MINISTERSTWO
SPRAWIEDLIWOŚCI
www.ms.gov.pl

Warszawa, 23 kwietnia 2020 r.

Podsekretarz Stanu

DLPC-IV.070.5.2020

dot.BPS.DKS.KU.0401.5.2020

Pan

Krzysztof Kwiatkowski
Przewodniczący Komisji Ustawodawczej
Senat RP

Szanowny Panie Przewodniczący,

W odpowiedzi na pismo z 3 kwietnia 2020 roku o przedstawienie opinii o senackim *projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy – Kodeks karny (druk senacki nr 63),* uprzejmie przedstawiam następującą opinię.

I. Istota projektowanej ustawy

A.

W projektowanej ustawie przewidziano nowelizację przepisów art. 58 § 1a, art. 97 i 107 § 2 *ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy* (Dz. U. z 2019 r. poz. 2086 i 2089), zwanej dalej „k.r.o.”.

Pierwsza z propozycji polega na wskazaniu, że w przypadku rozwiązania małżeństwa, jeżeli rodzice nie przedstawili pisemnego porozumienia o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem po rozwodzie, sąd będzie mógł orzec o wspólnym wykonywaniu władzy rodzicielskiej określając, że opieka nad dzieckiem sprawowana będzie w taki sposób, że dziecko będzie mieszkało przemiennie z każdym z rodziców w porównywalnych okresach, chyba że jedno z rodziców mieszka za granicą. Konsekwencją tej propozycji jest zmiana treści art. 107 § 2 k.r.o., przyjmująca analogiczną konstrukcję w przypadku rozłączenia rodziców. W art. 97 dodawany § 3 nakłada na rodziców obowiązek wzajemnego informowania o bieżących sprawach dziecka i przekazywania sobie dokumentów dziecka.

B.

Nowelizacja art. 582^1 § 4, art. 598^{22} i art. 756^2 *ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. z 2019 r. poz. 1460, z późn. zm.), zwanej dalej „k.p.c.", zmierza do dostosowania brzmienia tych przepisów do rozwiązania proponowanego w prawie materialnym, przez przywołanie w nich pojęcia „okresu porównywalnego", w jakim ma mieszkać dziecko z każdym z rodziców przemiennie, w miejsce zawartego w tych przepisach sfomułowania „okresów powtarzających się".

C.

Nowelizując *ustawę z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny* (Dz. U. z 2019 r. poz. 1950, z późn. zm.) wprowadza się nowy typ przestępstwa. Projektowany art. 207a przewiduje karalność zachowań polegających na utrudnianiu lub uniemożliwianiu kontaktów lub sprawowania opieki nad małoletnim lub osobą nieporadną wynikających z orzeczenia sądu albo ugody.

W uzasadnieniu projektu wskazano, że proponowana zmiana stanowi realizację postulatu zawartego w jednej z petycji. Według jej treści, obecne przepisy sprzyjają alienacji rodzicielskiej. Proponowana zmiana, zdaniem projektodawcy, wprowadza jako priorytetowe takie rozstrzygnięcie, w którym sąd będzie orzekał o mieszkaniu dziecka z każdym z rodziców na przemian w okresach porównywalnych. Tym samym zmianie powinny ulec stosowne przepisy proceduralne odwołujące się do tego rodzaju orzeczeń. Z kolei propozycja nowelizacji Kodeksu karnego jest efektem oceny nieskuteczności sankcji majątkowej za tego rodzaju zachowania, przewidzianej w art. 598^{15} - 598^{22} k.p.c.

II. Aktualny stan prawny

Przepisy art. 58 § 1a (rozwód lub separacja) i art. 107 § 2 (rozłączenie rodziców) k.r.o. w aktualnym brzmieniu, nadanym *ustawą z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. z 2015 r. poz. 1062), obowiązują od dnia 29 sierpnia 2015 r.

