstsze przyczyny wystąpienia do sądu o zezwolenie (zgode) na udzielenie świadczenia zdrowotnego małoletniemu pacjentowi. Ustalenia w tym zakresie przedstawiono w kolejnej tabeli.

⁴⁹ Przykładowo, w wyroku SA w Warszawie z 13.02.2013 (VI ACa 1013/12) wskazano, że: „Zgoda na określony rodzaj procedury nie oznacza automatycznej zgody na wszelkie (nawet uzasadnione medycznie) poczynania lekarza, które mogłyby nastąpić po odstąpieniu od pierwotnej objętej zgodą procedury lub w jej trakcie”. Z kolei w wyroku SA w Krakowie z 24.10.2012 (I ACa 962/12) stwierdzono, że: „Zgoda pacjenta w rozumieniu art. 32 ust. 1 oraz art. 34 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (t.j. Dz.U. z 2011 r. Nr 277, poz. 1634 ze zm.) musi być zgodą «objaśnioną», «poinformowaną», a więc świadomie akceptującą przez pacjenta zrozumiałe przezeń ryzyko dokonania zabiegu i przejście na siebie tego ryzyka”.

Tabela 10.

Przyczyny wystąpienia do sądu opiekuńczego o wydanie zezwolenia (zgody) na udzielenie małoletniemu pacjentowi świadczenia zdrowotnego

Przyczyna	Sprawy	
	w liczbach bezwzgl.	w procentach
Brak przedstawiciela ustawowego	36	17,4
Porozumienie z przedstawicielem ustawowym było niemożliwe	91	44
Przedstawiciel ustawowy wyrażał zgodę, ale odmawiał przyjazdu do szpitala	12	5,8
Istniała obawa, że przedstawiciel ustawowy nie przyjedzie do szpitala	12	5,8
Rodzice nie byli zgodni co do decyzji o udzieleniu świadczenia zdrowotnego	2	1
Przedstawiciel ustawowy odmówił zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego	12	5,8
Pacjent mający ukończony 16. rok życia sprzeciwił się udzieleniu świadczenia zdrowotnego	4	1,9
Pacjent mający ukończony 16. rok życia nie był zdolny do wyrażenia zgody	10	4,8
Matka zostawiła dziecko w szpitalu, pozostawiając oświadczenie o zrzeczeniu się praw w stosunku do niego	2	1
Szpital zażądał przedstawienia zezwolenia sądu od opiekuna prawnego	1	0,5
Nie określono przyczyny	25	12,1
Ogółem	207	100

Źródło: opracowanie własne.

Najczęściej występującą przyczyną wystąpienia o zezwolenie (zgode) sądu opiekuńczego był brak możliwości porozumienia się z przedstawicielem ustawowym (91 przypadków – 44%). Należy zwrócić uwagę na motywowanie wystąpień do sądu okolicznościami, które plasują się na granicy przesłanek określonych w art. 32 i 34 u.z.l.l.d. bądź też wykraczają poza nie. W 12 przypadkach (5,8%) z akt wynikało jednoznacznie, że przedstawiciel ustawowy wyrażał zgodę na udzielenie świadczenia zdrowotnego, ale odmawiał przyjazdu do szpitala. Również w 12 sprawach pismo kierowane do sądu (np. przez rodziców zastępczych) motywowane było obawą, że rodzice nie stawiają się w szpitalu celem wyrażenia zgody. Sytuacje te nie są objęte hipotezą art. 32 i 34 u.z.l.l.d. Natomiast w realiach stosunków rodzinnych w badanych sprawach (dysfunkcji i patologii postaw rodzicielskich) stanowiły realny problem, utrudniający lub uniemożliwiający uzyskanie zgody przedstawiciela ustawowego. Odnotowano przypadki, w których rodzice kilkakrotnie umawiali się na wizytę w szpitalu celem wyrażenia zgody i nie pojawiali się tam w wyznaczonym terminie. Można przypuszczać, że tego rodzaju sytuacje były częstsze i nie zostały odnotowane w badaniu z powodu braku jednoznacznych informacji na ten temat w aktach.

We wcześniejszych wywodach wskazano, że w przypadku pacjenta małoletniego, który ukończył 16. rok życia, a nie jest zdolny do wyrażenia zgody, nie jest potrzebne zezwolenie sądu opiekuńczego i należy uzyskać jedynie zgodę przedstawiciela

ustawowego. Mimo to odnotowano 10 przypadków (4,8%) wszczęcia postępowania sądowego w takich sytuacjach.

Przyczyny braku przedstawiciela ustawowego małoletniego (36 spraw) kształtowały się następująco. W największej liczbie przypadków rodzice byli pozbawieni władzy rodzicielskiej (16 spraw – 7,7%). W 9 sprawach (4,3%) matka była małoletnia, a ojcostwa nie ustalono. W 5 sprawach (2,4%) utrata atrybutu przedstawicielstwa ustawowego była konsekwencją wyrażenia zgody blankietowej na przysposobienie. W 2 sprawach zmarł opiekun, a nie ustanowiono nowego. W jednym przypadku rodzicom zawieszono władzę rodzicielską i również w jednym rodzice byli nieznani. W 2 sprawach nie udało się ustalić na podstawie akt przyczyn braku przedstawiciela ustawowego.

W nielicznych przypadkach odmowy zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego przez przedstawiciela ustawowego najczęściej następowało to z pobudek religijnych (7 spraw – 3,4%). Sytuacje te związane były ze sprzeciwem Świadców Jehowy wobec przetaczania krwi i preparatów krwiopochodnych. Sprzeciw ten nie obejmował więc całego świadczenia zdrowotnego (zabiegu operacyjnego), ale jego część, zwykle przyjmowaną wariantowo w razie wystąpienia komplikacji, polegającą na transfuzji krwi. Osoby te przyjmowały do wiadomości, że w razie powikłań takie przetoczenie krwi może okazać się konieczne i zdawały sobie sprawę z treści art. 34 ust. 7 u.z.l.l.d., nie chciały jednak uprzednio wyrazić zgody. W jednej sprawie sprzeciw przedstawiciela ustawowego wynikał z braku zaufania do lekarza. Również w jednej sprawie przedstawiciel ustawowy (ojciec dziecka) odmawiał zgody na świadczenia zdrowotne, ponieważ nie chciał przedłużać cierpienia śmiertelnie chorego dziecka.

Zróznicowane przyczyny powodowały brak możliwości porozumienia się z przedstawicielem ustawowym (91 spraw – 44%). Najczęściej sytuacja polegała na braku zainteresowania dzieckiem, porzuceniem go i rozkładem więzi rodzinnych, mimo utrzymanej formalnie władzy rodzicielskiej (42 sprawy – 20,3%). Statystycznie istotne były również przypadki wyjazdu przedstawicieli ustawowych za granicę – emigracji zarobkowej (18 spraw – 8,7%) lub braku informacji o miejscu ich pobytu (10 spraw – 4,8%). Pozostałe sytuacje występowały jednostkowo i polegały na: pobycie przedstawiciela ustawowego w placówce leczenia uzależnień, szpitalu, zakładzie karnym, pozostawaniu w ciągu alkoholowym, niezdolności do wyrażenia zgody. W jednej ze spraw opiekun dziecka, którym był pracownik placówki opiekuńczo-wychowawczej, przebywał na urlopie.

Wskazane wyżej przyczyny wystąpienia ustawowych przesłanek uzasadniających wszczęcie postępowania w sprawie zezwolenia (zgody) na udzielenie świadczenia zdrowotnego nie budzą wątpliwości. Jak już wspomniano, odnotowano jednak szereg pozaustawowych okoliczności, które stały się przyczyną prowadzenia takiego postępowania sądowego.

3.4. Przebieg postępowania sądowego i rozstrzygnięcie sądu

Postępowania objęte badaniem wszczynane były na podstawie pisma skierowanego do sądu, w którym określany był rodzaj świadczenia zdrowotnego oraz potrzeba jego przeprowadzenia. W kolejnej tabeli zestawiono wyniki badania dotyczące osób kierujących pismo (wniosek) do sądu oraz sposobu wszczęcia postępowania przez sąd.

Tabela 11.

Osoby, które spowodowały wszczęcie postępowania oraz sposób wszczęcia postępowania

Osoba zawiadamiająca sąd	Sposób wszczęcia postępowania		Ogółem
	Z urzędu	Na wniosek	
Matka	1 (0,5%)	6 (2,9%)	7 (3,4%)
Ojciec	0	2 (1%)	2 (1%)
Oboje rodzice	0	6 (2,9%)	6 (2,9%)
Opiekun	0	14 (6,8%)	14 (6,8%)
Rodzic(e) zastępczy	1 (0,5%)	20 (9,7%)	21 (10,1%)
Przedstawiciel placówki opiekuńczo-wychowawczej	26 (12,6%)	21 (10,1%)	47 (22,7%)
Przedstawiciel młodzieżowego ośrodka wychowawczego	1 (0,5%)	2 (1%)	3 (1,4%)
Przedstawiciel domu pomocy społecznej	0	5 (2,4%)	5 (2,4%)
Przedstawiciel zakładu opiekuńczo-leczniczego	6 (2,9%)	10 (4,8%)	16 (7,7%)
Powiatowe centrum pomocy rodzinie	2 (1%)	1 (0,5%)	3 (1,4%)
Miejski ośrodek pomocy społecznej	1 (0,5%)	0	1 (0,5%)
Lekarz lub przedstawiciel placówki służby zdrowia	51 (24,6%)	31 (15%)	82 (39,6%)
Ogółem	89 (43%)	118 (57%)	207 (100%)

Źródło: opracowanie własne.

Badane sprawy cechowała różnorodność, gdy chodzi o osoby, od których pochodził wniosek lub pismo informujące o potrzebie wydania zezwolenia (zgody) na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Najczęściej jednak informacja ta pochodziła od lekarza lub placówki opieki zdrowotnej (szpitala), w której przebywało dziecko (82 postępowania – 39,6%). W licznych przypadkach informacja pochodziła od osób odpowiedzialnych za sprawowanie pieczy zastępczej nad dzieckiem, tj. przedstawicieli placówek opiekuńczo-wychowawczych (47 spraw – 22,7%) oraz rodziców zastępczych (21 spraw – 10,1%). W tym zakresie wyniki badania nie były zaskakujące i odpowiadały sytuacji, w jakiej znalazł się małoletni pacjent. Jako zaskakujące można natomiast ocenić wyniki w zakresie sposobu wszczęcia postępowania. Jak wskazano wcześniej, w piśmiennictwie prezentowany jest pogląd, że w sprawach o zezwolenie (zgode) na udzielenie świadczenia zdrowotnego sąd wszczyna postępowanie z urzędu. Tymczasem w badanych sprawach przeważały postępowania, które sąd w protokole rozprawy i kończącym je postanowieniu określał jako toczące się na wniosek (118 spraw – 57%). Co więcej, nie można w tym zakresie dostrzec prawidłowości, które wiązałyby sposób prowadzenia postępowania z podmiotem, który skierował do sądu pierwsze pismo. Jakkolwiek niemal wszystkie postępowania wszczęte z inicjatywy rodziców zastępczych sądy prowadziły jako toczące się na wniosek (tylko jedna sprawa na 21 została określona jako wszczęta z urzędu), to w przypadku placówek opiekuńczo-wychowawczych proporcje były zbliżone (26 spraw z urzędu i 21 na wniosek). Wydaje się również, że o ile w przypadkach inicjowania postępowania przez osoby pozostające z dzieckiem w relacjach rodzinno-prawnych i będące uczestnikami postępowania, prowadzenie sprawy z ich wniosku znajduje pewne uzasadnienie, to nie powinno tak być w przypadku innych podmiotów, które – w myśl wyrażanych w doktrynie poglądów – uczestnikami postępowania nie są.

Tymczasem aż 31 postępowań zainicjowanych przez lekarza (szpital) było prowadzonych jako toczące się na wniosek. Jedyne prawidłowości, jakie można było dostrzec, dotyczyły praktyki poszczególnych sądów, chociaż również i w nich zdarzały się odstępstwa od przyjmowanego sposobu wszczynania omawianych postępowań. Należy zatem uznać, że w tym zakresie brak jest utrwalonej w skali ogólnopolskiej praktyki, a przyjmowane rozwiązania mają charakter przypadkowy.

Tabela 12.

Sposób wszczęcia postępowania oraz czynności sądu na początku postępowania

Rodzaj czynności	Sposób wszczęcia postępowania		Ogółem
	Z urzędu	Na wniosek	
Postanowienie o wszczęciu postępowania	21 (10,1%)	1 (0,5%)	22 (10,6%)
Zarządzenie o wszczęciu postępowania	6 (2,9%)	2 (1%)	8 (3,9%)
Tylko zarządzenie o wpisie do repertorium	58 (28%)	112 (54,1%)	170 (82,1%)
Brak jakiegokolwiek postanowienia lub zarządzenia	4 (1,9%)	3 (1,4%)	7 (3,4%)
Ogółem	89 (43%)	118 (57%)	207 (100%)

Źródło: opracowanie własne.

Również zestawienie sposobu wszczęcia postępowania i czynności podejmowanych przez sąd przy jego początku świadczy o braku jednolitej praktyki w tym zakresie. O ile postanowienie o wszczęciu postępowania było wydawane niemal wyłącznie w przypadku postępowań wszczynanych z urzędu (21 spraw – 10,1%), o tyle odwrotna zależność nie zachodziła. W 62 sprawach (29,9%) wszczętych z urzędu brak było postanowienia lub zarządzenia o wszczęciu postępowania.

Tabela 13.

Uczestnicy postępowania o zezwolenie (zgode) na udzielenie świadczenia zdrowotnego małoletniemu pacjentowi*

Uczestnicy	Sprawy	
	w liczbach bezwzgl.	w procentach
Rodzik lub rodzice	100	48,3
Rodzik lub rodzice zastępczy	26	12,5
Opiekun	22	10,7
Opiekun faktyczny małoletniego	2	1
Małoletni	18	8,7
Przedstawiciel placówki opiekuńczo-wychowawczej	25	12,1
Przedstawiciel młodzieżowego ośrodka wychowawczego	1	0,5
Przedstawiciel zakładu opiekuńczo-leczniczego	14	6,8
Przedstawiciel domu pomocy społecznej	4	1,9
Przedstawiciel powiatowego centrum pomocy rodzinie	1	0,5
Lekarz lub przedstawiciel placówki opieki zdrowotnej	32	15,6
Opiekun matki	1	0,5
Nikt	28	13,5

* W jednej sprawie mogło być więcej uczestników, dlatego wyodrębnione kategorie nie sumują się do liczby 207 spraw.

Informacje zestawione w powyższej tabeli zostały opracowane przede wszystkim na podstawie protokołów rozpraw i postanowień sądów, w których wskazywano, z czym udziałem toczyły się postępowania. Nie oznacza to aktywnego udziału wymienionych osób w postępowaniu sądowym – wręcz przeciwnie, najczęściej sprawy toczyły się przy biernej postawie ich uczestników.

Zdecydowanie najczęściej sądy traktowały jako uczestników postępowania rodziców dziecka (100 spraw – 48,3%). Wbrew wyrażanym w piśmiennictwie i sygnalizowanym wyżej poglądom, określającym wąsko katalog osób będących uczestnikami postępowania w sprawie zezwolenia (zgody) na udzielenie świadczenia zdrowotnego, sądy w badanych postępowaniach traktowały jako jego uczestników również inne osoby. W 32 sprawach (15,6%) uczestnikiem postępowania był lekarz lub przedstawiciel placówki służby zdrowia. Z kolei w 28 sprawach (13,5%) w ogóle nie było uczestników postępowania.

W 18 postępowaniach (8,7%) małoletni miał status uczestnika postępowania. Nie przekładało się to jednak na jego aktywny udział w sprawie. W 17 przypadkach dziecko – uczestnik postępowania nie zajęło stanowiska w żaden sposób (ani osobiście, ani przez reprezentującą je osobę), a w jednym – wyraziło zgodę na udzielenie świadczenia zdrowotnego. W ani jednym przypadku dziecko nie było w postępowaniu reprezentowane przez inną osobę (przedstawiciela ustawowego bądź ustanowionego w tym celu kuratora). Wysłuchanie dziecka zostało przeprowadzone tylko w 2 postępowaniach, przy czym nie odbyło się w sposób przewidziany w kodeksie postępowania cywilnego, a więc poza salą rozpraw w odformalizowany sposób (art. 576 § 2 k.p.c.), lecz w trakcie rozprawy. Powyższe ustalenia korespondują z utrwaloną linią orzecniczą, zgodnie z którą dziecko nie ma statusu uczestnika postępowania opiekuńczego⁵⁰.

We wcześniejszych rozważaniach przywołano poglądy doktryny, zgodnie z którymi postępowanie powinno być prowadzone wnikliwie. W tym kontekście należy poddać ocenie prowadzone w badanych sprawach postępowanie dowodowe.

Osoby, które występowały do sądu z pismem (wnioskiem) dotyczącym zezwolenia (zgody) na udzielenie świadczenia zdrowotnego, nie we wszystkich przypadkach dołączały dokumentację medyczną (zaświadczenie o stanie zdrowia, dokumentację historii choroby itp.). Odnotowano 87 takich spraw (42% postępowań). W podobnej liczbie spraw (70 – 33,8%), w których pismo zostało sformułowane przez lekarza, w jego treści znajdowały się informacje na temat stanu zdrowia pacjenta i potrzeby udzielenia świadczenia zdrowotnego. W istotnej liczbie postępowań z wniosku ani dołączonych do niego pism nie wynikały takie informacje (50 spraw – 24,4%).

W tym kontekście, a także w świetle wcześniej poczynionych ustaleń w zakresie braku doprecyzowania pism skierowanych do sądu, można by oczekiwać, że sądy będą zmierzać do uzupełnienia braków wniosku. Przypadki takie nie były jednak częste.

⁵⁰ Por. uchwała pełnego składu Izby Cywilnej SN z 26.01.1973 r. (III CZP 101/71), OSNCP 1973/7–8, poz. 118; uchwała SN z 3.05.1979 r. (III CZP 14/79), OSNCP 1979/12, poz. 230; postanowienie SN z 16.12.1997 r. (III CZP 63/97), OSNC 1998/6, poz. 108. Orzeczenia te dotyczyły spraw z zakresu władzy rodzicielskiej i – jak się wydaje – rozstrzygnięcie, które w nich zapadło, nie powinno być stosowane w zakresie spraw o zezwolenie na udzielenie świadczenia zdrowotnego.

Tabela 14.

Zobowiązanie do uzupełnienia wniosku lub pisma zawiadamiającego o potrzebie wydania zezwolenia (zgody) na udzielenie świadczenia zdrowotnego*

Rodzaj zobowiązania	Sprawy	
	w liczbach bezwzgl.	w procentach
Dołączenie dokumentacji medycznej	18	8,8
Wskazanie adresu innych uczestników postępowania	9	4,3
Wskazanie adresu placówki służby zdrowia	2	1
Sprecyzowanie zakresu zgody lub rodzaju świadczenia zdrowotnego	10	4,8
Uzasadnienie potrzeby świadczenia zdrowotnego	3	1,4
Dołączenie dodatkowej opinii lekarskiej	2	1
Dołączenie wniosku lekarza	1	0,5
Wskazanie nazwiska lekarza	1	0,5
Wskazanie, czy zabieg jest konieczny dla ratowania życia	1	0,5
Sąd nie zobowiązał do uzupełnienia wniosku	169	81,6

* W jednej sprawie mogło być więcej niż jedno żądanie sądu, dlatego wyodrębnione kategorie nie sumują się do ogólnej liczby zbadanych spraw (207).

Źródło: opracowanie własne.

Z powyższej tabeli wynika, że sądy rzadko reagowały na merytoryczne i formalne braki kierowanych do nich pism. Najczęściej zobowiązywały do uzupełnienia dokumentacji medycznej. Liczba 18 takich przypadków pozostaje jednak w dysproporcji do liczby 50 spraw, w których nie udokumentowano stanu zdrowia pacjenta i potrzeby udzielenia świadczenia zdrowotnego w żaden sposób. Jak wspomniano wcześniej, w 62 sprawach (30% postępowań) treść wniosku oceniono jako zbyt ogólną lub wręcz blankietową. Jedynie w 10 sprawach sąd zażądał sprecyzowania wniosku.

Braki wniosku zostały uzupełnione zgodnie z żądaniem sądu w 29 przypadkach, a w 9 to nie nastąpiło. Żadne z tych 9 postępowań nie zakończyło się wydaniem zezwolenia (zgody) przez sąd opiekuńczy (8 umorzeń i 1 oddalenie wniosku).

Odnosząc się do wyników badania zestawionych w tabeli 15, w pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że precyzyjne określenie katalogu dowodów przeprowadzonych przez sąd napotykało na trudności. Przede wszystkim tylko nieliczne sądy w treści protokołów z rozprawy zawierały postanowienie o dopuszczeniu określonych dowodów. Dlatego uwzględniono wszelkie dowody zebrane w aktach sprawy, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

Najczęściej (100 spraw – 48,3%) w aktach sprawy znajdowała się dokumentacja medyczna dostarczona przez osobę, która skierowała do sądu wniosek, a więc takie dokumenty, jak zaświadczenia lekarskie, wyniki badań, diagnoza, historia choroby itp., przy czym z reguły dokumentacja ta nie miała charakteru kompleksowego i ograniczała się do zaświadczenia lekarskiego o potrzebie udzielenia świadczenia zdrowotnego. Liczba 100 spraw, w których został przeprowadzony taki dowód, dotyczy przypadków złożenia dokumentów razem z wnioskiem, jak i dostarczenia ich później, przede wszystkim w wyniku wezwania sądu.

Tabela 15.

Dowody przeprowadzone w postępowaniu sądowym*

Rodzaj dowodu	Sprawy	
	w liczbach bezwzgl.	w procentach
Odpis aktu urodzenia dziecka	22	10,6
Dokumenty zawarte w aktach innej sprawy	59	28,5
Dokumentacja medyczna dostarczona przez wnioskodawcę	100	48,3
Opinia biegłego lekarza	4	1,9
Wywiad środowiskowy	2	1
Przesłuchanie matki	9	4,3
Przesłuchanie ojca	9	4,3
Przesłuchanie rodziców zastępczych	4	1,9
Przesłuchanie opiekuna	3	1,4
Przesłuchanie lekarza	6	2,9
Przesłuchanie innych świadków	4	1,9
Notatki służbowe	30	14,5
Orzeczenie o stopniu niepełnosprawności dziecka	6	2,9
Pisemna zgoda przedstawiciela ustawowego	4	1,9
Pisma lekarza lub placówki służby zdrowia	12	5,8
Brak jakichkolwiek dowodów w aktach sprawy	56	27,1

* Liczba dowodów przeprowadzonych w jednym postępowaniu mogła przekraczać jeden – dlatego liczby w wyodrębnionych kategoriach nie sumują się do liczby postępowań objętych badaniem (207).

Źródło: opracowanie własne.

W 30 aktach spraw (14,5%) stwierdzono istnienie notatek służbowych, świadczących o podejmowaniu bezpośrednich kontaktów telefonicznych z lekarzem, placówkami opieki zdrowotnej i uczestnikami postępowania.

Pozostałe dowody były przeprowadzane znacznie rzadziej. Warto podkreślić, że dowód z opinii biegłego lekarza został przeprowadzony jedynie w 4 sprawach (1,9%). Zapewne konieczność podjęcia decyzji przez sąd w możliwie krótkim czasie była przyczyną rezygnacji z tego dowodu. Oznacza to jednak konieczność orzekania na podstawie subiektywnych stanowisk przedstawionych przez podmioty zaangażowane w postępowanie.

Biorąc pod uwagę wynikającą z art. 4 ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego⁵¹ zasadę wyłącznej mocy dowodowej, należy stwierdzić, że sądy bardzo rzadko korzystały z dowodu w postaci odpisu aktu urodzenia dziecka, przyjmując jego pochodzenie za oczywiste i niebudzące wątpliwości (22 postępowania – 10,6%).

W ponad ¼ spraw (56 przypadków – 27,1%) nie został przeprowadzony żaden dowód. W 48 spośród nich sąd wydał orzeczenie zezwalające na udzielenie świadczenia zdrowotnego.

⁵¹ Dz. U. z 2014 r. poz. 1741 ze zm.

Charakter przeprowadzonych najczęściej dowodów, niewielka ich liczba oraz liczba spraw, w których postępowanie dowodowe nie było w ogóle prowadzone, świadczą o pasywnej roli sądów w badanym typie spraw. Stwierdzenie to nie stanowi zarzutu wobec sędziów, ale świadczy o specyfice postępowań w sprawie zezwolenia (zgody) na udzielenie świadczenia zdrowotnego. W większości przypadków kompetentną decyzję w tej sprawie podejmuje lekarz i trudno jest oczekiwać od sędziego, że w każdym przypadku będzie tę decyzję podważał i weryfikował przy pomocy długotrwałego i kosztownego postępowania dowodowego, tym bardziej wtedy, gdy decyzja dotyczy takich świadczeń zdrowotnych, jak usunięcie zęba czy operacja wyrostka robaczkowego. To jednak może prowadzić do podważenia potrzeby istnienia w systemie prawnym konstrukcji uzyskiwania zezwolenia (zgody) sądu na udzielenie świadczenia zdrowotnego, prowadząc do poszukiwań innych form sądowej kontroli interwencji medycznej podejmowanej wobec małoletniego pacjenta.

Istotnym czynnikiem decydującym o efektywności ochrony praw pacjenta jest czas postępowania sądowego i sprawność jego przebiegu. W 168 sprawach (81,2%) sądy nie wyznaczyły rozprawy, wydając od razu postanowienie. W 37 sprawach (17,9%) odbyła się jedna rozprawa, a w 2 (1%) – dwie.

Tabela 16.

Czas trwania postępowania sądowego od wystąpienia z wnioskiem do wydania postanowienia w I instancji

Czas trwania postępowania	Sprawy	
	w liczbach bezwzgl.	w procentach
Postanowienie wydano w dniu wniesienia wniosku	59	28,5
Postanowienie wydano następnego dnia po wniesieniu wniosku	29	14
2 do 7 dni	43	20,8
Powyżej tygodnia do 2 tygodni	26	12,6
Powyżej 2 tygodni do miesiąca	13	6,3
Powyżej miesiąca do 2 miesięcy	16	7,7
Powyżej 2 miesięcy do pół roku	18	8,7
Powyżej pół roku do roku	2	1
402 dni	1	0,5
Ogółem	207	100

Źródło: opracowanie własne.

