RZECZPOSPOLITA POLSKA
Rzecznik Praw Dziecka
Mikołaj Pawlak

Warszawa, 04 maja 2020 roku

PRZ.400.6.2020.TD

Pan
Krzysztof Kwiatkowski
Przewodniczący Komisji
Ustawodawczej
Senat RP

W odpowiedzi na pismo z dnia 3 kwietnia 2020 r. (syg BPS.DKS.KU.0401.5.2020) z prośbą o przedstawienie opinii Rzecznika Praw Dziecka wobec zawartego w druku senackim nr 63 projektu ustawy *o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy – Kodeks karny* niniejszym przedstawiam, na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka (Dz.U. 141 z 2020 r.) następujące uwagi.

Intencją projektodawców jest wskazanie, że tzw. opieka naprzemienna w ramach sprawowanej wspólnie przez rodziców władzy rodzicielskiej powinna być priorytetem dla orzekania przez sądy. Projektodawcy chcą również wzmocnienia gwarancji dla prawidłowego wykonywania kontaktów z dzieckiem.

Pierwszym środkiem zmierzającym do osiągnięcia zakładanego celu jest wprowadzenie zmian w art. 58 §1a i art. 107 §2 KRO i stworzenie podstawy prawnej orzeczenia wspólnej władzy rodzicielskiej i tzw. opieki naprzemiennej również w sytuacji, w której rodzice napotykają na trudności w porozumieniu. W obecnym stanie taka forma sprawowania władzy rodzicielskiej uzależniona jest od wspólnego wniosku stron, co wynikało z przeświadczenia ustawodawcy, że przypadku konfliktu trudno jest o porozumienie gwarantujące właściwą realizację tej władzy. Orzeczenie o wspólnym wykonywaniu władzy będzie wyłączone w przypadku, gdy jedno z rodziców zamieszkuje za granicą.

Zmiany te są obudowane instrumentarium procesowym określonym w art. art. 582^1 § 4, art. 598^{22}, art. 756^2 KPC.

Ponadto rozwiązanie to jest uzupełnione przez obowiązek wzajemnego informowania się o bieżących sprawach dziecka oraz przekazywania dokumentów dziecka, w szczególności

dowodu osobistego lub innego dokumentu potwierdzającego tożsamość, a także dokumentacji medycznej, wyrażony w art. 97 § 3 KRO.

Drugim kierunkiem działań, które proponuje projektodawca jest wprowadzenie ochrony karnej przed czynami naruszającymi prawo do kontaktów rodzicielskich w dodawanym art. 207a. kk, w ramach którego penalizowane ma być utrudnianie lub uniemożliwianie wykonania kontaktów lub sprawowania opieki nad małoletnim lub osobą nieporadną ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny, wynikających z orzeczenia albo ugody zawartej przed sądem lub przed mediatorem. Projektodawcy proponują wprowadzenie typów kwalifikowanych związanych z doznanym uszczerbkiem na zdrowiu psychicznym, oraz targnięciem się pokrzywdzonego na własne życie, wzorowanym na art. 207 § 3 kk.

W pierwszej kolejności wyrażając uwagi co do przedstawionego projektu należy podkreślić, że zdecydowanie wspieram wszelkie działania zmierzające do zapewnienia wychowania dziecka przez oboje rodziców i do prawidłowego kontaktu z obojgiem rodziców.

Dziecko ma prawo do budowania relacji z obojgiem rodziców, niezależnie od konfliktu pomiędzy nimi. Obowiązek prawidłowego wykonania orzeczenia o kontaktach nie jest więc tylko powiązany z koniecznością zapewnienia powagi orzeczeniom sądu i aparatu wymiaru sprawiedliwości, ale jest to przede wszystkim obowiązek wynikający z art. 47, art. 48 ust.1 i art. 72 ust. 1 Konstytucji. Prawo to wprost formułuje również art. 9 i 10 Konwencji o prawach dziecka z 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.), jak i Konwencja w sprawie kontaktów z dziećmi, sporządzona w Strasburgu w dniu 15 maja 2003 r. (ustawa ratyfikacyjna Dz. U. z 2009 r. Nr 68, poz. 576). Prawo dziecka i skorelowana z tym prawem wiązka praw i obowiązków rodziców wynika zgodnie z orzecznictwem ETPCZ z art. 8 EKPCZ. Prawidłowy kontakt dziecka z rodzicem jest kluczowy dla jego rozwoju psychofizycznego i dla zbudowania przestrzeni życia rodzinnego przez dziecko.

Z tego względu jako Rzecznik Praw Dziecka wraz z pracownikami Biura Rzecznika Praw Dziecka wspomagamy rodziców i dzieci w ramach licznych interwencji w postępowaniach sądowych jak i w ramach kontaktów i prób mediacji z rodzicami.

