

INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

dr Maciej Domański

***Orzekanie o pieczy naprzemiennej
w wyrokach rozwodowych***

Warszawa 2015

Spis treści

| | |
|---|----|
| I. Piecza naprzemienna – wprowadzenie | 1 |
| II. Problem dopuszczalności orzeczenia o pieczy naprzemiennej w wyroku rozwodowym..... | 8 |
| III. Przesłanki rozstrzygnięcia o pieczy naprzemiennej – wzmianka..... | 17 |
| IV. Ogólna charakterystyka i założenia badania | 20 |
| V. Społeczno-demograficzna charakterystyka stron..... | 22 |
| 1. Żony | 22 |
| 2. Mężowie | 24 |
| VI. Sytuacja wspólnych małoletnich dzieci..... | 29 |
| 1. Ogólna charakterystyka | 29 |
| 2. Wykonywanie władzy rodzicielskiej i wywiązywanie się z innych obowiązków rodzicielskich..... | 30 |
| VII. Wybrane zagadnienia postępowania..... | 33 |
| 1. Czas trwania | 33 |
| 2. Przyczyny i wina rozkładu pożycia | 33 |
| 3. Postępowanie dowodowe | 35 |
| 4. Kontrola instancyjna..... | 39 |
| VIII. Spełnienie materialnoprawnych przesłanek pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom | 40 |
| 1. Stanowisko stron w zakresie rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej..... | 40 |
| 2. Przedstawienie porozumienia o wykonywaniu władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem po orzeczeniu rozwodu..... | 44 |
| 3. Zasadność oczekiwania, że rodzice będą współdziałać w sprawach dziecka... | 46 |
| IX. Ocena orzecznictwa | 51 |
| 1. Ocena praktyki w zakresie wyboru modelu pieczy naprzemiennej | 51 |
| 2. Elementy subiektywne | 52 |
| a. Poziom konfliktu między rodzicami; uwzględnienie negatywnych konsekwencji wychowawczych; przemoc i uzależnienia..... | 52 |
| b. Stanowisko dziecka..... | 61 |
| c. Wykonalność modelu przyjętego w porozumieniu | 62 |
| 3. Okoliczności o charakterze obiektywnym..... | 63 |
| a. Odległość miejsca pobytu rodziców..... | 63 |
| b. Status finansowy i zakres „świadomości wychowawczej” rodziców | 65 |
| 4. Rozwiązania alternatywne w zakresie rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej.. | 67 |

| | |
|--|----|
| 5. Szczegółowe zagadnienia orzeczenia przewidującego model pieczy naprzemiennej | 73 |
| a. Okres po jakim ma nastąpić zmiana osoby sprawującej pieczę | 73 |
| b. Określenie miejsca pobytu dziecka w wyrokach..... | 75 |
| X. Problematyka określania miejsca pobytu/zamieszkania dziecka w wyroku rozwodowym – założenia teoretyczne | 76 |
| 1. Miejsce zamieszkania | 78 |
| 2. Miejsce pobytu dziecka | 83 |
| XI. Podsumowanie i wnioski | 89 |

I. Piecza naprzemienna – wprowadzenie

Polskie prawo rodzinne zasadniczo od jego unifikacji, a w pełnym zakresie od pierwszej jego kodyfikacji, przewidywało zasadę przysługiwania władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom¹. Władza rodzicielska miała być wykonywana wspólnie. Założenie takie nie dotyczyło jednak sytuacji rozwodu². 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 wychowanych⁴. 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, który z rodziców jest podstawowym opiekunem i aby nie tworzyć kolizji uprawnień rodziców żyjących w rozłączeniu. Rodzice po rozwodzie mieli zawierając związki małżeńskie założyć 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.

¹ S. Szer, *Prawo rodzinne*, Warszawa 1954 s. 183.

² 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., Tom III*, Warszawa 1954, s. 70.

³ Uchwała SN z 26 kwietnia 1952 r. C 798/51, OSN(C) 1952/1/1 (wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w przedmiocie stosowania art. 30 kodeksu rodzinnego).

⁴ A. Łapiński, *Ograniczenia władzy rodzicielskiej*, Warszawa 1975, s. 144.

⁵ B. Dobrzański [w:] *Kodeks rodzinny. Komentarz*, red. M. Grudziński, J. Ignatowicz, Warszawa 1959, s. 256.

⁶ K. Jagielski, *Istota i treść władzy rodzicielskiej*, SC t. III, 1963, s. 111. Uwaga odnosiła się wprost do rodziców dziecka pozamałżeńskiego, jednak jest aktualna również w odniesieniu do rodziców rozwiedzionych.

Wskazanym założeniom odpowiadały rozwiązania prawne. Zgodnie z art. 31 § 1 dekretu Prawo małżeńskie z 25 września 1945 r.⁷ 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 rodzicowi⁸.

Zasadniczo powyższa konstrukcja została przyjęta również w Kodeksie rodzinnym z 1950 r.⁹ 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.¹⁰ 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”¹¹.

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 powtarzane i cytowane stwierdzenie Sądu Najwyższego z uzasadnienia orzeczenia z 21

⁷ Dz.U. z 1945 r. Nr 048, poz. 270.

⁸ S. Grzybowski [w:] *Prawo małżeńskie. Komentarz*, S. Grzybowski, I. Różański, Kraków 1946, s. 189.

⁹ Dz.U. z 1950 r. Nr 34, poz. 308.

¹⁰ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 29 listopada 1930 roku Kodeks postępowania cywilnego, t.j. Dz.U. z 1950 r. Nr 43, poz. 394 (obowiązujący od 2 października 1950 r. do 31 grudnia 1964 r.).

¹¹ B. Dobrzański [w:] *Kodeks rodzinny. Komentarz*, red. M. Grudziński, J. Ignatowicz, Warszawa 1959, s. 153.

listopada 1952 r¹². „Zwłaszcza w okresie niemowlęctwa 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 rodziny¹³. Dodatkowo rodzaj jego pracy zawodowej i poziom zarobków wyznaczał status całej rodziny. Sprawowanie pieczy nad dziećmi było zadaniem i funkcją matek¹⁴. 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 Europie¹⁵ i Ameryce Północnej¹⁶.

¹² C 1814/52, OSNCK 1953/3/92.

¹³ T. Szlendak, *Socjologia rodziny. Ewolucja, historia, zróżnicowanie*, Warszawa 2010, s. 445.

¹⁴ T. Parsons, *The American Family: Its Relations to Personality and to the Social Structure* [w:] *Family, Socialization and Interaction Process*, T. Parsons, R. F. Bales, New York 1955, s. 12 -13.

¹⁵ 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* 14 (2000), s. 183.

¹⁶ Zob. przykładowo: E. S. Scott, *Pluralism, Parental Preference, and Child Custody*, *California Law Review*, Vol. 80 (May, 1992), s. 619 i n.

Od mniej więcej lat 60 XX wieku najpierw w USA i Europie zachodniej oraz północnej model rodziny zaczął dynamicznie się zmieniać¹⁷. Z punktu widzenia zmian w zakresie rozstrzygnięć w wyrokach rozwodowych najistotniejsze znaczenie miał radykalny wzrost liczby rozwodów. W wyniku tego sytuacja, w której dzieci wychowujące się poza rodziną nuklearną, stała się nie nieistotnym marginesem, ale znaczącym elementem struktury społecznej¹⁸. 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 pieczy¹⁹. W naukach społecznych akcentowano negatywne skutki psychologiczne i społeczne nieobecności ojców w wychowaniu z punktu widzenia dobra dziecka²⁰. Z czasem pojawiło się „na scenie” społecznej „nowe ojcostwo”, a więc zupełnie inny od wcześniejszego wzorec ojca zaangażowanego również w codzienną opiekę i dbałość o dziecko²¹.

Wskazane czynniki jak również nacisk stowarzyszeń ojcowskich²² oraz wpływ koncepcji praw osobistych na konstrukcje prawa rodzinnego²³ spowodowały zmianę paradygmatu rozstrzygania władzy rodzicielskiej po rozwodzie poprzez powierzenie jej wykonywania tylko jednemu z rodziców. Teorie psychologiczne wskazujące na doniosłą rolę obojga rodziców w wychowaniu dziecka oraz koncepcja „prawa dziecka do wychowania przez obojga rodziców” czy też „prawa rodziców do uczestniczenia w wychowaniu dzieci” spowodowały zmianę podejścia. Lansowana zaczęła być konstrukcja, zgodnie z którą rozwód oznaczać ma tylko rozstanie partnerów ale nie rodziców, a wspólne wykonywanie władzy rodzicielskiej po rozwodzie zasadniczo zgodne jest z dobrem dziecka. W literaturze najpierw psychologicznej a później

¹⁷ Zob. w literaturze prawniczej M. Domański, *Względne zakazy małżeńskie*, Warszawa 2013, s. 367 i n.

¹⁸ E. Scott, A. Derdeyn, *Rethinking Joint Custody*, Ohio State Law Journal, vol. 45, no. 2 (1984), s. 458 i n.; J. G. Wexler, *Rethinking the Modification of Child Custody Decrees*, The Yale Law Journal, Vol. 94, No. 4, March 1985, s. 757.

¹⁹ E. Scott, A. Derdeyn, *iw.*, s. 461.

²⁰ S. Coltrane, R. Collins, *Sociology of Marriage & the Family: Gender, Love, and Property* Coltrane, Wadsworth/Thomson Learning, 2001.

²¹ D. Majka-Rostek, Współczesne wzorce nowego ojcostwa [w:] *Rodzina. Kondycja i przemiany*, red. M. Świątkiewicz-Mośny, Kraków 2011, s. 103.

²² D. W. Allen, M. Brinig, *Do Joint Parenting Laws Make Any Difference?*, Journal of Empirical Legal Studies, Vol. 8, Iss. 2, June 2011, s. 304.

²³ J. W. Bozzomo, *Joint Legal Custody: A Parent's Constitutional Right in a Reorganized Family*, Hofstra Law Review, Vol. 31, Iss. 2, 2002, s. 558 i n.; C. G. Jeppesen de Boer, *iw.*, s. 83 i n.

prawniczej pojawiła się i była intensywnie promowana koncepcja wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej po rozwodzie²⁴.

W polskim systemie prawnym możliwość pozostawienia pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom po rozwodzie pojawiła się wraz z wejściem w życie Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego²⁵. 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 drugiego²⁶. W toku prac parlamentarnych nad projektem²⁷, 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 uznane zostało jednak za rozstrzygnięcie o charakterze wyjątkowym²⁸. Jak zauważył Sąd Najwyższy w uchwale z 18 marca 1968 r.²⁹, „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

²⁴ J. Folberg, M. Graham, *Joint Custody of Children Following Divorce*, University of California Davis Law Review 12, 1979, s. 523; w literaturze polskiej zob. J. Wierciński, *Kilka uwag o władzy rodzicielskiej nad małoletnim dzieckiem w razie rozwodu rodziców w ujęciu prawnoporównawczym*, SPP 1/2012, s. 19.

²⁵ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r., Dz.U. 1964 nr 9 poz. 59, dalej jako k.r.o.

²⁶ *Projekt kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz przepisów wprowadzających kodeks rodzinny i opiekuńczy*, Warszawa 1962.

²⁷ W. Stojanowska, *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979, s. 169.