Postępowania sądowe dotyczące zezwolenia (zgody) na udzielenie świadczenia zdrowotnego trwały z reguły bardzo krótko. W 131 przypadkach zakończyły się przed upływem tygodnia, a 59 z nich (nieco ponad ¼ całej próby) zakończyło się w dniu wpłynięcia do sądu wniosku. Tylko jedna sprawa trwała nieco ponad rok. Odnotowana szybkość postępowania odpowiada specyfice spraw medycznych, które muszą być załatwione jak najszybciej z uwagi na dobro pacjenta. Z aprobatą należy odnieść się do praktyki tych sądów, które wyznaczały rozprawę natychmiast i odbywały ją np. w szpitalu. Z drugiej strony należy jednak zauważyć, że tak szybki przebieg postępowania praktycznie uniemożliwia fachową weryfikację celowości zaplanowanych świadczeń zdrowotnych. Postanowienie sądu służy w tych

przypadkach nie tyle merytorycznej kontroli proponowanego sposobu leczenia, ale ma na celu usunięcie przeszkody formalnej (np. braku zgody przedstawiciela ustawowego) w jego przeprowadzeniu. Zapewne czynnikiem decydującym o wysokim odsetku spraw załatwianych natychmiast jest niechęć lekarzy do działania samodzielnie. Można przypuszczać, że w sprawach, w których byliby uprawnieni do udzielenia świadczenia zdrowotnego bez zgody sądu opiekuńczego na podstawie art. 34 ust. 7 u.z.l.l.d., skłonni są kierować wnioski do sądu w celu uniknięcia ryzyka ewentualnej odpowiedzialności.

Sądy orzekające w badanych sprawach poszukiwały niekiedy wariantów postępowania, które uwzględniałyby przywołane wyżej wątpliwości, pozwalając na szybką reakcję i jednocześnie odsunięcie w czasie wydania ostatecznego postanowienia. W 10 przypadkach (4,8%), sądy wydały z urzędu postanowienie zabezpieczające, którego treścią było zezwolenie na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Rozwiązanie takie wydaje się jednak wątpliwe z uwagi na nieodwracalność skutków takiego postanowienia i przynajmniej teoretyczną możliwość upadku zabezpieczenia.

Tabela 17.
Rozstrzygnięcie sądu I instancji

Sposób rozstrzygnięcia	Sprawy	
	w liczbach bezwzgl.	w procentach
Zezwolenie na udzielenie świadczenia zdrowotnego	164	79,2
Oddalenie wniosku	9	4,3
Umorzenie postępowania	33	15,9
Zarządzenie o zwrocie wniosku	1	0,5
Ogółem	207	100

Źródło: opracowanie własne.

W zdecydowanej większości postępowań sądy zezwoliły za udzielenie świadczenia zdrowotnego (164 sprawy – 79,2%), a jedynie w 9 przypadkach (4,3%) wniosek został oddalony.

W 138 przypadkach orzeczeń zezwalających na udzielenie świadczenia zdrowotnego, odpowiadały one merytorycznie treści wskazanej we wniosku interwencji medycznej. W 12 sprawach (5,8%) sąd, udzielając zezwolenia, doprecyzował jego treść w porównaniu z wnioskiem. W 14 sprawach (6,8%) zakres zezwolenia został rozszerzony. Ponadto w 60 orzeczeniach (29% spraw) kończących postępowanie sentencja postanowienia była identyczna również pod względem gramatycznym w porównaniu ze sformułowaniem wniosku lub pisma informującego o potrzebie zezwolenia na udzielenie świadczenia zdrowotnego.

W 9 przypadkach oddalenia wniosku przez sąd opiekuńczy ustalono następujące przyczyny takiego orzeczenia.

W dwóch sprawach sąd stwierdził brak legitymacji czynnej po stronie wnioskodawcy. Jak już zaznaczono, omawiany rodzaj postępowania powinien toczyć się z urzędu, dlatego wskazanie tego typu okoliczności jako podstawy oddalenia wniosku wydaje się niewłaściwe (osobami zawiadamiającymi sąd opiekuńczy w obu tych sprawach byli przedstawiciele domu pomocy społecznej). Podobnie należy ocenić

przypadek, w którym sąd oddalił wniosek, wskazując, że lekarz, który wystąpił do sądu, nie jest lekarzem mającym udzielić świadczenia zdrowotnego.

Wydaje się, że w niektórych przypadkach oddalenia wniosku powinno dojść do umorzenia postępowania, które stało się zbędne lub z innych przyczyn niedopuszczalne (art. 355 § 2 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.). Należałoby tak ocenić sprawę, w której przyczyną oddalenia wniosku było wyrażenie zgody przez przedstawiciela ustawowego, podobnie jak sprawę, w której opiekun zeznał, że świadczenie zdrowotne nie jest już potrzebne oraz sprawę, w której dla małoletniego ustanowiono opiekę prawną w trakcie toczącego się postępowania o zezwolenie na udzielenie świadczenia zdrowotnego.

Jako przyczynę oddalenia wniosku sąd opiekuńczy wskazał również brak wymogu uzyskania zezwolenia ze względu na możliwość wyrażenia zgody przez kierującego placówką opiekuńczo-wychowawczą, w której umieszczone było dziecko (art. 112¹ k.r.o.). Kolejną przyczyną oddalenia wniosku było niewykazanie przez wnioskodawcę braku zgody przedstawiciela ustawowego. Wreszcie w jednej ze spraw sąd oddalił wniosek, uznając autonomię małoletniego sprzeciwiającego się udzieleniu świadczenia zdrowotnego. Małoletni ten miał ukończone 17 lat, a więc bliska perspektywa upamiętnienia zapewne zaważyła na decyzji sądu.

Analiza wymienionych wyżej 9 przypadków oddalenia wniosku prowadzi do konkluzji, że sąd ani razu nie poddał merytorycznej ocenie samej potrzeby udzielenia świadczenia zdrowotnego. Ponadto w większości przypadków wybór tego typu rozstrzygnięcia był nieprawidłowy ze względów formalnych (należało postępowanie umorzyć bądź sprawę rozpoznać).

Tabela 18.

Przyczyny umorzenia postępowania

Przyczyna	Sprawy	
	w liczbach bezwzgl.	w procentach
Zgoda przedstawiciela ustawowego	11	5,3
Cofnięcie wniosku	7	3,4
Zezwolenie sądu w postępowaniu zabezpieczającym	6	2,9
Świadczenie zdrowotne zostało wykonane bez zezwolenia sądu	3	1,4
Świadczenie zdrowotne okazało się niepotrzebne	2	1
Świadczenie zdrowotne zostało wykonane na mocy postanowienia o dopuszczeniu dowodu	1	0,5
Małoletni przestał być pacjentem szpitala, który skierował wniosek do sądu	1	0,5
Małoletni osiągnął pełnoletność	1	0,5
Ustanowienie opiekuna w trakcie postępowania	1	0,5
Nie dotyczy	174	84,1
Ogółem	207	100

Źródło: opracowanie własne.

Przyczyny umorzenia postępowania nie budziły wątpliwości. Najczęściej orzeczenie takie zapadało w przypadku wyrażenia brakującej zgody przez przedstawiciela

ustawowego. Wymaga wyjaśnienia, że wskazane w powyższej tabeli dwa przypadki, w których świadczenie zdrowotne okazało się niepotrzebne, nie oznaczają przeprowadzenia przez sąd postępowania dowodowego i merytorycznej weryfikacji planowanej interwencji medycznej, ale uzyskanie od lekarza informacji o zmianie stanu zdrowia pacjenta.

Tabela 19. Podstawy prawne rozstrzygnięć sądów opiekuńczych		
Podstawa prawna	Sprawy	
	w liczbach bezwzględ.	w procentach
Art. 32 ust. 1 u.z.l.l.d.	35	16,9
Art. 32 ust. 6 u.z.l.l.d.	2	1
Art. 34 ust. 3 u.z.l.l.d.	39	18,8
Art. 34 ust. 5 u.z.l.l.d.	1	0,5
Art. 34 ust. 6 u.z.l.l.d.	11	5,3
Art. 32 ust. 1 u.z.l.l.d.	1	0,5
Art. 32 u.z.l.l.d.	3	1,4
Art. 34 u.z.l.l.d.	1	0,5
Art. 34 ust. 1 u.z.l.l.d.	1	0,5
Art. 34 ust. 3 i 4 u.z.l.l.d.	1	0,5
Art. 34 ust. 4 u.z.l.l.d.	4	1,9
Art. 34 ust. 1, 3 i 4 w zw. z art. 32 ust. 6 u.z.l.l.d.	1	0,5
Art. 32 ust. 2 u.z.l.l.d. i art. 109 k.r.o.	3	1,4
Art. 34 ust. 3 u.z.l.l.d. i art. 156 k.r.o.	8	3,9
Art. 32 ust. 8 w zw. z art. 7561 k.p.c.	1	0,5
Art. 34 ust. 3 u.z.l.l.d. i art. 569 § 2 k.p.c.	2	1
Art. 569 § 2 k.p.c. w zw. z art. 34 ust. 6 u.z.l.l.d.	3	1,4
Art. 109 § 1 k.r.o. w zw. z art. 32 ust. 2 i art. 34 ust. 1 i 3 u.z.l.l.d. oraz art. 569 § 2 k.p.c.	1	0,5
Art. 109 § 1 k.r.o.	13	6,3
Art. 147 k.r.o.	2	1
Art. 1121 § 1 k.r.o.	1	0,5
Art. 569 § 2 k.p.c.	5	2,4
Art. 512 § 1 i 2 k.p.c.	1	0,5
Art. 755 w zw. z art. 756 § 1 k.p.c.	1	0,5
Art. 355 § 2 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.	27	13
Nieistniejący przepis	1	0,5
Nie można określić na podstawie akt	38	18,4
Ogółem	207	100

Źródło: opracowanie własne.

Podsumowując, należy podkreślić, że w żadnej ze zbadanych spraw sąd opiekuńczy nie doszedł na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego

do wniosku, że decyzja lekarzy jest nieprawidłowa, sprzeczna z dobrem pacjenta. Ustalenie to powinno rzutować na ocenę analizowanej instytucji.

Kontrola instancyjna została przeprowadzona w trzech postępowaniach, na skutek wniesienia środka odwoławczego przez rodziców. W żadnej z tych spraw nie doszło do zmiany postanowienia sądu I instancji w wyniku odwołania.

W pierwszej części niniejszego opracowania zwrócono uwagę na skomplikowany i wielowariantowy charakter analizowanej regulacji zawartej w art. 32 i 34 u.z.l.l.d. Utrudnia to jej stosowanie, tym bardziej że w pierwszej kolejności jest ona adresowana do lekarzy i pacjentów, a więc osób, które mogą nie posiadać pogłębionej wiedzy prawniczej. Należałoby oczekiwać, że sądy stosujące przywołane artykuły będą posługiwać się nimi prawidłowo, identyfikując poszczególne warianty i dobierając odpowiednie podstawy prawne w nich wskazane. W tabeli nr 19 przedstawiono zestawienie przepisów wskazywanych jako podstawa prawna rozstrzygnięcia w postanowieniach kończących analizowane postanowienia.

Należy przypuszczać, że złożony charakter omawianych regulacji prawnych spowodował niekonsekwencję i niejednorodność w orzecznictwie sądów w zakresie przywoływania odpowiednich podstaw prawnych oraz – jak się wydaje – błędy w tym zakresie. Przykładowo przywołać można nieuprawnione łączenie problematyki art. 156 k.r.o., który przewiduje konieczność uzyskiwania przez opiekuna zezwolenia sądu we wszystkich ważniejszych sprawach podopiecznego, z art. 34 ust 3 u.z.l.l.d., który przewiduje konieczność uzyskania zezwolenia sądu opiekuńczego w razie braku przedstawiciela ustawowego. Z pewnością też sam art. 32 ust. 1 u.z.l.l.d. nie stanowi podstawy prawnej do orzekania przez sąd opiekuńczy.

3.5. Opis wybranych spraw

Badane akta spraw nie pozwalały na ustalenie pełnego zakresu informacji dotyczących sytuacji rodzinno-wychowawczej dziecka. W przedstawionych poniżej przykładach zasygnalizowano niektóre problemy, dostrzeżone w toku badania.

Przypadek 1

Świadczenie zdrowotne: przyjęcie do szpitala, leczenie i wykonanie niezbędnych badań diagnostycznych

Pacjent: dziewczynka w wieku 8 miesięcy

Matka dziecka posiadała pełną władzę rodzicielską, a ojcostwa prawdopodobnie nie ustalono. Dziewczynka zamieszkiwała jednak z babcią, która wykonywała nad nią bieżącą pieczę, ponieważ matka przebywała za granicą. Wniosek o wydanie zezwolenia przez sąd został złożony przez lekarza i uzasadniony niemożnością skontaktowania się z matką. W aktach brak było informacji na temat stanu zdrowia dziewczynki oraz uzasadnienia potrzeby podjęcia interwencji medycznej wobec niej. Wniosek został sformułowany w sposób bardzo ogólny i nie określał, jakie konkretnie świadczenia zdrowotne mają zostać udzielone. Sentencja postanowienia kończącego postępowanie była identyczna jak osnowa wniosku. Akta sprawy liczyły do momentu wydania postanowienia 3 karty (zarządzenie o wpisie do repertorium, wniosek oraz postanowienie). Małoletnia została w postanowieniu wymieniona jako uczestnik postępowania, jednak nie przekładało się to np. na ustanowienie dla niej

kuratora. W aktach brak było odpisu aktu urodzenia dziewczynki lub innych dokumentów potwierdzających sytuację rodzinno-wychowawczą, w jakiej się znajdowała.

Przywołany przykład stanowi ilustrację sygnalizowanych wcześniej problemów. Postępowanie sądowe zostało ograniczone do minimum. Trudno w tym przypadku mówić o spełnieniu przez sąd funkcji kontrolnej. Nie zostały zweryfikowane nie tylko fakty dotyczące leczenia dziecka, ale również jego stanu rodzinnego, w tym braku możliwości porozumienia się z przedstawicielem ustawowym.

Przypadek 2

Świadczenie zdrowotne: diagnostyka medyczna pod kątem syndromu FAS

Pacjent: chłopiec w wieku 11 lat

Władza rodzicielska obojga rodziców została ograniczona przez umieszczenie dziecka w rodzinie zastępczej. Konkretnie przyczyny tego ograniczenia nie wynikały z akt, jednak znajdowała się w nich wzmianka o alkoholizmie matki. Pismo do sądu w sprawie zezwolenia na udzielenie świadczeń zdrowotnych zostało skierowane przez powiatowe centrum pomocy rodzinie. Sąd, kierując się treścią tego pisma, w dniu jego wpłynięcia wydał postanowienie zezwalające na świadczenie zdrowotne. Sentencja orzeczenia była identyczna jak osnowa wniosku. Jedynymi dowodami w sprawie były załączone do wniosku dokumenty medyczne.

Potrzeba wydawania zezwolenia przez sąd opiekuńczy w przywołanej sprawie może budzić wątpliwości. Małoletni pozostawał pod bieżącą pieczą rodziców zastępczych. Wydaje się, że wynikający z art. 112¹ k.r.o. podział pieczy uprawniał ich do wyrażenia zgody na nieinwazyjne badania, będące przedmiotem wniosku. Należy przyjąć, że skoro zgodnie z art. 32 ust. 3 u.z.l.l.d. zgodę na wykonanie badania niestwarzającego podwyższonego ryzyka (a tak zakwalifikowane zostało świadczenie zdrowotne w uzasadnieniu postanowienia) może wyrazić opiekun faktyczny, to tym bardziej jest do tego uprawniony rodzic zastępczy, na którym ciążyą obowiązki ustawowe.

Przypadek 3

Świadczenie zdrowotne: nieinwazyjne badanie genetyczne – analiza DNA w kierunku mukowiscydozy

Pacjent: chłopiec w wieku 3 miesięcy

Chłopiec przebywał w placówce opiekuńczo-wychowawczej w wyniku ograniczenia władzy rodzicielskiej matki. Ojcostwa nie ustalono. Matka, która zaniedbywała swoje obowiązki i nie utrzymywała żadnych form kontaktu z dzieckiem, była uzależniona od środków psychoaktywnych. Z akt wynikało, że była również nosicielką wirusów HIV i HCV. Z wnioskiem do sądu wystąpił przedstawiciel placówki opiekuńczo-wychowawczej, wskazując na brak możliwości porozumienia z matką. Sąd ograniczył postępowanie dowodowe do załączonych z wnioskiem dokumentów medycznych. Z uzasadnienia postanowienia wynikało, że akta sprawy opiekuńczej małoletniego były sądowi znane. Sąd zezwolił na przeprowadzenie badań, podając jako podstawę swojego rozstrzygnięcia art. 34 ust. 3 u.z.l.l.d.

Podobnie jak w poprzednio omówionym przypadku, wydaje się, że zgodę na świadczenie zdrowotne mógł w świetle art. 112¹ k.r.o. wyrazić kierujący placówką opiekuńczo-wychowawczą. Jako nietrafne należy również ocenić zakwalifikowanie nieinwazyjnego badania DNA przeprowadzanego bez udziału dziecka,

na podstawie tkanek znajdujących się w dyspozycji placówki opieki zdrowotnej, jako metody diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta.

Przypadek 4.

Świadczenie zdrowotne: zezwolenie opiekunowi na wyrażenie zgody na przeprowadzenie diagnostyki – zabiegu medycznego w znieczuleniu ogólnym, polegającego na pobraniu wycinka tkanek ze zmian znajdujących się na udach małoletniego

Pacjent: chłopiec w wieku 10 lat

Dziecko przebywało w placówce opiekuńczo-wychowawczej i została dla niego ustanowiona opieka prawna. Opiekun złożył wniosek o zezwolenie na udzielenie świadczenia zdrowotnego do sądu opiekuńczego, który prowadził postępowanie dotyczące opieki. Sąd ten zażądał uzupełnienia wniosku przez wskazanie placówki opieki zdrowotnej, w której ma zostać wykonane badanie. Po uzyskaniu tej informacji uznał swoją niewłaściwość i przekazał sprawę do sądu właściwego według art. 32 ust 10 u.z.l.l.d., który wydał postanowienie zezwalające na przeprowadzenie badania, podając jako podstawę swojego rozstrzygnięcia art. 34 ust. 3 u.z.l.l.d. i art. 156 k.r.o. Oprócz problemu właściwości miejscowej, sądy nie prowadziły aktywnego postępowania dowodowego.

Wydaje się, że w przywołanej sprawie nieprawidłowo zinterpretowane i niesłusznie połączone zostały unormowania zawarte w art. 34 ust. 3 u.z.l.l.d. oraz art. 156 k.r.o. Jak słusznie wskazuje się w piśmiennictwie, unormowania te należy rozpatrywać osobno – przepisy art. 32 i 34 u.z.l.l.d. określają strukturę podmiotową zgody pacjenta na udzielenie świadczenia zdrowotnego, natomiast art. 156 k.r.o. posługuje się konstrukcją „zezwoleń na zgodę” opiekuna we wszelkich ważniejszych sprawach podopiecznego, a więc również związanych z opieką zdrowotną⁵². Sąd nie mógł powołać jako podstawy swojego rozstrzygnięcia art. 34 ust. 3 u.z.l.l.d., ponieważ znalazłby on zastosowanie dopiero wtedy, gdyby nie została ustanowiona opieka dla małoletniego lub niemożliwe byłoby porozumienie z opiekunem. W przypadkach tych właściwość sądu należałoby określić według art. 32 ust. 10 u.z.l.l.d.

Tego rodzaju błędy odnotowano również w innych postępowaniach objętych badaniem, przy czym decyzja o zakwalifikowaniu aktu do analizy była podejmowana wtedy, gdy sprawie nadano symbol wskazujący na rozpatrzenie jej według przepisów ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty, a sąd jako podstawy swojego rozstrzygnięcia wskazał te unormowania. Zasadniczo bowiem sprawy toczące się na podstawie art. 156 k.r.o. nie były objęte badaniem.

Przypadek 5

Świadczenie zdrowotne: hospitalizacja małoletniego celem diagnostyki i ewentualnie leczenia w kierunku gruźlicy

Pacjent: chłopiec w wieku roku

Dziecko przebywało w rodzinie zastępczej, przy czym władza rodzicielska matki była zawieszona z powodu jej pobytu w zakładzie karnym, a ojcostwa nie ustalono. Małoletni nie miał przedstawiciela ustawowego, ponieważ nie ustanowiono jeszcze dla niego opieki prawnej. W związku z podejrzeniem gruźlicy u dziecka pojawiła się

⁵² B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, s. 520.

potrzeba hospitalizacji i przeprowadzenia odpowiednich badań. Z wnioskiem o wydanie zezwolenia na udzielenie takich świadczeń zdrowotnych wystąpili rodzice zastępczy. Sąd bardzo szybko (po dwóch dniach) wydał postanowienie zabezpieczające, w którym zezwolił na interwencję medyczną. Rozszerzył przy tym zakres zezwolenia o podjęcie leczenia w przypadku wykrycia u dziecka gruźlicy. Wydanie postanowienia zabezpieczającego bez przeprowadzenia rozprawy zostało uzasadnione unormowaniem art. 756¹ k.p.c., który dopuszcza takie rozwiązanie w przypadkach niecierpiących zwłoki. Po wydaniu postanowienia zabezpieczającego została wyznaczona rozprawa, która odbyła się po dwóch miesiącach. Wezwano na nią rodziców zastępczych. W tym samym dniu sąd umorzył postępowanie, powołując się na cofnięcie wniosku – rodzice zastępczy oświadczyli, że świadczenie zdrowotne zostało udzielone i nie istnieje potrzeba uzyskania zezwolenia sądu opiekuńczego.

Przedstawiony przebieg postępowania świadczy o poszukiwaniu przez sądy wariantów umożliwiających natychmiastową reakcję na potrzebę udzielenia świadczeń zdrowotnych oraz przeprowadzenie postępowania dowodowego pozwalającego na merytoryczne rozpoznanie sprawy. Wydaje się, że wariant taki miałby pewną funkcjonalność jedynie w przypadku metod terapii rozciągniętych w czasie. Weryfikacja decyzji wydanej w postępowaniu zabezpieczającym mogłaby wtedy następować w dalszym toku postępowania sądowego. Należy jednocześnie przypomnieć, że w przypadkach nagłych istnieje możliwość podjęcia działań przez lekarza bez zezwolenia sądu na podstawie art. 34 ust. 7 u.z.l.l.d.

Przypadek 6

Świadczenie zdrowotne: udzielenie świadczeń zdrowotnych małoletniej, w tym wykonanie niezbędnych zabiegów operacyjnych

Pacjent: dziewczynka w wieku 7 miesięcy

Dziewczynka przebywała w rodzinie zastępczej w wyniku ograniczenia władzy rodzicielskiej rodziców. Dziecko wymagało zabiegu operacyjnego prowadzącego do odtworzenia ciągłości przewodu pokarmowego. Powołując się na stan zdrowia dziecka oraz brak możliwości porozumienia z rodzicami, rodzice zastępczy wystąpili do sądu „o wydanie zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych lub umocowanie [ich] w tym zakresie”. Sąd bez przeprowadzenia rozprawy, następnego dnia po wpłynięciu pisma, wydał postanowienie o następującej treści: „(...) zezwolić rodzicom zastępczym (...) na wyrażenie zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych małoletniej (...) w tym na wykonanie niezbędnych zabiegów operacyjnych”. Nie powołał przy tym żadnej podstawy prawnej swojego rozstrzygnięcia.

Orzeczenie sądu może budzić istotne wątpliwości. Po pierwsze, zakres świadczeń zdrowotnych został określony bardzo szeroko. W istocie orzeczenie sądu przybrało postać „zgody blankietowej” na udzielane w przyszłości świadczenia zdrowotne. Po drugie, literalne odczytanie sentencji postanowienia może prowadzić do wniosku, że orzeczenie nie zapadło na podstawie przepisów ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry, ale na podstawie art. 112¹ k.r.o. i prowadzi do przewidzianego w tym przepisie rozszerzenia zakresu pieczy rodziców zastępczych. W tym jednak przypadku mogłoby się okazać, że w sprawie orzekał sąd niewłaściwy miejscowo. Zarysowane wątpliwości nie powstałyby, gdyby sąd podał podstawę prawną swojego rozstrzygnięcia.

Przypadek 7

Świadczenie zdrowotne: przyjęcie małoletniego do szpitala

Pacjent: chłopiec w wieku 15 lat

Małoletni przebywał w placówce opiekuńczo-wychowawczej w wyniku ograniczenia władzy rodzicielskiej rodziców. Matka i ojciec nie interesowali się synem i nie utrzymywali z nim kontaktów. Wniosek do sądu został złożony przez dyrektora placówki opiekuńczo-wychowawczej, który wskazał, że konieczna jest hospitalizacja małoletniego związana z „zabiegiem chirurgicznym narządu moczowo-płciowego”. Sąd bez przeprowadzania rozprawy po tygodniu wydał postanowienie, w którego sentencji zawarł zezwolenie „na przyjęcie małoletniego do szpitala”. W uzasadnieniu postanowienia znalazła się wzmianka o istnieniu skierowania lekarskiego „na oddział chirurgiczny z uwagi na konieczność przeprowadzenia zabiegu chirurgicznego narządu moczowo-płciowego”.

W przytoczonym przypadku istotne wątpliwości budzi sposób sformułowania treści postanowienia, które ujmowało zezwolenie sądu w sposób nieprecyzyjny. Przyjęcie do szpitala nie jest równoznaczne z przeprowadzeniem określonego zabiegu. Wspomnienie o konieczności jego przeprowadzenia w uzasadnieniu postanowienia należy uznać za niewystarczające. Zakres zezwolenia i precyzyjne określenie świadczenia zdrowotnego powinny zostać zawarte w sentencji postanowienia.