Mimo jednak tak daleko idącej zbieżności ocen, co do potrzeb ochrony praw dziecka przedstawiony projekt opiniuję negatywnie, jako niepełny i nieosiągający zakładanych celów. Przyjęcie projektowanego brzmienia art. 58 § 1a i art. 107 § 2 KRO spowoduje, że Sąd nie będzie miał podstawy prawnej Sąd do powierzenia wykonywania władzy rodzicielskiej

jednemu z rodziców, ograniczając przy tym władzę rodzicielską drugiego do określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do osoby dziecka, nawet w takich sytuacjach w których za takim rozstrzygnięciem będzie przemawiać dobro dziecka.

Z praktyki sądowej Rzecznika wynika, że w niektórych sytuacjach konflikt miedzy rodzicami przybiera taki stopień, że niezbędne jest dokonanie przez sąd pewnego wyboru i uprzywilejowanie jednego z rodziców aby umożliwić jakikolwiek rozwój dziecka. Przykładem mogą być np. kłótnie na wywiadówkach w szkole, wnioski o wykreślenie dziecka z zajęć dodatkowych czy zapisywanie dziecka na rozbieżne zajęcia w tych samych godzinach lub na różne obozy wakacyjne. W najbardziej skrajnych przypadkach rozbieżne decyzje dotyczące sposobu leczenia dziecka (np. brak zgody jednego z rodziców na zabieg chirurgiczny) mogą powodować istotne negatywne konsekwencje zdrowotne w związku z oczekiwaniem na orzeczenie sądu.

Tymczasem projektodawca usunął z obu zmienianych przepisów, możliwość powierzenia władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców przy ograniczeniu władzy drugiego z rodziców. Autorzy najprawdopodobniej zakładają, że sąd i tak dysponuje taką możliwością. Dokonanie proponowanej interwencji legislacyjnej będzie jednak interpretowane jako pozbawienie sądu takiej możliwości, a przecież oczywistym postulatem jest precyzja prawa nie pozostawiająca wątpliwości.

Dodatkowo wprowadzenie wyłączenia możliwości orzeczenia wspólnej władzy rodzicielskiej w przypadku gdy jedno z rodziców przebywa za granicą, powoduje, że przy braku możliwości ograniczenia władzy w stosunku do takiego rodzica sąd musi pozbawić go władzy rodzicielskiej w całości. Rozwiązanie takie jest nieproporcjonalne i w stosunku do obywateli UE może powodować zarzut dyskryminacji oraz naruszenia swobody przepływu osób określonego w Traktacie o Funkcjonowaniu UE.

Zdecydowanie negatywnie należy ocenić wprowadzenie w obu wskazanych powyżej przepisach nowej instytucji odrębnej od władzy rodzicielskiej w postaci „wykonywania opieki" rodzica nad dzieckiem. Użyte sformułowania nie korespondują z art. 95 § 1 KRO określającym treść władzy rodzicielskiej, która obejmuje w szczególności obowiązek i prawo rodziców do wykonywania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka oraz do wychowania dziecka, z poszanowaniem jego godności i praw. Użycie przez projektodawców w projektowanych przepisach terminu w rozumieniu języka potocznego powoduje trudne do oszacowania skutki na gruncie kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, który posługuje się

językiem prawnym. Termin „wykonywanie opieki” na gruncie KRO będzie powodować automatyczne odesłanie terminologiczne do przepisów działu I w Tytule III „Opieka i kuratela”, tego kodeksu. Dodatkowo autorzy projektu nie zachowali tożsamości terminologicznej i w dodawanym art. 756^2 KPC posługują się już bardziej, choć jeszcze nie w pełni poprawnym określeniem „*sposobu roztoczenia pieczy nad małoletnim dzieckiem w ten sposób, że dziecko będzie mieszkać przemiennie z każdym z rodziców*”.

Zaproponowane brzmienie art. 58 § 1a i 107 § 2 KRO prowadzi też do wniosku, że projektodawcy w znacznym stopniu utożsamiają wykonywanie władzy rodzicielskiej ze wspólnym zamieszkaniem, co jest istotnym nieporozumieniem. Istota władzy rodzicielskiej sięga znacznie głębiej jest bowiem złożonym prawem podmiotowym łączącym rodziców i dziecko w ramach, którego wchodzi wiązka uprawnień i obowiązków jak choćby obowiązki rodzicielskie czy obowiązek posłuszeństwa dziecka.

Sama możliwość okresowego pobytu dziecka u drugiego rodzica już obecnie może być w praktyce realizowana na gruncie obecnego brzmienia art. 113^1 § 1 KRO. Sądy często orzekają kontakty polegające na pobycie przez dziecko naprzemiennie przez kilka dni w tygodniu lub w kolejnych tygodniach w miejscu zamieszkania drugiego rodzica, nawet w przypadku powierzenia władzy jednemu z rodziców i ograniczeniu władzy drugiego rodzica.