²⁸ B. Dobrzański [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. B. Dobrzański, J. Ignatowicz, Warszawa 1975, s. 340; J. Górecki, *Wytyczne rozwodowe Sądu Najwyższego*, PiP 8-9/1968, s. 340, W. Stojanowska, *Rozwód...*, s. 171 i n.

²⁹ *Wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w zakresie stosowania przepisów art. 56 oraz art. 58 k.r.o.*, III CZP 70/66, OSNC 1968/5/77.

również prawa reprezentacji, a nie jako możliwość przyznania uprawnienia do wymiennego w czasie, symetrycznego sprawowania bezpośredniej pieczy nad dzieckiem³⁰. Rozwiązanie takie odpowiadało więc koncepcji *joint legal custody* (czy *authority*) a nie *joint physical custody*³¹. W praktyce powyższa koncepcja przekładała się na obligatoryjne określanie w sentencji wyroku rozwodowego miejsca stałego pobytu dziecka u jednego z rodziców³².

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 rodziców³³ wspólnej, naprzemiennej pieczy rodzicielskiej³⁴. Należy wskazać, że rozwiązanie takie przyjęto jako promowane w zasadach europejskiego prawa rodzinnego dotyczących władzy (odpowiedzialności) rodzicielskiej³⁵ 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 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

³⁰ W. Stojanowska, *Pozostawienie pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rozwiedzionym małżonkom nad ich małoletnimi dziećmi*, ZN IBPS 2/1975, s. 68.

³¹ 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 19/2011, s. 21 i n.

³² W. Stojanowska, *Pozostawienie...*, s. 69.

³³ E. S. Scott, *Pluralism...*, s. 624.

³⁴ Przykładowo, w odniesieniu do prawa holenderskiego i duńskiego: G. Jeppesen de Boer, *iw.*, s. 83 i n.; amerykańskiego D. E. Abrams, N. R. Cahn, C. J. Ross, D. D. Meyer, *iw.*, 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, *iw.*; niemieckiego i francuskiego: J. Wierciński, *iw.*

³⁵ *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*.

modelu sprawowania władzy rodzicielskiej decyzją stron, ale również poprzez „narzucenie” jej np. mocą orzeczenia sądu³⁶.

Wskazane „trendy” nie ominęły również Polski. Problem stał się przedmiotem bardziej intensywnej debaty prawniczej po dokonanej w 2009 r. modyfikacji przepisów k.r.o.³⁷ dotyczących rozstrzygania o władzy rodzicielskiej w wyroku rozwodowym.

³⁶ K. Boele-Woelki, F. Ferrand, C. González Beilfuss, M. Jänterä-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny, W. Pintens, *iw.*, s. 135.

³⁷ Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 220, poz. 1431), które weszła w życie z dniem 13 czerwca 2009 r.

II. Problem dopuszczalności orzeczenia o pieczy naprzemiennej w wyroku rozwodowym

Na gruncie stanu prawnego obowiązującego od 13 czerwca 2009 r. do 28 sierpnia 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 dziecka³⁸.

W literaturze zaprezentowane zostało również stanowisko odmienne, uznające całkowitą niedopuszczalność przyjęcia modelu pieczy naprzemiennej³⁹. Przedstawione argumenty mające uzasadniać taką tezę można podzielić na dwie grupy: o charakterze „formalnym”, wynikającym argumentów 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 z art. 58 k.r.o.⁴⁰. Przeciwno dopuszczalności pieczy naprzemiennej miała przemawiać koncepcja miejsca zamieszkania dziecka regulowana w art. 26 k.c.⁴¹. Wskazano również na konstrukcję art. 113 [1] k.r.o. oraz konieczność ustalenia kontaktów z dzieckiem w porozumieniu rodziców na podstawie art. 58 k.r.o. Ustalenie kontaktów

³⁸ R. Zegdło, *Miejsce zamieszkania, miejsce pobytu, miejsce zwykłego (stałego) pobytu dziecka oraz piecza naprzemienna*, Rpl 17-18/2011, s. 14 i n.; T. Justyński, *W sprawie tzw. opieki naprzemiennej*, RiP 19/2011, s. 5, J. Kosińska-Wiercińska, *iw.*, s. 32.

³⁹ B. Czech [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, 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*, red. T. Smyczyński, Warszawa 2014, s. 769 i n.

⁴⁰ W. Stojanowska [w:] *System...*, s. 773.

⁴¹ W. Stojanowska [w:] *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r., i 10 czerwca 2010 r. Analiza. Wykładnia. Komentarz*, red. W. Stojanowska, Warszawa 2011, s. 68.

w przypadku pieczy naprzemiennej miałyby być zbędne⁴². Artykuł 113 [1] k.r.o. przewiduje bowiem ustalenie kontaktów przez rodziców wyłącznie gdy dziecko nie przebywa stale u żadnego z nich⁴³. Zasygnalizowano ponadto, że o konieczności ustalenia kontaktów w sentencji wyroku rozwodowego przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 5 czerwca 2012 r.⁴⁴. 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 dziecka⁴⁵. 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.⁴⁶ Stwierdzono w nim, że 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 listopada 1953 r.⁴⁷ w którym stwierdzono, że niedopuszczalne jest w postanowieniu, powierzającym wykonanie władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców, zastrzeżenie, że dziecko w ciągu 1 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.

⁴² W. Stojanowska [w:] *System...*, s. 773.

⁴³ W. Stojanowska [w:] *System...*, s. 750.

⁴⁴ III CZP 72/11, OSNC 12/2012, poz. 135, tak: W. Stojanowska [w:] *System...*, s. 780.

⁴⁵ W. Stojanowska [w:] *System...*, s. 778.

⁴⁶ C 414/52; OSNCK 1953/2/47, tak: W. Stojanowska [w:] *System...*, s. 771, B. Czech [w:] *jw.*

⁴⁷ II C 481/53, PiP 3/1954, poz. 553.

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 jasno z rozwiązań obowiązujących w stanie prawnym przed 29 sierpnia 2015 r. Problem nie był również *expressis verbis* uregulowany przed 13 czerwca 2009 r.

W zakresie przedstawionych argumentów „formalnych” należy zgodzić się, że ustawodawca wprost w art. 113[1] k.r.o. przewidział możliwość rodziców ustalania sposobu utrzymywania kontaktów przez rodzica, u którego dziecko stale nie przebywało. Wydaje się jednak, że przepis ten można interpretować tak, że w przypadku gdy dziecko u żadnego rodzica stale nie przebywa, 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 kontaktów z dzieckiem. Wydaje się, że elementów tych należy rozdzielać, a przeciwstawianie ich, w sytuacji przysługiwania władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom, jest sztuczne⁴⁸. 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 nie sprawującym bezpośredniej pieczy nad dzieckiem), ale z 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 jednocześnie ustaleniem sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej jak również kontaktów z dzieckiem po rozwodzie. Nic oczywiście nie stoi na przeszkodzie, aby

⁴⁸ P. Mostowik, *Kontakty dziecka z rodzicami, krewnymi i bliskimi a władza rodzicielska*, PS 3/2013, s. 7 i n.. Dostzegalne jest to chociażby w cytowanym orzeczeniu II C 481/53, w którym 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.

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. Zagadnienie zostanie szczegółowo przedstawione w dalszej części opracowania. Należy jednak wskazać, że to 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 miejsca zamieszkania została ograniczona do sytuacji, gdy rodzicom przysługuje pełna władza rodzicielska, dziecko stale u żadnego nie przebywa a ponadto rodzice mają różne miejsca zamieszkania (miejscem tym są różne miejscowości). Tryb ten nie jest więc uniwersalną podstawą do rozstrzygania konfliktów dotyczących miejsca pobytu dziecka. Nawet określenie przez sąd miejsca zamieszkania na podstawie art. 26 k.c., § 2 *in fine* 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).

Nie są 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 sąd rozstrzygał o władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem po rozwodzie. Pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom było możliwe na ich zgodny wniosek, jeżeli przedstawili porozumienie na podstawie art. 58 § 1 k.r.o. oraz 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 propozycji⁴⁹, nie można przejść nad taką decyzją ustawodawcy do porządku dziennego i uznać proponowany art. 58 § 1a zd. 3 za *superfluum*.

System prawny rzeczywiście jako zasadę przyjmuje, że osoba fizyczna ma jedno miejsce stałego pobytu⁵⁰. Kategorie administracyjnoprawne (jak w ustawie o ewidencji ludności) czy potencjalne trudności np. w sprawowaniu dozoru kuratora nie mogą jednak determinować konstrukcji rodzinnoprawnych uregulowanych w k.r.o. Problemy administracyjnoprawne muszą być rozwiązywane na gruncie tamtej gałęzi prawa. Podsumowując, motywy „formalne” nie wydają się przesądzać o niedopuszczalności przyjęcia przez rodziców (w ramach pozostawienia im pełnej władzy rodzicielskiej) modelu pieczy naprzemiennej.

⁴⁹ Szeroko opisany przez W. Stojanowską [w:] *System...*, s. 774.

⁵⁰ Przykładowo ustawa o ewidencji ludności przewiduje w art. 24 obowiązek zameldowania się w miejscu pobytu stałego lub czasowego. Zgodnie z art. 25 pobytem stałym jest zamieszkanie w określonej miejscowości pod oznaczonym adresem z zamiarem stałego przebywania. 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 jest dobro dziecka (uszczegółowione wymaganiem by rodzeństwo wychowywało się razem). Uznanie absolutnej niedopuszczalności pieczy naprzemiennej możliwe byłoby jedynie w przypadku przyjęcia, że rozwiązanie takie 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 oceną 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 krajach⁵¹. Zacytowane zostały powyżej 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

⁵¹ Zob. przyp.

może im zostać narzucone. Również sceptycy pieczy naprzemiennnej⁵² 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)⁵³. Antycypując wyniki badania praktyki należy wskazać, że we wszystkich sprawach, w których sądy zlecały przeprowadzenie badań biegłym psychologom lub rodzinnemu ośrodkowi diagnostyczno-konsultacyjnemu, rozwiązanie polegające na naprzemiennym pieczy obojga rodziców oceniane było jako zgodne z dobrem dzieci.

W sytuacji, gdy miejsce pobytu dziecka określone 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 pozostawanie pod pieczą obojga rodziców po 50% czasu absolutnie i w każdym przypadku jest z dobrem dziecka sprzeczne.

⁵² A. Czerederecka, *Rozstrzygnięcie o kwestiach związanych ze sprawowaniem władzy rodzicielskiej i uregulowaniem kontaktów z dziećmi – refleksje psychologa*, RiP 26-27/2013, s. 95, też *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, Vol. 4, 1989, s. 325.

⁵³ R. Bauserman, *Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review*, Journal of Family Psychology 2002, Vol. 16, No. 1, s. 91; E. Spruijt, V. Duindam, *Joint Physical Custody in The Netherlands and Well-Being of Children*, Journal of Divorce & Remarriage 51/2010, 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, 55/2014, s. 433; A. K. Sodermans, K. Matthijs, *Joint Physical Custody and Adolescents' Subjective Well-Being: A Personality, Environment Interaction*, Journal of Family Psychology 2014, Vol. 28, No. 3, s. 346.