Istota przyjętych rozwiązań polega na nadaniu priorytetowego znaczenia takiemu rozstrzygnięciu sądu, w którym to sąd – orzekając o rozwodzie (separacji) albo wydając orzeczenie opiekuńcze w przypadku rozłączenia rodziców – będzie pozostawiał władzę rodzicielską obojgu rodzicom, i to nawet wówczas, gdy nie przedłożą oni pisemnego

porozumienia co do sposobu jej wykonywania. Konstrukcja art. 58 k.r.o. i art. 107 § 2 k.r.o. wskazuje, że w pierwszej kolejności to sami rodzice powinni decydować o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem po rozwodzie (separacji) lub na wypadek rozłączenia. W sytuacji, gdy takiego porozumienia nie da się osiągnąć, mając na względzie prawo dziecka do wychowania przez oboje rodziców, sąd rozstrzygnie o sposobie wspólnego wykonywania władzy, a w konsekwencji takiego orzeczenia, co do zasady, dziecko będzie mieszkało (naprzemiennie) u każdego z rodziców w okresach wskazanych w orzeczeniu. Dopiero, gdy przemawia za tym dobro dziecka, sąd może powierzyć wykonywanie władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców, ograniczając władzę rodzicielską drugiego do określonych obowiązków i uprawnień.

Omawiane przepisy k.r.o. nie tylko nie wykluczają pieczy naprzemiennej, ale - w stosunku do poprzedniego stanu prawnego - znacząco rozszerzają możliwość stosowania jej przez sądy. W okresie poprzedzającym aktualny stan prawny obowiązywało bowiem rozwiązanie, w którym chociaż pozostawienie władzy obojgu rodzicom powiązane było z porozumieniem, jakie zawarli w tym zakresie, to jednak w jego braku, sąd, co do zasady, powierzał tę władzę jednemu z rodziców.

Aktualne brzmienie art. 58 i 107 k.r.o. *de facto* sprzyja pozostawianiu władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom, albowiem przyznając priorytet porozumieniu rodzicielskiemu ustawodawca zaakceptował, że również w jego ramach rodzice mogą przedstawić wariant sprawowania władzy rodzicielskiej i utrzymywania kontaktów z dziećmi w formie tzw. pieczy naprzemiennej, co wyrażają art. 58 § 1b i art. 107 § 3 k.r.o., w myśl których „na zgodny wniosek stron sąd nie orzeka o utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem”. Tego rodzaju sformułowanie jest m.in. konsekwencją przyjęcia, że w sytuacji ustanowienia pieczy naprzemiennej, orzeczenie o kontaktach nie jest konieczne.

Rozwiązanie to koresponduje z przepisem dotyczącym utrzymywania kontaktów. Regulujący tę kwestię art. 113^1 §1 k.r.o. traktuje bowiem o sytuacji, gdy dziecko przebywa **stale** u jednego z rodziców. Gdy władza będzie mogła być wykonywana przez każdego z rodziców bezpośrednio w powtarzających się okresach, każdorazowe zamieszkanie dziecka u jednego z nich przesądza jednocześnie o wykonywaniu kontaktów. Ponadto pozostawienie rodzicom decyzji, czy chcą ustalania kontaktów przed sądem, jest wyrazem uszanowania woli rodziców zdolnych do porozumienia w sprawach dotyczących ich dziecka. Natomiast w przypadku braku porozumienia pomiędzy rodzicami, o władzy rodzicielskiej i kontaktach rozstrzyga sąd, kierując się naturalnym prawem dziecka do wychowania przez oboje rodziców. Zatem także w razie braku zgody między rodzicami, sąd co do zasady nie może powierzać

władzy rodzicielskiej tylko jednemu z rodziców, ograniczając władzę drugiego do określonych obowiązków i uprawnień wobec osoby dziecka, lecz rozstrzygnie w ten sposób dopiero w przypadku, gdy przemawia za tym dobro dziecka. *A contrario*, sąd nie może powierzyć władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców w sytuacji, gdy dobro dziecka nie będzie za tym przemawiało. Tak ukształtowany wyjątek daje gwarancję realizacji prawa dziecka do wychowania przez oboje rodziców - w tym poprzez wykonywanie tzw. pieczy naprzemiennej.

