

KORNELIA HENDRYCH

WYKONYWANIE
WŁADZY
RODZICIELSKIEJ
I KONTAKTÓW
W WARUNKACH
ISTNIENIA ELEMENTU
ZAGRANICZNEGO



RZECZNIK PRAW DZIECKA

Warszawa 2016

KORNELIA HENDRYCH

**WYKONYWANIE WŁADZY RODZICIELSKIEJ
I KONTAKTÓW W WARUNKACH ISTNIENIA
ELEMENTU ZAGRANICZNEGO**



RZECZNIK PRAW DZIECKA

Warszawa 2016

Opracowanie:

Biuro Rzecznika Praw Dziecka

Copyright by Biuro Rzecznika Praw Dziecka
Warszawa 2016

ISBN: 978-83-89658-38-8

Adres redakcji:

Biuro Rzecznika Praw Dziecka

ul. Przemysłowa 30/32

00-450 Warszawa

telefon: (22) 583 66 00

fax: (22) 583 66 96

www.brpd.gov.pl

SPIS TREŚCI

Słowo Rzecznika Praw Dziecka	9
Wstęp	11
Rozdział I	
Władza rodzicielska w warunkach wewnątrz krajowego jej wykonywania	14
1. Charakterystyka władzy rodzicielskiej na podstawie obowiązujących przepisów krajowych – zagadnienia wybrane	14
1.1. Pojęcie władzy rodzicielskiej	14
1.2. Podmioty władzy rodzicielskiej	18
2. Wykonywanie władzy rodzicielskiej	19
2.1. Dobro dziecka jako generalna dyrektywa przy wykonywaniu władzy rodzicielskiej	19
2.2. Samodzielne sprawowanie władzy rodzicielskiej przez obojga rodziców	22
2.3. Środki ingerencji sądu opiekuńczego w sferę władzy rodzicielskiej	23
2.3.1. Środki stosowane, gdy rodzice napotykają na przeszkody w wykonywaniu władzy rodzicielskiej, ze względu na ograniczenia o charakterze prawnym lub faktycznym (art. 97 § 2 k.r.o., art. 99 k.r.o., art. 101 § 3 k.r.o.)	24
2.3.2. Środki ingerujące w sferę władzy rodzicielskiej, lecz nie pozbawiające rodziców tejże władzy (art. 58 § 1 k.r.o., art. 107 k.r.o., art. 109 k.r.o.)	25
2.3.3. Środki pozbawiające rodziców władzy rodzicielskiej (art. 111 k.r.o.) lub służące jej zawieszeniu (art. 110 k.r.o.)	31
2.3.4. Formy pomocy rodzicom (art. 100 k.r.o.)	33
2.4. Miejsce zamieszkania i miejsce pobytu dziecka	34
2.5. Zagadnienia proceduralne	35
2.5.1. Postępowanie nieprocesowe w sprawach z zakresu stosunków między rodzicami a dziećmi (art. 568-584 k.p.c.)	36
2.5.2. Postępowanie nieprocesowe w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką (art. 598 ¹ -598 ¹⁴ k.p.c.)	37

Rozdział II

Władza rodzicielska w warunkach istnienia elementu zagranicznego 40

1. Charakterystyka ogólna stosunków prawnych	
z elementem obcym (zagranicznym)	40
1.1. Prawo prywatne międzynarodowe w znaczeniu wąskim i szerokim;	
funkcje norm kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego	40
1.2. Miejsce zwykłego pobytu dziecka	43
2. Międzynarodowa współpraca sądowa w sprawach cywilnych.	45
3. Źródła prawa prywatnego międzynarodowego dotyczącego wykonywania władzy	
rodzicielskiej.	48
3.1. Prawo wewnętrzne	48
3.2. Umowy międzynarodowe	49
3.2.1. Stosunek umów międzynarodowych do prawa krajowego	49
3.2.2. Konwencja o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu,	
wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności	
rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci z dnia 19.10.1996 r.	51
3.2.2.1. Uwagi ogólne	51
3.2.2.2. Stosunek konwencji haskiej z 1996 r.	
do umów międzynarodowych bilateralnych	54
3.2.2.3. Jurysdykcja	55
3.2.2.4. Prawo właściwe.	56
3.2.3. Konwencja haska dotycząca cywilnych aspektów	
uprowadzenia dziecka za granicę z dnia 25.10.1980 r.	59
3.2.4. Konwencja o Prawach Dziecka, przyjęta przez	
Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych	
dnia 20.11.1989 r.	59
3.3. Prawo Unii Europejskiej	61
3.3.1. Stosunek prawa Unii Europejskiej do prawa krajowego.	61
3.3.2. Rozporządzenie Rady 2201/2003/WE z dnia 27.11.2003 r.	
o jurysdykcji oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń	
w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących	
odpowiedzialności rodzicielskiej.	62
3.3.2.1. Uwagi ogólne	62
3.3.2.2. Stosunek rozporządzenia nr 2201/2003/WE	
do umów międzynarodowych bilateralnych	64
3.3.2.3. Jurysdykcja	65
3.3.2.4. Prawo właściwe.	68
3.3.2.5. Orzecznictwo.	69

Rozdział III

Międzynarodowe postępowanie cywilne	72
1. Uwagi wstępne	72
2. Jurysdykcja krajowa	74
2.1. Stosunek przepisów Kodeksu postępowania cywilnego do konwencji międzynarodowych i prawa wspólnotowego	76
2.2. Jurysdykcja krajowa w postępowaniu nieprocesowym w sprawach ze stosunków między rodzicami a dziećmi według postanowień k.p.c.	78
3. Uznanie orzeczeń sądów państw obcych	80
3.1. Na podstawie rozporządzenia nr 2201/2003	80
3.2. Na podstawie konwencji haskiej z 1996 r.	82
3.3. Na podstawie umów dwustronnych	82
3.4. Na podstawie Kodeksu postępowania cywilnego	83
4. Wykonywanie orzeczeń sądów państw obcych	85
4.1. Na podstawie rozporządzenia nr 2201/2003	86
4.2. Na podstawie konwencji haskiej z 1996 r.	89
4.3. Na podstawie umów dwustronnych	89
4.4. Na podstawie Kodeksu postępowania cywilnego	89