Należy również zwrócić uwagę na nowelizację wprowadzoną ustawą z 25 czerwca 2015 r.⁵⁴, która weszła w życie 29 sierpnia 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. 582 [1] oraz 598 [22] 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 sierpnia 2015 r. rozwiązanie takie, jako bezwzględnie sprzeczne z dobrem dziecka, było niedopuszczalne, a od 29 sierpnia 2015 r. stało się już wprost dopuszczone przez ustawodawcę i z dobrem dziecka zgodne.

Reasumując, nie przesądzając kwestii definitywnie, wydaje się, że trudno uwzględniając specyfikę klauzuli dobra dziecka, wielość możliwych stanów faktycznych jak również wyniki badań z innych krajów uznać, 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”⁵⁵. 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 wynikające⁵⁶. 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 pojęciem „naprzemiennej pieczy”. Termin „naprzemienna władza rodzicielska” zupełnie nie oddaje istoty instytucji, a pojęcie „opieki naprzemiennej” może wprowadzać w błąd. Instytucja opieki została ściśle zdefiniowana i związana

⁵⁴ Ustawa o zmianie ustawy - Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy - Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. 2015.1062.

⁵⁵ B. Czech [w:] *iw.*, s. 502.

⁵⁶ T. Justyński, *iw.*, s. 6.

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. Przesłanki rozstrzygnięcia o pieczy naprzemiennej – wzmianka

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że przyjęcia modelu symetrycznej naprzemiennej pieczy obojga rodziców można rozważać wyłącznie w ramach pozostawienia obojgu rodzicom pełnej władzy rodzicielskiej⁵⁷. Przesłankami ustawowymi takiego rozstrzygnięcia, w stanie prawnym obowiązującym przed 29 sierpnia 2015 r., było: przedstawienie przez małżonków porozumienia o wykonywaniu władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem po rozwodzie. Musiało być ono zgodne z dobrem dziecka, w szczególności przewidywać, że rodzeństwo będzie wychowywało się wspólnie. Należy przyjąć, że porozumienie takie musiało nie tylko przewidywać pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom, ale wprost regulować akceptowany przez rodziców model pieczy naprzemiennej.

Małżonkowie musieli również złożyć zgodny wniosek w tym zakresie. Wydaje się, że „zgodny wniosek” określony w art. 58 § 1a k.r.o., powinien być dotyczyć nie tylko pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom ale konkretnie pozostawienia jej w formie pieczy naprzemiennej. Wniosek taki musiał istnieć na chwilę zamknięcia rozprawy (art. 316 k.p.c.). Jeżeli małżonkowie przedstawili porozumienie, w którym modelem sprawowania władzy rodzicielskiej miała być piecza naprzemienna, a później na rozprawie złożyli wniosek obejmujący pozostawienie pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom jednak z określeniem stałego miejsca pobytu przy jednym z nich (czy też stałego sprawowania pieczy przez jedno z rodziców), należy uznać, że rodzice (rodzic), zmieniając w tym zakresie zdanie, „unieważnili” przedstawione porozumienie. Już z tego powodu (nieprzedstawienia porozumienia) sąd nie mógł orzec o pozostawieniu pełnej władzy rodzicielskiej i zaakceptować model pieczy naprzemiennej. Oczywiście dla rozwiązania polegającego na pozostawieniu obojgu rodzicom władzy rodzicielskiej z określeniem miejsca pobytu przy jednym z nich konieczne było przedstawienie nowego porozumienia przyjmującego takie rozwiązanie.

Zgodnie z art. 58 § 1a k.r.o. *in fine* sąd mógł pozostawić władzę rodzicielską obojgu rodzicom, gdy zasadne było oczekiwanie, że będą współdziałać w sprawach dziecka. Przesłanka ta zakładała możliwość pozostawienia władzy rodzicielskiej tylko

⁵⁷ Tak jak się wydaje T. Justyński, *iw*.

w okolicznościach niskiego poziomu konfliktu (przynajmniej w sprawach dotyczących dziecka) pomiędzy rodzicami. Realizacja wspólnej pełnej władzy rodzicielskiej musiała być możliwa i realna. Przesłanka ma szczególnie istotne znaczenie z punktu widzenia ewentualnego rozstrzygnięcia o pieczy naprzemiennej. W takim przypadku współdziałanie rodziców, prezentowanie jednolitej postawy wychowawczej jest niezwykle istotne.

Z punktu widzenia oceny dokonywanej przez sąd największe wątpliwości budziła ocena zgodności z dobrem dziecka porozumienia rodziców (co zakłada weryfikację przyjętych rozwiązań np. w zakresie rozwiązania problemu realizowania obowiązku szkolnego, odległości pomiędzy miejscami pobytu rodziców), jak również przesłanki współdziałania w sprawach dziecka.

Zagadnienie okoliczności koniecznych, jak również sprzyjających możliwości pozostawienia rodzicom pełnej władzy rodzicielskiej w formie pieczy naprzemiennej wymaga osobnego i kompleksowego opracowania. W niniejszym raporcie należy jedynie zasygnalizować najważniejsze elementy pojawiające się w wypowiedziach doktryny.

W literaturze polskiej postulaty w tym zakresie są niezwykle skromne. A. Czerederecka zasygnalizowała, że omawiane rozwiązanie proponuje się wyłącznie w sytuacjach, gdy rodzice prezentują w miarę jednolity i spójny system wychowawczy, są zdolni uzgadniać szczegóły dotyczące codziennych czynności, mieli do siebie zaufanie, potrafili zadbać o stworzenie pozytywnej atmosfery przy przekazywaniu sobie dziecka oraz mieszkali blisko siebie aby, dziecko nie musiało zmieniać środowiska wychowawczego⁵⁸.

Pewne wskazówki co do decyzji sądu zawarte zostały w zasadach europejskiego prawa rodzinnego dotyczących władzy rodzicielskiej. Zgodnie z zasadą 3.20 odpowiednia władza podejmując decyzję co do naprzemiennego przebywania dziecka, powinna wziąć pod uwagę: wiek i zdanie dziecka, zdolność i gotowość rodziców do współpracy ze sobą w sprawach dziecka oraz ich sytuację osobistą, odległość między miejscami pobytu rodziców oraz szkołą dziecka.

⁵⁸ A Czerederecka, *Rozstrzygnięcie...*, s. 95.

W literaturze zagranicznej podkreśla się, że dla opisywanego rozstrzygnięcia istotne znaczenie ma: zdanie dziecka, współdziałanie i więzi pomiędzy rodzicami a dziećmi (ewentualnie innymi domownikami), stopień przystosowania dziecka do szkoły, społeczności, stan zdrowia (fizycznego i psychicznego) rodziców i dziecka, wywiązywanie się rodziców z obowiązków rodzicielskich wobec dziecka, ewentualne występowanie przemocy domowej czy przeszłości kryminalnej u strony lub innego domownika⁵⁹. Wskazuje się na doniosłe znaczenie porozumienia rodziców⁶⁰.

Również w literaturze z zakresu psychologii wymieniane są kryteria sprzyjające jak również nie sprzyjające sprawowaniu pieczy naprzemiennej, a nawet takie które powinny ją wykluczać. Jako okoliczności nie sprzyjające takiemu rozwiązaniu wskazuje się, poza sygnalizowanym powyżej wysokim poziomem konfliktu „przelewanym” na dziecko, sprawstwem przemocy czy nadużywaniem substancji psychoaktywnych również: wysoki poziom gniewu w stosunku do drugiego małżonka powiązany z potrzebą jego ukarania, przekonanie, iż drugi małżonek jest złym rodzicem oraz niezdolność do rozdzielenia własnych uczuć od odczuć i przekonań dziecka⁶¹.

Sygnalizowano również okoliczności będące pozytywnymi prognostykami dla opisywanego rozstrzygnięcia: szacunek i docenianie więzi pomiędzy dzieckiem a drugim rodzicem, utrzymywanie pewnego obiektywizmu w stosunku do procesu rozwodowego (w szczególności w zakresie relacji z dzieckiem), dostrzeganie punktu widzenia dziecka i drugiego rodzica, zmiana emocjonalnych oczekiwań w stosunku do małżonka z partnera jedynie na „współrodzica”, ustalenie nowych ról w relacji, wysoka samoocena rodziców, elastyczność i otwartość na pomoc, przekonanie, że małżonek jest dobrym rodzicem⁶².

⁵⁹ D Harrington Conner, *Back to the Drawing Board: Barriers to Joint Decision-Making in Custody Cases Involving Intimate Partner Violence*, Duke Journal of Gender Law & Policy, 18/2011, s. 229 i n.; M. F. Brinig, L. M. Federick, L. M. Drozd, *Perspectives on Joint Custody Presumptions as Applied to Domestic Violence Cases*, Family Court Review, April 2014, s. 274.

⁶⁰ M. A. Tarnelli, *Joint Custody Presumption in Vermont: A Proposal for Co-Parenting*, Vermont Law Review, Summer 2012, s. 1022.

⁶¹ D. Post, *Arguments...*, s. 319.

⁶² S. B. Steinman, S.E. Zimmelman, T. M. Knoblauch, *A study of parents who sought joint custody following divorce: Who reaches agreement and sustains joint custody and who returns to court*. Journal of the American Academy of Child Psychiatry 24/1985, s. 554.

IV. 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 jak również 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 określonych okresach będą wymieniali się pieczą nad dzieckiem (dziećmi).

Po odrzuceniu spraw, w których rozstrzygnięcie nie odpowiadało zakładanemu⁶³ do badania skierowane zostały akta 23 spraw z 10 sądów okręgowych⁶⁴. 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) jak również z szerokim wykorzystaniem metody studium przypadku.

⁶³ 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.

⁶⁴ Były to sądy okręgowe w: Gliwicach, Krakowie, Krośnie, Poznaniu, Rzeszowie, Szczecinie, Toruniu, Warszawie, Włocławku, Zielonej Górze.

Podstawowym założeniem badania było ustalenie, czy w praktyce rozwodowej występują sprawy, w których orzeczenie o władzy rodzicielskiej przewidywało model pieczy naprzemiennnej 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 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 naprzemiennnej.

Założono również zbadanie „jakości” postępowań sądowych, w szczególności z 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.

V. 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 jak również ogólnymi danymi statystycznymi⁶⁵.

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 lat a najdłużej 23 lata.

W aż 13 zbadanych sprawach (72,2%⁶⁶) 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 liczbie spraw wykształcenie średnie. W 1 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%⁶⁷.

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).

⁶⁵ M. Domański, *Powierzenie wykonywania władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców w wyroku rozwodowym*, Warszawa 2014, s. 5.

⁶⁶ Przyjmując za 100% 18 spraw, w których informacje o wykształceniu kobiety znajdowały się w aktach.

⁶⁷ S. 1.

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%).

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%.

Należy zauważyć, że zarówno w zakresie stosunków zawodowych jak również finansowych sytuacja żon w zbadanych sprawach była zdecydowanie lepsza niż odnotowana w badaniu dotyczącym powierzenia wykonywania władzy jednemu z rodziców⁶⁸.

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 1 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

⁶⁸ Stałe zatrudnienie miało tylko 52,2% kobiet a sytuacja finansowa została oceniona jako dobra lub bardzo dobra jedynie w 19,4% spraw.

zaburzeń depresyjnych i 1 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 1 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 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 lat 45.

W aż 10 sprawach (62,5%) mężowie mieli wyższe wykształcenie. W 5 przypadkach było to wykształcenie średnie, w 1 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%.