Zarówno art. 58 § 1 i 1a, jak i art. 107 § 1 i 2 k.r.o., regulujące sposób wykonywania władzy rodzicielskiej w przypadku rozwodu (separacji) lub rozłączenia rodziców, nie posługują się pojęciem „piecza naprzemienna", lecz rozstrzygnięcie sądu na gruncie każdego z tych przepisów o wspólnym wykonywaniu władzy rodzicielskiej oznacza, że co do zasady władza rodzicielska sprawowana będzie poprzez pieczę naprzemienną. Na marginesie warto wskazać, że treść art. 26 § 2 *ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny* (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145, z późn. zm.) również dowodzi możliwości orzekania o pieczy naprzemiennej. Zgodnie bowiem z jego brzmieniem, jeżeli władza rodzicielska przysługuje na równi obojgu rodzicom mającym osobne miejsce zamieszkania, a dziecko nie przebywa **stale** u żadnego z rodziców, o jego miejscu zamieszkania zdecyduje sąd opiekuńczy.

Formalnoprawny wyraz rozstrzygnięcia o pieczy naprzemiennej zawiera się w przepisach art. 582^1 § 4, 598^{22} oraz 756^2 § 1 pkt 3 i § 2 k.p.c. Następuje w nich odwołanie do orzeczenia, „w którym sąd określił, że dziecko będzie mieszkać z każdym z rodziców w powtarzających się okresach". Sformułowanie to stanowi wskazówkę dla sądu wydającego orzeczenie o władzy rodzicielskiej w sprawie o rozwód (separację) lub w przypadku rozłączenia rodziców, w zakresie wskazania czasowych ram sprawowania pieczy naprzemiennej. Jednocześnie ich umiejscowienie rozstrzyga o możliwości podejmowania czynności przez uczestników postępowania i sąd w sposób jak w przypadku orzeczeń ustalających kontakty.

III. Ocena proponowanych zmian

Ad. A.

W uzasadnieniu projektu przywołuje się przede wszystkim argument potrzeby wskazania jako priorytetu, w przypadku rozstania rodziców, orzekania przez sąd o „opiece naprzemiennej". Argument ten trudno podzielić, albowiem obecne przepisy jako priorytet wskazują właśnie orzekanie przez sąd o wspólnym wykonywaniu władzy rodzicielskiej na wypadek rozstania rodziców. Proponowane brzmienie art. 58 § 1a

i 107 § 2 k.r.o. pomija w istocie dobro dziecka jako przesłankę rozstrzygnięcia, czym demontuje istotę rozwiązań przyjętych w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, eliminuje z ustawy konstytucyjną formę ingerencji we władzę rodzicielską, jaką jest jej ograniczenie, a jednocześnie wprowadza terminologiczny chaos.

1.

W zakresie użytej siatki pojęciowej należy wskazać, że w obu projektowanych przepisach użyto sformułowania, że sąd może *powierzyć* wykonywanie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom oraz określić wykonywanie *opieki* nad dzieckiem w ten sposób, że dziecko będzie mieszkało przemiennie z każdym z rodziców *w porównywalnych okresach*, z wyjątkiem przypadku, gdy jedno z rodziców zamieszkuje za granicą.

Podkreślić należy, że zgodnie z przepisami k.r.o., rodzice nie sprawują nad dzieckiem *„opieki”,* chociaż w języku potocznym tak określa się wykonywanie pieczy nad dzieckiem. Zgodnie z art. 94 § 3 k.r.o. opiekę ustanawia się bowiem wówczas, jeżeli żadnemu z rodziców nie przysługuje władza rodzicielska albo rodzice są nieznani. Opieka jest sprawowana także nad osobami ubezwłasnowolnionymi całkowicie (art. 175 k.r.o.). Natomiast rodzice wykonują nad dzieckiem władzę rodzicielską i pozostaje ono pod ich władzą aż do pełnoletności (art. 92 k.r.o.). Władza ta obejmuje w szczególności, jak stanowi art. 95 § 1 k.r.o., obowiązek i prawo rodziców do **wykonywania pieczy** nad osobą i majątkiem dziecka oraz do jego wychowania, z poszanowaniem jego godności i praw. Piecza jest zatem częścią władzy rodzicielskiej. Zgodnie natomiast z art. 97 k.r.o., każde z rodziców, jeżeli władza obojgu im przysługuje, jest zarówno uprawnione, jak i zobowiązane do wykonywania władzy rodzicielskiej samodzielnie, przy czym w sprawach istotnych dla dziecka rodzice muszą rozstrzygać wspólnie. O ile więc piecza może być sprawowana naprzemiennie, jako sposób jej sprawowania, sama władza rodzicielska już nie, przysługuje bowiem nieprzerwanie jednocześnie obojgu sprawującym ją rodzicom. Z faktu, że jest przez rodziców wykonywana samodzielnie, nie wynika, że naprzemiennie. Sprzeczne z dobrem dziecka byłoby przyjęcie za właściwe, że każde z rodziców sprawuje wyłączną władzę rodzicielską w czasie powierzonej mu pieczy nad dzieckiem i podejmuje w tym czasie samodzielne decyzje, które nie byłyby zgodne z wcześniejszymi czy późniejszymi decyzjami drugiego rodzica, podobnie jak nie do pogodzenia z dobrem dziecka jest sytuacja, w której z powodu głębokiego konfliktu rodzice niemal w każdej sprawie dotyczącej dziecka oczekiwaliby rozstrzygnięcia sądu.