Rozdział IV

Kontakty rodziców z dzieckiem w warunkach wewnątrz krajowego ich wykonywania oraz w warunkach istnienia elementu zagranicznego	92
1. Władza rodzicielska a kontakty z dzieckiem	92
2. Ogólna charakterystyka prawa do kontaktów z dzieckiem.	94
2.1. Pojęcie i formy prawa do kontaktów z dzieckiem	94
2.2. Zasady regulowania kontaktów z dzieckiem.	97
2.3. Krąg podmiotów uprawnionych i zobowiązanych do utrzymywania kontaktów	98
3. Kształtowanie treści prawa do kontaktów	100
3.1. Umowny sposób	100
3.2. Sądowy sposób	101
3.3. Sądowa ingerencja.	103
4. Przymusowa realizacja prawa do kontaktów	104
5. Zagadnienia proceduralne	106
5.1. Postępowanie cywilne nieprocesowe w sprawach o kontakty z dzieckiem (art. 568-584 k.p.c.)	106
5.2. Postępowanie cywilne nieprocesowe w sprawach dotyczących wykonywania kontaktów z dzieckiem (art. 598 ¹⁵ -598 ²¹ k.p.c.)	108

6. Europejska konwencja w sprawie kontaktów z dziećmi z dnia 15.05.2003 r.	110
6.1. Informacje wstępne	110
6.2. Geneza i cele Konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi z 15.05.2003 r.	111
6.3. Ogólne zasady znajdujące zastosowanie do orzeczeń dotyczących kontaktów	113
6.4. Środki dla wspierania i poprawy kontaktów transgranicznych.	115
6.5. Kontakty między rodzicami a dziećmi w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.	115

Rozdział V

Uprorowadzenie dziecka za granicę 119

1. Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z dnia 25.10.1980 r.	119
1.1. Geneza i cele	119
1.2. Zakres zastosowania	123
1.3. Prawo do opieki nad dzieckiem.	124
1.3.1. Według konwencji	124
1.3.2. W prawie polskim	126
1.3.3. Sprawy o powrót dziecka	129
1.4. Bezprawne uprowadzenie i bezprawne zatrzymanie dziecka	135
1.5. Prawo do odwiedzin	136
1.5.1. Według konwencji	136
1.5.2. W prawie polskim	137
1.6. Relacje między Konwencją dotyczącą cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z dnia 25.10.1980 r. a Konwencją haską o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej i środków ochrony dzieci z dnia 19.10.1996 r.	137
1.7. Relacje między Konwencją dotyczącą cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z dnia 25.10.1980 r. a rozporządzeniem Rady nr 2201/2003/WE z dnia 27.11.2003 r. o jurysdykcji oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń w sprawach mażeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej	138
2. Uprorowadzenie dziecka w świetle orzecznictwa	140

Zakończenie 142

Bibliografia 144

Wykaz skrótów 151

Słowo Rzecznika Praw Dziecka

Szanowni Państwo,

w ramach kolejnej publikacji z serii Biblioteka Rzecznika Praw Dziecka oddaję w Państwa ręce pracę magisterską Pani Kornelii Hendrych „Wykonywanie władzy rodzicielskiej i kontaktów w warunkach istnienia elementu zagranicznego”, która została wyróżniona w V edycji konkursu Rzecznika Praw Dziecka na najlepszą pracę magisterską z dziedziny praw dziecka.

Autorka, patrząc z perspektywy prawnej i społecznej, odnosi się do najistotniejszej kwestii w relacjach pomiędzy rodzicami i dziećmi, a mianowicie – władzy rodzicielskiej i kontaktów rodziców z dziećmi. W publikacji kompleksowo zostały omówione zagadnienia zarówno materialne, jak i proceduralne krajowego i międzynarodowego prawa rodzinnego. Autorka porównuje rozwiązania obowiązujące w ramach polskiego porządku prawnego z zobowiązaniami międzynarodowymi, ukazując stopień harmonizacji norm krajowych z normami zawartymi w umowach i innych instrumentach międzynarodowych. Zwraca uwagę na mankamenty tych rozwiązań, jednocześnie kierując do ustawodawcy sugestie dotyczące pożądanых zmian. Tytułem przykładu można wskazać instytucję obecnej jeszcze w prawie polskim władzy rodzicielskiej, którą przedstawiając rzetelnie, jednak krytycznie, autorka konfrontuje z pojęciem odpowiedzialności rodzicielskiej – dominującej w dokumentach międzynarodowych. Prezentuje argumenty za konieczną zmianą perspektywy w określaniu obowiązków i uprawnień rodzicielskich. Domaga się uproszczenia procedur, skrócenia czasu trwania postępowań sądowych oraz redefinicji podejścia do odpowiedzialności rodzicielskiej, którą w pierwszej kolejności należy łączyć z obowiązkami, a nie uprawnieniami rodziców wobec dzieci. Innym przykładem jest zagadnienie związane z masowymi wyjazdami zagranicznymi Polaków, które niestety często łączą się z pozostawianiem dzieci bez należytej opieki. Formułowane przez autorkę postulaty nałożenia prawnego obowiązku na rodziców, którzy zamierzają wyjechać za granicę, do wskazania osób, które miałyby sprawować opiekę nad ich dziećmi, oraz wprowadzenie większej aktywności ze strony

szkoły w zakresie obserwowania sytuacji rodzinnej dziecka należy uznać za trafne i zasługujące na aprobatę.