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 zamieszkałych w dużych miastach (jak również w granicach aglomeracji) był zdecydowanie wyższy niż w porównywanym badaniu.

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% mężów⁶⁹.

Analiza ogólnej sytuacji finansowej (obejmującej dochody, zobowiązania i majątek) mężów wykazała wyniki podobne do danych dotyczących kobiet. W 5 sprawach sytuacja ta została 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%⁷⁰.

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.

⁶⁹ 100% stanowiły sprawy, w których informacje te znajdowały się w aktach sprawy.

⁷⁰ Przyjmując jako 100% sprawy, w których informacje na ten temat znajdowały się w aktach.

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 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 zaprzeczyli 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 może 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 1 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. 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 naprzemiennej 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, o których informacje znajdowały się w aktach, miało wykształcenie wyższe. Mężowie legitymowali się wyższym wykształceniem w 10 sprawach na 16, w których 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 był 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).

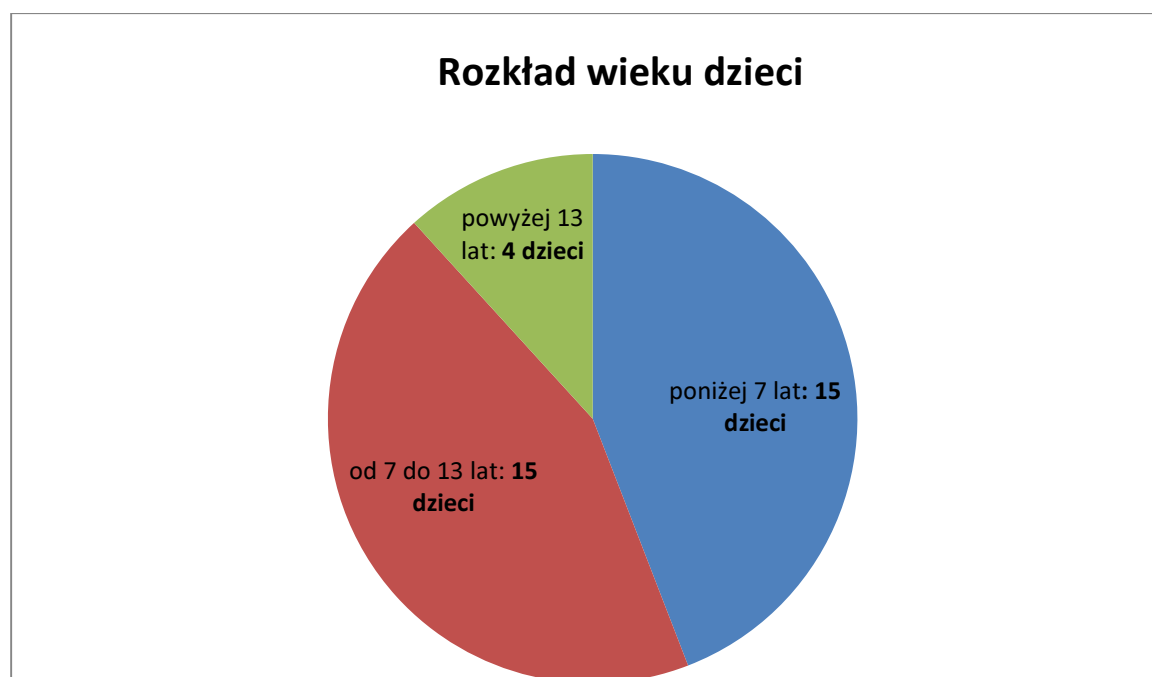
Reasumując, rozstrzygnięcie o władzy rodzicielskiej w postaci pieczy naprzemiennej dotyczyło rodziców zamieszkujących w dużych miastach, o wysokim poziomie wykształcenia i świadomości prawnej (zdecydowana większość była reprezentowana przez profesjonalnych pełnomocników procesowych), stabilnej sytuacji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

VI. Sytuacja wspólnych małoletnich dzieci

1. Ogólna charakterystyka

Rozstrzygnięcie o władzy rodzicielskiej i kontaktach w zbadanych sprawach dotyczyło 34 dzieci: 18 chłopców i 16 dziewczynek. W 1 sprawie rozwodzący się małżonkowie mieli 4 małoletnich dzieci, również w 1 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 1 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 lat⁷¹. Istotne i dość zaskakujące są dane dotyczące rozkładu wieku dzieci, w stosunku do których zapadło analizowane rozstrzygnięcie. Dane te zostały przedstawione na poniższym wykresie:



Zagadnienie wpływu wieku dziecka na rozstrzygnięcie oraz ocena tego czynnika zostanie przedstawiona w dalszej części opracowania. Należy jednak już w tym miejscu zauważyć, że orzeczenie o pieczy naprzemiennej dotyczyło przede

⁷¹ Dane odnoszące się do wieku dzieci dotyczą chwili wydania wyroku rozwodowego.

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.

2. 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 zmieniało dziecko. W przypadku kolejnych 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 powództwa ale jeszcze przed orzeczeniem rozwodu 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 nim 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 ROD-K 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, gdy 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.

VII. Wybrane zagadnienia postępowania

1. 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 dni a najdłużej 644 (21,5 miesiąca). Wskazane dane są zbliżone do czasu trwania postępowań w porównywanym badaniu (średnia 8,5 miesiąca).

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.

2. Przyczyny i wina rozkładu pożycia

W zbadanych sprawach, w 20 przypadkach powód już w pozwie złożył wniosek o nie orzekanie o winie rozkładu pożycia. W 3 sprawach domagał 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 1 sprawie pozwany zażądał oddalenia powództwa rozwodowego z uwagi na brak spełnienia przesłanki pozytywnej zupełnego i trwałego rozkładu pożycia oraz w 1 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. Dane te przedstawione zostały w poniższej tabeli:

| Przyczyny rozkładu pożycia | Częstość występowania (nie sumuje się do 23 spraw – w jednej sprawie mogło wystąpić kilka przyczyn) |
|--|--|
| Związanie się żony z innym mężczyzną | 10 |
| „niezgodność charakterów” | 3 |
| Niewierność męża | 2 |
| Niewierność żony | 2 |
| Związanie się męża z inną kobietą | 1 |
| Choroba żony | 1 |
| Nadużywanie alkoholu przez żonę | 1 |
| Nadużywanie alkoholu przez męża (i sprawstwo przemocy domowej) | 1 |
| Nieporozumienia na tle finansowym | 1 |
| Choroba psychiczna żony | 1 |
| Konflikt męża z córką żony | 1 |
| Sąd nie ustalił przyczyn rozkładu pożycia | 6 |

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%).

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”).

3. 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.).

Częstość przeprowadzania poszczególnych dowodów została przedstawiona w poniższej tabeli.

| Rodzaj dowodu | Liczba spraw, w których został przeprowadzony |
|--|---|
| Przesłuchanie stron | 23 |
| Odpis aktu małżeństwa | 23 |
| Odpis aktu urodzenia wspólnego dziecka (dzieci) | 23 |
| Przesłuchanie świadka (świadków) | 18 |
| Dokumenty poświadczające dochody męża | 10 |
| Wywiad środowiskowy | 9 |
| Dokumenty poświadczające dochody żony | 8 |
| Dokumenty dotyczące stanu zdrowia wspólnych małoletnich dzieci | 5 |
| Opinia ROD-K | 5 |
| Opinia biegłego psychologa | 3 |
| Przesłuchanie wspólnych dzieci stron (które ukończyły 17 lat) | 2 |
| Dokumenty znajdujące się aktach wcześniejszej sprawy rozwodowej | 2 |
| Dokumenty dotyczące stanu zdrowia męża | 2 |
| Dokumenty dotyczące stanu zdrowia żony | 2 |
| Dokumenty znajdujące się w aktach spraw dotyczących wspólnych małoletnich dzieci | 2 |

Wskazane powyżej 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 pożądaną przez stronę sposób 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 dowodowego⁷².

W 9 sprawach poza dowodem z przesłuchania stron przeprowadzono jedynie dowód z przesłuchania świadka. Zeznania najczęściej niewiele wnosyły 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 jaka 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 dzieckiem jest uwarunkowane różnymi okolicznościami. Sąd podejmując taką decyzję powinien mieć pełny obraz charakteru konfliktu między rodzicami, sposobu sprawowania pieczy na 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

⁷² T. Żyznowski [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Tom II. 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.

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, 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 stałe przebywać dzieci, było uzasadnione. W przypadku 4 spraw sądy poprzestały jedynie na przeprowadzeniu wywiadu środowiskowego w miejscu przebywania jednego z rodziców.

4. Kontrola instancyjna

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

VIII. Spełnienie materialnoprawnych przesłanek pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom

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 sierpnia 2015 r., a więc w okresie, z którego pochodziły zbadane sprawy, zgodnie z art. 58 k.r.o. przesłankami pozostawienia władzy rodzicielskiej obojga rodzicom 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.

1. 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 dwie 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 wносиły 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 wносиła „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 wniosowała 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 wykonywania władzy rodzicielskiej jej i ograniczenia władzy rodzicielskiej męża nad niespełna 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 wnosiła 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 uniemożliwił wydanie takiego rozstrzygnięcia przez sąd.

2. Przedstawienie porozumienia o wykonywaniu władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem po orzeczeniu rozwodu

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 1 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 pełnoletność). 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 trzema sprawami, w których brak było porozumienia, w 1 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 1 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).

3. Zasadność oczekiwania, że rodzice będą współdziałać w sprawach dziecka

W stanie prawnym obowiązującym do 29 sierpnia 2015 r. przesłanką pozostawienia obojgu rodzicom władzy rodzicielskiej było zasadne oczekiwanie, że będą 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 współdziałali 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 1 przypadku poziom konfliktu może zostać uznany za umiarkowany. W 2 sprawach z uwagi na ograniczony materiał dowodowy znajdujący się w aktach sprawy nie możliwe 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 wnioski o nie orzekanie 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, „nastawianiu” dziecka przeciwko drugiemu z rodziców, wiktłaniu go w konflikt. W 2 sprawach oceniono zmianę sytuacji w toku postępowania. Początkowo poziom konfliktu był wysoki (utrudnianie kontaktów, wiktłanie 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 zobiiektywizowany. Uznano, że pomimo skonfliktowania rodziców również w sprawach dziecka, możliwa jest współpraca 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 (wybór szkoły), zwracali się do sądu o rozstrzygnięcie. W 5 sprawach materiał zgromadzony w aktach uniemożliwił 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 1 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 ROD-K, biegłego psychologa czy wywiadu środowiskowego albo w toku przesłuchania strony. Nie dokonywano 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 sierpnia 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 sytuacji ograniczonej współpracy rodziców w sprawach dziecka (lub braku tej współpracy).

IX. Ocena orzecznictwa

1. 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 dyrektywalnym⁷³). Specyfika rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej i konieczność uwzględnienia całości sytuacji 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 sierpnia 2015 r., sąd „mógł” pozostawić władzę rodzicielską obojgu rodzicom, a nie musiał wydać takie rozstrzygnięcie, 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 przedstawione zostaną problemy związane z ujęciem wskazanego modelu w ramy rozstrzygnięcia rozwodowego.

⁷³ M. Zieliński [w:] *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, Warszawa 1974, s. 28.