Ponadto w projektowanych przepisach błędnie posłużono się pojęciem *„powierzyć”* w kontekście władzy rodzicielskiej dotyczącej obojga rodziców. W sytuacji gdy rodzice korzystają z pełni władzy rodzicielskiej, w przypadku rozwodu czy postępowania

opiekuńczego prowadzonego w związku z rozłączeniem rodziców, władza ta nie może być im obojgu powierzana, gdyż im przysługuje. Jest im wówczas pozostawiana, powierzana jest natomiast wtedy gdy sąd orzeka o ograniczeniu władzy rodzicielskiej drugiego z rodziców.

Wprowadzenie pojęcia *„okresy porównywalne”* w sytuacji gdy w obowiązujących przepisach formalnych funkcjonuje pojęcie *„powtarzające się”* (jako znaczeniowo szersze, zawiera przecież w sobie pojęcie *„okresy porównywalne”*), nie niesie ze sobą żadnej wartości normatywnej w stosunku do stanu obecnego, skoro sądowi pozostawia się możliwość, a nie obowiązek orzeczenia o wspólnym wykonywaniu władzy rodzicielskiej z ustaleniem pieczy naprzemiennej w okresach porównywalnych. Skoro zatem sąd może orzec sprawowanie pieczy w okresach porównywalnych, to *a contrario* również w nieporównywalnych, i tym samym projektowana konstrukcja przepisu nie spełnia swego celu. Jeszcze bardziej niezrozumiałe jest w tym kontekście wprowadzenie wyjątku odnoszącego się do niemożności takiego orzeczenia, gdy rodzic zamieszkuje za granicą, jeżeli bowiem zawsze sąd może orzec o okresie nieporównywalnym, to również w takim przypadku. Dodatkowo nasuwa się pytanie czy zgodne z oczekiwaniem społecznym będzie tego rodzaju orzeczenie w przypadku uczącego się dziecka, jeżeli jedno z rodziców zamieszkuje przykładowo w Szczecinie, zaś drugie w Lublinie. Może się też zdarzyć, że odległość między miejscami zamieszkania rodziców będzie mniejsza, gdy jeden z rodziców mieszka za granicą, aniżeli gdy obydwoje mieszkają na terenie Polski. Rodzice, którzy wykonywaliby pieczę naprzemienną nad dzieckiem, powinni zamieszkiwać w odległości gwarantującej dziecku pozostanie w tym samym środowisku poprzez uczęszczanie do jednej szkoły. Inne rozwiązanie stałoby w sprzeczności z dobrem dziecka. Cykliczne zmiany miejsca zamieszkania powodują u dzieci brak stabilności emocjonalnej i stres związany z ciągłym przemieszczaniem się oraz rozłąką z drugim rodzicem.

Jeżeli jednak zamysłem projektodawcy było, aby zawsze, gdy sąd orzeka o wspólnym wykonywaniu władzy rodzicielskiej, sposób jej sprawowania jako piecza naprzemienna, orzekany był wyłącznie w okresach porównywalnych, należy mieć na względzie, że wykładnia taka prowadzi do ograniczenia możliwości „dostosowania” sprawowania pieczy naprzemiennej do sytuacji rodziców. Wystarczy wyobrazić sobie sytuację świadczenia pracy określonego rodzaju przez któregokolwiek rodzica, która nie pozwoli mu na sprawowanie tej pieczy w takim samym wymiarze jak drugi rodzic. Przy braku porozumienia między rodzicami w tym zakresie, sąd byłby pozbawiony możliwości dostosowania tego okresu do owej okoliczności. Sformułowanie przepisu zdaje się jednak takiej wykładni przeczyć, gdyż możność orzekania o wspólnym wykonywaniu władzy rodzicielskiej nie jest i nie może być oderwana od określenia sposobu jej wykonywania.