Bogata i dobrze dobrana literatura oraz orzecznictwo, cytaty i zestaw aktów prawnych, a także osobista refleksja autorki skłaniają do uznania jej dzieła za rzetelne naukowo, świadcząc jednocześnie o dobrze przygotowanym warsztacie oraz dużej wrażliwości na losy każdego dziecka. Ta szlachetna postawa – w dzisiejszych czasach niezwykle potrzebna – ukazuje się w obliczu trudnej prawniczej tematyki, z której udało się wydobyć żar racjonalnej troski o jak najlepszą pozycję dziecka. Prowadzi to do odrzucenia tego, co skostniałe i nieodpowiadające wyzwaniom współczesności, oraz przedstawienia w to miejsce rozsądnych propozycji zmian. Problematyka pracy ukazana jest profesjonalnie i kompleksowo, odnosząc się nie tylko do koniecznych prawniczych kontekstów, ale do szerokich aspektów socjologiczno-społecznych. Zachęcam gorąco do ciekawej i interesującej lektury.

Marek Michalak
Rzecznik Praw Dziecka

Wstęp

Oczywiste jest, iż z uwagi na obiektywny brak możliwości bezpośredniego załatwiania swych spraw dziecko musi być reprezentowane przez inne osoby. Zadania te spełniają od wielu wieków rodzice, jednakże równocześnie należy zważyć, iż władza rodzicielska w ciągu wielu lat przeszła znaczną ewolucję. J. Ignatowicz wskazuje, iż w czasach obowiązywania prawa rzymskiego dziecko uważano jedynie za przedmiot stosunku istniejącego między rodzicami a dziećmi, z kolei władza rodzicielska była wykonywana zgodnie z interesem obojga rodziców lub jednego z nich, tj. ojca. W omawianym czasie stosunki te zwykle były wolne od ingerencji z zewnątrz – ze strony społeczeństwa¹.

Dopiero w połowie XX wieku do ustawodawstw europejskich zaczęto wprowadzać regulacje nakazujące wykonywanie władzy rodzicielskiej zgodnie z dobrem dziecka².

W drugiej połowie XX wieku swój początek odnotowało również inne, interesujące moim zdaniem, zjawisko, a mianowicie na skutek narastających procesów integracyjnych znacznie zwiększyła się liczba transgranicznych stosunków prawnych. Tendencja ta jest najbardziej zauważalna na gruncie takich praw, jak: osobowe czy rodzinne i opiekuńcze, z uwagi na łatwość ich nawiązywania. W związku z tym – we współczesnych czasach – małżeństwa między obywatelami różnych państw są spotykane coraz częściej. W przypadku rozpadu takiego małżeństwa dziecko zwykle zabierane jest do państwa pochodzenia jednego z rodziców³.

Na rosnącą internacjonalizację stosunków prawnych na gruncie prawa prywatnego oraz zwiększającą się mobilność osób fizycznych i prawnych w ramach Unii Eu-

¹ J. Ignatowicz [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. J. S. Piąkowski, część 1, Ossolineum, 1985, s. 795-796 (dalej cyt. jako J. Ignatowicz [w:] *System...*).

² Z. Radwański, *Dobro dziecka jako wartość nadrzędna w sprawach rodzinnych i opiekuńczych*, [w:] *Socjalistyczne prawo w umacnianiu rodziny i zapobieganiu zaburzeniom życia rodzinnego*, Warszawa 1980, s. 97.

³ M. Kulas, *Praktyka stosowania konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę*, „Palestra”, 2009, nr 5-6, s. 13 (dalej cyt. jako M. Kulas, *Praktyka stosowania...*).

ropejskiej zwrócono również uwagę w opinii z dnia 14.07.2008 r.⁴ o projekcie ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe. W opinii tej zauważono, że pozytywnym aspektem ustawy Prawo prywatne międzynarodowe z dnia 4.02.2011 r. jest rozbudowanie regulacji odnoszących się do kwestii kolizyjnych prawa rodzinnego, które na skutek swobody przemieszczania się osób stają się zjawiskiem coraz bardziej powszechnym w Unii Europejskiej.

Nasilający się obrót międzynarodowy, zarówno prywatny, jak i gospodarczy, powoduje wzrost roli prawa prywatnego międzynarodowego, którego główną funkcją jest rozstrzyganie kolizji między reżimami prawnymi różnych państw, w przypadku gdy na przykład obywatele polscy utrzymują stosunki cywilnoprawne z obywatelami innych państw. Zdaniem socjologów współczesny świat można określić mianem „globalnej wioski”, co jest powodowane zmniejszaniem się odległości między ludźmi, chociażby poprzez wykorzystanie nowych środków transportu czy komunikacji⁵.

Współcześnie bardzo częstym zjawiskiem występującym na gruncie stosunków rodzinnych w Polsce jest zjawisko migracji zarobkowej rodziców, które stanowi wyzwanie nie tylko dla społeczności międzynarodowej, ale również dla poszczególnych krajów⁶.

Zdaniem W. Stojanowskiej, aktualnie poza granicami Polski pozostaje ponad dwa miliony Polaków na emigracji zarobkowej. Większość rodziców wyjeżdżających za granicę jest zmuszona pozostawić swe dzieci w kraju z uwagi na to, że za granicą nie ma właściwych warunków, by wyjechać tam z nimi. Dlatego też rodzice ci mają obowiązek zapewnić dzieciom zarówno odpowiednią opiekę faktyczną, jak i opiekę w sensie prawnym. Celem niniejszego opracowania jest między innymi wskazanie sposobów ingerencji sądu w sferę wykonywania władzy rodzicielskiej, co wynika z postulatów ochrony dobra dziecka, które może być, jak wykazują różne przykłady, zagrożone nawet ze strony rodziców⁷.