2. Elementy subiektywne

a. Poziom konfliktu między rodzicami; uwzględnienie negatywnych konsekwencji wychowawczych; przemoc i uzależnienia

Zagadnieniem budzącym poważne wątpliwości zarówno w doktrynie jak i 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 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-letniego pozwanego 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 matki. Poza nieporozumieniami na tle finansowym podstawową przyczyną rozkładu pożycia była niewierność żony i jej związenie się 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.

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 zarzucił, iż 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 macierzyści – 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 kolorystykę⁷⁴ ubrań, a przede wszystkim stosuje przemoc psychiczną wobec dziecka w postaci narzucania małej 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 małej. (...) są wobec córki troskliwi, czuli, wrażliwi, okazujący swe przywiązanie (...) oraz zainteresowanie. (...) postawy rodzicielskie nie budzą poważniejszych zastrzeżeń”.

Analizując sytuację małej 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”.

⁷⁴ Pisownia oryginalna.

W zakresie możliwości rozstrzygnięcia o pieczy naprzemiennej biegli wskazali z jednej strony, że „Więzi uczuciowe, bliskość relacji (...) oraz preferowany przez strony styl opieki i wychowania nie jest rozbieżny, niespójny czy niejednolity a więc nie stanowią podstawy 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, „...optymalnym rozwiązaniem sytuacji opiekuńczo – wychowawczej byłoby utrzymanie opieki naprzemiennej w systemie jak dotychczas – tydzień na tydzień a więc pozostawienie obojgu rodzicom pełnej władzy rodzicielskiej, ustanawiając stałe miejsce zamieszkania dziecka u matki⁷⁵ (!)”.

Na posiedzeniu wyznaczonym na rozprawę stawiły 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 naprzemiennej. Jednocześnie pełnomocnicy cofnęli 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

⁷⁵ Problematyka ustalania „miejsca zamieszkania” i „miejsca pobytu” zostanie przedstawiona w dalszej części opracowania.

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.

Pieczna 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 naprzemiennej, 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 naprzemiennej. Z jednej strony, złożony został zgodny wniosek stron i zawarto porozumienie oraz, pomimo konfliktów, funkcjonował od kilku miesięcy model pieczy naprzemiennej, 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 nie przedstawienia porozumienia przez małżonków. Stwierdzili, iż w braku „planu opieki” „proponujemy powierzyć wykonywanie władzy rodzicielskiej matce”. Zupełnie pominięto fakt, iż matka wyprowadziła się z domu rodzinnego, a centrum życiowe małej (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 (!). 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 optymalnym 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, 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. 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 ROD-K 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 1 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 wypowiedali się o pozostawieniu modelu pieczy naprzemiennej, który był już stosowany z woli rodziców.

W stanie prawnym obowiązującym przed 28 sierpnia 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 pozwanym 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, wszczynął 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, iż 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.

Podobnie 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 w 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 ROD-K 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 ROD-K 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 ROD-K, jak również wysłuchany przed sądem zgodnie z art. 216 [1] 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 o 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 związenie się z innym mężczyzną. Ostatecznie kobieta wróciła do Polski i zamieszkała z konkubentem oraz 2 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 naprzemiennnej.

Ostatecznie w konkluzjach opinii znalazło się jednak stwierdzenie, że „optymalnym rozwiązaniem byłoby pozostawienie obojgu rodzicom (...) władzy rodzicielskiej (...) i ustanowienie opieki naprzemiennnej”. Sąd przychylił się do wniosku stron oraz stanowiska biegłego i orzekł pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom i przyjęciu modelu pieczy naprzemiennnej, 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 naprzemiennnej. W opisaney 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 naprzemiennnej 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. 216 [1] k.p.c. sąd w sprawach dotyczących osoby małoletniego dziecka wysłucha je, jeżeli jego rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości na to pozwala. 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 dziecka⁷⁶, czy też dotyczy również wysłuchania pośredniego a sąd może zapoznać się ze stanowiskiem dziecka wyrażonym np. w toku przygotowywania opinii przez biegłego⁷⁷.

Jeżeli spełnione zostaną przesłanki określone w art. 216[1] k.p.c. wysłuchanie dziecka ma charakter obligatoryjny („sąd wysłucha” a nie jedynie „może wysłuchać”). Orzeczenie przyjmujące rozwiązanie w postaci pieczy naprzemiennej jest 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 dowodowego⁷⁸, ale sprzyja również możliwości poznania przez sąd małoletniego, jego sytuacji i punktu widzenia. Nie można tracić z pola widzenia, że sąd rozwodowy wypełnia funkcje 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 wraziło aprobatę dla planowanego rozstrzygnięcia o pieczy naprzemiennej w toku sporządzania opinii przez ROD-K lub biegłego

⁷⁶ M. M. Cieśliński, *Wysłuchanie dziecka w procesie cywilnym* (art. 216 [1] k.p.c.), PS 6/2012, s. 63.

⁷⁷ A. Czerederecka, *Psychologiczne kryteria wysłuchania dziecka w sprawach rodzinnych i opiekuńczych*, RiP 14-15/2010, s. 24, W. Stojanowska [w:] *Nowelizacja...*, s. 356.

⁷⁸ Zastrzegając kontrowersyjność kwalifikacji wysłuchania dziecka jako dowodu.

psychologa. W 5 przypadkach pośrednia informacja (której wartość i poprawność może budzić wątpliwości) o pozytywnym stosunku do planowanego rozstrzygnięcia wynikała z wywiadu środowiskowego przeprowadzonego przez kuratora sądowego. Tylko w 1 sprawie stanowisko akceptujące pieczę naprzemienną wyrażone zostało w toku wysłuchania przed sądem dokonywanym na podstawie art. 216[1] k.p.c. i powtórzone przy sporządzaniu opinii przez ROD-K. W 1 przypadku dziecko w toku badania w ROD-K wyraziło nadzieję na pojednanie się rodziców i nie wypowiedziało co do planowanej pieczy naprzemienną.

Podsumowując należy stwierdzić, że instytucja bezpośredniego wysłuchania dziecka (art. 216[1] k.p.c.) w zbadanych sprawach była właściwie martwa. Niepokojący był również fakt, iż w przypadku starszych dzieci (powyżej 7 lat⁷⁹) ich stanowisko znane było sądowi orzekającemu (na jakiegokolwiek podstawie) jedynie w 10 przypadkach. W 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 ROD-K.

c. Wykonalność 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. Powodem była 36 letnia kobieta. W pozwie domagała się pozostawienia władzy rodzicielskiej nad 4 dzieci (dwie córki – 11- i 8-letnimi, oraz dwoma synami – 7-letnim i 4-letnim) obojgu rodzicom z „ustaleniem miejsca zamieszkania” przy matce. W odpowiedzi na pozew 35-letni mąż domagał się

⁷⁹ 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 pogładowy. Osiągnięcie 7 lat na gruncie dekretu Prawo osobowe z 1945 r. powodowało nabycie ograniczonej zdolności do działań prawnych. Z osiągnięciem tego wieku ustawodawca wiązał przez wiele lat powstanie obowiązku szkolnego.

ustalenia pieczy naprzemienniej. 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 naprzemienniej. Co istotne, miejsce pobytu (w systemie dwutygodniowym) zmieniali rodzice, a dzieci stałe 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: „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, gdy to dzieci muszą przemieszczać się pomiędzy miejscem 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.

3. Okoliczności o charakterze obiektywnym

a. 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 miejscem pobytu rodziców (w którym 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 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 wdrożyli 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 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 naprzemiennie 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 przyjmując system pieczy naprzemiennnej, 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.

b. 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 sytuowanych⁸⁰. 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 numerze 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 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

⁸⁰ Przykładowo zgodnie z § 2.12 p. f *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*; American Law Institute, 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.

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 odpychał 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. szkarlatyna).

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 zbyty. W sprawie nie został przeprowadzony dowód z przesłuchania świadka. Sąd najpierw postanowił zlecić sporządzenie opinii przez ROD-K, jednak rodzice zwrócili się pisemnie do sądu o „cofnięcie dowodu z opinii ROD-K” 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 władza rodzicielska w postaci pieczy naprzemiennej ma być sprawowana.

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 świadomość sposobu realizacji takiego modelu. W opisanym przypadku przeciwko pieczy naprzemiennej przemawiał również stan zdrowia dziecka.

4. 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 naprzemiennej⁸¹ 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.

⁸¹ Ocena nie dotyczy prawidłowości samego rozstrzygnięcia np. w zakresie doboru okresu, przez jaki piecza miałyby być sprawowane przez każdego z rodziców, czy też innych elementów wyroku, ale jedynie samego wyboru pieczy naprzemiennej jako modelu sprawowania władzy rodzicielskiej po rozwodzie.

W 7 zbadanych sprawach stwierdzono, że rozstrzygnięcie o pieczy naprzemienną 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 naprzemienną, 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 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 ROD-K. 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 przedwczesne. Sąd nie wykorzystał instrumentów takich jak chociażby skierowanie stron do mediacji. Z opinii ROD-K wynikało jasno, że na analizowanym etapie orzeczenie rozvodu było sprzeczne z dobrem małoletniego dziecka. Okoliczności sprawy zdają się potwierdzać taką ocenę⁸². Wskazane stanowisko nie zostało jednak podzielone przez sąd.

Niezwykłe 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 matki. 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 zachowywała się agresywnie,

⁸² W szczególności biorąc pod uwagę nadal aktualne stanowisko SN zajęte w uchwale z dnia 18 marca 1968 r. III CZP 70/66.

wymagała przymusowej hospitalizacji, a jej zachowania 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 ROD-K. 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 zmieniła 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 (!) 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 naprzemiennej. Również samo porozumienie przedstawione na pewnym etapie postępowania było przez strony później kwestionowane. Po drugie, z opinii przygotowanej przez specjalistów z ROD-K 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 żadnych 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 ROD-K, 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 obowiązek „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 wnieśli 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 siebie 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 dzieci, w szczególności córki, jednak przy uznaniu dopuszczalności pieczy naprzemiennej w sprawie tej rozstrzygnięcie należy zaakceptować.

5. Szczegółowe zagadnienia orzeczenia przewidującego model pieczy naprzemiennej

a. Okres po jakim ma nastąpić zmiana osoby sprawującej pieczę

Okres po jakim nastąpić 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 rozstrzygnięć o częstotliwości 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 zgodnie 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 1 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 szczególności 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.

b. Określenie miejsca pobytu dziecka w wyrokach

W zbadanych sprawach istotne rozbieżności zostały stwierdzone w praktyce określania modelu pieczy naprzemiennej w sentencji orzeczeń. Problem braku jednolitej praktyki w określaniu rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej w sentencji orzeczenia był już sygnalizowany we wcześniejszych badaniach⁸³.

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 naprzemiennej (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, szczegółowości rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej (kontaktach) w sentencji wyroku oraz związanego z tym problemu odwołania do treści zawartego między rodzicami porozumienia.

⁸³E. 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.

X. Problematyka określania miejsca pobytu/zamieszkania dziecka w wyroku rozwodowym – założenia teoretyczne

Niepewność stron, pełnomocników, a w szczególności sądów w zakresie określania ustalania „miejsca pobytu” czy „miejsca zamieszkania dziecka” może być zobrazowana konkretnym przykładem. W sprawie 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 żony. 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 (!)...”. Na rozprawie pełnomocnik powoda stwierdził: „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 „doszło do porozumienia między stronami (...) wnosimy o (...) powierzenie władzy rodzicielskiej obojgu 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 (!) i nie nadają się do egzekucji. To jest taka ‘umowa gentelmeńska’, która może mieć znaczenie w kolejnym postępowaniu dotyczącym władzy rodzicielskiej” (!).