2.

W stosunku do stanu obowiązującego projektodawca, w obu nowelizowanych przepisach, usuwa zdanie drugie, w którym stanowi się, że „sąd może powierzyć wykonywanie władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców ograniczając władzę drugiego z nich do określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do dziecka, jeżeli dobro dziecka za tym przemawia.”.

Brak tego rodzaju sformułowania wyklucza opisaną możliwość rozstrzygnięcia nawet w przypadku, gdy rodzice skonfliktowani są w takim stopniu, że jakiekolwiek porozumienie między nimi nie jest możliwe. Pozostawienie w takiej sytuacji władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom w istocie zagraża dobru dziecka. Przesłanka dobra dziecka zostaje zatem całkowicie wyeliminowana z oceny sądu wydającego orzeczenie, a na plan pierwszy wysuwa się prawo rodziców do wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej. Tym samym cała konstrukcja Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, którego przepisy są ukształtowane w taki sposób, że jako zasadę naczelną w zakresie relacji między rodzicami a dziećmi kreują zasadę dobra dziecka (determinującą wszelkie działania i decyzje sądu opiekuńczego), zostaje projektowanymi przepisami zniweczona. Sąd nie będzie mógł, w tak proponowanej konstrukcji, orzec inaczej aniżeli o wspólnym wykonywaniu władzy rodzicielskiej, choć przepis stanowi o możliwości w tym zakresie, a nie obowiązku, bowiem projektodawca wyeliminował podstawę prawną do wydania innego rozstrzygnięcia.

W sytuacjach szczególnych, orzekając o rozwodzie lub separacji, sąd będzie mógł orzec o zawieszeniu władzy rodzicielskiej lub o jej pozbawieniu, o czym traktuje art. 112 k.r.o. Przepis ten nie dotyczy natomiast ograniczenia władzy rodzicielskiej, gdyż podstawę do wydania orzeczenia w tym przedmiocie zawierają obecnie każdorazowo oba omawiane przepisy w owym zdaniu drugim.

Luki tej, niekorzystnej z punktu widzenia dobra dziecka, nie wypełni art. 109 k.r.o. Przepis ten stanowi o możliwości wydawania przez sąd zarządzeń na wypadek zagrożenia dobra dziecka ocenianego przez pryzmat wykonywanej aktualnie przez rodziców władzy rodzicielskiej. Tymczasem, zarówno orzeczenie wydawane w trybie art. 58 § 1a, jak i art. 107 § 2 k.r.o. obejmuje sytuację przyszłą, którą sąd zobowiązany jest ocenić pod kątem dobra dziecka, z uwzględnieniem ewentualnego jego zagrożenia na wypadek pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom.

Obecne przepisy art. 58 § 1a i 107 § 2 k.r.o. są w tym aspekcie spójne systemowo nie tylko w ramach polskiego porządku prawnego, ale również uwzględniają zobowiązania międzynarodowe. Możliwość ograniczenia władzy rodzicielskiej w sposób przewidziany

w obowiązujących art. 58 § 1a i 107 § 2 k.r.o., jest realizacją postanowień Konwencji o Prawach Dziecka przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 120 poz. 526, z późn. zm.). W art. 3 ust. 1 tej Konwencji stanowi się, iż we wszystkich działaniach dotyczących dzieci, podejmowanych przez publiczne lub prywatne instytucje opieki społecznej, sądy, władze administracyjne lub ciała ustawodawcze, sprawą nadrzędną będzie najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka. Odpowiada on również treści art. 72 ust. 1 Konstytucji RP, zgodnie z którym „Rzeczpospolita Polska zapewnia ochronę praw dziecka. Każdy ma prawo żądać od organów władzy publicznej ochrony dziecka przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem i demoralizacją.". Nadto, zgodnie z art. 48 ust. 2 Konstytucji ograniczenie praw rodzicielskich może nastąpić tylko w przypadkach określonych w ustawie i tylko na podstawie prawomocnego orzeczenia sądu. Wyeliminowanie zdania drugiego z treści art. 58 § 1a i 107 § 2 k.r.o., oznacza faktyczne usunięcie z ustawy tej formy rozstrzygnięcia.