Opuszczanie dzieci przez rodziców, którzy wyjeżdżają za granicę na dłuższy czas, to forma pewnej nieprawidłowości funkcjonującej w danej rodzinie. Polega ona m.in. na braku wystarczającego bezpośredniego kontaktu pomiędzy rodzicem a dziec-

⁴ Opinia z 14.07.2008 r. o projekcie ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe; jej projekt przygotował M. Kępiński, <http://radalegislacyjna.gov.pl/dokumenty/opinia-z-14-lipca-2008-r-o-projekcie-ustawy-prawo-prywatne-miedzynarodowe>.

⁵ J. Gołaczyński, *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 1. (dalej cyt. jako J. Gołaczyński, *Prawo prywatne międzynarodowe*...).

⁶ S. Stadniczeńko, *Swobodny przepływ osób w celu poszukiwania pracy i podejmowania zatrudnienia a konsekwencje dla rodziny* – referat wygłoszony na konferencji „Prawnorodzinne i społeczne konsekwencje migracji zarobkowej” w Opolu w 2009 r., s. 10-12. <http://www.rops-opole.pl/pobierz/pomoc/2010/Prawnorodzinne.pdf>

⁷ W. Stojanowska, *Ingerencja sądu w zakresie sprawowania władzy rodzicielskiej a emigracja zarobkowa rodziców*, „Rodzina i Prawo” 2009, nr 13, s. 37. (dalej cyt. jako W. Stojanowska, *Ingerencja sądu*...) – referat wygłoszony na seminarium naukowym „Dzieci pozbawione opieki rodzicielskiej”, zorganizowanym przez WPiA Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie w dniu 11.12.2007 r.

kiem. Celem niniejszej pracy jest również określenie narzędzi prawnych, które mają służyć realizacji prawa do kontaktu, istniejącego po stronie rodziców i dzieci⁸.

Warto podkreślić, że wśród priorytetów polskiej polityki zagranicznej na lata 2012-2016 wymieniono m.in. umacnianie kontaktów międzyludzkich, w tym rodzinnych, oraz opracowanie programów polityki prorodzinnej na rzecz odwrócenia niekorzystnych tendencji demograficznych w formie niżu demograficznego. Dodatkowo zauważa się, że na wskazaną sytuację nakłada się narastające zjawisko migracji zarobkowej, co powoduje szereg negatywnych konsekwencji, m.in. w postaci rozpadu wielu rodzin⁹.

W związku z powyższym, moim zdaniem, niezwykle aktualnym i interesującym zagadnieniem jest kwestia wykonywania władzy rodzicielskiej zarówno przez rodziców pozostających w związku małżeńskim, jak i rozwiedzionych czy będących w związku nieformalnym, oraz kontaktów tychże rodziców z ich dziećmi w przypadku różnych modyfikacji tejże władzy rodzicielskiej i kontaktów, które wynikają z pojawienia się elementu zagranicznego. Przykładowo wśród tych sytuacji można wymienić: przypadek, gdy małżonkowie mają różne obywatelstwo lub gdy jeden z rodziców przebywa wraz z dzieckiem w państwie będącym miejscem ich stałego pobytu, z kolei drugi z rodziców – za granicą, czy też sytuacja, gdy oboje rodzice przebywają za granicą, a dziecko – w państwie będącym miejscem jego stałego pobytu.

Celem niniejszej pracy jest przedstawienie regulacji – w ujęciu teoretycznym i praktycznym – dotyczących wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem zarówno w świetle przepisów prawa polskiego, jak i na gruncie przepisów międzynarodowych, oraz uchwycenie tendencji współcześnie istniejących w prawie międzynarodowym i europejskim w omawianym zakresie. Szczególną uwagę pragnę zwrócić na ogromną rolę instrumentów międzynarodowych, zmierzających do zapewnienia skutecznej realizacji praw rodziców i dzieci w ich wzajemnych stosunkach o charakterze transgranicznym. Mając na uwadze wskazany cel, przedmiotowe zagadnienia umieściłam w sześciu rozdziałach.

Gdy chodzi o przyjętą systematykę pracy, to należy wskazać, że w pierwszej kolejności przedstawię polskie regulacje dotyczące władzy rodzicielskiej i kontaktów, a w drugiej – omówię regulacje międzynarodowe znajdujące zastosowanie w przypadku pojawienia się elementu zagranicznego w stosunkach między rodzicami a dziećmi. Pragnę również podkreślić, że ostatni rozdział poświęciłam tematyce uprowadzenia dziecka, z uwagi na to, że znaczenie tej problematyki znacznie wzrosło w ostatnich latach.

⁸ T. Sokołowski, *Prawo do kontaktów z dzieckiem rodzica mieszkającego za granicą* – referat wygłoszony na konferencji „Prawnorodzinne i społeczne konsekwencje migracji zarobkowej” w Opolu w 2009 r., s. 19 (dalej cyt. jako T. Sokołowski, *Prawo do kontaktów...*).

⁹ Priorytety polskiej polityki zagranicznej na lata 2012-2016; <http://www.msz.gov.pl/resource/aal1c4aec-a52f-45a-7-96e5-06658e73bb4e:JCR>

Rozdział I

Władza rodzicielska w warunkach wewnątrz krajowego jej wykonywania

1. Charakterystyka władzy rodzicielskiej na podstawie obowiązujących przepisów krajowych – zagadnienia wybrane

1.1. Pojęcie władzy rodzicielskiej

Współcześnie obowiązujący Kodeks rodzinny i opiekuńczy nie definiuje pojęcia „władza rodzicielska”. W art. 95 § 1 k.r.o. wskazano tylko jej elementy przy równoczesnym założeniu, iż wyliczenie to nie ma charakteru enumeratywnego. Tradycyjnie w ramach władzy rodzicielskiej wyróżnić można trzy jej główne atrybuty: piecza nad osobą dziecka, zarząd majątkiem dziecka oraz reprezentacja dziecka¹⁰.