Przypadek 8

Świadczenie zdrowotne: zabieg biopsji płuc wraz z procedurami medycznymi, w tym przetoczeniem preparatów krwi, o ile okażą się konieczne

Pacjent: chłopiec w wieku 5 miesięcy

Oboje rodzice posiadali pełną władzę rodzicielską, a zatem byli przedstawicielami ustawowymi małoletniego. Do postępowania sądowego doszło na skutek motywowanego względami religijnymi sprzeciwu rodziców co do świadczenia zdrowotnego (rodzice byli Świadkami Jehowy). Rodzice nie zgadzali się na przetoczenie preparatów krwiopochodnych. Wniosek w sprawie wydania zezwolenia na udzielenie świadczenia zdrowotnego został skierowany do sądu przez placówkę opieki zdrowotnej (szpital). Sąd w ciągu tygodnia przeprowadził postępowanie, wyznaczając rozprawę i przeprowadzając m.in. dowód z opinii biegłego lekarza oraz zeznań rodziców i lekarza prowadzącego dziecko. Stanowisko rodziców sprowadzało się do sprzeciwu wobec części planowanego zabiegu, tj. przetoczenia preparatów krwiopochodnych, które mogło (choć nie musiało) okazać się niezbędne. Co do samego zabiegu biopsji rodzice nie zgłaszali zastrzeżeń. Należy nadmienić, że prezentując swoje stanowisko, rodzice deklarowali, że wiedzą o unormowaniu art. 34 ust. 7 u.z.l.l.d., które – w ich przekonaniu – stanowiło gwarancję bezpieczeństwa dziecka – transfuzja mogłaby się odbyć na podstawie tego unormowania bez uzyskiwania zgody rodziców oraz sądu.

Sąd stanął na stanowisku, zgodnie z którym zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego musi obejmować cały zabieg, wraz z możliwym ryzykiem jego niepowodzenia i podejmowanymi wtedy działaniami. Z tych względów zezwolił na wykonanie biopsji oraz procedur medycznych związanych z tym zabiegiem, w tym przetoczenie preparatów krwi.

Należy podkreślić, że w omawianej sprawie, jako jednej z nielicznych, sąd w krótkim czasie przeprowadził pełne postępowanie, wyznaczając rozprawę i wnikliwie badając stan faktyczny przy pomocy różnych dowodów, w tym przede wszystkim ekspertyzy biegłego sądowego.

Przypadek 9

Świadczenie zdrowotne: zabieg chirurgiczny usunięcia migdałka w narkozie

Pacjent: dziewczynka w wieku 7 lat

Matka małoletniej posiadała pełną władzę rodzicielską, natomiast władza rodzicielska ojca została ograniczona w postępowaniu rozwodowym do określonych obowiązków i praw, które obejmowały decydowanie w sprawach opieki zdrowotnej nad dzieckiem. Wniosek do sądu został skierowany przez matkę, która wskazała, że nie istnieje możliwość porozumienia się z ojcem, z którym nie ma żadnego kontaktu. Sąd w ciągu tygodnia wydał postanowienie na podstawie art. 569 § 2 k.p.c. zezwalające na wykonanie zabiegu usunięcia migdałka w narkozie, „zastępując oświadczenie ojca”. Następnie jednak wyznaczył rozprawę, która odbyła się po miesiącu. W dniu rozprawy, na której stawili się oboje rodzice, doszło do umorzenia postępowania, ponieważ sąd powziął informację o wyrażeniu zgody przez ojca.

Opisana wyżej sprawa stanowi kolejny przykład poszukiwania wariantu proceduralnego pozwalającego na natychmiastowe wydanie zezwolenia przez sąd bez konieczności zakończenia postępowania. Wydaje się jednak, że w przypadku tym doszło do szeregu niekonsekwencji. Przede wszystkim brak zgody jednego z rodziców, z którym nie można się było skontaktować, nie powinien blokować udzielenia świadczenia zdrowotnego. Ponadto wyznaczanie rozprawy w sytuacji wydania zezwolenia na przeprowadzenie zabiegu wydaje się bezcelowe. Wreszcie postępowanie stało się bezprzedmiotowe w momencie wykonania zabiegu.

Przypadek 10

Świadczenie zdrowotne: hospitalizacja i przeprowadzenie zabiegów operacyjnych w znieczuleniu ogólnym

Pacjent: chłopiec w wieku 2 lat

Małoletni przebywał w placówce opiekuńczo-wychowawczej w wyniku ograniczenia władzy rodzicielskiej rodziców. Matka i ojciec utrzymywali sporadyczne kontakty z dzieckiem. Wiadomo było, gdzie przebywali i istniała możliwość porozumienia z nimi. Wniosek do sądu został skierowany przez przedstawiciela placówki opiekuńczo-wychowawczej w związku z koniecznością przeprowadzenia u dziecka zabiegu usunięcia migdałka. Jako uzasadnienie konieczności wydania zezwolenia zastępującego zgodę rodziców przez sąd wskazano obawę, że nie stawia się oni w szpitalu celem podpisania pisemnej zgody. Potwierdzeniem tej obawy były wcześniejsze przypadki nieobecności rodziców w placówce opieki zdrowotnej przy okazji świadczeń udzielanych dziecku. Jednocześnie rodzice sygnalizowali zgodę na świadczenia zdrowotne wobec dziecka. Sąd wyznaczył rozprawę, na którą wezwał rodziców. Oboje stawili się i zadeklarowali zgodę na świadczenie zdrowotne. Mimo to sąd wydał postanowienie, w którym zezwolił na hospitalizację i przeprowadzenie zabiegów operacyjnych wobec dziecka, zastępując zgodę rodziców.

Opisany przypadek dotyczy sytuacji nieobjętej unormowaniem art. 32 i 34 u.z.l.l.d. Nie została bowiem spełniona przesłanka braku przedstawiciela ustawowego lub niemożności porozumienia się z nim. Praktycznym problemem, występującym również w innych postępowaniach, który spowodował skierowanie sprawy do sądu, była obawa niestawienia rodziców w szpitalu. Powstanie takiej sytuacji wynika z praktyki odbierania zgody od przedstawicieli ustawowych osobiście, w placówce opieki zdrowotnej, przy okazji zapisu dziecka do szpitala lub wykonywania zabiegu. Taki sposób odbierania zgody podyktowany jest przeciwdziałaniem fałszowaniu podpisu. Wydaje się, że procedury te powinny być bardziej elastyczne i dopuszczać wyrażenie zgody w innym czasie oraz miejscu przy jednoczesnym zagwarantowaniu autentyczności podpisu (np. notarialnym poświadczeniem, oświadczeniem złożonym wobec sędziego).

W omawianej sprawie doszło również po raz kolejny do sformułowania bardzo ogólnego, blankietowego zezwolenia sądu opiekuńczego, mimo precyzyjnego określenia charakteru świadczenia zdrowotnego we wniosku.

4. PODSUMOWANIE

Na podstawie analizy dogmatycznej unormowań zawartych w ustawach o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz o zawodach lekarza i lekarza dentysty, a także wyników przeprowadzonego badania empirycznego można sformułować następujące zasadnicze wnioski.

- Unormowania ustaw o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz o zawodach lekarza i lekarza dentysty dotyczące zgody pacjenta na udzielenie świadczenia zdrowotnego oraz zezwolenia (zgody) sądu opiekuńczego odznaczają się wysokim stopniem skomplikowania, który utrudnia ich stosowanie. Uwaga ta ma tym większe znaczenie, że omawiane regulacje prawne skierowane są do pacjentów i lekarzy, a decydować mogą o ponoszeniu przez tych ostatnich odpowiedzialności cywilnej i karnej. Z tych względów analizowane przepisy prawne powinny być sformułowane w sposób niebudzący zasadniczych wątpliwości interpretacyjnych.
- Niejasny charakter mają unormowania art. 32 u.z.l.l.d. w zakresie określenia konsekwencji odmowy przez przedstawiciela ustawowego zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego.
- Jako niespójne należy ocenić unormowania art. 32 i 34 u.z.l.l.d. i art. 17 u.p.p., gdy chodzi o uprawnienia opiekuna faktycznego w zakresie wyrażania zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego.
- Dyskusyjne pod względem celowościowym i niespójne z innymi regulacjami prawnymi jest unormowanie uzależniające zdolność małoletniego do wyrażenia zgody na udzielenie mu świadczenia zdrowotnego od ukończenia 16. roku życia.
- W ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty nie została w sposób niebudzący wątpliwości określona sytuacja małoletniego, który ukończył 16. rok życia, ale nie jest zdolny do wyrażenia zgody. Przeprowadzone badanie aktowe ujawniło przypadki zastępowania jego zgody zezwoleniem sądu. W doktrynie prezentowane jest stanowisko odmienne,

według którego wystarczająca jest w tym przypadku zgoda przedstawiciela ustawowego.

- Wątpliwości budzi również jednocześnie posługiwanie się przez ustawodawcę w art. 32 i 34 u.z.l.l.d. pojęciami zezwolenia sądu i zgody sądu na udzielenie świadczenia zdrowotnego.
- Ustalono, że w istotnej części zbadanych spraw powody wydania zezwolenia na udzielenie świadczenia zdrowotnego mają charakter pozaustawowy. Względy praktyczne decydują o wydaniu takiego postanowienia w przypadku obawy, że rodzice (przedstawiciele ustawowi), z którymi istnieje możliwość porozumienia, nie stawiają się w szpitalu w wyznaczonym dniu celem podpisania zgody.
- W zakresie diagnozy sytuacji rodzinno-wychowawczej małoletnich, mimo ograniczonego zakresu informacji tego typu, które udało się zebrać na podstawie badanych akt, ustalono, że dzieci najczęściej pochodziły z rodzin dotkniętych różnego rodzaju problemami, będącymi powodem ingerencji sądu opiekuńczego we władzę rodzicielską. Potrzeba wystąpienia do sądu opiekuńczego o zezwolenie (zgode) na udzielenie świadczenia zdrowotnego była zatem najczęściej pochodną dysfunkcji lub patologii w funkcjonowaniu rodziny dziecka. Najczęściej w stosunku do rodziców zostało wydane orzeczenie ograniczające władzę rodzicielską. Wykonywanie przez nich tej władzy, nawet w ograniczonym zakresie, budziło poważne zastrzeżenia.
- Powyższe ustalenia wpływają na ocenę regulacji określającej właściwość sądu orzekającego o zezwoleniu na udzielenie świadczenia zdrowotnego, tj. sądu, w którego okręgu mają być wykonane czynności medyczne. Tymczasem pełną informację na temat małoletnich i ich sytuacji rodzinnej i wychowawczej posiada często sąd, który prowadził sprawę opiekuńczą w przedmiocie władzy rodzicielskiej. Rodzi to konieczność przesyłania akt i wydłuża postępowanie.
- Przeprowadzone badanie ujawniło brak jednolitości orzecznictwa w zakresie sposobu wszczynania postępowania w sprawie zezwolenia (zgody) na świadczenie zdrowotne. Mimo jednoznacznych wypowiedzi doktryny na ten temat, postępowania wszczynane są zarówno na wniosek, jak i z urzędu.
- Rozbieżność między doktryną a orzecznictwem istnieje także w zakresie dopuszczenia określonych osób do udziału w sprawie w charakterze uczestnika. Praktyka sądów jest w tym zakresie znacznie bardziej liberalna i dopuszcza udział osób, których praw wynik postępowania nie dotyczy bezpośrednio.
- Doktryna postuluje również wnikliwe prowadzenie postępowania dowodowego w omawianym rodzaju spraw sądowych. Poczynione w toku badania ustalenia pozwalają stwierdzić, że postulat ten bardzo często nie jest realizowany. Sądy ograniczają postępowanie dowodowe do minimum, dążąc do jak najszybszego rozpoznania sprawy. Postępowania nie służą merytorycznemu rozstrzygnięciu potrzeby udzielenia świadczenia zdrowotnego. Pośrednio świadczy o tym rodzaj rozstrzygnięć

w badanych sprawach – jak ustalono, w żadnej z 207 zbadanych spraw nie doszło do zakwestionowania potrzeby planowanego sposobu leczenia lub diagnostyki.

- Odnotowano kontrowersyjne warianty procesowe badanych postępowań, polegające na natychmiastowym wydawaniu postanowienia zabezpieczającego, które stanowiło definitywne i nieodwracalne rozstrzygnięcie w przedmiocie udzielenia świadczenia zdrowotnego.
- Sądy często formułują sentencje postanowień w sposób bardzo ogólny, a niekiedy wręcz blankietowy, co należy uznać za niedopuszczalne w świetle art. 32 i 34 u.z.l.l.d. Praktyka ta koresponduje z ogólnym sposobem formułowania kierowanych do sądów wniosków. Odnotowano liczne orzeczenia, w których treść tak sformułowanego wniosku była dosłownie przenoszona do sentencji orzeczenia zezwalającego na udzielenie świadczenia.

Jak wspomniano na wstępie, jedną z zasadniczych funkcji omawianych regulacji prawnych jest kontrola decyzji dotyczących zdrowia małoletniego w sytuacji zaburzeń w wykonywaniu swoich obowiązków przez przedstawiciela ustawowego. Wskazane wyżej najważniejsze ustalenia przeprowadzonego badania mogą rodzić wątpliwości co do realizacji tego celu w praktyce oraz funkcjonalności unormowań prawnych zawartych w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Z pewnością odnotowane wyżej niejasności i niespójności omawianych rozwiązań prawnych wymagają usunięcia w drodze nowelizacji ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty.

Słowa kluczowe: prawo medyczne, prawo rodzinne, zgoda na badanie, prawa pacjenta, władza rodzicielska.

Summary

Jerzy Słyk – *Permission (consent) of a guardianship court for providing a healthcare service to a minor patient (Art. 32 and 34 of the Act on the Professions of a Physician and a Dental Surgeon)*

This paper concerns the court's permission for providing a healthcare service to a minor patient. The first part of the article contains a theoretical analysis of legal norms applicable to this problem. It discusses legal regulations included in the Act of 6 November 2008 on Patients' Rights and the Patients' Ombudsman (consolidated text: Dz. U. 2016, item 186) and the Act of 5 December 1996 on the Professions of a Physician and a Dental Surgeon [APPDS] (consolidated text: Dz. U. 2015, item 464 as amended). The second part discusses the results of empirical case file study conducted on a nationwide random sample of 207 files of cases involving providing healthcare services to minors. The results covered the family and personal circumstances of minor patients, information about the given healthcare service and the reasons why court permission was sought, information about the course of court proceedings and in particular the manner of its initiation, its duration, the adduced evidence and decision.

In a significant part of the examined cases, the reasons for issuing a permission to provide healthcare services are non-statutory. It is for practical reasons that such a decision is issued when it is feared that parents (statutory representatives) with whom it is possible to

establish contact will not appear in hospital on the scheduled day to sign the consent. It was also found that courts usually limit evidentiary proceedings to a minimum, attempting to examine the cases as quickly as possible. These proceedings do not serve to substantially examine the need for the healthcare services. Indirectly, this is demonstrated by the kind of decisions reached in the examined cases: it was established that in none of the 207 cases was the need for the planned treatment or diagnostics questioned. It was observed that courts often formulated the operative part of the rulings in very general terms, often almost as a blanket permit, which should be seen as inadmissible in the light of Art. 32 and 34 APPDS.

Keywords: *medical law, family law, consent for [medical] examination, patient's rights, parental authority.*

Katarzyna Kryla-Cudna*

Niemiecki Urząd do spraw Dzieci i Młodzieży (Jugendamt)

1. WSTĘP

Niemiecki urząd do spraw dzieci i młodzieży (Jugendamt¹) jest samodzielnym organem samorządu terytorialnego, utworzonym w celu wykonywania zadań z zakresu opieki nad dziećmi i młodzieżą oraz wspierania rodziców będących w trudnej sytuacji. Działalność Jugendamtów jest poddawana szerokiej krytyce. Urzędom zarzuca się przede wszystkim „zapobiegawcze” umieszczanie dzieci w ośrodkach opieki i rodzinach zastępczych oraz dyskryminację imigrantów. Funkcjonowanie Jugendamtów było w ostatnim czasie przedmiotem badań Parlamentu Europejskiego. Badania te potwierdziły zasadność argumentów wysuwanych przez przeciwników działalności urzędów.

Celem niniejszej pracy jest przybliżenie sposobu funkcjonowania niemieckich urzędów do spraw dzieci i młodzieży. W pierwszej części artykułu omówiono zagadnienia związane ze strukturą organizacyjną urzędów. Druga część została poświęcona ich zadaniom, w tym w szczególności możliwości umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej przez urząd. W trzeciej części poddano bliższej analizie wątpliwości, jakie rodzi działalność urzędów.

2. STRUKTURA ORGANIZACYJNA URZĘDÓW

Zadania urzędów oraz sposób ich funkcjonowania są regulowane przez ustawodawstwo ogólnokrajowe. Odpowiednie przepisy zostały zamieszczone w księdze VIII *Sozialgesetzbuch*² (dalej jako: SGB VIII). Konkretnie podmioty realizujące pomoc publiczną dla dzieci i młodzieży (*die Träger der öffentlichen Jugendhilfe*) są wskazywane przez kraje związkowe w wydawanych przez nie aktach prawnych (§ 69 SGB VIII). Władze każdego landu są zobowiązane do utworzenia krajowego urzędu do spraw dzieci i młodzieży (*Landesjugendamt*), natomiast władze każdej gminy (*Gemeinde*) lub powiatu (*Landkreis*) mają obowiązek utworzenia urzędu do spraw dzieci i młodzieży (§ 69 ust. 3 SGB VIII). Urzędy do spraw dzieci i młodzieży działające na poziomie gminy lub powiatu są zwykle określane mianem

* Dr nauk prawnych, Instytut Uniwersytecki we Florencji (Max Weber Postdoctoral Fellow).

¹ Termin „Jugendamt” jest odmieniany w niniejszej pracy jak rzeczownik rodzaju męskiego IV deklinacji.

² Ustawa z 26.06.1990 r., Bundesgesetzblatt I, s. 1163.

„Jugendamt”. W niektórych przypadkach urzędy te mają inne nazwy, jak np.: „Fachbereich Jugend”, „Amt für Kinder, Jugend und Familie” czy „Amt für Kinder und Soziales”. Niezależnie od przyjętej nazwy, zadania, struktura i sposób funkcjonowania urzędów są jednakowe.

Ustawodawca wskazał, że wypełnianie zadań przewidzianych w ustawie należy do właściwości urzędów działających na poziomie gminy lub powiatu, chyba że przepisy prawne wyraźnie stanowią, że właściwe w danej sprawie są urzędy działające na poziomie kraju związkowego (§ 89 SGB VIII). Do zadań krajowych urzędów do spraw dzieci i młodzieży należy przede wszystkim udzielanie porad i wsparcia urzędom niższego szczebla, zapewnianie współpracy między urzędami i innymi podmiotami świadczącymi pomoc dla dzieci i młodzieży, szkolenie pracowników urzędów do spraw dzieci i młodzieży, zapewnianie odpowiednich świadczeń obywatelom Niemiec zamieszkującym poza granicami kraju, tworzenie, wspieranie i przeprowadzanie modelowych projektów służących rozwojowi pomocy społecznej, jak również wydawanie odpowiednich zezwoleń podmiotom sprawującym instytucjonalną pieczę zastępczą (§ 85 ust. 2 SGB VIII).

W ramach urzędu działającego na poziomie gminy lub powiatu oraz urzędu krajowego wyróżnia się:

- 1) komisję do spraw pomocy dzieciom i młodzieży oraz
- 2) administrację urzędu (§ 70 ust. 1 SGB VIII).

W skład komisji wchodzi m.in. osoby wskazane przez podmioty realizujące prywatną pomoc dla dzieci i młodzieży oraz osoby zgłoszone przez związki młodzieży. Do zadań komisji należy w szczególności analizowanie aktualnych problemów młodych ludzi i ich rodzin, formułowanie wniosków co do dalszego rozwoju pomocy udzielanej dzieciom i młodzieży, planowanie pomocy społecznej dla dzieci i młodzieży oraz wspieranie podmiotów świadczących pomoc prywatną (§ 71 SGB VIII).

Administracja urzędu realizuje zadania z zakresu doraźnej pomocy udzielanej rodzinom. W większości urzędów funkcjonuje jednostka organizacyjna określana jako ogólna służba socjalna (*Allgemeiner Sozialer Dienst*). W niektórych przypadkach ogólna służba socjalna działa jako osobny organ. Ogólna służba socjalna ma szerokie kompetencje, obejmujące większość zadań nałożonych przez ustawodawcę na Jugendamt. Pracownicy ogólnej służby socjalnej powinni posiadać odpowiednie kwalifikacje pozwalające na właściwą realizację zadań urzędu. Kierownikiem urzędu jest starosta (*Landrat/Landrätin*) lub burmistrz [(*Ober-*)*Bürgermeister*/(*Ober-*)*Bürgermeisterin*], który może powołać na to stanowisko inną osobę³.

Poza podmiotami realizującymi pomoc publiczną dla dzieci i młodzieży ustawodawca przewidział także możliwość tworzenia podmiotów realizujących pomoc prywatną (*die Träger der freien Jugendhilfe*). Do tej grupy zalicza się podmioty, które świadczą pomoc dla dzieci i młodzieży, mimo że w świetle przepisów prawa nie mają takiego obowiązku (§ 75 SGB VIII), jak np. fundacje, związki wyznaniowe czy prywatne przedszkola.

³ P. Marquard, *Jugendamt*, w: W. Schröer, N. Struck, M. Wolff (red.), *Handbuch Kinder- und Jugendhilfe*, Weinheim–Monachium 2002, s. 545–562.

3. ZADANIA URZĘDÓW

Zadania Jugendamtu dzielą się na dwie kategorie. Pierwszą kategorię stanowią tzw. świadczenia, natomiast drugą – tzw. inne zadania (§ 2 SGB VIII).

3.1. Świadczenia

Do świadczeń zalicza się m.in. wspieranie pracy młodzieży przez oferowanie miejsc pracy; organizowanie prac społecznych dla młodzieży niepełnosprawnej fizycznie lub umysłowo, wywodzącej się z patologicznych środowisk lub doświadczającej trudności z przyczyn ekonomicznych, etnicznych czy kulturowych w celu wzmocnienia jej pozycji na rynku pracy i wspierania jej integracji społecznej; wspieranie ochrony dzieci i młodzieży przed zagrożeniami wywołanymi przez media, alkohol czy narkotyki (§ 11–15 SGB VIII).

Znaczna część świadczeń ma na celu wspieranie wychowania w rodzinie (§ 16–21 SGB VIII) przez: organizowanie seminariów, kursów i grup samopomocy; udzielanie porad dotyczących problemów pedagogicznych, rozwiązywania konfliktów w rodzinie, nadmiernego zadłużenia, bezrobocia, jak również porad prawnych; oferowanie możliwości spędzania czasu wolnego, w szczególności dla rodzin znajdujących się w trudnej sytuacji (spowodowanej np. niepełnosprawnością dziecka, odbywaniem przez jednego z rodziców kary pozbawienia wolności, problemami ekonomicznymi); wsparcie w razie odejścia, choroby lub śmierci jednego z rodziców; wsparcie w realizacji obowiązku szkolnego przez dzieci w przypadku gdy praca zawodowa rodziców wymaga stałego podróżowania wiążącego się z koniecznością częstej zmiany szkoły (w szczególności przez organizowanie specjalnych ośrodków mieszkalnych dla dzieci).

Do kategorii świadczeń zalicza się także oferowanie wsparcia dla dzieci i młodzieży w ośrodkach opieki dziennej oraz zapewnienie profesjonalnego pomocnika wychowawczego (w praktyce profesjonalny pomocnik wychowawczy przebywa z rodziną nawet do 20 godzin tygodniowo) (§ 22–41 SGB VIII). W ramach świadczeń Jugendamt prowadzi również bardzo rozwinięty system zajęć grupowych dla starszych dzieci i młodzieży, mających na celu wsparcie ich edukacji szkolnej oraz rozwoju społecznego i emocjonalnego. Do świadczeń należy także udzielanie intensywnego wsparcia dla dzieci niepełnosprawnych umysłowo, których poziom rozwoju odbiega lub z dużym prawdopodobieństwem będzie odbiegał od poziomu rozwoju właściwego dla danej grupy wiekowej i tym samym negatywnie wpływa na ich życie w społeczeństwie. Jugendamt powinien przede wszystkim zapewnić takim dzieciom dostęp do odpowiednich lekarzy i psychoterapeutów oraz możliwość udziału w grupach zajęciowych (§ 35a SGB VIII)⁴.

Większość zadań Jugendamtu zaliczana do kategorii świadczeń jest skierowana zarówno do dzieci, jak i do młodych dorosłych (do 27. roku życia).

3.2. „Inne zadania”

Wątpliwości, jakie rodzi działanie Jugendamtów, dotyczą zadań należących do drugiej kategorii, którą stanowią tzw. inne zadania. Znaczna część zadań urzędów

⁴ P.-Ch. Kunkel, *Grundlagen des Jugendhilferechts. Systematische Darstellung für Studium und Praxis*, Baden-Baden 2015, s. 29.

należących do tej grupy wiąże się z istotną ingerencją w życie obywateli. Podstawowe znaczenie ma w tym kontekście możliwość umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej przez urząd (§ 42 SGB VIII).

3.2.1. Umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej

3.2.1.1. Uwagi ogólne

Na podstawie § 42 SGB VIII urząd do spraw dzieci i młodzieży jest uprawniony i zobowiązany do umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej w trzech przypadkach:

- 1) gdy dziecko o to poprosi;
- 2) gdy umieszczenie w pieczy zastępczej jest uzasadnione nagłym zagrożeniem dla dobra dziecka, a osoba uprawniona do opieki się temu nie sprzeciwia albo nie można w odpowiednim czasie uzyskać orzeczenia sądu rodzinnego;
- 3) gdy dziecko przybywa do Niemiec bez opiekuna i nie zatrzymuje się w Niemczech u osoby uprawnionej do opieki nad nim.

Celem umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej jest efektywna ochrona jego interesów przez podjęcie bezpośrednich, ograniczonych w czasie działań, niezależnych od rodziców⁵. Umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej przez Jugendamt ma znaczenie przede wszystkim w razie występowania silnych konfliktów między rodzicami a dzieckiem, stosowania wobec dziecka przemocy fizycznej, wykorzystywania seksualnego oraz niebezpiecznych sytuacji wywołanych przez samo dziecko w związku z zażywaniem narkotyków lub spożywaniem alkoholu⁶. Jugendamt nie ma obowiązku informowania rodziców o miejscu pobytu dziecka, jeżeli uzna, że mogłoby to prowadzić do naruszenia dobra dziecka⁷.

Umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej przez Jugendamt jest szeroko stosowane w praktyce. Zgodnie z danymi Federalnego Urzędu Statystycznego⁸ w 2014 r. umieszczono w pieczy zastępczej 48.059 dzieci. Umieszczenie w pieczy zastępczej na prośbę dziecka stanowiło prawie jedną czwartą (11.447) wszystkich przypadków. Podobnie klasyfikowało się umieszczenie w pieczy zastępczej dzieci przybywających do Niemiec bez opiekuna (11.642 przypadki). Zdecydowana większość dzieci umieszczonych w pieczy zastępczej przez Jugendamt miała od 14 do 18 lat (30.503 dzieci). Mimo że umieszczenie w pieczy zastępczej z założenia powinno mieć charakter krótkotrwały i przejściowy, dane statystyczne wskazują, że w 39% przypadków trwa ono 14 dni lub dłużej. W pojedynczych przypadkach dziecko przebywa w pieczy zastępczej dłużej niż pół roku⁹.