Tymczasem odwołuje się do niej przepis art. 93 § 2 k.r.o., który stanowi, że jeżeli wymaga tego dobro dziecka, sąd w wyroku ustalającym pochodzenie dziecka może orzec o zawieszeniu, ograniczeniu lub pozbawieniu władzy rodzicielskiej, przy czym art. 107 stosuje się odpowiednio. Odpowiednie stosowanie tegoż przepisu oznacza w tym przypadku właśnie możliwość powierzenia władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców i ograniczenie uprawnień drugiego z nich do określonych uprawnień i obowiązków. Oczywistym jest taka możliwość przykładowo wówczas, gdy w toku sprawy o ustalenie ojcostwa, mężczyzna oświadcza, że nie jest w stanie wspólnie wykonywać władzę rodzicielską, lecz chce mieć wpływ na wychowanie dziecka, a nie zachodzą przesłanki do pozbawienia go władzy ani zawieszenia mu jej, zaś matka dziecka nie jest skłonna zawrzeć porozumienia. W proponowanym brzmieniu art. 107 § 2 k.r.o. rozstrzygnięcie, które uwzględniałoby dobro dziecka nie mogłoby zapaść, gdyż sąd jedynie miałby możliwość orzeczenia o wspólnym wykonywaniu władzy rodzicielskiej. Wreszcie powstaje pytanie w jaki sposób, skoro nie będzie istniała po temu podstawa prawna, sąd rozstrzygnie sprawę z wniosku o zmianę orzeczenia rozwodowego lub innego orzeczenia, o którym mowa w art. 106 k.r.o. Przepis ten, powołując się na zasadę dobra dziecka, dopuszcza możliwość zmiany orzeczeń o władzy rodzicielskiej zawartych m.in. w wyroku orzekającym rozwód, byłby to jednak w dużej mierze przepis niedający się stosować w praktyce.

Usunięcie z omawianych przepisów cytowanego wyżej zdania drugiego jest zatem niezasadne, zagraża bowiem dobru dziecka i w związku z tym może rodzić wątpliwości co do zgodności projektowanych w takim kształcie przepisów art. 58 i art. 107 k.r.o. z przywołaną Konwencją i Konstytucją.

3.

W kontekście nowelizacji art. 97 k.r.o., należy zauważyć, że w przypadku skonfliktowanych rodziców przepływ informacji dotyczący bieżących spraw dziecka oraz jego stanu zdrowia, bardzo często jest nieprawidłowy. Proponowane rozwiązanie wydaje się jednak zakładać konflikt między rodzicami, podczas, gdy w założeniu władza rodzicielska powinna być wykonywana tak, jak tego wymaga dobro dziecka i interes społeczny (art. 95 § 3 k.r.o.). Jest zatem oczywiste, że obowiązki dotyczące przekazywania sobie informacji i dokumentów dziecka ciążą na rodzicach, zaś zakłócenie tej relacji podlega ocenie sądu na podstawie art. 109 k.r.o., który wydaje stosowne zarządzenia. Nie można jednak wykluczyć, że proponowany przepis mógłby wpłynąć na zmianę postawy niektórych rodziców i zapobiec generowaniu potencjalnego konfliktu. Wydaje się jednak, że nowelizacja tego rodzaju byłaby bardziej właściwa w obrębie art. 95 § 3 k.r.o.

Ad. B

Odnosząc się do nowelizacji przepisów formalnych, należy i te propozycje ocenić krytycznie. Proponowane rozwiązanie wyłącza bowiem ochronę orzeczeń innych aniżeli te, w których sąd orzeknie o okresach porównywalnych, a zatem zarówno tych, w których rozstrzygnie inaczej, gdy jeden z rodziców mieszka za granicą, jak i tych wydanych w oparciu o porozumienie rodziców, które wcale przecież nie musi przewidywać wykonywania pieczy w *„okresach porównywalnych”*. Przepisy art. 582^{1} § 4, 598^{22} oraz 756^{2} § 1 pkt 3 i § 2 k.p.c. w obecnym brzmieniu zapewniają natomiast taką ochronę również orzeczeniom, w których sąd zdecydował o pieczy naprzemiennej sprawowanej w okresach porównywalnych, bo zawsze są one powtarzalne.