Zdaniem J. Ignatowicza, pod pojęciem władzy rodzicielskiej należy rozumieć „zespół obowiązków i praw rodziców względem małoletniego dziecka, mających na celu zapewnienie mu należytej pieczy i strzeżenia jego interesów”¹¹.

Interesującą koncepcję – autorstwa T. Sokołowskiego – przywołała H. Ciepla, która polega ona na ujęciu władzy rodzicielskiej w formie trójstronnego stosunku prawnego: prawnorodzinnego – pomiędzy rodzicami a dzieckiem, cywilnoprawnego – pomiędzy rodzicami a osobami trzecimi, oraz administracyjnoprawnego – pomiędzy rodzicami a państwem¹².

J. Strzebińczyk zwrócił z kolei uwagę na *ratio legis* współczesnych regulacji „władzy rodzicielskiej”. Mianowicie sensu tej instytucji upatruje się głównie w oczywistej niedojrzałości dziecka w początkowym okresie jego życia i rozwoju. Autor ten wyróżnił także dwie główne funkcje wykonywania władzy rodzicielskiej przez rodziców, tj. polegającą na przygotowaniu małoletniego dziecka do samodzielnej egzystencji w przy-

¹⁰ J. Ignatowicz [w:] *System...*, s. 804-805.

¹¹ J. Ignatowicz [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, C.H. Beck, wyd. 3, Warszawa 2012, s. 861 (dalej cyt. jako J. Ignatowicz [w:] *Kodeks...*).

¹² H. Ciepla [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, Lexis Nexis, wyd. 5, Warszawa 2011, s. 728 (dalej cyt. jako H. Ciepla [w:] *Kodeks...*).

szości oraz funkcję socjalizacyjną, polegającą na potrzebie wdrażania dziecka do pracy w interesie całego społeczeństwa. Pierwsza funkcja znalazła swój wyraz normatywny w przepisie art. 96 § 1 k.r.o., przewidującym obowiązek rodziców wychowywania dziecka i kierowania nim oraz troszczenia się o fizyczny i o duchowny rozwój dziecka. Z kolei drugą z funkcji zawarto w przepisie art. 96 § 1 k.r.o. oraz art. 95 § 3 k.r.o.¹³.

Omawiając problematykę pojęcia „władzy rodzicielskiej”, należy zwrócić uwagę także na toczące się od lat spory w Polsce co do trafności tego terminu. W trakcie prac nad nowelizacją Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z dnia 6.11.2008 r. sformułowano pomysł, by termin „władza rodzicielska” zastąpić terminem „piecza rodzicielska” lub „odpowiedzialność rodzicielska”. Finalnie zdecydowano się jednak nie wprowadzać zmian do ugruntowanej już, na gruncie prawa polskiego, terminologii.

Istnieją argumenty przemawiające zarówno na rzecz pojęcia „władza rodzicielska”, jak i na rzecz terminu „odpowiedzialność rodzicielska”. Motywem przemawiającym za pierwszym z wymienionych pojęć jest niewątpliwie fakt, iż rodzice powinni posiadać „władcze” uprawnienia względem osoby i majątku dziecka – co wskazano w uzasadnieniu ostatniej nowelizacji k.r.o. Uzasadniano to tym, iż dziecko – ze względu na stan swego rozwoju psychofizycznego oraz zwykle brak odpowiednich umiejętności radzenia sobie z rozwiązywaniem najprostszych sytuacji życiowych – nie jest w stanie samodzielnie podejmować decyzji w sprawach, które go dotyczą¹⁴.

W dalszej kolejności podnoszono, iż termin „władza rodzicielska” jest pożądany z uwagi na to, iż jest on utrwalony w świadomości społecznej, nie wzbudza zastrzeżeń oraz podnosi autorytet rodziców z uwagi na podkreśloną podległość dziecka rodzicom poprzez tak sformułowane pojęcie¹⁵. Z tezą tą nie zgodził się jednak J. Strzebińczyk, który zwrócił uwagę na to, iż przyjęcie terminu „odpowiedzialność rodzicielska” czy „piecza rodzicielska” nie podważy autorytetu rodziców, ponieważ on sam należy do obszaru faktów, a nie prawa. Oznacza to, iż autorytet się ma lub nie oraz żeby go zbudować, nie trzeba odwoływać się do uregulowań normatywnych¹⁶. Moim zdaniem pogląd J. Strzebińczyka zasługuje na pełną aprobatę.

Wprawdzie od dawna proponowano, by „władzę rodzicielską” zastąpić instytucją „pieczy rodzicielskiej”¹⁷, jednakże próby te były krytycznie oceniane w środowiskach prawniczych – z uwagi głównie na istniejące wątpliwości, czy zastąpienie terminu

¹³ J. Strzebińczyk [w:] *System Prawa Prywatnego*, red. naczelny Z. Radwański; *Prawo rodzinne i opiekuńcze* pod red. T. Smoczyńskiego, t. 12, wyd. 2., C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 234-235 (dalej cyt. jako J. Strzebińczyk [w:] *System...*).

¹⁴ J. Ignaczewski [w:] *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem. Komentarz*, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 32 (dalej cyt. jako J. Ignaczewski [w:] *Władza rodzicielska...*).

¹⁵ J. Ignatowicz, [w:] *Kodeks...*, s. 863.

¹⁶ J. Strzebińczyk [w:] *System...*, s. 242-243.