⁵ R. Wiesner, w: R. Wiesner (red.), *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, München 2015, § 42 SGB VIII, Nb 1.

⁶ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 1.

⁷ K. Tillmanns, w: D. Schwab (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 8: Familienrecht II (§§ 1589–1921)*, SGB VIII, München 2012, § 42 SGB VIII, Nb 16.

⁸ Dane dostępne na stronie internetowej: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Soziales/Sozialleistungen/KinderJugendhilfe/Tabellen/Inobhutnahmen.html>.

⁹ Deutscher Bundestag Drucksache 17/12200, s. 353 – dostępne na stronie internetowej: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/122/1712200.pdf>; R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 5a.

3.2.1.2. Prośba dziecka o umieszczenie w pieczy zastępczej

Zgodnie z § 42 ust. 1 pkt 1 SGB VIII Jugendamt jest uprawniony i zobowiązany do umieszczenia w pieczy zastępczej dziecka, które o to poprosi. Przepis ten przyznaje dziecku uprawnienie do żądania umieszczenia go w pieczy zastępczej¹⁰, któremu odpowiada obowiązek Jugendamtu¹¹. Prośba dziecka nie jest oświadczeniem woli, nie ma więc znaczenia brak zdolności do czynności prawnych. Dziecko powinno jednak działać z dostatecznym rozeznanie¹², co wyklucza zastosowanie tego przepisu w odniesieniu do bardzo małych dzieci¹³. Dane Federalnego Urzędu Statystycznego wskazują, że umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej na własną prośbę w praktyce nie jest stosowane wobec dzieci poniżej trzeciego roku życia, znajduje już jednak zastosowanie wobec dzieci między trzecim a dziewiątym rokiem życia¹⁴. Ustawodawca przyznał dziecku uprawnienie do żądania umieszczenia go w pieczy zastępczej, aby zapewnić efektywną i szeroko dostępną ochronę interesów dziecka w sytuacjach konfliktowych. Z tego względu przyjmuje się, że nie można stawiać wysokich wymagań co do treści i formy żądania dziecka¹⁵. Jugendamt ma obowiązek umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej niezależnie od tego, czy uzna jego prośbę za uzasadnioną¹⁶. Wystarczającą podstawą umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej jest subiektywne przekonanie dziecka o potrzebie udzielenia mu ochrony¹⁷.

W literaturze zwraca się uwagę, że uprawnienie przyznane dziecku na podstawie § 42 ust. 1 pkt 1 SGB VIII może być wykorzystywane w celach niezgodnych z zamierzeniami ustawodawcy¹⁸. Wskazuje się jednak, że teoretyczna możliwość zwrócenia się dziecka z prośbą o umieszczenie w pieczy zastępczej z niewłaściwych pobudek nie powinna determinować kształtu przyjmowanych rozwiązań prawnych¹⁹.

Spoczywający na urzędzie obowiązek umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej na własną prośbę nie jest uzależniony od podania przez dziecko danych personalnych, w tym nazwiska. W szczególnych przypadkach umieszczenie w pieczy

¹⁰ K. Tillmanns, w: *Münchener Kommentar...*, § 42 SGB VIII, Nb 4.

¹¹ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 7a.

¹² B. Hoffmann, *Inobhutnahme im Sinne des § 42 SGB VIII*, JAmt – DAS JUGENDAMT – Zeitschrift für Jugendhilfe und Familienrecht 2012, s. 244; R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 7.

¹³ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 7.

¹⁴ W 2014 r. odnotowano 46 przypadków umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej na własną prośbę w grupie wiekowej 3–9 lat, 1.540 przypadków w grupie 9–14 lat, 3.719 przypadków w grupie 14–16 lat oraz 6.142 przypadki w grupie 16–18 lat. Przedstawione dane są dostępne na stronie internetowej: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Soziales/Sozialleistungen/KinderJugendhilfe/Tabellen/Inobhutnahmen.html>.

¹⁵ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 7a.

¹⁶ T. Trenczek, w: J. Münder, T. Meysen, T. Trenczek (red.), *Frankfurter Kommentar SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe*, Baden-Baden 2013, § 42 Nb 10; R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 7a.

¹⁷ Wyrok OVG Lüneburg z 18.09.2009 r., 4 LA 706/07, NJW – Neue Juristische Wochenschrift 2010, s. 311 i n.; wyrok OLG Zweibrücken z 9.02.1996 r., 5 UF 13/96, FamRZ – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1996, s. 1026 i n.; R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 7a; F. Czerner, *Probleme bei der Inobhutnahme gemäß § 42 SGB VIII*, „Zentralblatt für Jugendrecht“ 2000, s. 374; K. Tillmanns, w: *Münchener Kommentar...*, § 42 SGB VIII, Nb 4; Deutscher Bundestag Drucksache 13/11368, s. 271 – dostępne na stronie internetowej: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/13/113/1311368.pdf>.

¹⁸ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 8.

¹⁹ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 8.

zastępczej może nastąpić w sposób anonimowy²⁰. Zadaniem pracowników Jugendamtu jest wówczas zbudowanie takiej relacji z dzieckiem, aby zechciało ujawnić swoje dane²¹.

Prośba dziecka o umieszczenie go w pieczy zastępczej jest uznawana za oznakę istnienia trudnej sytuacji w rodzinie lub silnego konfliktu między dzieckiem a rodzicami. Jugendamt powinien niezwłocznie powiadomić rodziców o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej. Należy jednak podkreślić, że poinformowanie rodziców ma charakter następczy – jest skutkiem prawnym, a nie przesłanką umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej²². W praktyce w wielu przypadkach rodzice domagają się natychmiastowego wydania dziecka²³. Jugendamt nie ma obowiązku spełniania żądania rodziców²⁴. Jeżeli rodzice odmawiają udzielenia zgody na umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej, Jugendamt powinien zwrócić się do sądu rodzinnego. Urząd jest uprawniony do sprawowania opieki nad dzieckiem do momentu wydania orzeczenia przez sąd²⁵.

3.2.1.3. Nagłe zagrożenie dla dobra dziecka

3.2.1.3.1. Przestanki

Drugim przypadkiem, w którym Jugendamt jest uprawniony i zobowiązany do umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej, jest wystąpienie nagłego zagrożenia dla dobra dziecka. Jugendamt może umieścić dziecko w pieczy zastępczej, o ile rodzice się temu nie sprzeciwiają albo orzeczenie sądu rodzinnego nie może zostać uzyskane w odpowiednim czasie. Potrzeba umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej w związku z powstaniem nagłego zagrożenia dla jego dobra może zostać zgłoszona urzędowi przez osobę trzecią (np. przez policję, nauczyciela, krewnego lub sąsiada)²⁶.

Znaczenie kryterium „nagłości” zagrożenia budzi wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie²⁷. Najczęściej wskazuje się, że nie powinno ono być interpretowane jako powstanie ryzyka naruszenia interesów dziecka w bardzo krótkim czasie²⁸. Doznanie przez dziecko uszczerbku powinno być w normalnym toku okoliczności „wystarczająco prawdopodobne”²⁹. Powszechnie przyjmuje się, że im większy uszczerbek może powstać w razie nieumieszczenia dziecka w pieczy zastępczej,

²⁰ J. Winkler, w: Ch. Rolfs, R. Giesen, R. Kreikebohm, P. Udsching, *Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht*, Monachium 2015, SGB VIII § 42, Nb 2; R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 7a.

²¹ T. Trenczek, w: J. Mündler, T. Meysen, T. Trenczek (red.), *Frankfurter Kommentar SGB VIII...*, § 42 SGB VIII, Nb 10; T. Trenczek, *Inobhutnahme Krisenintervention und Schutzgewährung durch die Jugendhilfe*, Stuttgart 2008, s. 228.

²² R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 12.

²³ K. Tillmanns, w: *Münchener Kommentar...*, § 42 SGB VIII, Nb 4.

²⁴ K. Tillmanns, w: *Münchener Kommentar...*, § 42 SGB VIII, Nb 4; R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 36.

²⁵ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 70.

²⁶ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 10.

²⁷ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 11.

²⁸ Wyrok Bundesverfassungsgericht z 6.09.1974 r. (I C 17/73), *Neue Juristische Wochenschrift* 1975, s. 130; wyrok OVG Münster z 7.11.2007 r., BeckRS [beck-online] 2009, nr 32022.

²⁹ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 11.

tym mniejsze wymagania należy stawiać co do prawdopodobieństwa jego wystąpienia³⁰. Z tego względu uznaje się, że jeżeli istnieje ryzyko naruszenia szczególnie ważnych dóbr dziecka, nawet bardzo odległa możliwość wystąpienia uszczerbku może stanowić podstawę do umieszczenia go w pieczy zastępczej³¹.

Umieszczenie w pieczy zastępczej jest uzasadnione przede wszystkim, gdy dziecko z przyczyn losowych pozostaje bez opiekuna (np. w związku z wypadkiem drogowym rodziców lub pobytem rodzica samotnie wychowującego dziecko w szpitalu³²) bądź też znajduje się w pewnym obszarze zagrożenia (jak np. prostytucja czy narkomania). W orzecznictwie stwierdzono na przykład, że o zagrożeniu dla dobra dziecka można mówić w razie choroby psychicznej jednego z rodziców, która uniemożliwia pozostawienie dziecka wyłącznie pod jego pieczę, gdy drugi z rodziców ze względu na obowiązki zawodowe nie może sprawować całodobowej pieczy nad dzieckiem³³.

Umieszczenie w pieczy zastępczej co do zasady powinno być stosowane jedynie wówczas, gdy zagrożenia dla dobra dziecka nie można usunąć łagodniejszymi środkami³⁴. Przesłanką umieszczenia w pieczy zastępczej nie jest jednak bezskuteczne skorzystanie z łagodniejszych środków³⁵. Umieszczenie w pieczy zastępczej nowonarodzonego dziecka bez zgody rodziców jest dopuszczalne tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach³⁶.

3.2.1.3.2. Udział rodziców

W razie wystąpienia nagłego zagrożenia dla dobra dziecka Jugendamt powinien przed umieszczeniem dziecka w pieczy zastępczej poinformować rodziców o planowanych działaniach i umożliwić im zgłoszenie sprzeciwu. Zawiadomienie rodziców jest w tym przypadku przesłanką umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej przez urząd³⁷. Istnieje zatem istotna różnica między zasadami umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej w związku z wystąpieniem nagłego zagrożenia dla jego dobra oraz zasadami umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej na własną prośbę³⁸. W drugim przypadku zgoda rodziców ma charakter następczy i nie stanowi przesłanki umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej. Przyczyną wprowadzenia przez ustawodawcę takiego rozróżnienia jest to, że umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej na własną prośbę jest zwykle związane z jego konfliktem z rodzicami. Dlatego też efektywna ochrona interesów dziecka wymaga zapewnienia mu bezpośredniego dostępu do możliwości umieszczenia go w pieczy zastępczej³⁹. Z kolei w drugim przypadku

³⁰ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 11.

³¹ Wyrok OVG Münster z 13.11.2015 r. (12 A 1761/14), BeckRS [beck-online] 2015, nr 56317.

³² Wyrok VG München z 26.02.2014 r. (M 18 K 12.6173), BeckRS [beck-online] 2014, nr 52427.

³³ Wyrok OVG Münster z 13.11.2015 r. (12 A 1761/14), BeckRS [beck-online] 2015, nr 56317.

³⁴ J. Kepert, w: P.-Ch. Kunkel, J. Kepert, A. Pattar, *Sozialgesetzbuch VIII Kinder- und Jugendhilfe Lehr- und Praxiskommentar*, Baden-Baden 2016, § 42, Nb 27; K. Tillmanns, w: *Münchener Kommentar...*, § 42 SGB VIII, Nb 5.

³⁵ K. Tillmanns, w: *Münchener Kommentar...*, § 42 SGB VIII, Nb 5.

³⁶ K. Tillmanns, w: *Münchener Kommentar...*, § 42 SGB VIII, Nb 8; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 26.02.2004 r. w sprawie *Görgülü przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, „Neue Juristische Wochenschrift“ 2004, s. 3397; por. wyrok OLG Frankfurt a. M. z 21.12.2011 r. (2 UF 481/11), „Neuen Juristischen Online-Zeitschrift“ 2012/1627.

³⁷ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 35a.

³⁸ Zob. szerzej: R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 35a.

³⁹ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 12.

rodzice mogą nie zdawać sobie sprawy z tego, że dziecko pozostaje w stanie zagrożenia bądź też mogą nie być w stanie samodzielnie mu pomóc⁴⁰. Nie ma wówczas podstaw do odmawiania rodzicom prawa do uzyskania odpowiednich informacji przed umieszczeniem dziecka w pieczy zastępczej przez Jugendamt.

Zgodnie z wyraźnym brzmieniem § 42 ust. 1 pkt 2, Jugendamt może umieścić dziecko w pieczy zastępczej, jeżeli rodzice się temu nie sprzeciwiają. Milczenie rodziców jest zatem równoznaczne ze zgodą na umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej⁴¹. Taka interpretacja jest uzasadniona wyłącznie wówczas, gdy rodzice zostali w odpowiedni sposób poinformowani o działaniach planowanych przez urząd i nie ma wątpliwości co do tego, że zrozumieli znaczenie i możliwe skutki tych działań⁴².

W razie zgłoszenia przez rodziców sprzeciwu, jak również w przypadku gdy rodzice zajmują odmienne stanowiska i nie mogą dojść do porozumienia⁴³ bądź też nie udało się nawiązać z nimi kontaktu⁴⁴, Jugendamt powinien zwrócić się do sądu rodzinnego. Umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej jest jednak możliwe, niezależnie od sprzeciwu bądź braku stanowiska rodziców, jeżeli orzeczenie sądu rodzinnego nie może zostać uzyskane w odpowiednim czasie⁴⁵. Przez brak możliwości uzyskania orzeczenia sądu w odpowiednim czasie należy rozumieć sytuację, w której Jugendamt zwrócił się niezwłocznie do sądu⁴⁶, jednak ze względu na istniejące zagrożenie dla dobra dziecka umieszczenie go w pieczy zastępczej nie może zostać wstrzymane do czasu wydania orzeczenia przez sąd⁴⁷. Pole działania Jugendamtu zależy zatem w znacznym stopniu od dostępności sądu rodzinnego i jego gotowości do podjęcia decyzji. Zadaniem sądu rodzinnego nie jest badanie zgodności z prawem umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej⁴⁸ ani „potwierdzenie” bądź „odmowa potwierdzenia” decyzji o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej, lecz ustalenie jakie środki – krótko-, średnio- czy długoterminowe będą odpowiednie dla zabezpieczenia dobra dziecka⁴⁹. Sąd powinien wprawdzie wydać orzeczenie niezwłocznie (§ 1666 BGB)⁵⁰, jednak w literaturze podkreśla się, że sądy nie dają sprawom o umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej odpowiedniego priorytetu i nadmiernie wydłużają czas ich załatwiania⁵¹. Ponadto rozpoznanie sprawy przez sąd wiąże się zwykle z koniecznością wysłuchania dziecka, rodziców oraz pracowników Jugendamtu, co nie zawsze może nastąpić w krótkim czasie⁵². Czynniki te wpływają na wydłużenie okresu przebywania dziecka w pieczy zastępczej, co wiąże się z poważnymi konsekwencjami, w szczególności w odniesieniu do młodszych dzieci.

⁴⁰ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 12.

⁴¹ K. Tillmanns, w: *Münchener Kommentar...*, § 42 SGB VIII, Nb 6.

⁴² K. Tillmanns, w: *Münchener Kommentar...*, § 42 SGB VIII, Nb 6.

⁴³ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 15.

⁴⁴ § 42 ust. 3 zdanie trzecie SGB VIII; K. Tillmanns, w: *Münchener Kommentar...*, § 42 SGB VIII, Nb 16.

⁴⁵ K. Tillmanns, w: *Münchener Kommentar...*, § 42 SGB VIII, Nb 7; R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 70.

⁴⁶ Przyjmuje się, że spóźnione poinformowanie sądu rodzinnego przez Jugendamt nie powoduje automatycznie bezprawności umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej – zob. J. Kepert, w: P.-Ch. Kunkel, J. Kepert, A. Pattar, *Sozialgesetzbuch VIII Kinder- und Jugendhilfe...*, § 42 SGB VIII, Nb 95; wyrok OVG Berlin-Brandenburg z 4.03.2016 r. (OVG 6 S 60.15), BeckRS [beck-online] 2016, nr 43434.

⁴⁷ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 14.

⁴⁸ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 15a.

⁴⁹ K. Tillmanns, w: *Münchener Kommentar...*, § 42 SGB VIII, Nb 17; R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 46 oraz Nb 71.

⁵⁰ R. Ollmann, *Zum Geltungsbereich des § 42 SGB VIII (Inobhutnahme)*, „Zeitschrift für das gesamte Familienrecht” 2000, s. 263.

⁵¹ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 15a.

⁵² Wyrok OVG Berlin-Brandenburg z 4.03.2016 r. (OVG 6 S 60.15), BeckRS [beck-online] 2016, nr 43434.

Po upływie kilku tygodni Jugendamt może złożyć wniosek o wydanie przez sąd rodzinny tymczasowego zarządzenia pozwalającego na zastosowanie niezbędnych w danej sprawie środków⁵³. Urząd nie dysponuje jednak żadnymi instrumentami prawnymi, które pozwoliłyby na przyspieszenie wydania orzeczenia przez sąd. Jeżeli Jugendamt stwierdzi, że zagrożenie dla dobra dziecka minęło lub rodzice są w stanie sami udzielić dziecku odpowiedniej ochrony, powinien wydać dziecko rodzicom⁵⁴.

Od decyzji Jugendamtu o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej przysługuje skarga do sądu administracyjnego. Sąd administracyjny ocenia decyzję urzędu tylko pod względem jej zgodności z prawem. W razie uchylenia decyzji przez sąd, Jugendamt powinien ponownie rozpoznać sprawę⁵⁵.

3.2.1.4. Dziecko przybywające do Niemiec bez opieki

Zgodnie z § 42 ust. 1 pkt 3 SGB VIII Jugendamt jest uprawniony i zobowiązany do umieszczenia w pieczy zastępczej dziecka, które przybywa do Niemiec bez opiekuna i nie zatrzymuje się w Niemczech u osoby uprawnionej do opieki nad nim. Umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej nie jest w tym przypadku uzależnione od ustalenia, że jego dobro jest zagrożone. Przyjmuje się, że sam fakt, że dziecko samotnie przebywa w obcym kraju, nie mając możliwości porozumiewania się w ojczystym języku, stanowi dla niego zagrożenie⁵⁶. Przewidziane w § 42 ust. 1 pkt 3 SGB VIII uprawnienie urzędu do umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej nie odnosi się do dzieci przybywających do Niemiec w celach wypoczynkowych⁵⁷.

Zasadnicze problemy praktyczne w tej grupie przypadków rodzi prawidłowe określenie wieku osoby, którą Jugendamt zamierza umieścić w pieczy zastępczej⁵⁸. Umieszczenie osoby pełnoletniej w pieczy zastępczej jest bezprawne⁵⁹, dlatego też w razie jakichkolwiek wątpliwości Jugendamt powinien podjąć wszelkie środki niezbędne do ustalenia wieku⁶⁰, w tym w szczególności przeprowadzić badania stomatologiczne i lekarskie⁶¹. Jeżeli bez przeprowadzenia takich badań nie da się w sposób pewny stwierdzić wieku osoby przybywającej do Niemiec, jednak nie można wykluczyć jej niepełnoletności, Jugendamt umieszcza taką osobę w pieczy zastępczej do momentu uzyskania odpowiednich informacji⁶².

⁵³ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 15a.

⁵⁴ K. Tillmanns, w: *Münchener Kommentar...*, § 42 SGB VIII, Nb 16.

⁵⁵ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 70.

⁵⁶ Por. T. Trenczek, w: J. Münder, T. Meysen, T. Trenczek (red.), *Frankfurter Kommentar SGB VIII...*, § 42 SGB VIII, Nb 19; J. Kepert, W. Röchling, w: P.-Ch. Kunkel, J. Kepert, A. Pattar, *Sozialgesetzbuch VIII Kinder- und Jugendhilfe...*, § 42 SGB VIII, Nb 44; wyrok VGH München z 23.09.2014 r. (12 CE 14.1833, 12 C 14.1865), NVwZ-RR – Rechtsprechungs-Report Verwaltungsrecht 2014, s. 959.

⁵⁷ K. Tillmanns, w: *Münchener Kommentar...*, § 42 SGB VIII, Nb 8; R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 16.

⁵⁸ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 2a.

⁵⁹ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 16a.

⁶⁰ Por. wyrok VG Mainz z 7.05.2015 r. (1 K 694/14.MZ), BeckRS [beck-online] 2015, nr 46928; wyrok VGH München z 23.09.2014 r. (12 CE 14.1833, 12 C 14.1865), NVwZ-RR – Rechtsprechungs-Report Verwaltungsrecht 2014, s. 959.

⁶¹ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 16a; por. wyrok VG Göttingen z 17.07.2014 r. (2 B 195/14), BeckRS [beck-online] 2014, nr 57031; wyrok OVG Berlin-Brandenburg z 29.08.2012 r. (OVG 6 S 34.12, OVG 6 M 142.12), BeckRS [beck-online] 2012, nr 56700.

⁶² Wyrok VGH München z 23.09.2014 r. (12 CE 14.1833, 12 C 14.1865), NVwZ-RR – Rechtsprechungs-Report Verwaltungsrecht 2014, s. 959; wyrok VG München z 17.11.2014 r. (M 18 E 14.4704), BeckRS [beck-online] 2014, nr 100211; wyrok VG München z 6.10.2014 r. (M 18 E 14.3960), BeckRS [beck-online] 2014, nr 59534; R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 16a.

W wyniku nowelizacji SGB VIII z 28.10.2015 r.⁶³, wprowadzone zostały zasady rozlokowywania dzieci przybyłych do Niemiec bez opiekuna między Jugendamt działające na terenie całego kraju (§ 42a–42f SGB VIII). Zgodnie z przyjętą regulacją dziecko jest w pierwszej kolejności na krótki okres umieszczane w pieczy zastępczej przez Jugendamt właściwy dla miejsca, do którego przybyło. Pracownicy urzędu powinni ustalić, czy dziecko ma krewnych w Niemczech lub zagranicą i podjąć działania w celu połączenia dziecka z rodziną, chyba że zagrażałoby to jego dobru. Decyzja o połączeniu dziecka z rodziną powinna zostać podjęta z udziałem dziecka (§ 42a ust. 5 SGB VIII). Pracownicy Jugendamtu powinni także zbadać, czy dziecko przybyło do Niemiec z rodzeństwem lub z innym dzieckiem, z którym łączy je szczególnie bliska więź⁶⁴. Ustawodawca wprowadził zakaz rozdzielania dzieci w takich przypadkach, chyba że byłoby to sprzeczne z ich dobrem (§ 42b ust. 5 SGB VIII). Ponadto pracownicy Jugendamtu powinni ustalić, czy stan zdrowia dziecka pozwala na uwzględnienie go w procesie rozlokowywania w ciągu najbliższych 14 dni oraz czy z innych przyczyn uwzględnienie dziecka w procesie rozlokowywania naruszałoby jego dobro (§ 42a ust. 2 SGB VIII). Na podstawie uzyskanych informacji Jugendamt wskazuje dzieci, które mogą zostać skierowane do innych urzędów działających na terenie kraju. Procedura rozlokowywania dzieci została szczegółowo uregulowana w przepisach prawnych (§ 42b–42c SGB VIII). W wyniku przeprowadzonej procedury dziecko zostaje umieszczone w pieczy zastępczej przez odpowiedni Jugendamt (§ 42b ust. 3 SGB VIII), który powinien jak najszybciej podjąć działania zmierzające do ustanowienia dla dziecka opiekuna lub kuratora (§ 42 ust. 3 zdanie czwarte SGB VIII).

3.2.1.5. Zadania Jugendamtu wobec dziecka umieszczonego w pieczy zastępczej

W ramach umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej Jugendamt ma obowiązek udzielenia dziecku intensywnej pomocy socjalno-pedagogicznej⁶⁵. Dziecku należy również niezwłocznie umożliwić kontakt z zaufaną osobą w celu powiadomienia jej o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej (§ 42 ust. 2 SGB VIII). W związku z tym, że u podstaw umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej leży często konflikt między rodzicami a dzieckiem, pracownicy Jugendamtu powinni zasugerować kontakt z osobą trzecią, jak np. dalszy krewny, przyjaciel, sąsiad, nauczyciel czy osoba duchowna⁶⁶. Dziecko co do zasady samo kontaktuje się ze wskazaną przez siebie osobą. Rolą Jugendamtu jest jedynie umożliwienie kontaktu. Jeżeli dziecko zamierza skontaktować się z osobą, która może stwarzać zagrożenie dla jego dobra, Jugendamt powinien zapobiec nawiązaniu takiego kontaktu i zaoferować możliwość kontaktu z inną wybraną przez dziecko osobą⁶⁷.

⁶³ Bundesgesetzblatt I, s. 1802.

⁶⁴ Deutscher Bundestag Drucksache 18/5921, s. 26 – dostępne na stronie internetowej: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/059/1805921.pdf>.

⁶⁵ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 22.

⁶⁶ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 29; F. Czerner, *Probleme bei der Inobhutnahme gemäß...*, s. 373; T. Trenczek, *Inobhutnahme Krisenintervention...*, s. 219; K. Tillmanns, w: *Münchener Kommentar...*, § 42 SGB VIII, Nb 13.

⁶⁷ F. Czerner, *Probleme bei der Inobhutnahme gemäß § 42 SGB VIII*, s. 373; K. Tillmanns, w: *Münchener Kommentar...*, § 42 SGB VIII, Nb 13; R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 29.

W czasie przebywania dziecka w pieczy zastępczej Jugendamt jest uprawniony do podejmowania wszelkich czynności wymaganych dla ochrony jego interesów, w tym w szczególności do reprezentowania dziecka w sprawach dotyczących opieki medycznej czy terapeutycznej. Jugendamt powinien brać pod uwagę przypuszczalną wolę dziecka i rodziców (§ 42 ust. 2 zdanie czwarte SGB VIII). Umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej nie powoduje utraty władzy rodzicielskiej przez rodziców⁶⁸.