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 wpisze”. W elektronicznym protokole odnaleźć można pytanie przewodniczącego, „czy strony zamierzają do 18. roku życia dzieciom kontakty regulować” i „czemu są tacy drobiazgowi”.

W ogólnym zamieszeniu 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. Święta (...) będą dzieci spędzały naprzemiennie u rodziców”.

Opisana sprawa może być jaskrawym 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”.

1. Miejsce zamieszkania

Miejsce zamieszkania jest pojęciem ustawowym z zakresu materialnego prawa cywilnego. Zgodnie z art. 25 k.c. jest to miejscowość, w której osoba fizyczna przebywa (element obiektywny) z zamiarem stałego pobytu (element subiektywny). W przypadku osób pozostających pod władzą rodzicielską miejsce zamieszkania nie zależy od ich *animus mandendi*, ale jest wyznaczane przez miejsce zamieszkania rodziców (czy miejsce zamieszkania rodzica, któremu powierzono wykonywanie władzy rodzicielskiej: *domicilium necessarium*).

Jeżeli władza rodzicielska przysługuje na równi obojgu rodzicom mającym osobne miejsce zamieszkania, miejsce zamieszkania dziecka jest u tego z rodziców, u którego dziecko stale przebywa (art. 26 § 2 k.c.). W sytuacji, gdy dziecko nie przebywa stale u żadnego z rodziców, jego miejsce zamieszkania określa sąd opiekuńczy.

Miejsce zamieszkania jest zaliczane do elementów indywidualizujących (w przestrzeni) osobę fizyczną⁸⁴. Wskazuje się na jego doniosłość, przykładowo w zakresie określenia miejsca spełnienia świadczenia (art. 454 k.c.), czy określenia właściwości miejscowej sądu (art. 27 k.p.c.)⁸⁵. Konstrukcyjnie jednak miejsce zamieszkania jest kategorią budzącą fundamentalne wątpliwości, które czynią tę konstrukcję istotną wyłącznie z punktu widzenia teoretyczno-dydaktycznego. Podstawowym problemem jest jednoznaczne zdefiniowanie w art. 25 k.c., iż miejscem zamieszkania jest „miejscowość” a nie konkretny adres. Wskazane ujęcie miejsca zamieszkania, zgodne z wykładnią literalną jest (*de lege lata*) powszechnie aprobowane w doktrynie⁸⁶.

⁸⁴ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2013, s. 146.

⁸⁵ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 191 i n.

⁸⁶ H. Dąbrowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Pietrzykowski, Warszawa 1972, s. 100; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *iw.*, s. 193; S. Dmowski, R. Trzaskowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część Ogólna*, red. J. Gudowski, Warszawa 2014, S. Grzybowski [w:]

Kodeksowe ujęcie, zgodnie z którym miejscem zamieszkania jest „miejscowość”, unicestwia podstawową funkcję jaką ma ono spełniać – indywidualizację osoby w przestrzeni. W przypadkach, gdy przepisy prawa cywilnego odwołują się do miejsca zamieszkania (art. 454 k.c. czy 27 k.p.c.), doktryna wskazuje właściwie zgodnie, że na gruncie tych przepisów miejsce zamieszkania należy rozumieć wężiej niż określone w art. 25 k.c. i uznać, że chodzi o konkretny adres⁸⁷.

Jak słusznie zauważył F. Zoll, „Stwierdzenie, że miejscem świadczenia jest miejscowość, nie jest w żadnym stopniu wystarczające. Norma, z której miałyby wynikać, że miejscem spełnienia świadczenia jest Warszawa lub Kraków, nie miałyby żadnego znaczenia”. Podobnie nie jest wystarczające określenie miejsca zamieszkania jako miejscowości dla wyznaczenia właściwości miejscowej sądu. W jednej miejscowości może być utworzone kilka sądów (ewentualność taka przewidziana została w art. 10 Prawa o ustroju sądów powszechnych)⁸⁸. O właściwości w takiej sytuacji musi przesądzić konkretny adres zamieszkania.

Z jednej więc strony jednoznacznie wskazuje się, że „prawne” miejsce zamieszkania zgodnie z definicją z art. 25 k.c. to miejscowość, a z drugiej, w każdym właściwie przypadku, gdy następuje odwołanie do tego pojęcia, podkreśla się, że należy odejść od definicji ustawowej. Podaje to w wątpliwość sens posługiwania się analizowanym pojęciem w znaczeniu określonym w art. 25 k.c. O ile jednak można próbować poszukiwać, przynajmniej w niektórych stanach faktycznych, użyteczności literalnego rozumianego miejsca zamieszkania np. dla określenia właściwości miejscowej sądu (w praktyce jednak w większości przypadków dla jednej miejscowości właściwy jest

System prawa cywilnego, tom I, część ogólna, red. S. Grzybowski, Ossolineum 1985, s. 339; M. Pazdan [w:] *System Prawa Prywatnego. Tom 1. Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2012, s. 1108; SN w orzeczeniach z 16 listopada 1951 r. C 260/51, 24 września 1980 r. III CZP 31/80.

⁸⁷ W odniesieniu do art. 454 W. Popiołek [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 450–1088. Tom II*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2015, s. ?; T. Wiśniewski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga III. Zobowiązania. Część 1*, red. J. Gudowski, Warszawa 2013, F. Zoll [w:] *System Prawa Prywatnego. Suplement do t. 6, Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2010, s. 56; na gruncie art. 27 k.p.c.: J. Rodziewicz [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz do art. 1 – 366*, red. A. Marciniak, K. Piasecki, Warszawa 2014, s. 155; J. Klimkowicz [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Artykuły 1-366*, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, Warszawa 2013.

⁸⁸ Dz.U.01.98.1070. W praktyce w większych miastach funkcjonuje kilka sądów właściwych dla poszczególnych części miejscowości. Obszary właściwości sądów zostały uregulowane w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 25 października 2012 r. w sprawie ustalenia siedzib i obszarów właściwości sądów apelacyjnych, sądów okręgowych i sądów rejonowych (Dz.U.2012.1223 ze zm).

jeden sąd), o tyle z punktu widzenia rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej w wyroku rozwodowym pojęcie to jest nieprzydatne.

W przypadku dziecka pozostającego pod władzą rodzicielską mamy do czynienia z określeniem *ex lege* miejsca zamieszkania na podstawie miejsca zamieszkania osób, którym przysługuje władza rodzicielska⁸⁹. To właśnie rozstrzygnięcie o władzy rodzicielskiej, z mocy art. 26 k.c., determinuje miejsce zamieszkania dziecka a nie odwrotnie. Miejsce zamieszkania nie jest częścią rozstrzygnięcia o tej władzy. Sąd rozwodowy nie ma również generalnej kompetencji do orzekania o „miejscu zamieszkania” dziecka, ponieważ jest ono zasadniczo regulowane bezpośrednio i automatycznie treścią art. 26 k.c. a nie orzeczeniem sądu.

Sąd opiekuńczy, zgodnie z art. 26 § 2 k.c. *in fine*, jedynie wyjątkowo określa miejsce zamieszkania, jeżeli władza rodzicielska przysługuje na równi obojgu rodzicom mającym osobne miejsce zamieszkania, a dziecko stale nie przebywa u żadnego z rodziców⁹⁰. Należy podkreślić, że zdanie 2 art. 26 § 2 k.c. musi być interpretowane z uwzględnieniem zdania 1. Sąd opiekuńczy nie ma generalnej kompetencji do określania miejsca zamieszkania w każdej sytuacji, ale jedynie gdy nie zostało ono określone na zasadach ogólnych⁹¹. Należy również uwzględnić, że określenie przez sąd opiekuńczy miejsca zamieszkania dziecka możliwe jest wyłącznie, gdy rodzice mają „osobne miejsca zamieszkania”, a więc miejsca te to różne miejscowości. Nie ma problemu ze wskazaniem miejsca zamieszkania w sytuacji zamieszkiwania rodziców w tej samej miejscowości ale w różnych mieszkaniach, nawet gdy istnieje między nimi spór co do miejsca pobytu dziecka. Rozstrzygnięcie określające miejsce zamieszkania w takich okolicznościach należy uznać za niedopuszczalne, jak również bezprzedmiotowe⁹².

Należy również zauważyć, że nawet gdyby powstała potrzeba określenia miejsca zamieszkania przez sąd opiekuńczy, wydaje się, że kompetencji takiej nie ma sąd

⁸⁹ J. Strzebińczyk [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. P. Machnikowski, E. Gniewek, Warszawa 2014, s. 71.

⁹⁰ H. Dąbrowski [w:] *iw.*, s. 101; A. Zieliński, *Sądownictwo opiekuńcze w sprawach małoletnich*, Warszawa 1975, s. 227; J. Strzebińczyk [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz...*

⁹¹ H. Dąbrowski [w:] *iw.*; J. Strzebińczyk [w:] *iw.*

⁹² A. Zieliński, *iw.*, s. 229; H. Dąbrowski [w:] *iw.*; zob. również orzeczenie SN z 16 listopada 1951 r., C 260/51, OSN(C) 1951/3/90.

rozwodowy. Pełni on pewne funkcje sądu opiekuńczego⁹³, w szczególności zgodnie z art. 58 § 1 k.r.o. orzeka o władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem, co obejmuje również pozbawienie lub zawieszenie władzy rodzicielskiej⁹⁴. W czasie trwania procesu o rozwód nie może zostać wszczęte odrębne postępowanie dotyczące władzy rodzicielskiej lub o ustalenie kontaktów z dzieckiem, a postępowanie wszczęte przed wytoczeniem powództwa o rozwód ulega z urzędu zawieszeniu (art. 445 [1] k.p.c.).

Cytowany przepis nie wyłącza jednak prowadzenia przez sąd opiekuńczy innych spraw, których przedmiotem nie jest rozstrzygnięcie o władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem⁹⁵. Sąd rozwodowy nie ma generalnej kompetencji do orzekania o wszystkich sprawach dotyczących małoletniego dziecka, o których orzeka sąd opiekuńczy, ale jedynie o sprawach dotyczących władzy rodzicielskiej i kontaktów. Nie może przykładowo udzielić zezwolenia na zawarcie małżeństwa kobiecie, która ukończyła 16 lat a nie ukończyła lat 18 (art. 10 § 1 k.r.o. i art. 561 § 1 k.p.c.). Wydaje się, że określenie miejsca zamieszkania dziecka na podstawie art. 26 § 2 k.c. (oczywiście po spełnieniu przesłanek takiego rozstrzygnięcia wskazanych powyżej) byłoby możliwe wyłącznie, gdyby uznać tę kwestię za „sprawę dotyczącą władzy rodzicielskiej”.