¹⁷ J. Gwiadomorski, *Założenia prawa rodzinnego w świetle konstytucji PRL*, [w:] *Zagadnienia prawne konstytucji PRL*, Warszawa 1954, s. 81; por. także np. odrzucony senacki projekt nowelizacji unormowań k.r.o. w zakresie władzy rodzicielskiej wniesiony do Sejmu w dniu 15.11.1995 r., Druk Sejmowy Nr 1357.

„władza” terminem „piecza” miałoby ważny „wychowawczy wydźwięk”. Zarzucano, iż terminy „piecza rodzicielska” i „odpowiedzialność rodzicielska” nadmiernie uwypuklają jedynie niektóre elementy zbioru praw i obowiązków składających się na pozycję rodziców w relacji do dziecka i osób trzecich¹⁸.

Moim zdaniem, należy w pełni podzielić stanowisko tych autorów, którzy optują za wprowadzeniem terminu „odpowiedzialność rodzicielska” zamiast „władzy rodzicielskiej”, głównie dlatego, że jest to zgodne z istniejącą tendencją międzynarodową w tym zakresie.

W tym miejscu należy więc przywołać międzynarodowe regulacje prawne, które posługują się pojęciem „odpowiedzialności rodzicielskiej”. W konwencji z 20.11.1989 r. o prawach dziecka¹⁹ w art. 18 ust. 1 jest mowa o wspólnej odpowiedzialności rodziców za wychowanie i rozwój dziecka. Z kolei w art. 27 ust. 2 jest mowa o głównej odpowiedzialności rodziców za zabezpieczenie warunków życia niezbędnych do rozwoju dziecka. Tak samo ujęto rzecz w europejskiej konwencji z dnia 25.01.1996 r. o wykonywaniu praw dzieci²⁰.

Należy również wspomnieć o Rekomendacji Komitetu Ministrów Nr (84)4 z 28.02.1984 r. o odpowiedzialności rodzicielskiej. Zawarto w niej definicję tej odpowiedzialności jako „zespół obowiązków i uprawnień, których celem jest zapewnienie moralnego i materialnego dobra dziecka, w szczególności poprzez sprawowanie pieczy nad osobą dziecka, utrzymywanie osobistych kontaktów z dzieckiem, zapewnienie mu wykształcenia, utrzymania, prawnej reprezentacji oraz zarządzanie jego majątkiem”. Przywołana rekomendacja łączy tę odpowiedzialność z potrzebą zagwarantowania urzeczywistniania takich zasad, jak dobro dziecka, czy wypełnianie tej odpowiedzialności przez dwoje rodziców²¹.

Do odpowiedzialności rodzicielskiej nawiązuje także rozporządzenie Rady z 27.11.2003 r. Nr 2201/2003/WE²² o jurysdykcji oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej – w swym artykule 2, pkt 7.

Cechą charakterystyczną wszystkich wymienionych aktów prawnych jest to, że odpowiedzialność rodzicielska oznacza wszystkie prawa i obowiązki odnoszące się do osoby i majątku dziecka, w tym również prawo do opieki i prawo do kontaktów z dzieckiem.

J. Ignaczewski odwołał się do istniejącej w Polsce tradycji nadawania obowiązkowi rodziców względem dziecka pierwszoplanowej roli, z kolei ich uprawnienia są je-

¹⁸ K. Gromek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2009, s. 1382-1383.

¹⁹ Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.

²⁰ Dz.U. z 2000 r. Nr 107, poz. 1128.

²¹ S. Kalus, Zmiany w zakresie orzekania o władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem w wyroku rozwodowym w świetle noweli do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego – referat wygłoszony na konferencji w Osnabrück w 2011 r., s. 7. (dalej cyt. jako S. Kalus, Zmiany w zakresie orzekania o władzy rodzicielskiej...).

²² Dz.Urz. UE L z 2003 r. Nr 338, s.1.

dynie pochodnym składnikiem władzy rodzicielskiej²³. Takie ujęcie pierwszoplanowego miejsca obowiązków rodziców wynika także z orzecznictwa Sądu Najwyższego²⁴. W związku z tym należy uznać, iż „władza rodzicielska” uwypukla jedynie to, co ma charakter wtórny (uprawnienia rodziców), natomiast „odpowiedzialność rodzicielska” to, co ma charakter fundamentalny (ich obowiązki) – co nasuwa oczywisty wniosek na gruncie przedmiotowych rozważań.

W pełni zgadzam się z kolejną tezą przedstawioną przez J. Ignaczewskiego, że pojęcie „władzy rodzicielskiej” jest instytucją nienaturalną, ponieważ ze wszystkich uprawnień i zobowiązań rodziców względem dzieci – z nieuzasadnionych przyczyn – wyłącza szereg kwestii. Tak więc poza zakresem władzy rodzicielskiej pozostają takie kwestie, jak: kontakty z dzieckiem, alimentacja małoletnich czy decyzja o miejscu pobytu dziecka²⁵.

Omawiane zagadnienie ma również znaczenie praktyczne, a mianowicie dzięki odejściu od terminu „władzy rodzicielskiej” na rzecz „odpowiedzialności rodzicielskiej” wyeliminowano by istniejące współcześnie szkodliwe zjawisko dzielenia problemów rodziny na liczne odrębne sprawy i postępowania. Współcześnie co rusz należy wszczynać nowe postępowania z uwagi na potrzebę ciągłej regulacji pojawiających się na bieżąco trudności rodzinnych. Wyjściem z tej sytuacji byłoby właśnie wprowadzenie pojęcia „odpowiedzialności rodzicielskiej” do polskiego porządku prawnego, które objęłoby zakresem swego zastosowania całokształt praw i obowiązków rodziców wobec dzieci, służących ich dobru²⁶.