Wprowadzenie przepisu umożliwiającego określenie naprzemiennego miejsca zamieszkania dziecka porządkuje tę sytuację i podnosi rangę pobytu dziecka z drugim rodzicem. Jednakże przepis zaproponowany w projekcie nie dość że jest obarczony wadami wskazanymi powyżej to jeszcze wprowadza domniemanie równego rozłożenia czasowego miejsca zamieszkania, co w wielu sytuacjach będzie zupełnie niepraktyczne.

W zasadzie pozytywnie można ocenić jedynie proponowany art. 97 § 3 KRO, choć w rzeczywistości zawarty w nim obowiązek dostarczania dokumentów i tak będzie wynikał z przyznania rodzicom wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej.

Zdecydowanie negatywnie należy ocenić natomiast sposób wprowadzenia penalizacji utrudniania kontaktów z dzieckiem. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że przepis ten wprowadza ściganie z urzędu w trybie bezwnioskowym, co powoduje że organy postępowania po powzięciu informacji o podejrzeniu popełnienia przestępstwa np. w wyniku zawiadomienia teściowej lub obecnego partnera, któregoś z rodziców, mają obowiązek wszczęcia i prowadzenia postępowania nawet wbrew stanowisku obojga rodziców i dziecka.

Jest to absolutnie nieproporcjonalna ingerencja w obszarze stosunków rodzinnych. Paradoksalnie w przypadku, gdy rodzice nawzajem ograniczyli sobie wzajemnie kontakt w dwóch kolejnych następujących po sobie okresach, a następnie doszli do porozumienia to i tak w świetle projektowanego przepisu powinni zostać oboje skazani i po wszczęciu postępowania nie ma możliwości umorzenia postępowania, bowiem nawet szkodliwość społeczna tego czynu będzie oceniona z należytym uwzględnieniem art. 115 § 2 kk na moment jego popełnienia.

Wprowadzenie takiego przestępstwa do kodeksu karnego powinno opierać się tymczasem na konstrukcji ścigania publicznego z urzędu, ale wnioskowego. Ponadto na bieg postępowania karnego powinno mieć wpływ następcze pogodzenie się rodziców i usunięcie stanu naruszenia prawa. Tradycyjne konstrukcje prawa karnego pozwalają na uwzględnienie tych okoliczności „następczych" jedynie w ramach wymierzania wysokości kary zgodnie z dyrektywami określonymi w art. 53 § 2 kk. Z tego względu zasadne jest wprowadzanie konstrukcji przyjętej obecnie w art. 209 § 4 kk możliwości uprzedzenia podejrzanego o konieczności doprowadzenia do stanu zgodnego z prawem i procesowego umorzenia postepowania. Rozwiązanie takie zapewni znacznie lepsze przestrzeganie prawa niż prawomocne skazania po długim okresie postępowania karnego.

Ponadto bardziej prawidłowe byłoby umieszczenie tego przepisu bezpośrednio przed lub po art. 209 KK określającym przestępstwo nie alimentacji niż po przestępstwie znęcania się. Utrudnianie wykonywania kontaktów jest bowiem bardziej związane z wykonywaniem władzy rodzicielskiej, niż z atakiem na integralność fizyczną i psychiczną, choć ta kwestia może być dyskusyjna.

Całkowicie iluzorycznym jest natomiast wprowadzenie art. 207 a § 2 kk typu kwalifikowanego ze względu na skutek w postaci uszczerbku na zdrowiu psychicznym. Zastosowanie tego przepisu będzie możliwe tylko w sytuacji, w której zostanie stwierdzone na podstawie opinii biegłych, że brak kontaktu z dzieckiem doprowadził do zaburzeń psychicznych dziecka i był jedyną przyczyną tych zaburzeń. W praktyce w świetle dzisiejszego stanu wiedzy medycznej takie jednoznaczne stwierdzenie związku przyczynowo skutkowego z zaburzeniami lub chorobą psychiczną nie jest możliwe. Same ciężkie przeżycia psychiczne zaś nie mogą być kwalifikowane jako uszczerbek na zdrowiu.

Podsumowując należy stwierdzić, że zamiast kontynuować prace nad przedstawionym senackim, wysoce niedopracowanym projektem, bardziej zasadne jest podjęcie prac nad

tekstem projektu, który będzie odpowiadał tekstowi zawartemu w druku sejmowym nr 3254 z VIII kadencji Sejmu. Ten ostatni rządowy projekt regulował konstrukcję wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej przy braku porozumienia rodziców i naprzemiennego zamieszkiwania dziecka w sposób kompleksowy i pozbawiony opisanych powyżej wad, oraz wprowadzał ochronę prawnokarną w uzasadnionym i proporcjonalnym zakresie.

Ponadto projekt ten wspierał również instytucję mediacji w postępowaniach rodzinnych. Stoję na stanowisku, że porozumienie rodziców w sprawach dzieci jest pierwszą i podstawową koniecznością realizacji praw dzieci oraz najlepiej rozumianego ich dobra.

Z poważaniem

Rzecznik Praw DzieckaMikołaj Pawlak