3.2.1.6. Umieszczenie dziecka w zamkniętym ośrodku

Ustawodawca przewidział możliwość zastosowania przez Jugendamt tzw. środków pozbawienia wolności (*Freiheitsentziehende Maßnahmen*), rozumianych jako umieszczenie dziecka w zamkniętej placówce (§ 42 ust. 5 SGB VIII)⁶⁹. Umieszczenie dziecka w zamkniętym ośrodku jest możliwe w razie istnienia zagrożenia dla życia lub zdrowia dziecka (w szczególności ryzyka popełnienia samobójstwa⁷⁰) lub osoby trzeciej⁷¹. W razie braku orzeczenia sądu dziecko nie może przebywać w zamkniętym ośrodku dłużej niż jeden dzień. Środki pozbawienia wolności są bardzo rzadko stosowane w praktyce⁷².

3.2.1.7. Środki przymusu bezpośredniego

Pracownicy Jugendamtu nie mogą stosować środków przymusu bezpośredniego⁷³. Jeżeli odebranie dziecka wymaga zastosowania takich środków, Jugendamt powinien zwrócić się o pomoc do policji⁷⁴. W razie wystąpienia nieodwracalnego zagrożenia dla życia lub zdrowia dziecka, każdy, a zatem także pracownik Jugendamtu, może podjąć odpowiednie działania w celu zapobieżenia wystąpieniu szkody (§ 32 i n. *Strafgesetzbuch*, § 227 i n. BGB).

3.2.1.8. Zakończenie pieczy zastępczej

Czas przebywania dziecka w pieczy zastępczej nie został określony w przepisach prawnych⁷⁵. Ustawodawca wskazał jedynie, że umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej ma charakter przejściowy i kończy się:

- 1) w chwili wydania dziecka rodzicom lub innym osobom uprawnionym do opieki oraz
- 2) w chwili wydania decyzji o udzieleniu pomocy w innej formie przewidzianej w ustawie (§ 42 ust. 4 SGB VIII).

⁶⁸ K. Tillmanns, w: *Münchener Kommentar...*, § 42 SGB VIII, Nb 15; R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 30.

⁶⁹ K. Tillmanns, w: *Münchener Kommentar...*, § 42 SGB VIII, Nb 19.

⁷⁰ F. Czerner, *Probleme bei der Inobhutnahme gemäß...*, s. 380 i n.

⁷¹ Wyrok Bundesverfassungsgericht z 14.06.2007 r. (1 BvR 338/07), „Neue Juristische Wochenschrift“ 2007, s. 3560.

⁷² K. Tillmanns, w: *Münchener Kommentar...*, § 42 SGB VIII, Nb 19.

⁷³ K. Tillmanns, w: *Münchener Kommentar...*, § 42 SGB VIII, Nb 20; R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 25.

⁷⁴ Deutscher Bundestag Drucksache 11/5948, s. 81 – dostępne na stronie internetowej: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/11/059/1105948.pdf>.

⁷⁵ T. Meysen, G. Schindler, *Schutzauftrag bei Kindeswohlgefährdung: Hilfreiches Recht beim Helfen* JAMT – DAS JUGENDAMT – Zeitschrift für Jugendhilfe und Familienrecht 2004, s. 462.

Dziecko nie ma uprawnienia do zakończenia pieczy zastępczej⁷⁶, nawet jeżeli zostało w niej umieszczone na własną prośbę⁷⁷. Zgodnie z § 91 ust. 1 nr 7 SGB VIII zarówno dziecko, jak i jego rodzice mogą zostać obciążeni kosztami umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej.

3.2.3. Pozostałe zadania

Poza umieszczeniem dziecka w pieczy zastępczej do tzw. innych zadań Jugendamtu należy m.in.: wydawanie pozwoleń na sprawowanie przez dany podmiot pieczy instytucjonalnej; udzielanie pozwoleń na przebywanie dziecka u osób sprawujących pieczę (w tym także pieczę całodobową), które nie są jego prawnymi opiekunami; sprawowanie nadzoru nad domami opieki; współdziałanie z ośrodkami opiekuńczymi; doradztwo w postępowaniu adopcyjnym; udzielanie porad i wsparcia osobom pełniącym funkcje opiekuna i kuratora.

Istotną część tzw. innych zadań Jugendamtu ma na celu udzielanie odpowiedniego wsparcia dzieciom pozamałżeńskim i ich matkom. Ustawodawca nałożył na urząd stanu cywilnego obowiązek niezwłocznego poinformowania Jugendamtu o urodzeniu się dziecka, którego rodzice nie pozostają w związku małżeńskim. Jugendamt powinien wówczas udzielić matce dziecka pomocy w ustaleniu ojcostwa i dochodzeniu roszczeń alimentacyjnych przeciwko ojcu dziecka (§ 52a SGB VIII). Uznanie ojcostwa może nastąpić bezpłatnie w siedzibie urzędu. Jugendamt prowadzi rejestr, w którym wpisywane są informacje o złożonych oświadczeniach o opiece nad dzieckiem oraz o orzeczeniach sądu dotyczących władzy rodzicielskiej odnoszących się do dzieci pozamałżeńskich. Matka dziecka może żądać wydania przez Jugendamt zaświadczenia o braku wpisów w rejestrze, którym może się posługiwać wobec urzędów administracji publicznej i sądów dla wykazania, że samotnie sprawuje opiekę nad dzieckiem (§ 58a SGB VIII).

W przypadkach przewidzianych w ustawie Jugendamt może pełnić rolę opiekuna albo kuratora (*Amtspflegeschaft, Amtsvormundschaft*) (§ 55–56 SGB VIII). Zadania z zakresu opieki i kurateli są wykonywane przez poszczególnych pracowników Jugendamtu na podstawie upoważnienia udzielonego im przez urząd. Przed wskazaniem pracownika mającego pełnić rolę opiekuna lub kuratora, Jugendamt ma obowiązek wysłuchania dziecka w sprawie wyboru konkretnej osoby do sprawowania tej funkcji, o ile wiek dziecka i stopień jego dojrzałości na to pozwalają (§ 55 ust. 2 SGB VIII). Pracownik działający jako opiekun lub kurator jest przedstawicielem ustawowym dziecka w granicach upoważnienia udzielonego mu przez Jugendamt. Powinien on utrzymywać osobisty kontakt z dzieckiem, wspierać jego wychowanie i starać się o zapewnienie dziecku odpowiedniej opieki na zasadach określonych w odpowiednich przepisach kodeksu cywilnego (§ 55 SGB VIII).

Do tzw. innych zadań Jugendamtów należy także współpraca z sądami, w tym w szczególności z sądami rodzinnymi (§ 50–52 SGB VIII). W literaturze podkreśla się, że Jugendamt zajmuje wobec sądu rodzinnego niezależną pozycję⁷⁸.

⁷⁶ K. Tillmanns, w: *Münchener Kommentar...*, § 42 SGB VIII, Nb 18; R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 54.

⁷⁷ R. Wiesner, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 42 SGB VIII, Nb 54.

⁷⁸ Deutscher Bundestag Drucksache 11/5948, s. 81 – dostępne na stronie internetowej: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/11/059/1105948.pdf>, s. 87; K. Tillmanns, w: *Münchener Kommentar...*, § 50 SGB VIII, Nb 1.

Sądy rodzinne co do zasady nie pełnią funkcji kontrolnej wobec Jugendamtów⁷⁹, poza przypadkami gdy urząd występuje jako opiekun albo kurator. Ustawodawca nałożył na Jugendamty obowiązek współdziałania w postępowaniu przed sądem rodzinnym w sprawach:

- 1) dotyczących opieki nad dzieckiem;
- 2) dotyczących ustalenia pochodzenia dziecka;
- 3) adopcyjnych;
- 4) dotyczących mieszkania małżonków oraz
- 5) dotyczących ochrony przed przemocą.

W pozostałych sprawach dotyczących dzieci i młodzieży Jugendamt powinien wspierać sąd rodzinny. Między obowiązkiem wspierania sądu a obowiązkiem współdziałania zachodzi istotna różnica. Wspieranie sądu rodzinnego jest interpretowane jako udzielenie sądowi pomocy w wykonywaniu jego zadań⁸⁰. Z kolei współdziałanie jest rozumiane jako aktywne uczestnictwo w postępowaniu sądowym, nakierowane na realizację własnych celów i zadań Jugendamtu⁸¹. Współdziałając w postępowaniu sądowym, Jugendamt wykonuje obowiązki nałożone na niego przez ustawodawcę⁸² (w tym przede wszystkim obowiązek działania w celu ochrony interesów młodych ludzi i ich rodzin) i nie musi stosować się do wskazówek udzielanych przez sąd⁸³.

Jugendamt powinien zwrócić się do sądu rodzinnego w każdym przypadku, gdy nie może własnymi środkami usunąć zagrożenia dobra dziecka i zapewnić mu ochrony (§ 8a SGB VIII).

4. KRYTYKA DZIAŁALNOŚCI URZĘDÓW

Działalność niemieckich urzędów do spraw dzieci i młodzieży, a w szczególności możliwość umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej przez Jugendamt, jest źródłem poważnych kontrowersji. Pracownikom Jugendamtów zarzuca się brak profesjonalizmu, zbyt powierzchowne badanie poszczególnych spraw, nadgorliwość, kierowanie się uprzedzeniami i podejmowanie decyzji w sposób subiektywny. Krytyka funkcjonowania urzędów w niemieckich mediach odnosi się zarówno do przypadków, w których pracownicy Jugendamtu wykazali się opieszałością i nie reagowali odpowiednio na sygnały zgłaszane przez nauczycieli, krewnych czy sąsiadów dziecka, jak i do spraw, w których Jugendamt bez wystarczającego uzasadnienia odebrał dzieci rodzicom⁸⁴. Wskazuje się również, że pracownicy urzędów dyskryminują imigrantów, a w przypadku małżeństw mieszanych faworyzują rodzica będącego obywatelem Niemiec.

Problemy związane z funkcjonowaniem niemieckich urzędów do spraw dzieci i młodzieży były w 2007 r. przedmiotem międzynarodowego sympozjum, w którego

⁷⁹ Niektóre działania Jugendamtu podlegają kontroli sądów administracyjnych. Dotyczy to przede wszystkim zadań należących do kategorii „świadczeń”.

⁸⁰ Por. F. Wapler, *Mitwirkung in gerichtlichen Verfahren – Vorbemerkungen*, w: R. Wiesner (red.) *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, München 2015, Nb 65.

⁸¹ F. Wapler, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 50 SGB VIII, Nb 7.

⁸² F. Wapler, w: *SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar*, § 50 SGB VIII, Nb 7.

⁸³ K. Tillmanns, w: *Münchener Kommentar...*, § 42 SGB VIII, Nb 5.

⁸⁴ M.-J. Leonard, *Schwarzbuch Jugendamt. Eine Streitschrift gegen die Masseninobhutnahmen durch deutsche Jugendämter*, Norderstedt 2010, s. 8–15.

wyniku przyjęto tzw. Deklarację Bamberską⁸⁵. W deklaracji zarzucono Jugendamtom naruszanie praw człowieka, w tym w szczególności naruszanie artykułów: 3, 5, 6, 8, 13 i 14 europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Wskazano, że działalność urzędów nie podlega w zasadzie żadnej kontroli oraz że Jugendamty ignorują orzeczenia sądów dotyczące prawa do opieki i kontaktów z dzieckiem. Liczne zarzuty odnosiły się bezpośrednio do umieszczania dzieci w pieczy zastępczej przez urzędy. W tym zakresie podkreślono przede wszystkim że:

- 1) Jugendamty nie traktują odebrania dziecka rodzicom jako ostateczności, w związku z czym umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej jest stosowane w przypadkach, w których wystarczające byłyby łagodniejsze środki;
- 2) w przypadku umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej Jugendamty zbyt rzadko korzystają z możliwości umieszczenia dziecka u dalszych krewnych;
- 3) samo odebranie dziecka rodzicom jest często dokonywane w nieludzki sposób;
- 4) urzędy nie starają się o szybki powrót dziecka do rodziców, lecz przedłużają procedury administracyjne i postępowania sądowe (niejednokrotnie odpowiednio manipulując dziećmi) w celu uzyskania dodatkowych korzyści finansowych;
- 5) Jugendamty odmawiają udzielania rodzicom informacji na temat dzieci;
- 6) pracownicy urzędów zabraniają dzieciom rozmawiania w języku innym niż niemiecki, w tym również komunikowania się z rodzicami w języku innym niż niemiecki, oraz stosują przemoc fizyczną w celu wymuszenia stosowania się dzieci do takich zakazów.

Z tych względów w deklaracji zaapelowano m.in. o wprowadzenie systemu efektywnej kontroli nad działalnością Jugendamtów, o przyjęcie procedur pozwalających na podejmowanie przez pracowników Jugendamtu decyzji w sposób obiektywny (np. konieczności potwierdzenia decyzji o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej przez dwóch ekspertów) oraz o ustanowienie rzecznika praw dziecka na szczeblu ogólnokrajowym.

Działalność Jugendamtów była także przedmiotem badań Parlamentu Europejskiego. W związku z bardzo dużą liczbą skarg na działalność urzędów i petycji wnoszonych przez rodziców, Komisja Petycji Parlamentu Europejskiego w 2012 r. przyjęła raport będący wynikiem badań siedmioosobowej delegacji Parlamentu Europejskiego⁸⁶. Członkowie delegacji podczas spotkania w Bundestagu w 2011 r. dyskutowali z przedstawicielami poszczególnych ministerstw, władz lokalnych, prawnikami i ekspertami o funkcjonowaniu Jugendamtów. Na podstawie uzyskanych informacji sformułowano szczegółowe zalecenia dotyczące m.in.: wprowadzenia odpowiedniego systemu odwoławczego od decyzji Jugendamtów na poziomie krajów związkowych oraz na poziomie ogólnokrajowym, umożliwienie dzieciom jak najczęstszych kontaktów z najbliższą rodziną, poprawę warunków spotkań

⁸⁵ Deklaracja jest dostępna na stronie internetowej: http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session4/DE/LCR_GER_UPR_S4_2009anx_BambergDeclaration.pdf.

⁸⁶ Raport jest dostępny na stronie internetowej: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0120+0+DOC+XML+V0//EN>.

rodziców z dziećmi w tym umożliwienie korzystania z pomocy tłumacza, udzielanie rodzicom informacji na temat działań podejmowanych wobec dzieci oraz udostępnianie rodzicom listy prawników zajmujących się prawem rodzinnym mających podwójne obywatelstwo. Większość zaleceń zawartych w raporcie, w tym nakaz wprowadzenia mechanizmów odwoławczych, nie została do tej pory zrealizowana.

Słowa kluczowe: dobro dziecka, Jugendamt, komisje do spraw pomocy, nagłe zagrożenie, piecza zastępcza, pomoc socjalna, zamknięty ośrodek.

Summary

Katarzyna Kryła-Cudna – *The German Child and Youth Welfare Office (Jugendamt)*

The activity of German child and youth welfare offices (Jugendamt) has recently been widely criticised. The offices have been criticised mainly for 'preventive' placement of children in respite care institutions or foster families and discrimination of immigrants. This article aims to present the basic rules of operation of Jugendamts. The first part discusses the issues relating to their organisational structure. The second one is devoted to the offices' tasks. In particular, Jugendamts' ability to place children in respite care is analysed. The German legislator provided for the office's possibility of placing children in respite/foster care in three cases:

- 1) when the child so requests;*
- 2) when this is justified by a sudden threat to the child's good;*
- 3) when the child arrives in Germany without a guardian and does not stay with a person authorised to provide care to him/her in Germany.*

The article discusses the reasons for placing children in respite/foster care in each of those situations, the issue of the office taking into account the parents' wishes and the legal consequences of placing a child in care. In the third part, the doubts connected with the offices' activity are presented. Special attention is devoted to problems indicated in the so-called Bamberg Declaration and the report adopted by the European Parliament.

Keywords: best interests of the child, Jugendamt, welfare commissions, sudden threat, respite care, social welfare, closed centre.

Carlos Martínez de Aguirre*

Same-sex marriage in Spanish law

I. The Introduction of same-sex marriage in Spanish law: a General Approach.

1. Introduction: a brief note regarding the Spanish legal system and the regional laws concerning same-sex couples. 2. The introduction of same-sex marriage in Spanish law. 3. The obstinacy of biology: legal differences between homosexual and heterosexual marriage. II. The theoretical debate about same-sex marriage: discrimination and the meaning of marriage. 1. Same-sex marriage and the principle of non-discrimination. 2. The meaning of marriage.

The institutionalization of same-sex relationships, mainly in its form of “same-sex marriage” is, without any doubt, one of the most controversial topics in current family law. A certain number of countries have legalized this, whilst a large majority have not: so, same-sex marriage has been accepted in North America and in many European western countries, with relevant exceptions such as Germany, Austria or Switzerland; it has had some success in Latin America and Oceania, and has been rejected in Eastern Europe and in Asia: more or less 23 countries out of 193 members of the United Nations have introduced same-sex marriage (12% of world countries). On the other hand, 21 more countries have institutionalized same-sex relationships, but outside of marriage, that keeps being an essentially heterosexual union in these countries. Words, and concepts, like discrimination, equal marriage, human dignity of homosexuals, have been used in the debate as kind of intellectual weapons. I would like to address this topic, which is still relevant for many countries, including the ones in which same sex marriage has been approved: this is the case of Spain, where we have had same sex marriage for more than ten years, since 2005. On the other hand, I will focus on same-sex marriage, because after its introduction in Spanish law, the regional laws regulating same-sex couples have become pointless.

This paper is organized in two sections: the first one, regarding the process of introducing same-sex marriage in Spanish law and its consequences; the second one, including some theoretical considerations about the meaning of marriage and the principle of non-discrimination.

* Professor of Civil Law. University of Saragossa (Spain). President of the International Academy for the Study of the Jurisprudence of the Family.

I. THE INTRODUCTION OF SAME-SEX MARRIAGE IN SPANISH LAW: A GENERAL APPROACH.

1. Introduction: a brief note regarding the Spanish legal system and the regional laws concerning same-sex couples.

The Spanish legal system follows the continental European model in its basic guidelines: the supremacy of written law over other legal sources, the very limited role of custom, and the existence of a flexible and open decision-making system (the so-called “general principles of law”). The judgements of the Supreme Court play an important role in the interpretation of written laws, but they themselves do not constitute a source of law.

The Constitution is the supreme rule of the Spanish legal system, which means that the laws of a lower status that contradict it are not legally valid (written or not, and whatever their source). It is a written Constitution that can only be modified by following the procedures established by the Constitution itself: neither the Constitutional Court nor the Supreme Court have the authority to change the Constitution. The duty of the Constitutional Court, as far as it refers to the Constitution, is limited on the one hand to interpreting it (wherein the Constitutional Court can act creatively, but at least in theory must respect the limits of interpretation, meaning that it cannot either repeal or modify the Constitutional rules) and on the other, to guaranteeing that it is not infringed by ordinary laws.

For the purposes of this paper, it should be emphasized that the Spanish legal system is a complex one, since different regional (“autonomous”) legal sub-systems are included in it, without the criteria regarding the distribution of competences between the central Parliament (*Cortes Generales*) and the autonomous legislators being clear¹. This question is important in relation to the legal regulation of same-sex marriage, as it has led to a legal system that is especially complex:

1. On one hand, the central Parliament (*Cortes Generales*) is the only body constitutionally competent to legislate on the personal aspects of marriage: this specifically means that it is the only body that can decide if two people of the same sex can marry. The Spanish legislator has so ruled through the 13/2005 Act of 1 July 2005.
2. On the other hand, a large number of regional acts regarding civil partnership have been approved: Catalonia (the 10/1998 Act on Civil Unions), Aragón (the 6/1999 Act on Unmarried Couples), Navarra (the 6/2000 Act for the Legal Equality of Unmarried Couples), Valencia (the 1/2001 Act on Civil Unions), Balears (the 18/2001 Act on Unmarried Couples), Madrid (the 11/2001 Act on Civil Unions), Asturias (the 4/2002 Act on Unmarried Couples), Andalusia (the 5/2002 Act on Unmarried Couples), Canary Islands (the 5/2003 Act on Unmarried Couples), Extremadura (the 5/2003 Act on Unmarried Couples), the Basque Country

¹ See de Pablo Contreras, in de Pablo *et al.*, *Curso de Derecho civil I*, vol. I, *Derecho Privado y derechos subjetivos*. (5th edition, Madrid, Edisofer, 2016), p. 87 et. seq., regarding the structure of the Spanish legal system and the distribution of competences regarding civil law.

(the 2/2003 Act on Unmarried Couples), Cantabria (the 1/2005 Act on Unmarried Couples) and Galicia (2/2006 Act of 14 July). These Acts have very different scope and content, but without exception all of them include both heterosexual and homosexual couples within their field of application. The constitutionality of these acts is doubtful, due to reasons of competence: in fact, the Constitutional Court ruled against the constitutionality of the Acts of Navarre, Valencia and Madrid (rulings 81/2013 of 11 April, 93/2013 of 23 April, and 110/2016 of 9 June).

This paper will deal with the 13/2005 Act, which accepts that two people of the same sex can get married. This Act is for general and direct application throughout Spain. The approval of this Act directly affects the regional acts regarding unmarried couples, at least as for the legal situation of same-sex couples: when the possibility to enter into a civil marriage is given to homosexual couples, it goes without saying that a specific legal regulation of same-sex partnership is no more necessary. From this point of view, the regional acts on unmarried couples have lost a large part of their meaning regarding same-sex relationships². And that is why this paper is going to focus mainly on same-sex marriage.

2. The introduction of same-sex marriage in Spanish law.

Spanish Marriage Law experienced a major change in 2005. This year, the Spanish Parliament passed two bills that affected two of the main legal features of marriage: the 13/2005 Act of 1 July 2005, providing for same-sex marriage, and the 15/2005 Act of 8 July 2005, providing for divorce “on demand”³. The 13/2005 Act abolished the requirement of the difference of gender of the prospective spouses. In light of the contents of the above-mentioned Act, today, in Spanish law, marriage is a union between two people, regardless their sex: indeed, according to Article 44 SCC, “*men and women are entitled to marry in accordance with the provisions of this Code. — Marriage shall have the same requirements and effects when both prospective spouses are of the same or different genders*”.

The Spanish Government presented the 13/2005 Act as a demand derived from the Spanish Constitution. The Preamble to the Act tries to justify this reform stating

² The same is true, from another perspective (that of the free dissolvability of civil partnerships), after the introduction of divorce on demand (i.e., without the need of alleging any legal ground) through the 15/2005 Act. See MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “El Nuevo matrimonio civil”, in *Novedades legislativas en material matrimonial* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007), p. 47 et. seq. for more information; a short explanation in English in MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “Family Law in Spain: Contractualisation or Individualisation”, in *Contractualisation of Family Law. Global Perspectives* (F SWENNEN ed., Springer, 2015), pp. 306 et seq. See also note 3.

³ According to the Spanish Civil Code –SCC– (Articles 86 and 81), divorce shall be granted by the Judge at the request of both spouses or only one of them, provided this request is made after the lapse of three months from the wedding: neither a specific ground for divorce nor an agreement between the spouses are needed to obtain the divorce. It follows that the mere groundless will of one of the spouses is enough: the Judge is not allowed to reject the request of divorce, provided this request fulfills the (merely) formal legal requirements. The Spanish legislature turned another screw towards the facilitation of divorce in 2015 when the *Cortes Generales* passed a bill that eliminated the need for a judicial decision granting divorce: if there is an agreement between the spouses, and children are not involved, a notarial deed is enough to get the divorce (Article 87 SCC, as modified by Act 15/2015 of 2 July). The English translation of the Spanish Civil Code, before the reform of 2015, is available at <http://derechocivil-ugr.es/attachments/article/45/spanish-civil-code.pdf> (last visited, 10 October 2016). Hereinafter, translations of the SCC come from this source.

that Article 32.2 of the Spanish Constitution⁴ allows the legislator to regulate “*relationships between couples in a different way (...) that provides an opportunity for new types of emotional relationships*”, considering marriage as “*a personal framework that allows those who freely adopt a sexual and emotional option with people of their own sex to develop their personality and exercise their rights under equal conditions*”; on the other hand, the Preamble invokes the constitutional principles of liberty, equality and free development of personality to put an end (according to the Preamble of the Act) to “*a long history of discrimination based on sexual orientation*”. We will return to some of these questions later, when developing the theoretical analysis of the topic.

The approval of the 13/2005 Act caused heated debate in Spain, with relevant critical voices coming from the Spanish institutional and legal world. The *Consejo de Estado* (State Council), in a report dated 16 December 2004 (requested by the government)⁵, was against the reform and expressed doubts about its constitutionality. The *Consejo General del Poder Judicial* (General Council of the Judiciary), which is the constitutional governing body of the courts, stated that the Bill –later approved as 13/2005 Act– was clearly unconstitutional⁶. There were reports against it from other relevant judicial institutions, including one prepared by the *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (Royal Academy of Jurisprudence and Legislation)⁷.

Regarding the parliamentary process, there was a disagreement between the two cameras that compose the Spanish parliament (*Cortes Generales*, composed of the Senate and the Congress of Deputies): whilst the Congress of Deputies passed the law, the Senate vetoed it, so the bill had to be definitely approved in a second reading in Congress. The law was passed by the *Cortes Generales* on 30 June 2005, published on 2 July 2005, and took effect the very next day, making Spain the third country in the world to allow same-sex marriage⁸.

The 13/2005 Act was appealed to the Spanish Constitutional Court on the grounds of unconstitutionality at the request of members of parliament and senators

⁴ “1. Men and women have the right to marry with full legal equality. 2. The law shall regulate the forms of marriage, the age at which it may be entered into and the required capacity therefor, the rights and duties of the spouses, the grounds for separation and dissolution, and the consequences thereof”. An English translation of the Spanish Constitution is available at <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionINGLES.pdf> (last visited, 10 October 2016).

⁵ Available (in Spanish) at: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2004-2628> (last visited, 10 October 2016).

⁶ Report dated 26 January 2005, available (in Spanish) at: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Estudio-sobre-la-reforma-del-Codigo-Civil-en-materia-de-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo> (last visited, 10 October 2016).

⁷ Report dated 1 March 2005, published in *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, No. 35 (Madrid, 2005), p. 937 et. seq.