Ad. C

W zakresie penalizacji naruszania praw rodzicielskich, należy na wstępie zauważyć, że prawo karne stanowi o sankcji za naruszenie prawa, nie służy natomiast kształtowaniu prawidłowych relacji rodzinnych.

Prawnokarna reakcja państwa na zachowania społecznie szkodliwe stanowi zawsze środek *ultima ratio,* co oznacza, że prawo karne z właściwym sobie katalogiem sankcji wkracza dopiero wówczas, gdy mamy do czynienia z poważnymi zamachami na dobra społeczne lub jednostki, gdy instrumenty społeczno – ekonomiczne lub prawne przewidziane w normach innych gałęzi prawa okazują się nieskuteczne.

Regulacje w omawianym zakresie zawierają przepisy art. 598^{15} – art. 598^{21} k.p.c. Zgodnie z ich treścią w przypadku niewykonania albo niewłaściwego wykonania przez osobę, pod której pieczą dziecko pozostaje, obowiązków wynikających z orzeczenia lub ugody

zawartej przed sądem albo przed mediatorem w przedmiocie kontaktów z dzieckiem, sąd zagrozi tej osobie nakazaniem zapłaty na rzecz osoby uprawnionej do kontaktu z dzieckiem oznaczonej sumy pieniężnej za każde naruszenie obowiązku. Jeżeli osoba, której sąd zagroził nakazaniem zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej, nadal nie wypełnia swego obowiązku, sąd nakazuje jej zapłatę należnej sumy pieniężnej, ustalając jej wysokość stosownie do liczby naruszeń.

Dopiero w sytuacji nieskuteczności wskazanych rozwiązań cywilnoprawnych należałoby rozważyć zasadność zastosowania regulacji karnych, które zakresem penalizacji obejmowałyby zachowania polegające na utrudnianiu lub udaremnianiu kontaktów z dzieckiem. Projekt okoliczność tę pomija i wymusza tym samym badanie w toku postępowania przygotowawczego, a następnie przed sądem karnym, czy doszło do tego rodzaju naruszeń prawa do kontaktu z dzieckiem.

Brak powiązania obu procedur rodzi niebezpieczeństwo tego rodzaju, że w tej samej sprawie, sąd opiekuńczy mógłby oddalić wniosek u zagrożenie nakazaniem zapłaty, oceniwszy, że kontakt z dzieckiem nie był wskazany z uwagi na ochronę dobra dziecka (np. choroba), natomiast prokurator sfomułuje akt oskarżenia, a sąd rozpoznający sprawę wymierzy karę. Wymaga bowiem podkreślenia, że projektowane rozwiązanie nie uwzględnia dobra dziecka, gdyż znamieniem czynu zabronionego jest fakt utrudniania kontaktów lub uniemożliwiania ich, bez względu na przyczynę podjęcia takich zachowań. Projektowany przepis nie uzależnia oceny utrudniania lub uniemożliwiania kontaktów od jakichkolwiek czynników. Jest to przy tym występek ścigany z urzędu. Proponowane rozwiązanie wprowadza zatem dwutorowość ocen tych samych zdarzeń, na etapie postępowania przed sądem opiekuńczym i przed sądem karnym.

Wykonywanie kontaktów lub sprawowanie opieki ma z reguły charakter powtarzalny, natomiast znamię czasownikowe projektowanego art. 207a § 1 k.k. zostało skonstruowane tak, jakby chodziło również o utrudnianie lub uniemożliwianie incydentalne, jednorazowe. Z literalnego brzmienia projektowanego przepisu można by zatem wnioskować, że będzie zachodziła konieczność każdorazowego wszczęcia postępowania karnego po każdym z incydentalnych ograniczeń kontaktów, które zostały oznaczone przez sąd cyklicznie. Co więcej, przepis mógłby działać przeciw osobom sprawującym pieczę nad dzieckiem, natomiast czyniłby bezkarnymi osoby, które są uprawnione do kontaktów, lecz wbrew obowiązkowi ich nie realizują. Obowiązująca konstrukcja prawna, przewidziana w przepisach art. 598^{15} – art. 598^{21} k.p.c. uwzględnia natomiast, sprzeczne z orzeczeniem albo ugodą zachowania obu stron. Wikłanie rodziców dziecka w kolejne postępowanie (karne) nie sposób

uznawać za zgodne z jego dobrem. W sposób oczywisty właściwym relacjom dziecka z rodzicami nie sprzyja kara izolacyjna.