Moim zdaniem przedstawiony wyżej postulat przyjęcia szerokiego terminu „odpowiedzialność rodzicielska” – a co za tym idzie rozstrzyganie wszystkich spraw rodzinnych w jednym postępowaniu – jest jak najbardziej uzasadniony. Dzięki temu można by stworzyć regulację, która korespondowałaby nie tylko z tendencjami międzynarodowymi, ale również z oczekiwaniami rodziców. Należy mieć przecież na uwadze, iż rodzice są zwykle zainteresowani szybkim i sprawnym rozstrzygnięciem ich spraw rodzinnych, a nie wszczynaniem coraz to nowych spraw, co skutkuje tym, iż przedłużające się postępowania zwykle potęgują już istniejący konflikt rodzinny.

²³ J. Ignaczewski [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 32-33.

²⁴ por. np. uchwała SN z 09.06.1976 r., III CZP 46/75, OSNCPIUS 1976 r. Nr 9, poz. 184.

²⁵ J. Ignaczewski [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 33.

²⁶ J. Ignaczewski [w:] *Komentarz do spraw rodzinnych*, red. J. Ignaczewski, wyd. 1, Lexis Nexis, Warszawa 2012, s. 54-55 (dalej cyt. jako J. Ignaczewski [w:] *Komentarz...*).

1.2. Podmioty władzy rodzicielskiej

Od dawna władza rodzicielska przysługiwała rodzicom – jednemu lub obojgu. Wyłom od tej zasady pojawił się w końcu XIX w. i na początku XX w. Wówczas pojawiły się myśli, by dziecko było wychowywane przez państwo, a dokładniej przez specjalne zakłady – tzw. domy dziecka, po to, by kształcić dziecko na dobrego obywatela. Współcześnie oczywiście pomysły te odrzucono, głównie z uwagi na sprzeczność takiej sytuacji z istniejącym uczuciem łączącym rodziców ze swymi dziećmi, którego nic nie może zastąpić²⁷.

Należy podkreślić, że współcześnie pod pojęciem podmiotów władzy rodzicielskiej rozumie się zasadniczo rodziców i ich dzieci. Gdy chodzi o dzieci jako podmioty omawianej aktualnie instytucji, to zdaniem J. Strzebińczyka, stają się one podmiotami tegoż stosunku dopiero z chwilą urodzenia. Z kolei ochronę uprawnień dziecka poczętego, jednakże nienarodzonego, zlecono kuratorowi, a nie rodzicom²⁸.

Z kolei co się tyczy rodziców, będących podmiotami władzy rodzicielskiej, to przyznanie im tejsz władzy uzasadnia się samym faktem wykreowania przez nich nowego życia. Równocześnie formułowane są określone warunki przyznania rodzicom władzy rodzicielskiej, do których zalicza się: ustalenie pochodzenia dziecka lub orzeczenie adopcji oraz pełna zdolność do czynności prawnych²⁹. Druga z wymienionych przesłanek jest – moim zdaniem – o tyle istotna, że koresponduje z jednym z głównych założeń instytucji władzy rodzicielskiej w postaci przyjęcia, że – z uwagi na brak możliwości bezpośredniego załatwiania swych spraw – dziecko musi być reprezentowane przez inne osoby. Dlatego też rodzice reprezentujący swe dziecko muszą posiadać ku temu odpowiednie predyspozycje.

Dodatkowo należy podkreślić, że współcześnie w polskim porządku prawnym ustanowiono zasadę powierzenia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom (zasadę równouprawnienia rodziców – art. 93 § 1 k.r.o.). Wynikają z niej dwie podstawowe konsekwencje. Pierwszym skutkiem tej zasady jest to, iż władza rodzicielska przysługuje wyłącznie rodzicom oraz że nie można jej scedować na inne osoby fizyczne czy na jakikolwiek zakład. W sytuacji braku rodziców lub braku możliwości wykonywania władzy rodzicielskiej przez rodziców władza ta po prostu wygasa, a w jej miejsce ustanawia się opiekę. Drugą konsekwencją jest to, że władza rodzicielska przysługuje obojgu rodzicom w takim samym zakresie, co oznacza, że każdemu z nich władza przysługuje w pełnym zakresie, dlatego też na zewnątrz każdy z nich może podejmować działania

²⁷ J. Ignatowicz [w:] *System...*, s. 799.

²⁸ J. Strzebińczyk [w:] *System...*, s. 243-245.

²⁹ Tamże, s. 247-250.

tak, jakby władza rodzicielska przypadała wyłącznie jemu³⁰. Obok wyżej wskazanych podmiotów można również wskazać inne podmioty, które uczestniczą w sprawowaniu władzy rodzicielskiej. Można je podzielić na dwie grupy: podmioty, których współuczestnictwo w omawianym zakresie zostało przewidziane normatywnie, oraz podmioty, których działalność jest legitymowana wolą rodziców. Do pierwszej grupy można zaliczyć: sądy opiekuńcze, rodziny zastępcze czy placówki opiekuńczo-wychowawcze. Z kolei do drugiej z nich: osoby opiekujące się dzieckiem w ramach pomocy domowej, żłobki, przedszkola³¹.

2. Wykonywanie władzy rodzicielskiej

2.1. Dobro dziecka jako generalna dyrektywa przy wykonywaniu władzy rodzicielskiej

Interesującą – moim zdaniem – definicję dobra dziecka przedstawiła W. Stojanowska, określając je jako „jądro wszystkich przepisów o prawach dziecka, będąc przysłowiowym duchem ustawy. Jest instrumentem wykładni zarówno norm zawartych w Konwencji o Prawach Dziecka, jak i prawa krajowego państw, które ją podpisały. Jest również dyrektywą w przypadku tworzenia prawa i jego stosowania, kryterium oceny przy podejmowaniu decyzji w sprawach dziecka oraz rozstrzyganiu kolizji interesów dziecka i innych osób”³².