Należy stwierdzić, że orzeczenie sądu opiekuńczego określające, w zupełnie wyjątkowych sytuacjach, miejsce zamieszkania dziecka, nie ma charakteru rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej, a nawet zupełnie jej nie dotyczy. Podkreślone zostało już powyżej, że to orzeczenie o władzy rodzicielskiej zasadniczo przesądza miejsce zamieszkania dziecka. Nie określa ono również miejsca pobytu dziecka. Wyjątkowo to właśnie miejsce pobytu, przy równej władzy rodzicielskiej rodziców, przesądza o miejscu zamieszkania (art 26 § 2 zd. 1 k.c.). Należy ponadto zważyć na funkcje miejsca zamieszkania i konsekwencje jego ustalenia. Może mieć ono, jak wcześniej sygnalizowano, doniosłość z punktu widzenia wyznaczenia miejsca

⁹³ B. Czech [w:] *iw*.

⁹⁴ Powszechnie wskazuje się, że również jej ograniczenie na podstawie art. 109 k.r.o., tak np. SN w wytycznych 1968.

⁹⁵ Tak Sąd Najwyższy w postanowieniu z 22 lipca 1998 r. I CKN 805/97; T. Żyznowski [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Tom II*, red. A. Marciniak, K. Piasecki, Warszawa 2014, s. 234; T. Ereciński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom II. Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, Warszawa 2012; A. Piotrowska, *Zagadnienia dotyczące stosowania art. 443 i 445 k.p.c.*, NP 10/1974, s. 1374.

spełnienia świadczenia (art. 454 k.c.), czy wyznaczenia właściwości sądu (art. 27 czy 569 k.p.c.). Ma ono więc znaczenie „techniczne”, czasem przydatne dla zidentyfikowania osoby w przestrzeni. Dobrym potwierdzeniem braku wpływu miejsca zamieszkania na władzę rodzicielską jest brak możliwości (i potrzeby) rozstrzygnięcia o miejscu zamieszkania, gdy mimo sporu o władzę rodzicielską czy kontakty z dzieckiem rodzice mający równą władzę rodzicielską mają miejsce zamieszkania w jednej miejscowości.

W wyjątkowych przypadkach może powstać konieczność określenia miejsca zamieszkania np. przy okazji innej sprawy, w której jest to niezbędne dla określenia właściwości miejscowej sądu⁹⁶. Postanowienie takie wyznaczy właściwość sądu, ale w żaden sposób nie wpłynie na zakres i wykonywanie pieczy nad dzieckiem.

Z punktu widzenia sądu rozwodowego kategoria miejsca zamieszkania dziecka jest nieistotna i praktyka posługiwania się tym sformułowaniem w sentencji orzeczenia może być jedynie źródłem nieporozumień. Przykładem mogą być 2 sprawy, w których sądy pozostawiły władzę rodzicielską obojgu rodzicom i ustalały, że „miejszem zamieszkania będzie miasto Warszawa”. Pomijając wątpliwości co do kompetencji sądu rozwodowego w zakresie określania miejsca zamieszkania, w obu sprawach oboje rodzice zamieszkiwali w tym samym mieście (w jednym przypadku nawet w tym samym lokalu, choć matka zamierzała wyprowadzić się do miejscowości pod Warszawą). Rozstrzygnięcie takie było zbędne – miejscem zamieszkania dzieci była Warszawa z mocy art. 26 § 2 k.c. Trudno określić co również oznaczać miał czas przyszły „miejszem będzie Warszawa”. Być może sąd chciał ograniczyć możliwość dokonywania zmiany miejsca pobytu dziecka przez rodziców, jednak byłoby to poważnym ograniczeniem władzy rodzicielskiej obojga rodziców⁹⁷. Ujęcie takiego ograniczenia poprzez pojęcie „miejsca zamieszkania” należy ocenić jako nieprawidłowe i trudne do interpretacji.

Jako zupełnie pozbawione podstaw należy uznać również odnotowane w 2 sprawach orzekanie sądu o „miejscu zameldowania” dziecka. Miejsce zameldowania jest instytucją prawa administracyjnego, uregulowaną ściśle w ustawie o ewidencji

⁹⁶ A. Zieliński, *iw.*, s. 228.

⁹⁷ Wątpliwości może budzić podstawa takiego ograniczenia: art. 58 k.r.o. czy raczej 109 k.r.o.

ludności⁹⁸. Zameldowania dokonuje organ administracji w formie zaświadczenia (art. 32 ustawy o ewidencji ludności) lub wyjątkowo w formie decyzji administracyjnej (art. 31). Sąd rozwodowy nie ma w tym zakresie żadnych kompetencji.

2. Miejsce pobytu dziecka

Problem „miejsca zamieszkania” w treści wyroków rozwodowych silnie łączy się (zwłaszcza w praktyce) z zagadnieniem „miejsca pobytu”, czy też „miejsca stałego pobytu” dziecka. Pojęcia te nie powinny być mieszane. Miejsce zamieszkania dziecka ma charakter prawny w tym znaczeniu, że jest ściśle określone normami art. 25 – 27 k.c. Miejsce pobytu (np. art. 569 § 1 k.p.c.), czy stałego pobytu (art. 26 § 2 zd. 1 k.c.) ma charakter faktyczny. Na marginesie należy wskazać, że wyjątkowe uzależnienie miejsce zamieszkania od miejsca stałego przebywania dziecka potwierdza rozdzielność tych pojęć.

Jak wykazało badanie, sądy w większości spraw bezpośrednio wskazywały w sentencji wyroku rozwodowego ‘miejsce pobytu’ lub ‘miejsce stałego pobytu dziecka’. Zagadnienie dookreślania wskazanego elementu w wyroku rozwodowym budziło wątpliwości w doktrynie prawa rodzinnego.

Przepisy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego ani w pierwotnym brzmieniu art. 58, ani w stanie prawnym obowiązującym od 13 czerwca 2009 r. do 28 sierpnia 2015 r. nie przewidywały, ani nie przewidują obecnie *expressis verbis* konieczności określenia miejsca pobytu dziecka w wyroku rozwodowym.

W toku prac nad nowelizacją art. 58, która weszła w życie 13 czerwca 2009 r., na etapie prac parlamentarnych pojawiła się propozycja uzupełnienia treści art. 58 § 1a o zdanie: „Orzekając o pozostawieniu władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom, sąd ustala miejsce pobytu dziecka u jednego z nich”⁹⁹. Ostatecznie propozycja ta została odrzucona.

W literaturze prawniczej zarysował się jednak spór co do skutków odrzucenia powyższej propozycji i konieczności *de lege lata* (na gruncie stanu prawnego

⁹⁸ Ustawa z dnia 24 września 2010 r. o ewidencji ludności, Dz.U.2015.388.

⁹⁹ Szeroko na ten temat W. Stojanowska [w:] *Nowelizacja...*,

obowiązującego przed 29 sierpnia 2015 r.) określenia miejsca pobytu dziecka w wyroku rozwodowym. Stanowisko jednoznacznie wspierające pogląd, iż sąd w wyroku musi określić miejsce pobytu dziecka i to u jednego z rodziców przedstawiła W. Stojanowska¹⁰⁰. Przeciwne stanowisko zajął R. Zegadło, który przyjął, że „nie ma podstaw do określania miejsca pobytu ani miejsca zamieszkania dziecka w wyroku rozwodowym, gdy władza rodzicielska powierzana jest obojgu rodzicom, natomiast rodzice muszą je określić w porozumieniu”¹⁰¹.

Zarysowany spór nie dotyczy oczywiście samej treści i szczegółowości wyroku rozwodowego. Jego osią jest dopuszczalność rozwiązania, w którym dziecko ma dwa zmieniające się miejsca pobytu (a właściwie stałego pobytu – rozumianego jako centrum życiowe) u ojca i u matki, a więc koncepcji pieczy naprzemiennej. Kwestia czy model ten powinien wynikać bezpośrednio z wyroku rozwodowego czy też z porozumienia stron zaakceptowanego przez sąd w orzeczeniu, ma charakter wtórny i właściwie „techniczny”. Zarysowana rozbieżność wskazuje, że zagadnienie określenia miejsca pobytu dziecka w wyroku rozwodowym w rzeczywistości jest rozstrzygnięciem dotyczącym władzy rodzicielskiej¹⁰².

Orzeczenie, zgodnie z którym miejsce pobytu dziecka znajduje się przy jednym z rodziców, w rzeczywistości oznacza, że to ten z rodziców ma obowiązek i prawo sprawowania bezpośredniej pieczy nad dzieckiem. Ponadto, ten z rodziców ma bieżące uprawnienie do decydowania o miejscu przebywania dziecka. Nie można przecież interpretować takiego rozstrzygnięcia jakoby dziecko miało fizycznie cały czas przebywać z jednym z rodziców (poza okresem kontaktów z drugim z rodziców). Orzeczenie o periodycznych zmianach miejsca pobytu u ojca i u matki (w takim samym zakresie czasowym) oznacza, że rodzice naprzemiennie mają obowiązek i prawo sprawowania bezpośredniej pieczy nad dzieckiem, decydowania o chwilowym miejscu przebywania dziecka w tym okresie. Wynika z niego, że dziecko ma dwa miejsca stałego pobytu – dwa centra życiowe. Wyjątkiem jest oczywiście sytuacja, gdy miejsce pobytu zmieniają rodzice. W takim przypadku

¹⁰⁰ W. Stojanowska [w:] *System Prawa Prywatnego. T. 11. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2009, pogląd został powtórzony w 2 wydaniu z 2014 r.; też „Porozumienie” rodziców jako przesłanka pozostawienia im obojgu władzy rodzicielskiej po rozwodzie. *Wybrane zagadnienia*, Acta Iuris Stetinensis 6/2014, s. 209.

¹⁰¹ R. Zegadło, *iw.*, s. 10.

¹⁰² Zwrócił na to uwagę R. Zegadło, *iw.*, s. 5.

zmienia się czasowo osoba zobowiązana i uprawniona do sprawowania bezpośredniej pieczy nad dzieckiem, ale miejsce stałego pobytu dziecka nie ulega zmianie.

Zgodnie z art. 58 k.r.o. sąd rozstrzyga (obligatoryjnie) o władzy rodzicielskiej nad wspólnym małoletnim dzieckiem stron oraz o kontaktach rodziców z dzieckiem. Usytuowanie problematyki miejsca pobytu dziecka w obrębie władzy rodzicielskiej przesądza, że orzeczenie rozwodu musi rozstrzygać o tym, gdzie dziecko po uprawomocnieniu się orzeczenia ma przebywać. Obowiązek rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej i kontaktach wynika z zasady integralności wyroku rozwodowego. Wątpliwości może budzić kwestia formy i miejsca takiego rozstrzygnięcia.

W literaturze i orzecznictwie Sądu Najwyższego istnieją rozbieżności co do zakresu i szczegółowości obligatoryjnego rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem. Dotyczą one sytuacji, gdy sąd pozostawia władzę rodzicielską obojgu rodzicom na podstawie zawartego przez strony porozumienia (art. 58 § 1 k.r.o.). Zagadnienie było rozważane w odniesieniu do kontaktów jednak ustalenia mają znaczenie również w odniesieniu do władzy rodzicielskiej.

Analiza poglądów doktryny prowadzi do zarysowania dwóch głównych stanowisk¹⁰³. Zgodnie z pierwszym, nie jest wykluczone odwołanie się w sentencji wyroku rozwodowego do porozumienia zawartego przez małżonków. Sąd, zgodnie z taką koncepcją, orzekałby w sentencji wyroku ogólnie o modelu sprawowania władzy rodzicielskiej, a co do szczegółów następowaloby odesłanie do zawartego porozumienia¹⁰⁴.