Ponadto nie jest jasna intencja objęcia penalizacją utrudniania lub uniemożliwiania sprawowania opieki nad małoletnim oraz osobą nieporadną. Uzasadnienie projektu, generalnie nader lakoniczne, nie wyjaśnia przyczyn, dla których tego rodzaju ochrona jest niezbędna. Należy zauważyć, że liczne przestępstwa zawarte w Kodeksie karnym już samoistnie są formą ewentualnego utrudniania lub uniemożliwiania sprawowania opieki. Powstaje jednocześnie pytanie, dlaczego jedynie sprawowanie opieki nad małoletnim podlegać ma specjalnej ochronie, zaś piecza nad nim już nie. Warunkiem odpowiedzialności jest aby opieka nad małoletnim lub osobą nieporadną wynikała z orzeczenia sądu albo ugody. Jak to już wskazano, ustanowienie opieki nad małoletnim możliwe jest jednak jedynie w drodze orzeczenia sądu (art. 94 § 2 w zw. z art. 145 § 2 k.r.o.), natomiast polskie ustawodawstwo nie przewiduje sprawowania opieki nad osobą nieporadną, lecz jedynie nad osobą całkowicie ubezwłasnowolnioną (art. 175 k.r.o.).

Konstrukcja kolejnych jednostek redakcyjnych projektowanego przepisu art. 207a budzi z kolei wątpliwości co do podmiotu tych występków. Nie jest bowiem jasne czy pokrzywdzony, o którym mowa w § 2 i 3, to ów małoletni i osoba nieporadna, o których mowa w § 1, czy może rodzic lub inna osoba sprawująca opiekę, czy też pozbawiona wykonywania kontaktów.

Nie negując ostatecznie celowości decyzji o kryminalizacji zachowań polegających na udaremnianiu lub utrudnianiu kontaktów z dzieckiem, wskazać należy, że właściwszym rozwiązaniem byłoby takie, w którym to sąd opiekuńczy w pierwszej kolejności reagowałby na takie zachowania stosując instrumenty przewidziane w art. 598^{15} – art. 598^{21} k.p.c., a w przypadku dalszego utrudniania lub uniemożliwiania kontaktów, stosowana byłaby procedura karna i tym samym penalizacja takich zachowań.

W minionej kadencji Sejmu, w Ministerstwie Sprawiedliwości przygotowywano projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (UD392), który 27 lutego 2019 r. Rada Ministrów przedłożyła Sejmowi (druk nr 3254 Sejmu VIII kadencji). Projekt zawierał rozwiązania odnoszące się zarówno do pieczy naprzemiennej jak i stypizowania utrudniania kontaktów. Rozwiązania prawnokarne zostały jednocześnie wzmocnione poprzez stosowne przepisy proceduralne, które zmierzają przede wszystkim do wyegzekwowania orzeczeń sądowych w zakresie kontaktów z dzieckiem, w toku postępowania karnego, a dopiero w przypadku ich niewykonania przez podejrzanego do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej i ewentualnego skazania karą nieizolacyjną. W konsekwencji zgłoszonej autopoprawki, rozwiązania te zostały z projektu wycofane.

Obecnie trwają prace analityczne nad możliwymi zmianami w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym oraz innych ustawach, dotyczące również zagadnień pieczy naprzemiennej. Z uwagi na zakres możliwych zmian w obrębie szeroko rozumianego prawa rodzinnego, projekt nie uzyskał dotąd konkretnego kształtu.

Wnioski

Wynikające z przedłożonego projektu, zawartego w druku nr 63, propozycje legislacyjne, obarczone wskazanymi wyżej wadami, w kontekście obowiązujących rozwiązań prawnych i tych planowanych, nie wydają się uzasadnione.

Marcin Romanowski

/podpisano elektronicznie/