⁸ The bibliography regarding this Act was abundant at the time of its approval, and mostly critical. See, amongst others, the contributions by Espejo, García Cantero, Hernández Ibáñez, Martínez Vázquez de Castro or Torralba in the *Libro-homenaje a Manuel Amorós*, I, (Madrid, 2006) pp. 1.461 et seq.; Martínez de Aguirre and de Pablo Contreras, *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, (Madrid, Rialp, 2007); García Rubio, “La modificación del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, *La Ley*, 6359 (2005); Carrión Olmos, “Reflexiones de urgencia en torno a las Leyes 13 y 15/2005”, *La Ley*, 6298 (2005); Valladares Rascón, “El derecho a contraer matrimonio y la Constitución”, *Aranzadi Civil*, 9–2005; Cerdeira Bravo de Mansilla, “¿Es constitucional, hoy, el matrimonio homosexual?”, *RDP*, March–April 2005; Ramos Chaparro, “Objeciones jurídico-civiles a las reformas del matrimonio”, *Actualidad Civil*, 10–2005; and de Amunátegui, “Argumentos a favor de la posible constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo”, *RGLJ*, July–August 2005.

from a parliamentary group that did not vote in favour of it. The judgement of the Court took more than seven years: on 6 November 2012, the Constitutional Court upheld the law with 8 support votes and 3 against. The decision of the Court has been criticised, even for authors that support same-sex marriage, because it relied on the so called “evolutionary interpretation” of the Spanish Constitution, whose Article 32 stated that “*men and women have the right to marry with full legal equality*”: this wording is consistent with the notion of marriage as a heterosexual union (in fact, this is the only Article in the Spanish Constitution that uses the words “men” and “women”: all other Articles referring to constitutional rights use words referred both to men and women: “everyone”, “no one”, “all”, “all human beings”, and so on⁹). On the other hand, through this “evolutionary interpretation” the Court arbitrarily changed the meaning of marriage, getting rid of heterosexuality as structural requirement of marriage¹⁰; by changing the meaning of marriage, the Court also changed the Constitution, without following the procedure of constitutional amendment set out by the Constitution itself.

Let us go now to the figures. The 13/2005 Act was presented as a response to a social need. The Government that proposed and supported this legal reform suggested that the number of people who would benefit from it was four million¹¹. Journalistic sources also spoke of one hundred thousand couples waiting for the approval of same-sex marriage¹². None of these widely differing figures seems to have been right, especially when we compare them with the actual number of same-sex marriages entered into in Spain since the approval of the law: on 2 July 2015, the Spanish national statistics institute revealed that 31,640 same-sex couples got married from the beginning of July 2005 (when same-sex marriage became legal in Spain) to the end of December 2014. This accounted for 1.72% of all marriages contracted in Spain in that time. There were 3,677 same-sex marriages in 2014 (2.2% of the total number of marriages that took place in Spain in 2014). These figures are certainly low compared to the one hundred thousand homosexual couples spoken of in the press, or the four million people spoken of by the government. If we look at the number of homosexual people or the number of marriages that took place since the entry into force of the Act, it does not seem that there was a real social need, but rather an artificially induced one. These figures allow us to venture a conclusion: the discrimination and injustice to which this Act was supposed to put an end, according to its Preamble, either had not really existed or had not been as sharply felt by the affected as was said, since those suffering from

⁹ Deeper on the debate about the constitutionality of the law, and the main arguments against the law, Martínez de Aguirre and de Pablo Contreras, *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, (Madrid, Rialp, 2007); and, in English, Martínez de Aguirre and de Pablo Contreras, “Four years of same-sex marriage in Spanish law: a discussion ranging from constitutionality to the obstinacy of biology”, *American University Journal of Gender, Social Policy, and the Law*, Vol. 19, no. 1, pp. 289 and seq.

¹⁰ See Martínez de Aguirre, “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre (matrimonio entre personas del mismo sexo)”, in Martínez Vázquez de Castro and Escribano Tortajada, *Comentarios a las sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2016), pp. 313 et seq..

¹¹ See the transcription of the press conference after the meeting of the Spanish Government that approved the Bill, in <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/ruedas/Paginas/2004/r0110040.aspx> (last visit, 10 October 2016).

¹² See *El Periódico de Aragón* of 30 September 2004 available at: <http://www.elperiodicodearagon.com/noticias/noticia.asp?pkid=141553> (last visit, 10 October 2016).

this discrimination decided not to make use of the instrument that the law offered them to avoid it. Same-sex marriage seems to be more a symbolic demand than a real need. The real issue at stake is the meaning of marriage¹³.

3. The obstinacy of biology: legal differences between homosexual and heterosexual marriage.

The 13/2005 Act allowed same-sex marriage through the introduction of a new second paragraph in Article 44 of the Civil Code: *“marriage shall have the same requirements and effects whether both parties are of the same or different sex”*. The article is a statement of equal treatment between same-sex and opposite-sex marriages. Consequently, the same 13/2005 Act replaced in the Spanish Civil Code the words reflecting heterosexuality with other words sexually neutral: “spouses: – in Spanish, *“cónyuges”* – instead of husband and wife, and “progenitors” – in Spanish, *“progenitores”* – instead of mother and father. The objective was therefore to make the differences disappear.

However, the Spanish Civil Code keeps attesting the legal link between marriage and procreation, as well as the relevance of heterosexuality in legal marriage. This can be found within the provisions that regulate the presumption of paternity of the husband (Articles 116 and 117 SCC)¹⁴. These articles of the Spanish Civil Code keep using the words “husband” and “wife” (and not “spouses”, as many of the Articles of the Spanish Civil Code relating to marriage do, in order to include same-sex spouses). And this is the final result of a conscious decision of the legislator, who explains the rationale behind this choice in the Preamble to the Act, with the following words: *“however, the reference to the couple composed of husband and wife remains in... the Civil Code, given that the de facto assumptions that these Articles refer to can only occur in the case of heterosexual marriages”*. Thus, there is a relevant legal difference between opposite-sex marriages and same-sex marriages in Spanish law, and this difference has to do with children (sons and daughters), who are the, so to speak, teleological element of family law¹⁵.

¹³ In the Spanish debate about same-sex marriage (but not only in Spain...), the discussion mainly focused on symbolic issues, as the dignity of homosexuals, or the principle of non-discrimination: in the second part of this paper we are going to address these topics. First, I would like to emphasize that, after the approval of same-sex marriage in Spain, some of the stronger supporters of same-sex marriage acknowledged that their objective was to change the institution of marriage: “At this point I have to admit (once we have won the battle) that I have always thought that those who opposed to same-sex marriage because this ‘denaturalized’ real marriage were right. Another thing is that many of us are happy with the denaturalization of this structure” (original in Spanish, author’s translation into English): GIMENO and BARRIENTOS, “La institución matrimonial después del matrimonio homosexual”, *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*. No. 35 September 2009, p. 19.

¹⁴ Article 116: “Children born after the marriage is performed and before three hundred days after the dissolution thereof, or after the legal or de facto separation of the spouses, shall be presumed to be children of the husband”.

Article 117: “If the child should be born within 180 days following performance of the marriage, the husband may destroy the presumption by declaring otherwise in a public instrument executed within six months of his becoming aware of the birth.

The cases where he should have expressly or implicitly acknowledged his paternity, or should have been aware of the woman’s pregnancy prior to performing the marriage shall be excepted from the foregoing, save when, in the latter case, such declaration in a public instrument should have been executed, with the consent of both spouses, prior to the marriage or subsequently thereto, within six months following the birth of the child”.

¹⁵ See Martínez de Aguirre, “The evolution of Family Law: Changing the Rules or Changing the Game?”, *BYU Journal of Public Law*, vol 30–2 (2016), pp. 244 et seq.

In this case, the legal affirmation of the equality between same-sex and opposite-sex marriages, needs to be adapted to the reality of the situation, using the sole argument of the evidence of the situation itself: only when there is procreation and therefore heterosexuality (procreation coming from the sexual intercourse between one man and one woman) can it be logical to establish that the husband is the father of the child his wife has given birth to. This presumption is based on solid biological facts (that children are the ordinary outcome of the sexual intercourse between men and women), and cannot remain without it. The presumption of paternity is not applicable to same-sex unions, because the sexual intercourse between two men or two women never produces a child. That is why the Spanish 2005 reform had no choice but to reserve the application of the presumption of paternity to marriages between a man and a woman. It follows that the presumption of paternity continues to recognize the connection between marriage, heterosexuality and procreation in current Spanish law¹⁶. Children make a difference¹⁷.

Nevertheless, the presumption of paternity has now been, so to speak, “imitated” through the new paragraph 3 of Article 8 of the 14/2006 Act on Assisted Human Reproduction Techniques (LTRHA), introduced by the 13/2007 Act. In accordance with this Article “*when the mother (user of the techniques) is married to another woman, and not legally or informally separated, the latter may declare before the Registrar of the Civil Register of the couple’s domicile that she consents to the fact that when her partner gives birth to the child, that the filiation between her and the child be determined in her favour*”. According to this Article, two married women could legally be “mothers” of the child born as a consequence of the use of those techniques: one of them because she gave birth, and the other insofar as she made the declaration that the Article refers to.

As a result, this regulation introduces a legal landscape that is certainly complex, as:

- a) Only heterosexual marriages can be parents either through natural means or through assisted reproduction techniques or finally through adoption.
- b) Two married women can be parents, but only through assisted reproduction techniques or through adoption.
- c) Finally, two married men can only be parents through joint adoption¹⁸.

Biology (nature) is at the base of this result: it is nature itself that prevents from a complete comparison not only between opposite-sex and same-sex marriages, but also between homosexual marriages made up of men and made up of women. So to speak, biology imposes here its force and its obstinacy.

¹⁶ de Pablo, “El Matrimonio y el Derecho Civil” in Martínez de Aguirre (ed.), de Pablo & A. Pérez Alvarez, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia* (5th ed., Madrid, Edisofer, 2016), pp. 76 and seq.

¹⁷ Regarding the repercussions of the legal reform for the law on filiation and the problems that it entails, see de la Cuesta Saénz, “La filiación en las reformas del Código civil”, in *La reforma del modelo de familia en el Código civil español* (Granada, Comares, 2005), pp. 133 et seq.

¹⁸ This last statement must be clarified: article 10 of the LTRHA clearly bans surrogate motherhood agreements; however the *Dirección General de los Registros y del Notariado* (General Directorate of Registries and Notaries) accepts the registration of children born out of Spain using this reproductive technique despite the decision of the Spanish Supreme Court upholding this ban, and stating that surrogacy is contrary to the dignity of women and the basic rules of Spanish public policy (Judgement of 6 February 2013): see Barber Cárcamo, “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *RCDI* 739 (2013), pp. 2905 and seq.; and “Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales”, *Derecho Privado y Constitución* 28 (2014), pp. 93 and seq.

II. THE THEORETICAL DEBATE ABOUT SAME-SEX MARRIAGE: DISCRIMINATION AND THE MEANING OF MARRIAGE.

The second part of this paper deals with the debate about same-sex marriage, focusing on two main points: the principle of non-discrimination, and the meaning of marriage.

1. Same-sex marriage and the principle of non-discrimination.

One of the arguments usually put forward in favour of same-sex marriage is the principle of equality and non-discrimination. In Spain, this principle has been widely used in the Preamble to the 13/2005 Act to justify the legal change.

The first point to stress is that the European Court of Human Rights did not find any discrimination in the fact that two people of the same sex are not allowed to enter into marriage¹⁹: the best known case is the case *Schalk and Kopf versus Austria* (6 June 2010), in which the ECHR rejects the idea that the non-recognition of same-sex marriage by one State entails unfair discrimination (mainly in its §§101 and 108²⁰), and states that Article 12 of the Convention does not impose an obligation on the European Governments to grant a same-sex couple access to marriage (§63). This opinion is sustained on subsequent Judgements of the EHRC: cases *Hamalainen versus Finland* (16 July 2014), *Oliari and Others versus Italy* (21 July 2015) and *Chapin and Charpentier versus France* (9 June 2016).

On the other hand, it is very doubtful that stating that marriage is an institution reserved for people of different sexes entails discrimination due to reasons of sex (or sexual orientation). Let us look at this point in greater detail.

We can begin the analysis by asking the following question: in classic family law, in which marriage always has been between a man and a woman, are homosexuals being discriminated against? The clearest answer would be, no, because a homosexual can enter into marriage with the same people and under the same conditions as a heterosexual: that is, with a woman (if he is a man) or with a man (if she is a woman): there is not any difference, there is not any discrimination. It would be discriminatory if homosexuals were stopped from marrying any person due to his or her sexual orientation. But this is not the case: a homosexual can

¹⁹ See an explanation of these judgements in the report of the *Consejo de Estado* and in the work of De Pablo, "La Constitución y la ley 13/2005, de 1 de julio, de reforma del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio", in Martínez de Aguirre and De Pablo, *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo* (above, note 9), pp. 98 and seq.

²⁰ "101. In so far as the applicants appear to contend that, if not included in Article 12, the right to marry might be derived from Article 14 taken in conjunction with Article 8, the Court is unable to share their view. It reiterates that the Convention is to be read as a whole and its Articles should therefore be construed in harmony with one another (see Johnston and Others, cited above, §57). Having regard to the conclusion reached above, namely that Article 12 does not impose an obligation on Contracting States to grant same-sex couples access to marriage, Article 14 taken in conjunction with Article 8, a provision of more general purpose and scope, cannot be interpreted as imposing such an obligation either.

...

108.... the applicants appear to argue that if a State chooses to provide same-sex couples with an alternative means of recognition, it is obliged to confer a status on them which – though carrying a different name – corresponds to marriage in each and every respect. The Court is not convinced by that argument. It considers on the contrary that States enjoy a certain margin of appreciation as regards the exact status conferred by alternative means of recognition".

marry anyone of the opposite sex, like everyone else. It would also be discriminatory if only homosexuals (and not heterosexuals) were stopped from marrying people of the same sex. However, in classic family law, neither homosexuals nor heterosexuals could marry people of their same sex. It would also be discriminatory if only men or only women could marry people of the same sex, but this is not the case either. Therefore, there would not be any discrimination from this point of view.

This conclusion could be challenged from the, so to speak, sexual orientation perspective: a homosexual is prevented from marrying the person he or she has chosen according to his or her sexual orientation, whilst a heterosexual can marry the person he or she has chosen according to his or her sexual orientation. In short, there would be unfair discrimination because a homosexual cannot marry the person he or she loves and wants to marry, because this person is of his or her same sex.

The problem is that this approach is based on a very problematic assumption: indeed, it assumes that the right to marry includes both same-sex and opposite-sex couples. It also assumes that the word “marriage” lacks any real meaning, from this point of view, so that it could include unions between two men and two women as well. Only on the assumption that marriage is an institution in which heterosexuality is not an essential requirement, one could conclude that denying two people of the same sex the possibility to marry is discriminatory. This leads us to a very different question, which is the meaning of marriage: and this is the real question underlying the debate about same-sex marriage.

Indeed, in this debate the issue at stake is not the dignity of gay and lesbian people: their dignity does not depend on the possibility of getting married to a man or a woman of their same sex: their dignity only depends on the fact that he or she is a human being. The real question is the meaning of marriage as such. As Justice Cordy said in his dissenting opinion in *Goodridge v. Department of Public Health*, “the Court has transmuted the *right* to marry into a right to change the institution of marriage itself... only by concluding that *marriage* includes the union of two persons of the same sex does the Court conclude that restricting marriage to opposite-sex couples infringes on the *right* of same-sex couples of *marriage*”²¹. So, the right to marry of same-sex couples implies the right to change the social and legal meaning of marriage, as Justice Cordy said.

So, we have to deal with the meaning of marriage, which is the real issue at stake.

2. The meaning of marriage.

A good starting point for this analysis could be the classic (i.e., previous to the recent legal changes) definition of marriage in the Dictionary of the Spanish Royal Academy of Language: in Spanish “*unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales*”; in English, “*the union of a man and a woman entered into through determined rites or legal formalities*”; we can find a very similar definition in the *Cambridge Dictionary of American*

²¹ *Goodridge v. Dep’t. of Pub. Health*, 798 N.E.2d 941, 984 (Mass. 2003) (Cordy, J., dissenting).

English: “a legally accepted relationship between a man and a woman in which they live as husband and wife”. So, from this grammatical (and semantic) point of view, heterosexuality forms part of the meaning of the word “marriage”. I would like to clarify this point. When we say that marriage is a union between a man and a woman, we are not indicating one of the possible meanings of the word “marriage”, but rather the meaning of the word itself. “Marriage” is precisely the word used to describe the long-term and committed union between a man and a woman, with sexual content and for that reason linked to procreation. This could be easier to understand by reversing the sequence: there is a social and human phenomenon that consists of the long-term, committed union between a man and a woman, related to procreation, and this social and human phenomenon is called “marriage”. So, “marriage” is the word we use for this type of union, which is heterosexual, and not for anything else.

At this moment, we could recall the wording of the Article 16 of the Universal Declaration of Human Rights, according to which *“men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family”*. This wording is consistent with the notion of marriage as a heterosexual union: in fact, this is the only Article in the declaration that uses the words “men” and “women”: all other Articles use words referred both to men and women: “everyone”, “no one”, “all”, “all human beings”, and so on.

If the union is between two men or two women it is not marriage, but another different human and social phenomenon, for the same reason that a sale without any price is no longer a sale but a donation, and saying that a donation is not a sale is not pejorative against the donation, but simply defining different legal concepts, subject to different legal rules. Stating that a union between two men or two women is marriage is like claiming that these unions are heterosexual ones: kind of a contradiction in terms. On the other hand, saying that they are different is not saying anything bad about same-sex unions, but simply distinguishing them from opposite-sex unions, which are, in fact, different.

However, are these situations really different? Is the obvious difference between same-sex and opposite-sex couples relevant, from the social and legal point of view? If so, what are the differences? The first and most basic difference derives from the very structure of the unions: man-woman in one case and man-man or woman-woman in the other. This, which is pretty obvious, reveals its importance when related to the biological and social consequences of the complementary nature of the sexes, and of the existence of sexual intercourse between the members of the couple. In the case of opposite-sex unions, the complementarity of the sexes means that the sexual intercourse between a man and a woman can result in the birth of new human beings, i.e., of new citizens: this gives these unions a particular, strong social value, compared to same-sex unions: in fact, same-sex unions cannot lead to the birth of new citizens not because of the pathology of the union (as if one of its members was infertile), but because of the structure of the union itself: so, same-sex unions have a much more limited social importance. Two men or two women may have sexual relations but **this alone** does not result in the birth of new human beings. A man and a woman may have sexual relations

and **this alone** may result (and in many cases does result) in the birth of new human beings. It is the structure and operation of the sexual union between opposite-sex people that produces these effects, without any need for the intervention of third parties. So, same-sex couples have a **non-procreative structure**, while opposite-sex couples have a **procreative structure**: let me underline again that same-sex couples are infertile not because a pathology of the relationship, but on account of the very structure of this relationship.

From a social point of view this is a very relevant difference between same-sex and opposite-sex couples, and it is also clear that the social importance of opposite-sex couples is far superior than that of same-sex ones. Society is more interested in heterosexual couples, first of all because citizens are born as a result of the, so to speak, internal dynamics of the relation itself (i.e., as a result of the sexual intercourse between the man and the woman composing the couple), and no citizens are born as a result of sexual intercourse in same-sex couples.

This is neither the product of the will of mankind, nor the fruit of the social environment or history, as if cultural evolution or a conscious decision of mankind had chosen this particular system of reproduction: this has been given to us by nature. We human beings are not very original in this point: the same pattern can be found in thousands of animal species. For instance, regarding hippopotamus, it would be very complicated to justify that the cultural evolution or a hetero-sexist prejudice have led them to differentiate between male and female hippopotami, and thus to sexual reproduction. At this level the distinction between male and female is natural, and is related to procreation.

Changing the perspective could be of help: from the point of view provided by the presence of a child (i.e., a son or a daughter), there is only a generating couple, and this couple consists of a man (only one man: the father) and a woman (only one woman: the mother). Thus, family law is about couples because family law is about children. Indeed, one of the main social aims of marriage is uniting the father to his children: as ancient Roman lawyers used to say, *mater semper certa est, pater vero is est quem nuptiae demonstrant* (the mother is always certain, the father is he whom the marriage indicates as such). If this presumption was applied to same-sex marriages, it wouldn't be a presumption any longer, but a legal fiction. family law is about having and raising children, and not only about raising children.

Losing the original meaning of marriage entails, in a first step, losing the reason for the social and legal benefits usually linked to marriage, and in a second step, losing the benefits themselves, and this way discouraging people from getting married. This is an effect very well known in economics, where according to Gresham's Law bad money drives out good (and both are "money": we use the very same word for both good and bad money); it is also well known in Trademark Law, where confusion of marks is bad for consumers inasmuch as can deceive them and deprive them of making informed purchasing decisions. Calling "marriage" both opposite-sex and same-sex unions would be considered as an infringement of Trademark Law, as it can cause confusion among the, so to speak, consumers of family models.

Słowa kluczowe: *małżeństwo osób tej samej płci, redefinicja małżeństwa, dyskryminacja osób o orientacji homoseksualnej, prawo rodzinne.*

Streszczenie

Carlos Martínez de Aguirre – *Małżeństwo osób tej samej płci w prawie hiszpańskim*

W artykule przedstawione zostało zagadnienie wprowadzenia do hiszpańskiego prawa instytucji małżeństwa osób tej samej płci oraz konsekwencji dokonanej modyfikacji. Na wstępie zaprezentowane zostały podstawowe założenia hiszpańskiego systemu prawnego wynikające w szczególności z podziału kompetencji ustawodawczych pomiędzy centralny parlament a organy autonomicznych regionów. W pierwszej części zaprezentowana została historia przyjęcia ustawy nr 13/2005 z 1 lipca 2005 r. wprowadzającej małżeństwo osób tej samej płci oraz sporu dotyczącego konstytucyjności wskazanej ustawy, rozstrzygniętego przez hiszpański sąd konstytucyjny orzeczeniem z 6 listopada 2012 r. W drugiej części opracowania zawarte zostały rozważania o różnicach (biologicznych jak również prawnych) pomiędzy małżeństwem osób odrębnej i tej samej płci. Rozważony został również argument o dyskryminacji (z powodu orientacji seksualnej) osób homoseksualnych uniemożliwieniem zawarcia małżeństwa z osobą tej samej płci. Na zakończenie zaprezentowane zostały teoretyczne rozważania dotyczące znaczenia małżeństwa, które zgodnie ze stanowiskiem Autora historycznie i semantycznie jest pojęciem odnoszącym się wyłącznie do związku osób o odmiennej płci. W opracowaniu przedstawiony został pogląd zgodnie z którym podstawowym celem zmiany dokonanej w 2005 r. była redefinicja prawnej i społecznej definicji małżeństwa.

Keywords: *same-sex marriage, redefining marriage, discrimination of persons with homosexual orientation, family law.*

Maciej Domański*

Divorce Requested by Spouse, Exclusively at Fault – the Family and Guardianship Code (Remarks on the Principle of Recrimination)

For over half a century, the application, structure and scope of the prohibition of granting a divorce, sought by the spouse who is exclusively at fault for the irretrievable break-down of marriage, known as the principle of recrimination¹, has been a recurring and serious topic discussed by family law scholars. The key points of dispute presented in literature and jurisprudence of the Supreme Court relate to the different interpretations of the concept of “exclusive fault” within the meaning of Article 56 §3 of the Family and Guardianship Code (FGC), February 25th 1964. This specifically refers to the subjectification or objectification of the criteria that justify the denial of consent of the innocent spouse.² Without limiting oneself to, as Szpunar put it, “casting a vote in this legal survey”,³ one needs to attempt analysing Article 56 §3 FGC from the sole perspective of its structure, which may facilitate addressing more specific problems.

According to the principle of recrimination, despite the existence of the positive prerequisite for a divorce (the irretrievable break-down of marriage) and the absence of negative prerequisites (a divorce being contrary to the best interests of the common minor children of the spouses or to the principles of public policy), a court may refuse to award a divorce that is requested by the spouse who is exclusively at fault for the irretrievable break-down of marriage. In this case, the legislator forbids a divorce irrespective of the fact that the bonds of marriage are irretrievably broken and there are no prospects for resuming married life, or exceptional circumstances that would justify the preservation of this, now long since defunct, marriage.

The rule which established a negative prerequisite for a divorce, in cases where the spouse requesting a divorce is solely at fault for the irretrievable break-down of

* PhD, Assistant Professor at the Department of Civil Law, Faculty of Law and Administration, Warsaw University and at the Institute of Justice.

¹ The concept of recrimination originates from the common law tradition and was introduced to Polish family law by Górecki (J. Górecki, *Rozwód. Studium socjologiczno – prawne*, Warsaw 1965, p. 219). Despite objections expressed by some of the contemporary legal scholars (see A. Szpunar, *Rozwód na żądanie małżonka wyłącznie winnego rozkładu* [in:] B. Kordasiewicz, E. Łętowska (Eds.), *Prace z prawa cywilnego wydane dla uczczenia pracy naukowej Profesora Józefa Stanisława Piętowskiego*, Ossolineum 1985, p. 329) the term “principle of recrimination” (Polish: *zasada rekryminacji*) is commonly used.

² See W. Stojanowska [in:] T. Smyczyński (Ed.), *System Prawa Prywatnego. Tom 11. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warsaw 2014, p. 69.

³ As to the possibility of granting *ex post* consent to the conclusion of a marriage, see A. Szpunar, *Glosa do wyroku SN z dnia 4 lutego 1985 r. (IV CR 557/84)*, NP 6/1986, p. 87.

marriage, was based on a moral principle.⁴ It was designed to oppose arbitrary cessations of marriage and deter individuals from not performing marital obligations.⁵ Consequently, the principle of recrimination was supposed to serve a preventative role⁶ and was designed to avoid the improper performance of marital obligations and attempt to avert individuals from benefiting from their blameworthy conduct. Had this norm been absent, a spouse could have caused the break-down of married life and later would have been able to take advantage of such break-down through effectively seeking the dissolution of the marriage. Some legal scholars consider that Article 56 § 3FGC implements the legal maxim *nemo turpitudinem suam allegans audiat*. This approach emphasises the repressive aspects of the discussed regulation: if a person is to be blamed for the break-down of marriage, they will be “punished” by the absence of granting a divorce.⁷

More recent works on the subject also underline that the rationale behind Article 56 §3 is to provide protection to the innocent spouse. As a rule, the principle of recrimination can be waived (which permits a court to grant a divorce) by the innocent spouse, who may consent to the divorce.⁸ This protection is however also of a moral nature, as the bonds of marriage have already been irretrievably broken. Accordingly, the only real consequence of granting such protection is, preventing the spouse exclusively at fault for the irretrievable break-down of marriage, from concluding another marriage.