Zgodnie z drugim poglądem szeroko uzasadnionym w uchwale SN z 5 czerwca 2012 r.¹⁰⁵ określenie powierzenia władzy rodzicielskiej, sposobu jej wykonywania

¹⁰³ Z uwagi na ograniczenie wymagania przedstawienia porozumienia w art. 58 k.r.o. obowiązującym od 29 sierpnia 2015 r. i łatwą do przewidzenia marginalizację tej instytucji problem stracił na aktualności. Ponieważ badanie dotyczyło wcześniejszego stanu prawnego, ma ono jednak istotne znaczenie dla analizy badanych spraw.

¹⁰⁴ R. Zegadło, *iw.*; M. Manowska [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. J. Wierciński, Warszawa 2014 s. 53; B. Czech [w:] *iw.*

¹⁰⁵ III CZP 72/11, OSNC 2012/12/135, jednoznacznie zaakceptowała stanowisko SN W. Stojanowska [w:] *System...*, *taż*, „Porozumienie”...

oraz kontaktów z dzieckiem musi nastąpić w treści wyroku rozwodowego. Odwoływanie do porozumienia jako swoistego załącznika byłoby niedopuszczalne. Sąd powinien, akceptując porozumienie, przenieść jego treść do sentencji wyroku. Zdaniem Sądu Najwyższego celowe jest stworzenie tytułu egzekucyjnego możliwego do wykorzystania w razie braku zgody lub woli respektowania postanowień zawartego porozumienia. Samo porozumienie nie może bowiem stanowić tytułu egzekucyjnego.

Wydaje się, że należy w opisywanej kwestii zająć stanowisko kompromisowe. Sąd miał (i w obecnym stanie ma nadal) obowiązek orzeczenia o władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem. Zawarcie porozumienia nie zwalnia sądu z tego obowiązku. Z drugiej strony w literaturze wskazuje się, że porozumienie powinno być szczegółowe¹⁰⁶, co ogranicza ryzyko wystąpienia konfliktów o jego interpretację. Trudno przyjąć aby porozumienie, które może liczyć kilkadziesiąt punktów i (jeżeli jest przedstawiane w formie pisemnej) kilkanaście czy kilkadziesiąt stron, w całości było wpisywane do sentencji wyroku rozwodowego. Nie wydaje się również potrzebne, aby w sentencji wyroku znalazły się szczegółowe postanowienia dotyczące np. rodzica kontaktującego się z placówkami edukacyjnymi czy sposobu podejmowania decyzji o uczestnictwie dziecka w praktykach religijnych. Szeroka interpretacja porozumienia mającego uregulować, w możliwie pełny sposób, wszystkie aspekty władzy rodzicielskiej i kontaktów uniemożliwia przyjęcie możliwości przeniesienia go do treści wyroku rozwodowego.

Należy również zwrócić uwagę, że sąd w wyroku rozwodowym powinien rozstrzygnąć o „władzy rodzicielskiej” a porozumienie dotyczy „sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej”. Należy zaproponować, aby sąd w wyroku rozwodowym przesądzał model przyjętego rozstrzygnięcia. Musi znaleźć się tam określenie, czy sąd pozostawia władzę rodzicielską obojgu rodzicom, czy też powierza jej wykonywanie jednemu i ogranicza władzę drugiego. Wydaje się, że w przyjętym modelu powinno również nastąpić wskazanie sposobu wykonywania bieżącej pieczy nad dzieckiem, co mieści się również w przyjmowanym modelu

¹⁰⁶ T. Sokołowski [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, Warszawa 2013; E. Holewińska-Łapińska, *Pozostawienie władzy rodzicielskiej nad wspólnymi małoletnimi dziećmi obojgu rozwiedzionym rodzicom oraz rozstrzygnięcia o kontaktach z dziećmi w wyrokach rozwodowych*, Warszawa 2012, s. 5 i n.

rozstrzygnięcia (charakteryzuje go). Jeżeli sąd postanawia, że bezpośrednią pieczę nad dzieckiem sprawować ma jedno z rodziców, stwierdzenie takie powinno znaleźć się w wyroku jednocześnie z określeniem kontaktów drugiego z rodziców z dzieckiem¹⁰⁷. Należy uznać, że dopuszczalne jest dookreślenie wskazanego elementu poprzez ustalenie „stałego miejsca pobytu dziecka”. Sformułowanie „stałe” miejsce pobytu akcentuje, że nie chodzi o faktyczne ciągłe przebywanie z jednym z rodziców, ale o stworzenie przy tym z rodziców centrum życiowego dziecka.

W przypadku przyjęcia w wyroku modelu pieczy naprzemiennnej wydaje się, że sąd również nie powinien ograniczyć się do pozostawienia obojgu rodzicom władzy rodzicielskiej i odesłania do porozumienia. Model naprzemiennego sprawowania pieczy nad dzieckiem jest elementem uszczegółowienia samej koncepcji, fundamentu wykonywania władzy rodzicielskiej. Sąd w sentencji wyroku powinien wskazać, że pozostawia władzę rodzicielską obojgu rodzicom i powierza sprawowanie bezpośredniej pieczy nad dzieckiem naprzemiennie w określonych okresach. Może tego dokonać również poprzez wskazanie naprzemiennego miejsca przebywania dziecka. W wyroku rozwodowym powinny znaleźć się również regulacje dotyczące kontaktów dziecka z rodzicem nie sprawującym bezpośredniej pieczy nad dzieckiem (kontakty w okresie gdy dziecko przebywa z drugim rodzicem), jak również zasady dotyczące spędzania świąt czy wakacji. W pozostałym zakresie szczegółowych elementów sprawowania władzy rodzicielskiej, jak się wydaje, powinno nastąpić odwołanie do zawartego porozumienia. Większość takich postanowień (sposób wychowania religijnego, kontaktowanie się rodziców z różnymi instytucjami itd.) najczęściej nie nadaje się do egzekucji. Należy również zauważyć, że przynajmniej do 28 sierpnia 2015 r. przesłanką pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom było współdziałanie w sprawach dziecka. Jeżeli po wydaniu wyroku pojawiały się kwestie sporne i próby sądowego egzekwowania porozumienia, należało interpretować te okoliczności jako podstawę do zmiany rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej i kontaktach (art. 106 k.r.o.).

Uwzględniając powyższe rozważania należy wskazać, że praktyka określania (tak jak w sprawie opisanej powyżej) „miejsca stałego pobytu” obok naprzemiennnej zmiany

¹⁰⁷ Należy zauważyć, że określenie kontaktów również będzie determinowało osobę sprawującą bezpośrednią pieczę nad dzieckiem. Elementy te, w przypadku przysługiwania rodzicowi władzy rodzicielskiej są nierozdzielnie związane, zob. P. Mostowik, *juw.*

miejsca pobytu jest nieprawidłowa. Przyjęcie modelu symetrycznej pieczy naprzemiennej zakłada akceptację skutku, iż dziecko będzie miało dwa równorzędne centra życiowe i w związku z tym dwa miejsca stałego pobytu.

Powyższe rozważania nie stają się nieaktualne z uwagi na zmianę treści art. 58 k.r.o. dokonaną ustawą z 25 czerwca 2015 r.¹⁰⁸. Sąd rozwodowy nadal ma bezwzględny obowiązek orzeczenia o władzy rodzicielskiej. Zgodnie z art. 58 § 1 k.r.o. nadal uwzględnia (pisemne) porozumienie małżonków o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem. W takim przypadku reguły rozstrzygnięcia o modelu sprawowania władzy rodzicielskiej bezpośrednio w wyroku i dopuszczalności odesłania do szczegółów zawartych w porozumieniu, przedstawione w odniesieniu do stanu obowiązującego przed 29 sierpnia 2015 r., pozostają w pełni aktualne.

W przypadku powierzenia władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców z ograniczeniem władzy rodzicielskiej drugiego do określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do osoby dziecka (art. 58 § 1a zd. 2 k.r.o.) rozstrzygnięcie zapada w sentencji wyroku rozwodowego. Dookreślanie przyjętego modelu poprzez wskazanie miejsca stałego pobytu dziecka nadal nie jest potrzebne z uwagi na obowiązek i prawo tylko jednego z rodziców do sprawowania stałej bezpośredniej pieczy nad dzieckiem.

W przypadku pozostawienia obojgu rodzicom pełnej władzy rodzicielskiej gdy nie przedstawili oni porozumienia zgodnie z art. 58 § 1 k.r.o. (co *legis latae* stało się możliwe), konieczne stało się zdecydowanie bardziej szczegółowe określenie sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej bezpośrednio w sentencji wyroku rozwodowego. Jednym z elementów takiego rozstrzygnięcia jest wskazanie, kto ma sprawować systematyczną bezpośrednią pieczę nad dzieckiem. Sąd może dokonać tego poprzez wskazanie miejsca stałego pobytu dziecka.

¹⁰⁸ Dz. U. 2015, poz. 1062.

XI. 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 sprawy takie sporadycznie ale pojawiały się na terenie całego kraju. Ich liczba wskazuje jednakowoż, 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 przedmieściach takich miejscowości. W zbadanych sprawach symptomatyczne były również stwierdzone przyczyny rozkładu pożycia. W większości spraw była nią zdrada żony lub jej zwiążanie się z innym mężczyzną (12 przypadków). Łącznie zdrada małżonka lub zwiążanie 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 wywiążujących 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 drugiego¹⁰⁹. Wykazało ono, że rozstrzygnięcie ograniczające władzę rodzicielską jednego z rodziców zapadało najczęściej

¹⁰⁹ M. Domański, *Powierzenie wykonywania władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców w wyroku rozwodowym*, Prawo w działaniu, t. 21, Warszawa 2015, s. 7.

w sprawach małżonków zamieszkujących w mniejszych miejscowościach, słabiej wykształconych i mniej zamożnych. 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 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 ROD-K 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 funkcje 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 nie sprzyjających takiemu rozstrzygnięciu: nadużywania substancji psychoaktywnych przez rodziców, aktów przemocy domowej czy poważnych problemów zdrowotnych (natury psychicznej).

Niezwykle niepokojący był wysoki odsetek spraw (56%¹¹⁰), w których sądy, nawet pośrednio, nie poznały stanowiska dziecka w zakresie preferowanego rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej. Należy zauważyć, że w ponad 14% spraw opinia 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 szczegółowych okoliczności mogących wpływać na rozstrzygnięcie w tym zakresie.

Jako egzemplifikację 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”.

¹¹⁰ 100% stanowią wszystkie małoletnie dzieci małżonków w zbadanych sprawach.

Wnioski o powierzchowności postępowania dowodowego w zakresie rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej pojawiały się już we wcześniejszych badaniach¹¹¹. 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 rozwodowych¹¹². 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) dookreślenie normatywnych ram stosowania przyjętych rozwiązań ciążyło 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.

¹¹¹ E. Holewińska – Łapińska, *iw.*, M. Domański, *Powierzenie...*

¹¹² Warto podkreślić, że przy poprzedniej zmianie dokonanej ustawą z 6 listopada 2008 r. (ustawa o zmianie ustawy - Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. 2008, nr 220, poz. 1431) przewidziano 6-miesięczne *vacatio legis*. Obecnie obowiązujący przepis wszedł w życie zaledwie po 30 dniach od dnia ogłoszenia.