The principle of recrimination is understood to be a legal remedy being the exception to the rule that the break-down of marriage is a prerequisite for a divorce.⁹ This is because the legislator, as a rule, accepts that inert and defunct marriages are undesirable phenomena.¹⁰ In these circumstances, the ability to start a new family that properly performs its social role is recognised as a greater value than the persistence of marriage purely on paper. On the other hand, in the case of a divorce sought by the spouse who is exclusively at fault for the existing situation, the legislator decided to acknowledge the primacy of “prevention” and the need to protect the innocent spouse.

The above justification, which originally guided the introduction of the principle of recrimination to Polish family law, has remained unchanged. There have however been subsequent changes made to the legal structure of an exception to the rule as embodied in this principle.

Pursuant to Article 30 § 2 of the Family Code (FC), a court was prohibited from granting a divorce if a divorce was requested by the spouse who was exclusively at fault for the irretrievable break-down of marriage, unless the other spouse

⁴ This reasoning was given, for instance, in the resolution of the Supreme Court of 26 April 1952, case no. C 798/51.

⁵ J. Gwiazdomorski, M. Grudziński, S. Kaleta, A. Wolter, *Założenia prawa rodzinnego w świetle Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej* [in:] *Zagadnienia prawne Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Materiały Sesji Naukowej PAN 4–9 lipca 1953 r. Tom III*, Warsaw 1954, p. 66.

⁶ A. Olejniczak, *Materiałnoprawne przesłanki orzeczenia rozwodu*, Poznań 1980, p. 99, W. Stojanowska [in:] *System...*, p. 688.

⁷ J. Górecki, *ibid.*, p. 246.

⁸ A. Olejniczak, *ibid.*, p. 99; Olejniczak, *System preferencji społecznych a prawo rozwodowe*, RPEiS 2/1977, p. 65.

⁹ J. Górecki considers this principle as an exception towards the fault principle: Górecki, *Wina rozwodu a moralność. Z rozważań nad zasadą rekryminacji*, 1/1965, p. 27.

¹⁰ J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warsaw 2012, p. 104; A. Olejniczak, *System preferencji...*, p. 60.

consented to the divorce. Article 30 § 2 also provided that a court was permitted to grant a divorce in the absence of such consent, however only in extraordinary circumstances and provided that the spouses had been separated from each other for a prolonged period of time. This rationale accepted that such an exception would apply if social interest justified a divorce in the given circumstance.¹¹

As a rule, the consent of the innocent spouse was a necessary requirement for granting the relief sought in an action for divorce. Only in exceptional circumstances was a court able to disregard the absence of consent: this was possible in situations in which an overarching value – social interest – justified the granting of divorce.

This structural concept evolved upon the entry into force of the Family and Guardianship Code. The legislator's intention was to abolish the use of social interest as grounds for granting a divorce. The explanatory notes to the Family and Guardianship Code emphasised "the argument that a divorce requested by the spouse, who is exclusively responsible for the break-down of marriage, should be granted because social interest demands so, is sufficiently far-fetched to be considered utterly unreasonable".¹² Since it was not considered in line with social interest to grant a divorce at the request of the spouse exclusively at fault, it was prohibited. It is therefore clear to see the problematic nature of using this justification as grounds for a divorce granted in the absence of consent of the innocent spouse.¹³ It is therefore evident that the change in law was driven by axiological arguments.

According to the model applied in the FGC, the waiver of the principle of recrimination was also made subject to consent given by the innocent spouse. The other exception to the basic rule, has however, been designed in a different way. A divorce may be granted if the refusal of consent to the divorce is assessed as being contrary to the principles of public policy.¹⁴

The difference between Article 30 § 2 FC and Article 56 § 3 FGC has profound consequences. Presently, a court may not declare a divorce in the absence of the innocent spouse's consent, even if granting a divorce would be justified from the perspective of social interest. This is due to the fact that, granting a divorce, is only possible if the behaviour of the innocent spouse, who fails to give consent to the divorce, is considered contrary to the principles of public policy.

¹¹ A. Olejniczak, *Materiałnoprawne przesłanki...*, p. 107; Z. Wiszniewski [in:] M. Grudziński, J. Ignatowicz (Eds.), *Kodeks rodzinny. Komentarz*, Warsaw 1955, p. 145; resolution of the Supreme Court, case no. C 798/51.

¹² *Uzasadnienie kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, Warsaw 1962, p. 47.

¹³ A. Olejniczak, *ibid.*

¹⁴ Notably, Article 30 §2 FC enabled the option of granting a divorce "despite the absence of consent". Article 56 §3 FGC, on its part, applies to the situation in which "a refusal of consent" is "contrary to the principles of public policy". "Refusal of consent" is a narrower term than "absence of consent" since the absence of consent includes both a refusal of consent (an action) and the non-existence of consent, understood as a consequence of a spouse's failure to express his/her position (an inaction). Grammatical interpretation of the said Article would lead to the conclusion that if the innocent respondent spouse remains inactive (neither exercises his/her option to give consent nor refuses the same), a divorce may not be granted because the inactive spouse's conduct does not involve a refusal of consent, which, if granted, may be assessed as contrary to the principles of public policy. In such a situation, the recrimination principle would apply without any exceptions. Literal interpretation would effectively dismantle the whole framework of exceptions to the principle of recrimination: it would exceptionally allow a divorce based on the innocent spouse's declaration of dissent and absolutely prohibit a divorce in the situation which the same spouse fails to express consent or dissent. In accordance to the above reasoning, a literal interpretation should be rejected, and the absence of consent should be understood as equal to the refusal.

The waiver of the principle of recrimination, when based on the assessment of the absence of the innocent spouse's consent, is frequently associated with the abuse of a legal right concept. In a decision of 7 December 1965, the Supreme Court held that "The innocent spouse may refuse his/her consent as a matter of right and exercising this right may not, as a rule, be considered contrary to the principles of public policy. A specific behaviour may only be considered an abuse of a legal right, if exceptional circumstances appear".¹⁵ This argument was also advanced by certain strands of legal scholarship.¹⁶ The Supreme Court referred to the abuse of a legal right concept in its subsequent rulings. The decision of 26 February 2002 explicitly stated that the interpretation of Article 56 § 3 FGC "corresponds with the interpretation of Article 5 of the Civil Code (CC) with respect to the prerequisite that a legal right application should conform with the principles of public policy".¹⁷

It is disputable whether there is an actual link between Article 56 § 3 FGC and an abuse of a legal right. According to the dominant, narrow understanding of the abuse of a legal right concept, the applicability of Article 5 CC depends on two elements: the existence of a substantive legal right and the exercising of such a right.¹⁸ Under the above doctrine, Article 5 CC does not apply to the assessment of behaviour, which is not a manifestation of the exercising of a legal right. In order to assume that Article 56 § 3 FGC is an example of the abuse of a legal right, one would need to accept that the absence of the innocent spouse's consent for a divorce is his/her exercising of the legal right to withhold consent to divorce. It seems impossible to create the right to give consent, since if such a right was created, it would be difficult to argue that a passive behaviour (a failure to exercise the legal right) is, in fact, an abuse of this right.

Considering the above, it seems unnecessary and not logically sound to use, in the context as discussed, the concept of a substantive legal right, namely the right to deny consent to a divorce, which would be available to the innocent spouse. A normative form of this right is hardly identifiable, as is a legal relation that may serve as its basis (it seems unnatural to construe the right to deny consent to a divorce as a consequence of the legal relationship of marriage). The nature of the obligation representing a correlation of such a right would be obscure, given the fact that the declaration in question is given to a court and its consequences appear only in the divorce proceedings (enabling a court to enter the judgment dissolving

¹⁵ Case no. CR 278/65, OSNC 7–8/1966, item 130; earlier, the Supreme Court arrived at a similar conclusion in the decision of 18 August 1965, case no. III CR 147/65.

¹⁶ Z. Wiszniewski [in:] M. Grudziński, J. Ignatowicz (Eds.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warsaw 1966, p. 260; S. Szer in a commentary to the Supreme Court's decision of 18 August 1965, case no. III CR 147/65, OSPiKA 4/1966, p. 184; A. Olejniczak, *Materiałnoprawne przesłanki...*, p. 108.

¹⁷ Case no. I CKN 305/01. The Supreme Court ruled in a similar fashion in the decision of 26 October 2000, case no. II CKN 956/99, published in OSP 2003/3/35 with a commentary by T. Smoczyński.

¹⁸ M. Pyziak-Szafnicka [in:] M. Safjan (Ed.), *System Prawa Prywatnego. Tom 1. Prawo cywilne – część ogólna*, Warsaw 2012, p. 887; T. Justyński, *Nadużycie prawa podmiotowego w polskim prawie cywilnym*, Crakow 2000, p. 66; according to further assessments, similar conclusions were found to be presented in the following literature: A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warsaw 2001, p. 152; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warsaw 2015, p. 106; T. Sokołowski [in:] A. Kidyba (Ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I, Część ogólna*, Warsaw 2012; S. Dmowski, R. Trzaskowski [in:] J. Gudowski (Ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warsaw 2014; A. Zbiegień-Turzańska [in:] K. Osajda (Ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warsaw 2016; M. Gutowski [in:] M. Gutowski (Ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz, Art. 1–449[11]*, Warsaw 2016.

a marriage). Another argument in opposition to the linking of Article 56 § 3 FGC with Article 5 CC, is directly the regulation of the Family and Guardianship Code. If it was assumed that such a case truly involves the abuse of a legal right, it would make Article 56 § 3 FGC redundant.

The rule laid down in Article 56 § 3 FGC is simple: the innocent spouse may, under law, give consent to a divorce, and thereby waive the principle of recrimination. The spouse may however, according to his/her discretion, refrain from making such a declaration (by way of either explicitly refusing consent or not expressing any decision at all), in the same way as they may refrain from making a declaration regarding, for example, their entry into a marriage, acceptance of an inheritance, or approval for a decision concerning the management of joint marital property taken by the other spouse. A decision to refuse consent to divorce, must however be assessed against the background of public policy principles; the same assessment is performed in respect to a behaviour preventing the fulfilment or non-fulfilment of a condition under Article 93 CC. If one disassociates abuse of a legal right from Article 56 § 3 FGC, this means that the rules governing the use of Article 5 CC, developed by jurisprudence, may only be applied to Article 56 § 3 FGC through cautious analogy and in a way that factors in specific features of the abuse of a legal right concept.

The interpretation of Article 56 § 3 FGC leads to the conclusion that the objective of eliminating “public interest” as a justification for granting a divorce (as indicated in explanatory notes to the Family and Guardianship Code) has not been attained.¹⁹ If drafters of the Family and Guardianship Code decided that – in certain situations – a refusal of consent to a divorce is contrary to the principles of public policy, they thereby accepted a scenario in which a failure to waive the principle of recrimination is also contrary to the principles of public policy; this, in turn, means that the principles of public policy (indirectly) justify the granting of a divorce. The accepted mechanism not only fails to achieve the desired goal but also is significantly more complicated and disputable.

The current solution features the key problem, that arguably is, a source of the interpretation of ambiguities, that have been troubling scholarship and courts since the Family and Guardianship Code entered into force. If the absence of an innocent spouse’s consent to divorce (which, according to the accepted interpretation, may take the form of either refusing consent or passively refraining from expressing any decision) may be considered, in certain circumstances, contrary to the principles of public policy, then (according to a dominant view) this means that a failure to give consent will be classified as illegal conduct.²⁰

Since the absence of the innocent spouse’s consent to a divorce may be illegal, an expression of such consent should be considered legal. By deciding that a refusal of consent is illegal (which means that the absence of consent may be “revoked” and a divorce granted), the legislator creates the duty to give consent to a divorce,

¹⁹ This was noted by A. Olejniczak in Olejniczak, *Materialnoprawne przesłanki...*, p. 113.

²⁰ W. Czachórski [in:] Z. Radwański (Ed.), *System prawa cywilnego*, t. 3, cz. I, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Ossolineum 1981, p. 533; Z. Banaszczyk [in:] K. Pietrzykowski (Ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warsaw 2015; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warsaw 2014, p. 202; P. Machnikowski [in:] A. Olejniczak (Ed.), *System Prawa Prywatnego. Tom 6. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warsaw 2014, p. 391 et seq.; M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warsaw 2014, p. 107.

stemming from the principles of public policy²¹ (if a norm stipulates that, in certain circumstances, a refusal of consent to a divorce is prohibited, then, in such circumstances, a grant of consent should be considered obligatory)²².

The conclusion that Article 56 § 3 FGC obliges the innocent spouse to express consent to a divorce is a fundamental weakness of this provision. The innocent spouse cannot be *required* to give his/her consent to the divorce and thereby “actively” enable the other spouse (who is exclusively at fault) to e.g. start a new family, even in the case of a long-lasting break-down of marriage, a mutual conflict and extreme animosity between the spouses. Understandably, such behaviour should be desired, and a spouse may allow the divorce. The court’s exercising of its discretion does raise concerns, in so far as the “penalisation” of a failure to exercise this option, even in the situation in which a divorce should objectively be granted.

The above structural defects seem to be the source of the interpretation ambiguities that have been long present in scholarship and jurisprudence. The practical guidelines regarding the judicial interpretation of Article 56 § 3 FGC were given in the resolution of the Supreme Court of 18 March 1968.²³ The resolution reads that “a negative moral assessment of the spouse who refuses his/her consent does not have to (and usually will not) involve the recognition of a refusal of consent to a divorce, as contrary to the principles of public policy”, while “a refusal of consent to a divorce, should be disregarded as contrary to the principles of public policy, whenever, in given circumstances, there are no considerations that guided the legislator to introduce the prohibition of a divorce requested by the spouse exclusively at fault. This could be the case, if there are no grounds to assume that the granting of a divorce may cause unwanted social and behavioural consequences affecting the integrity of family relations. The effectiveness of a refusal of consent to divorce in the light of the public policy principles, should be assessed not only on the basis of a thorough explanation and examination of the circumstances of the innocent spouse, but also should be based on the assessment of the situation of children born in the marriage and children of the spouse requesting the divorce (including their living conditions), as well as the situation of a person with *de facto* bond with his/her spouse.” It is evident from the above that the Supreme Court has adopted the objective concept of the assessment of refusal of consent to a divorce, based on the objective nature of the principles of public policy.

In many respects, the position expressed by the Supreme Court, should be deemed reasonable. Any conflict between a refusal of consent and the principles of public policy may only be objective in nature. No fault needs to be attributed to an actor, for the act to be considered illegal. A contravention of the principles of public policy, involves objective illegality, and the element of culpability is not required to consider a refusal of consent, contrary to the principles of public policy. This certainly does not mean that subjective factors, such as motives behind the refusal, are immaterial, however, the negative assessment of such factors is not required in

²¹ The emergence of this duty was noticed by A. Stelmachowski, p. 256.

²² For a theoretical interpretation of modal expressions, see A. Malinowski [in:] A. Malinowski (Ed.), *Logika dla prawników*, Warsaw 2010, p. 239.

²³ *Wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w zakresie stosowania przepisów art. 56 oraz art. 58 k.r.o.*, III CZP 70/1966, OSNC 5/1068, item 77.

order to consider a refusal of consent contrary to the principles of public policy.

The line of argument, presented above, does not solve the presented dilemma. The objectification of a refusal of consent, which needs to factor in the social context of a whole situation (which is suggested by the expression “in given circumstances”), does not change the fact that the behaviour of the spouse denying consent is assessed negatively. Even if the refusing spouse’s intentions are innocent, a court will consider that – in the given circumstances – absence of consent was illegal, being contrary to the principles of public policy. By doing so, a court confirms that in such circumstances the spouse was obliged to express consent to the divorce. This will happen in each and every case when a divorce is granted, at the request of the spouse, who is exclusively responsible for the break-down of marriage and when the innocent spouse does not consent to the divorce.

The presented consequences of the grant of a divorce seem to be an attempt at finding concepts that would enable subjectification of an assessment of the absence of consent of the innocent spouse.²⁴ There have been arguments, expressed both in legal scholarship and jurisprudence of the Supreme Court, for limiting the applicability of the above-discussed concept, solely to situations in which improper conduct can be attributed to the innocent spouse. Aleksander Wolter predicted that “a divorce will be available if both parties have conducted themselves in a morally reprehensible way. This juxtaposition also suggests that only serious allegations may be presented against the innocent spouse, who is not responsible for having caused the break-down of marriage: this is because the statement of reasons to a divorce judgment will in a way condemn also this spouse. Given the above, here it is not sufficient that a refusal objectively contravenes the principles of public policy; a subjective element is also needed...”²⁵. If one accepted that the absence of consent may be considered contrary to the principles of public policy, only if subjective elements *also* appear on the innocent spouse’s part, this would provide a better argument in support of the illegality of the innocent spouse’s behaviour and would make it easier to accept its key consequence, namely the existence of a duty to give consent in certain circumstances.

As far as the sense of justice is concerned, this consequence can be accepted more readily. It does however not change the fact, that even in circumstances that justify condemning the motive behind a refusal of consent, the innocent spouse is still required to perform an act, that in time will enable the spouse exclusively at fault to, e.g., enter into a legally recognised relationship with the person, with whom the “guilty” spouse had committed adultery. The subjective concept therefore only limits the scope, in which the exception to the recrimination principle may be applied and consequently, the number of situations in which divorce courts find themselves thrown into the above-presented confusion.

In summary, repeating arguments in support of the objective or subjective approach to the assessment of a refusal of consent to a divorce does not lead to any actionable resolution. The reason for this is the problem that is present in the

²⁴ Such attempts were made by the Supreme Court, for example in the decisions III CR 147/65, III CR 278/65, as per A. Stelmachowski, *Wina a zasady współżycia społecznego w procesie rozwodowym*, SP 26–27/1970, p. 246.

²⁵ A. Wolter, *Glosa do orzeczenia SN z dnia 18 sierpnia 1965 r., III CR 147/65*, OSPiKA 1966/4/93, p. 183.

structural core of Article 56 § 3 FGC. Considering the above, one must admit that the solution accepted in Article 30 § 2 FC was free from the deficiencies shown above. This is because Article 30 § 2 FC enabled a grant of a divorce, whenever objective reasons (social interest) justified doing so, without expressing any negative assessment of the innocent spouse's behaviour, that would inadvertently be associated with all the described consequences.

Notably, any possible alteration to Article 56 § 3 FGC, should be preceded by a multi-faceted review of the usability and purpose of maintaining the principle of recrimination, in contemporary social conditions. A re-writing of this principle is advisable, only as the next step that follows such a review. Moreover, an argument should be made that both the substantive and procedural aspects of divorce in the Polish law, need a more general revision.

Słowa kluczowe: rozwód, wina rozkładu pożycia, zasada rekryminacji, małżeństwo, prawo rodzinne.

Streszczenie

Maciej Domański – Rozwód na żądanie małżonka wyłącznie winnego w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym (uwagi o zasadzie rekryminacji)

W opracowaniu analizie poddany został problem konstrukcji zakazu orzekania rozwodu na żądanie małżonka, który ponosi wyłączną winę rozkładu pożycia – zasady rekryminacji (art. 56 § 3 k.r.o.). Przedstawione zostały różnice konstrukcyjne tej negatywnej przesłanki rozwodowej pomiędzy art. 30 § 2 kodeksu rodzinnego z 1950 r. a obowiązującym obecnie rozwiązaniem. Wskazano, że dokonana w 1964 r. zmiana miała niezwykle doniosłe konsekwencje. Uznanie, że w pewnych sytuacjach odmowa zgody na rozwód przez małżonka niewinnego może być sprzeczna z zasadami współżycia społecznego oznacza akceptację dla kwalifikacji takiego zachowania jako bezprawnego. Bezprawność odmowy wyrażenia zgody na rozwód przez małżonka niewinnego implikuje przyjęcie, że zachowaniem zgodnym z prawem (oczekiwanym przez ustawodawcę) jest wyrażenie takiej zgody. Konstruowanie obowiązku wyrażenia, przez małżonka niewinnego zgody na rozwód w celu np. umożliwienia małżonkowi wyłącznie winnemu zawarcia nowego związku małżeńskiego, budzi fundamentalne wątpliwości. Przedstawione niezwykle istotne mankamenty konstrukcyjne stały się przyczyną wątpliwości interpretacyjnych dotyczących art. 56 § 3 k.r.o. niezmiennie obecnych w doktrynie i orzecznictwie Sądu Najwyższego. W opracowaniu przedstawiony został postulat (po dokonaniu generalnej analizy użyteczności i celowości dalszego obowiązywania zasady rekryminacji) powrotu do konstrukcji przyjętej w art. 30 § 2 k.r.

Keywords: divorce, reason of breakdown of marriage, principle of recrimination, marriage, family law.

Justyna Włodarczyk-Madejska*

The course of divorce proceedings and the social and demographic characteristics of persons divorcing in 2015 against the background of case file research

INTRODUCTION

The concepts of marriage, family and divorce, and their social perception have undergone changes.¹ According to P. Szukalski, “The changes affecting marriage and family only reflect changes in the social, economic and demographic context of the modern world”². The above is manifested in legal regulations and in public opinion on the concepts; this thus has an effect on the number of contracted marriages and divorce decrees. In Poland, marriage³ has traditionally been a prominent factor in the development of families⁴, however, since the last decade of the 20th century, public tolerance of both non-formalised relationships between couples and of divorce has been on the rise. Moreover, the opinion that applicable divorce laws are “overly liberal” has also become less prevalent since the beginning of the same period⁵.

In the late 1980s and early 1990s, the average number of marriages contracted annually in Poland was 250,000. In 2002, the number of new marriages decreased to approx. 192,000. An analysis of the data shown in Chart 1 reveals an upward trend for the years 2005–2009 (from 206,916 to 250,794) and a systematic decrease, starting in 2009 (with 188,832 marriages recorded in 2015). The only exception to this trend is the year 2014, in which the number of marriages slightly increased after a five-year period of decrease.

* Assistant at the Department of Criminology of The Institute of Law Studies of the Polish Academy of Sciences and specialist in The Institute of Justice

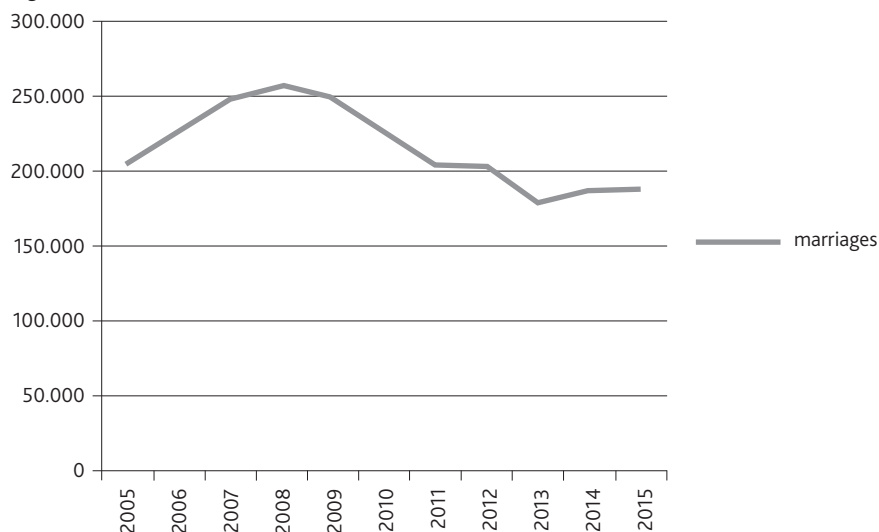
¹ For a synthetic but exhaustive presentation of this issue, see T. Szlendak, *Socjologia rodziny. Ewolucja, historia, zróżnicowanie*, Warsaw 2012, and in particular the book's chapters four (*History of the family in Western culture*) and five (*The contemporary family*) – pp. 299–502.

² P. Szukalski, *Małżeństwo. Początek i koniec*, Łódź 2013, p. 28 and the literature cited therein.

³ In the post-war period, there has been an observed decrease in the attractiveness of marriage relationships. With its relatively high marriage ratio, Poland was an exception to this rule until the 1970s (as in P. Szukalski, *Małżeństwo*, p. 46).

⁴ According to the 2011 National Census, 55.8% of persons above 15 years of age were married, 28.8% of such persons were single, 9.6% were widowed and 5% were divorced. See GUS [Central Statistical Office of Poland], *Ludność. Stan i struktura demograficzno-społeczna. Narodowy Spis Powszechny Ludności i Mieszkań 2011*, Warsaw 2013, pp. 61–62.

⁵ P. Rydzewski, *Postawy wobec rozwodów w Polsce w latach 1990*, *Studia Demograficzne* 1999 (1).

Chart 1.Marriages contracted in Poland, 2005–2015⁶

Data from the Central Statistical Office indicate that in recent years more marriages are dissolved than contracted. The main reason here is the death of a spouse (70% of the cases). However, in the remaining 30% of the cases, marriages end by way of divorce. In the 1990s and in the early 21st century, these two percentages were 80% and 20%, respectively⁷. The data shown in Chart 2 display three general trends: an increase in the number of divorces in 2005–2006 (up to the level of 71,912), a post-2006 decrease (61,300 divorces recorded in 2010) and a repeated increase after 2010. In 2015, 67,296 couples divorced in Poland.

The statistical characteristics of divorces after the year 2000 significantly differ from those from the preceding century⁸. For example, in 1950 and 1979, 11,125 and 40,322 divorces were recorded, respectively.⁹ These figures are, 83 and 40 percentage points (pp) less, respectively, than in 2015.

Among many thematic analyses of the phenomenon of divorce, the 1990s-focused study by P. Rydzewski should be mentioned.¹⁰ The study did show that there was a connection between the education, income, life outlook and place of residence of spouses and the risk of marriage breakdown. The social and demographic characteristics of divorcing persons are thus crucial and should be studied.

⁶ Authors' own elaboration based on data from the Central Statistical Office.

⁷ Główny Urząd Statystyczny, *Małżeństwa oraz dzietność w Polsce*, pp. 1–7, <http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ludnosc/ludnosc/malzenstwa-i-dzietnosc-w-polsce,23,1.html>.

⁸ The option to dissolve a marriage by way of divorce in the whole territory of Poland was created with the entry into force of the "Family Law" Decree of 25 September 1945, Journal of Laws No. 48, item 270.

⁹ F. Adamski, *Socjologia małżeństwa i rodziny. Wprowadzenie*, Warsaw 1982, p. 270.

¹⁰ P. Rydzewski, *Ryzyko rozpadu małżeństw w Polsce. Empiryczne implikacje teorii Levingera*, Studia Demograficzne 2002 (1). This study revealed that the larger the town where the spouses lived, the more left-wing their political preferences were and the higher their income was, the higher the risk was of their marriage breaking down. Rydzewski found that a high risk of marital breakdown existed most frequently in the regions of central Poland and Silesia. He observed a somewhat lower risk in the western, eastern and Pomeranian regions and found that the lowest risk of divorce was associated with living in the north-eastern, Lesser Poland and Greater Poland regions. The hypothesis that assumes a correlation between the risk of marital breakdown and the age of spouses was not confirmed in this study.

Chart 2.The number of divorces in Poland, 2005–2015¹¹

The information presented in this paper is based on certain conclusions of a study performed by the Institute of Justice, which focused on the costs of court proceedings in divorce cases. The study covered the case files of 400 cases from 15 courts, selected at random from the pool of divorce cases heard in the first instance by Regional Courts [*sądy okręgowe*] in 2015.

GENERAL INFORMATION ON THE STUDIED DIVORCE PROCEEDINGS

Petitioner

In approx. 71% of the cases, a divorce petition was submitted by a woman.

Table 1. The person petitioning for divorce		
	No.	%
Woman	282	70.5
Man	118	29.5
Total	400	100.0

Divorce actions brought by men amounted to less than 30% of all divorce proceedings. The tendency for women to seek divorce more frequently has also been observed by other researchers¹².

¹¹ Authors' own elaboration based on data from the Central Statistical Office.

¹² For instance, a study of 107 divorcing persons attending the Family Diagnostic and Counselling Centre in Elbląg, performed by Plopa (M. Plopa, *Psychologia rodziny. Teoria i badania*, Kraków 2007, p. 156) showed

Remedies sought in a divorce petition

Dissolution of the marriage and the determination of the spouse at fault for the disintegration of matrimonial life

As well as seeking the dissolution of their marriage, petitioners most frequently asked the court to refrain from determining which party was at fault for the disintegration of matrimonial life. Approximately only one in five divorce petitions contained a request for a fault-based divorce. In only three cases, petitioners argued that both parties were at fault; in the remaining cases petitioners asserted that the respondent was at fault. Men most frequently sought a non-fault based divorce (a 13-pp difference with women) and less frequently asked the court to determine that a female respondent was at fault (a 12-pp difference). Similar conclusions were arrived at in Domański's study of divorce proceedings in which parental responsibility was awarded to one of the parents. 64.4% of the studied persons requested a non-fault based divorce; Domański did not note any substantial gender-specific difference in the percentage of petitions filed for a fault-based divorce. He did note, however, that men tended to seek a non-fault based divorce more often than women, which is consistent with the findings of the above-mentioned studies¹³.

Table 2.
Petitioner's request regarding the determination of fault

	Petitioner				Total	
	Woman		Man			
	No.	%	No.	%	No.	%
A non-fault based divorce sought	205	72.7	101	85.6	306	76.5
Divorce sought on the basis of the respondent's fault	73	25.9	16	13.6	89	22.3
Divorce sought on the basis of both parties' fault	2	0.7	1	0.9	3	0.8
Other*	2	0.7	0	0	2	0.5
Total	282	100	118	100	400	100

The "other" category includes two separation petitions submitted by women.

Minor children of the parties and requests for the award of parental responsibility

45% of the divorcing married couples had minor children together.

that 67% of the filed divorce petitions originated from women, compared to 33% filed by men. Similar results were revealed by the Institute of Justice's own study, led by Domański (M. Domański, *Powierzenie wykonywania władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców w wyroku rozwodowym*, p. 5 http://www.iws.org.pl/pliki/files/IWS_Doma%C5%84ski%20M._Powierzenie%20wyk.%20w%C5%82%20rodz%20jednemu%20z%20rodzic%C3%B3w%20w%20wyroku%20rozwodowym.pdf). In cases where the court awarded parental responsibility to one of the parents, the relevant figures were 79% (women) and 21% (men), while in cases where the exercise of parental responsibility was awarded to both parents who shared custody on an alternating basis, these percentages were 70% for women and for 30% for men. Łobodzińska ascertained that as recently as in the 1960s it was the man who generally filed for divorce, typically leaving his existing partner for another (B. Łobodzińska, *Rodzina w Polsce*, Warsaw 1974, pp. 149–150).

¹³ M. Domański, *Powierzenie wykonywania władzy*, p. 15.

Table 3.
The number of couples' minor children as at the date of the divorce petition

	No.	%
None	180	45.0
One child	144	36.0
Two children	55	13.8
Three children	5	1.3
No data available	16	4.0
Total	400	100

Nearly one in three married couples had one minor child together, and one in seven had two such children. Five couples had three minor children together at the time the divorce action was brought.

In 110 petitions (which is 50% of the cases where spouses had minor children together), petitioners sought the award of parental responsibility to the mother and demanded the limitation of the father's parental responsibility (obviously, such an arrangement was considerably more often requested in petitions filed by women – a difference of almost 40 pp). In 40% of the petitions, petitioners sought the award of parental responsibility to both parents. In 9 petitions, the father asked for the award of the exercise of parental responsibility and for the limitation of the mother's parental responsibility. Within the "other" category, the most frequent request was for the award of parental responsibility to the mother and for the father to be deprived of parental responsibility. In total, this was sought in 9 petitions, including 8 brought by the wife.

Respondent's answer

The majority of respondents (68.8%) did not contest the divorce petition. One in five respondents expressed their conditional consent to divorce; in this group, more than half agreed not to contest the petition if the petitioner was named the party at fault for the disintegration of matrimonial life.

The absence of consent, defined as a motion to dismiss the petition, was recorded in 6.4% of the proceedings.

The respondent's answer to the petition concerning the ascertainment of fault for the disintegration of matrimonial life "depended on" the position expressed by the petitioner. If a petition included a motion for a no-fault divorce, in 80.7% of the cases the petition was fully consented to by the respondent. As a rule, respondents gave conditional consent to a petition with a request for a divorce resulting from the fault of the respondent or that of both spouses (in 53.3% and 100% of the cases, respectively). In some instances, this consent was given on the condition that the petitioner was named the party at fault.

Only in 88 out of the 400 reviewed cases did the files not reveal any conflict between the parties to the proceedings and, *as a consequence, there was no indication of the causes of the disintegration of matrimonial life that would suggest a spouse's responsibility for*

such a disintegration. In other cases, the following culpable causes of the disintegration of matrimonial life were given: abuse of alcohol or alcohol dependence (108 cases), violent behaviour (92 cases) and adultery (46 cases)¹⁴. Almost one in three marriages broke down for reasons that were not caused by any party's fault: in 179 cases, a note was made of disagreements, incompatibility of characters or different life objectives present in the marriage¹⁵. In 75 cases, both culpable and not culpable causes of the disintegration of matrimonial life were recorded. In this category, apart from the incompatibility of characters, other factors, namely alcoholism or violence, appeared in a total of 43 cases.

Table 4.
Respondent's answer to the submitted petition (391 cases studied)

		Petitioner's request regarding the determination of fault								Total	
		A non-fault based divorce sought		Divorce sought on the basis of the respondent's fault		Divorce sought on the basis of both parties' fault		Other			
		No.	%	No.	%	No.	%	No.	%	No.	%
Respondent's answer to the submitted petition	Full consent (uncontested divorce)	243	80.7	18	21.2	0	0	0	0	261	66.8
	Conditional consent	0	0	36	42.4	2	66.7	1	50.0	39	10.0
	Consent if the petitioner was named at fault	30	10.0	11	12.9	1	33.3	0	0	42	10.7
	Absence of consent (contested divorce)	17	5.6	8	9.4	0	0	0	0	25	6.4
	Other	11	3.7	12	14.1	0	0	1	50	24	6.1
Total		301	100	85	100	3	100	2	100	391	100

Outcome of the proceedings

In the majority of the proceedings (393), courts ordered a divorce. In 5 cases, judicial separation was decreed; in one case, a petition was dismissed and in another the proceedings were discontinued. In only 10% of the reviewed cases there was a written justification of the issued decision¹⁶.

¹⁴ Domański observed similar reasons for divorce in his studies. As the most frequent causes, he listed the husband's alcoholism or alcohol abuse (38.1%), the husband's physical or psychological abuse of family members (21.3%) and adultery (27.5%) – cf. M. Domański, *Powierzenie wykonywania władzy*, p. 16. Similar causes of the disintegration of matrimonial life have also been shown in other studies. For example, Adamski named the main two: a spouse's adultery and alcoholism (the latter was usually associated with the husband) – cf. F. Adamski, *Socjologia małżeństwa*, pp. 270–271.

¹⁵ Zieliński noted that the incompatibility of characters (along with alcoholism and adultery) is the cause of the disintegration of matrimonial life most frequently cited in divorce petitions (cf. A. Zieliński, *Rozwody. Materialnoprawne podstawy rozvodu oraz postępowanie odrębne w sprawach o rozwód*, Warsaw 2013, p. 31).

¹⁶ On average, the justification of a decision issued in a reviewed case was 8.4-pages long, with half of the justifications shorter than 8 pages. The shortest justification had 2.2 pages, the longest had 18.7 pages. The aforementioned study by Domański revealed a similar percentage of decisions substantiated in writing (15%) – M. Domański, *Powierzenie wykonywania władzy*, p. 15.

In more than half of the decisions issued, courts ordered the payment of spousal and/or child maintenance. In most cases (94%), a maintenance order was issued in situations where the parties had minor children together. In 13 proceedings, spousal maintenance was awarded.

An award of parental responsibility was recorded in 89% of the cases, while 56% of divorce decisions included a child contact arrangement.

In 81 cases, courts ruled on the fault for the disintegration of matrimonial life. Notably, courts more often undertook to determine fault in cases where there were no minor children (a 6-pp difference).

Only exceptionally did a divorce decree include information about a former spouse's eviction from the matrimonial home or the division of matrimonial property.

Table 5.
Court's ruling in the decision issued in a case

		Did the parties have minor children together at the moment the petition was filed?			Total
		Yes	No	No data available	
Matters decided in the court's ruling:	Maintenance obligation	196	13	0	209
	Parental responsibility	195	0	4	199
	Child contact arrangements	124	0	2	126
	Fault for the disintegration of matrimonial life	38	43	0	81
	Eviction	4	8	0	12
	Division of marital property	5	0	4	9

Appellate review and duration of proceedings

Seventeen decisions issued by first instance courts were appealed against by a party to the proceedings, which represents approx. 40% of the cases in which a motion for the drawing up of a justification was made. In the majority of these cases, the second instance court dismissed the appeal (in 10 proceedings). In 4 cases, the first-instance decision was reversed and the case was sent for reconsideration. In one case the appellate court amended the decision issued in the first instance.

Domański has also noted a low percentage of divorce decrees challenged on appeal: appellate proceedings were conducted in a low 8.1% of the cases he studied¹⁷.

The duration of the reviewed proceedings, counted from the date of the divorce petition being filed to the date of the first instance decision, was on average 6 months. Half of the proceedings lasted for 4 months or less. The shortest proceedings were concluded inside a month, while the longest took 34 months (cf. Table 6).

Inter-instance proceedings¹⁸ were conducted in only 9 cases. Such proceedings were generally longer than first-instance proceedings: On average, the duration of

¹⁷ Ibid., p. 19.

¹⁸ Defined as a period between decisions issued by the first instance court and the second instance court.

inter-instance proceedings was 8 months (median: 7 months). It is of note that the maximum duration was not longer than one year (and the shortest duration was one month).

Domański's study offers comparable statistics. He estimated that the average (mean) duration of court proceedings was 8.6 months (median: 7 months). The shortest recorded duration was one month, and the longest one was 42 months¹⁹.

Table 6.
Duration of proceedings from the date the first-instance decision was issued (in months) (400 cases)

Mean	6
Median	4
Minimum	1
Maximum	34
No data available	1

DIVORCING SPOUSES

Age

The average age of divorcing persons was 38 years (women) and 41 years (men). Half of the women were younger than 36. The youngest woman was 20, the oldest was 75. Half of the men were 39 years old or younger. The youngest man was 21, the oldest was 82.

Table 7.
Age of the studied persons as at the effective filing date of petitions

	Woman (No. of persons studied: 399)	Man (No. of persons studied: 398)
Mean	38	41
Median	36	39
Minimum	20	21
Maximum	75	82
No data available	1	2

Domański observed a similar age structure of divorcing persons in his study of divorce cases in which parental responsibility was awarded to one of the parents. The average age of females and males studied was 35 and 38, respectively (median: 35 and 37). The youngest woman was under 19 years of age (for men, the lowest age was 21) while the oldest woman was 51 (65 for men)²⁰.

Duration of marriages ending in divorce

On average, the participants in divorce proceedings from the reviewed sample group married at the age of 25 (women) and 27 (men) (cf. Table 8).

¹⁹ M. Domański, *Powierzenie wykonywania władzy*, p. 14.

²⁰ M. Domański, *Powierzenie wykonywania władzy*, pp. 5, 8.

Table 8.

Age of the studied persons as of the effective filing date of petition

	Woman (No. of persons studied: 397)	Man (No. of persons studied: 396)
Mean	25	27
Median	23	26
Minimum	17	18
Maximum	61	68
No data available	3	4

The average duration of a marriage from the studied sample was 14 years; half of the marriages were dissolved with a divorce decree after a period of no longer than 10 years. The studied sample included a divorce ordered after less than a year from the marriage date. The longest marriage dissolved by a divorce lasted for 45 years.

Domański's study of divorces in which one parent was awarded parental responsibility revealed that the average duration between the start and dissolution of marriage was 12 years (median: 11.3 years). The shortest marriage was dissolved after less than a year, while the longest one was dissolved after 31 years²¹.

Plopa conducted a survey of both divorcing couples and those whose marriages could be described as "successful" (125 in each group). Plopa analysed the "development" of satisfaction from marriage in both groups, the factor he considered to significantly affect a spouse's decision to end their marriage. The results of the survey confirmed that in long-lasting marriages the assessment of the quality of matrimonial life is fairly positive in all phases of the marriage's duration. In the group of long-lasting marriages, a subcategory of low-satisfaction marriages was distinguished, in which wives' satisfaction was lower in the first year of the marriage and had significantly decreased after the passage of 11–13 years. Within the group of divorcing couples, Plopa recorded that lower marriage satisfaction of wives appeared in almost all phases of marriage; he also observed that both spouses' satisfaction from marriage decreased proportionally over the time spent in the marriage²².

The remit of this study does not allow for comment on the durability of marriages. However, it should be noted that the length of the aforementioned period of 11–13 years, in which the satisfaction of one party to the marriage (the woman) decreases, is equal to the average duration of the studied marriages ending in divorce.

Table 9.

Duration of marriages ending with a divorce (in years; number of marriages studied: 393).

Mean	14
Median	10
Minimum	1
Maximum	45
No data available	7

²¹ M. Domański, *Powierzenie wykonywania władzy*, p. 5.

²² M. Plopa, *Psychologia rodziny. Teoria i badania*, Oficyna Wydawnicza „Impuls”, Kraków 2007, pp. 150–151.

Plopa also studied the motives for marriages, both in successful marriages and divorcing couples. He asked the study participants to select three out of ten presented factors as those that guided their decision to enter into a marriage. The study revealed significant differences between the two groups. The factors most frequently chosen by members of the “successful marriage” group were love, their partner’s character, the need to have a close person, and the desire to have a family. Divorcing persons also mentioned unplanned pregnancy and social pressure. It thus may be said that the motives behind successful marriages were more based on values, which, as Plopa claims, may contribute to the proper functioning of a marriage²³.

In some of the reviewed cases, the mention of an unplanned pregnancy appeared as the reason for a person’s decision to marry. More detailed information on this aspect has not been obtained.²⁴ What can be said is that the studied group indeed included couples that entered into a marriage motivated by the factors characteristic of the “unsuccessful marriage” group, as listed by Plopa.

Education

Based on the data from Table 10, it may reasonably be concluded that divorcing women are better educated than divorcing men. In total, 65% of the women completed secondary or higher education, which is a higher percentage than that observed in divorcing men (44%). Every sixth woman and every third man had basic vocational education. 5.3% of divorcing women and 7.5% of divorcing men only completed their education at primary or middle school level.

Table 10.
Parties’ education

	Woman		Man	
	No.	%	No.	%
Primary / Middle school	21	5.3	30	7.5
Basic vocational	66	16.5	135	33.8
Secondary	142	35.5	120	30.0
Higher	119	29.8	57	14.3
No data available	52	13.0	58	14.5
Total	400	100	400	100

Notably, similar results were obtained by Plopa in his study of 107 divorcing couples, of whom 33% had vocational education and 37% had secondary education²⁵. Similar conclusions may be drawn from Domański’s study on the award of parental responsibility to one of the parents: 37.4% of women and 30.5% of men had secondary education; for vocational education, the percentages were 22%

²³ Ibid., pp. 145–146.

²⁴ For a discussion on “reparatory” marriages and the frequency of their conclusion, see P. Szukalski, *Małżeństwo*, pp. 65–69.

²⁵ M. Plopa, *Psychologia*, p. 156.

(women) and 38.3% (men); for higher education, these figures were 20% and 8.4%, respectively; for primary education, they were 18.1% and 22.1%, respectively²⁶.

The economic situation of divorcing spouses

70% of the members of the studied sample were gainfully employed; approx. half were employed on a permanent basis. On average, every tenth studied person worked on a non-regular basis. Nearly 5% of the women and almost 7% of the men obtained income from running their own business. Pensions, disability benefits and social assistance allowances were collected by approx. 14–15% of the studied persons. A similar proportion of the studied persons had “unemployed” status, based on their registration at an employment office (45 women and 47 men). Two persons were dependants of their spouse or another family member (in both cases, these were women) and 4 continued their education at university level (one of the four students worked a casual job).

Table 11.
Social and professional situation as at the date of the court's decision

	Woman		Man	
	No.	%	No.	%
Permanent employment	213	53.3	186	46.5
Casual employment	32	8.0	49	12.3
Unemployed	45	11.3	47	11.8
Disability allowance	6	1.5	8	2.0
Pension	12	3.0	21	5.3
Dependent on a spouse	1	0.3	0	0
Dependent on family	1	0.3	0	0
Agricultural farm	1	0.3	5	1.3
Own business	18	4.5	27	6.8
Social assistance	11	2.8	1	0.3
Other	29	7.3	18	4.5
No data available	31	7.8	41	10.3
Total	400	100	400	100

Six persons (including one woman) lived off an agricultural farm. As at the date of their divorce decree, 8 women were on maternity or parental leave. There were also cases of persons simultaneously taking on gainful employment and collecting social assistance allowances (9 in total, including one woman); two persons worked as employees and ran their own business at the same time.

The parties studied by Domański in proceedings in which parental responsibility was awarded to one of the parents had a similar social and professional status. 52.2% of the women had permanent employment, 12% were employed on a casual basis.²⁷

²⁶ M. Domański, *Powierzenie wykonywania władzy*, pp. 5 and 9.

²⁷ Ibid., p. 6.

Since most of the case files did not contain information about the spouses' financial situation at the time a divorce decree was issued, only fragmentary data were collected for both studied groups. These data could have been obtained, as a rule, from two sources: motions for an exemption from court fees on the grounds of a bad or difficult financial situation, and transcripts of parties' testimonies during a trial or hearing. For the above reasons, the presented information was based on divorcing parties' own subjective assessment of their own financial situation. The assessment shows that nearly every third woman and every tenth man perceived their financial situation as "bad". The financial situation of a total of 13 studied persons was average. The smallest percentage of all divorcing parties (11 persons) described their financial situation as "good" or "very good".

Table 12.
Average net monthly income determined (in PLN)

	Woman		Man	
	No.	%	No.	%
Less than the minimum wage	91	22.8	53	13.3
Below the average wage	140	35.0	116	29.0
Above the average wage	47	11.8	83	20.8
No data available	122	30.5	148	37.0
Total	400	100	400	100

The average monthly income of studied persons was determined for 278 women and 252 men. It was approx. PLN 1,990 for women and over PLN 2,770 for men. Earnings of 50% of the women did not exceed PLN 1,599.80. The lowest income was about PLN 153, the highest was PLN 12,000.

Table 13.
Average net monthly income determined cont. (in PLN)

	Woman No. of persons studied: 278	Man No. of persons studied: 252
Mean	1987	2772.70
Median	1599.80	2100
Minimum	153.0	187.50
Maximum	12,000.00	20,000.00

For almost every fourth woman, the obtained income did not exceed the amount of the monthly minimum wage, one woman in three obtained income not exceeding the amount of the average wage. The income of approx. 12% of the women was higher than PLN 2,700. The analysis of the data given in Tables 12 and 13 results in the conclusion that the studied men obtained higher income. Within this group, the average monthly income was PLN 2,772.70; the earnings of at least half of the men did not exceed PLN 2,100.

The lowest recorded amount of income was PLN 187.50, the highest was PLN 20,000. The income of nearly one in eight studied persons was lower

than the minimum wage, while the earnings of one in eight were close to the average wage. One in five men earned more than PLN 2,700 (which is a difference of 8.2 pp when compared to women).

As other factors, such as maintenance obligations or the extent to which these obligations are performed, may also determine the economic situation of parties, the study included the collection of information about the discharge of such obligations. The majority of studied persons were not ordered to pay maintenance for the minor children they had together with their spouses²⁸: this was true in the case of 98.3% of women and 84% of men. The obligation to provide maintenance was imposed on 7 mothers and 61 fathers. In more than half of the cases (4 women and 36 men), a maintenance obligation was imposed. Four of the men performed this obligation only partially.

Place of residence

Most frequently, parties lived in a city with a population of less than 50,000 (35.8% of women, 36.8% of men) or a city with a population of more than 100,000 (37.5% of women and 34.3% of men).

Table 14.
Parties' place of residence

	Woman		Man	
	No.	%	No.	%
Rural area	46	11.5	56	14.0
City with a population below 50,000	143	35.8	147	36.8
City with a population of 50,000-100,000	44	11.0	42	10.5
City with a population over 100,000	150	37.5	137	34.3
Foreign residence	17	4.3	16	4.0
No data available	0	0	2	0.5
Total	400	100	400	100

On average, only one in ten women and one in seven men resided in a rural area. Similar percentages resided in cities with a population of 50,000–100,000. In exceptional cases, spouses resided abroad (approx. 4% for both men and women).

Analysis of the data given in Table 14 shows no material differences regarding the place of residence of parties in divorce proceedings. A slightly higher percentage of men (as compared to women) lived in rural areas and cities with a population of less than 50,000 (a difference of 2.5 pp for rural areas and 1 pp for the cities) while women more often lived in cities with a population exceeding 50,000 and cities with more than 100,000 residents (a difference, when compared to men, of 0.5 pp in the case of the former and 3.2 pp in the case of the latter).

Similar conclusions may be drawn from Domański's study of divorce proceedings in which parental responsibility was awarded to one of the parents. Domański's

²⁸ This group also included persons who did not assume this obligation because they did not have minor children.

study revealed that participants in such proceedings most frequently lived in a city with a population of above 100,000 (35.4% of women) or a city with a population of less than 50,000 (25.5% of women). On average, every fourth woman and every third man lived in a rural area. A foreign residence was recorded in the case of 5.7% women and 16% men.²⁹

The majority of divorcing spouses lived in cities. Without doubt, this is a consequence of the fact that most of the Polish population lives in urban areas, but the negative influence of urban anonymity and social mobility on family life, a factor mentioned in the literature, should also be borne in mind here. According to some scholars, the conditions of urban life often provoke divorce³⁰.

SUMMARY

Analyses of research results and statistical data collected by the Central Statistical Office lead to the following conclusions:

- Since 2009, the number of marriages contracted in Poland has decreased (except for 2014, when a slight increase was recorded);
- Since 2010, the number of divorces has increased (with slight exceptions in 2012 and 2014);
- Divorce petitions were submitted mostly by women (in approx. 70.5% of cases);
- In 76.5% of cases, divorce petitions contained a motion for a non-fault divorce;
- 68.8% of respondents did not contest the divorce petition, fully agreeing with the petitioner's arguments;
- The average age of females and males studied was 38 years (women) and 41 years (men);
- On average, women married at the age of 25, and men married at the age of 27;
- The average length of the studied marriages was 14 years;
- Divorcing women were better educated than divorcing men – over 65% of women had completed secondary or higher education, as compared to 44% of divorcing men;
- In most cases, divorcing parties lived in a city with a population of less than 50,000 or a city with a population of more than 100,000;
- 70% of the studied persons were gainfully employed; approx. half of them were employed on a permanent basis.

In summary, divorcing persons in Poland are, statistically speaking, in their forties and have been married for about 14 years. Spouses part mainly for culpable reasons, including due to the negative consequences of the abuse of alcohol or alcohol dependence, violent behaviour and adultery. Equally frequent (and

²⁹ M. Domański, *Powierzenie wykonywania władzy*, pp. 6, 9.

³⁰ Z. Tyszką, *Socjologia rodziny*, Warsaw 1974, p. 233. The author claims that anonymity and social mobility are conducive to spousal adultery, which is a major cause of the disintegration of a marriage.

non-culpable) causes for divorce are the “incompatibility of characters”, different life objectives, expectations and aspirations. Most often spouses request a non-fault based divorce. The information presented supports the argument that divorce is sought mainly by persons who are young enough to “put their lives together again”, which includes starting a new family.

Słowa kluczowe: małżeństwo, rozwód, pozew o rozwód, postępowanie w sprawie o rozwód, cechy społeczno-demograficzne osób rozwodzących się.

Streszczenie

Justyna Włodarczyk-Madejska – Przebieg postępowań o rozwód oraz społeczno-demograficzne cechy osób rozwodzących się w 2015 r. w świetle badania akt spraw sądowych. Streszczenie

Opracowanie zawiera informacje będące fragmentem wyników przeprowadzonego w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości badania poświęconego problematyce kosztów postępowań sądowych w sprawach rozwodowych. Główne problemy badawcze sprowadzały się do ustalenia rzeczywście ponoszonych kosztów postępowania sądowego, jak również ustalenia podmiotów odpowiedzialnych za pokrycie tych kosztów. W trakcie prowadzonych badań dokonano analizy postępowania sądowego prowadzonego w sprawie o rozwód (z uwzględnieniem stanowisk stron postępowania), jak również charakterystyki społeczno-demograficznej osób rozwodzących się. Analiza ta, uzupełniona o dane statystyczne, nt. liczby zawieranych małżeństw oraz liczby rozwodów w Polsce w latach 2005–2015, stanowi przedmiot niniejszego opracowania.

Keywords: marriage, divorce, divorce petition, divorce proceedings, socio-demographic characteristics of persons who divorce.