Zasada dobra dziecka jest eksponowana w wielu aktach prawnych oraz w orzecznictwie. Na wstępie należy przywołać Konwencję o prawach dziecka z dnia 20.11.1989 r., ratyfikowaną przez Polskę. W jej art. 3 ust. 1 wskazano, iż „We wszystkich działaniach dotyczących dzieci, podejmowanych przez publiczne lub prywatne instytucje opieki społecznej, sądy, władze administracyjne lub ciała ustawodawcze, sprawą nadrzędną będzie najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka”. Sąd Najwyższy w jednym ze swych orzeczeń odniósł się do wskazanej regulacji w ten sposób, że stwierdził, iż przepis art. 3. ust. 1 Konwencji o Prawach Dziecka formułuje bezwzględny obowiązek prawny w postaci nakazu, by we wszystkich sprawach odnoszących się do dzieci sądy sugerowały się interesem dziecka jako wartością nadrzędną³³. Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z dnia 22.07.1952 r.³⁴ zawierała szereg zasad

³⁰ J. Ignatowicz [w:] *Kodeks...*, s. 866.

³¹ J. Strzebińczyk [w:] *System...*, s. 252-254.

³² W. Stojanowska, *Władza rodzicielska pozamałżeńskiego i rozwiedzionego ojca*, Studium socjologiczno-prawne, Warszawa 2000, s. 32.

³³ wyrok SN – Izba Cywilna z dnia 08.06.2000 r., V CKN 1237/00.

³⁴ Dz.U. Nr 7, poz. 36, Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwalona przez Sejm Ustawodawczy w dniu 22 lipca 1952 r.

dotyczących sytuacji dziecka w rodzinie. Jedną z nich była zasada poszanowania dobra dziecka. U podstaw nadania tej zasadzie rangi konstytucyjnej legło założenie, iż stworzenie dziecku dobrych warunków rozwoju fizycznego i psychicznego było wskazane z punktu widzenia interesów zarówno państwa, jak i społeczeństwa. Równocześnie zauważono jednak, iż zasada ta nie ma charakteru absolutnego, ponieważ należało ją rozpatrywać z uwzględnieniem interesów społeczeństwa, które przejawiają się w odpowiednim przygotowaniu dzieci i młodzieży do pracy korzystnej dla społeczeństwa³⁵.

Również przepisy aktualnie obowiązującej Konstytucji RP z dnia 2.04.1997 r.³⁶ zawierają nakaz poszanowania dobra. Co prawda, zasada ta nie została wprost wyartykułowana przez prawodawcę, niemniej postuluje się, by dokonywać jej rekonstrukcji, odwołując się do takich przepisów Konstytucji, jak: art. 18, art. 47, art. 48, art. 71, art. 72, oraz do ogólnych założeń systemowych³⁷.

B. Banaszak podkreślił, iż objęcie ochroną i opieką RP małżeństwa, rodziny, macierzyństwa, rodzicielstwa (zgodnie z art. 18 Konstytucji) zobowiązuje władze publiczne do podjęcia odpowiednich działań w sferze społecznej i gospodarczej, wzmacniających ich funkcjonowanie. Zadania te w świetle orzecznictwa TK mogą polegać m.in. na korzystnej dla rodzin polityce podatkowej, tworzeniu przepisów prawa zaspokajających potrzeby mieszkaniowe rodziny, spełnianiu świadczeń socjalnych wobec rodzin etc. Działania te obejmują również rodziny cudzoziemców, jeżeli znajdują się one na terytorium RP³⁸. To ostatnie stwierdzenie ma znaczenie zwłaszcza na gruncie rozważań, będących przedmiotem mojej pracy, dlatego też chciałam na nie zwrócić szczególną uwagę.

Równocześnie TK podniósł, iż nałożenie wskazanych obowiązków na organy państwowe nie daje podstaw do wyprowadzania z art. 18 jakichkolwiek praw podmiotowych, mianowicie „Przepis ten nie określa praw przysługujących bezpośrednio obywatelowi, lecz jedynie deklaruje ochronę małżeństwa, rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa ze strony państwa” (wyrok TK z dnia 10.07.2000 r.)³⁹.

W artykule 72 Konstytucji zdecydowano, iż Rzeczpospolita Polska zapewnia ochronę praw dziecka. Regulacja ta również zapewnia konstytucyjną ochronę dobra dziecka, m.in. poprzez przyznanie każdemu – kto szanuje zasadę dobra dziecka – uprawnienia do zapoczątkowania odpowiedniego postępowania przez organy władzy publicznej⁴⁰. Dodatkowo należy nadmienić, iż postanowienia zawarte w przytoczonym

³⁵ J. Winiarz [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. J. S. Piąkowski, część 1, Ossolineum, 1985, s. 69-70 (dalej cyt. jako: J. Winiarz, [w:] *System...*).

³⁶ Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

³⁷ wyrok TK z dnia 28.04.2003, K 18/02.

³⁸ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 121-122 (dalej cyt. jako B. Banaszak, *Konstytucja...*)

³⁹ wyrok TK z dnia 10.07.2000 r., SK 21/99, OTK 2000, nr 5, poz. 144.

⁴⁰ B. Banaszak, *Konstytucja...*, s. 365-366.

przepisie dotyczą wszystkich dzieci, bez względu na to, jakie mają obywatelstwo. Z kolei pojęcie „każdy” użyte w tym przepisie odnosi się zarówno do obywateli polskich, jak i cudzoziemców⁴¹.

Zwrócono także uwagę na to, iż przepisy konstytucyjne mają wpływ na ustawodawstwo zwykłe, m.in. poprzez działalność orzeczniczą Trybunału Konstytucyjnego⁴². Dzięki orzecznictwu Trybunału Konstytucyjnego, który rekonstruuje zasadę dobra dziecka, nakreślono pewne minimalne standardy konstytucyjne, gwarantujące jej realizację. Z kolei standardy te można potraktować, moim zdaniem, jako wytyczne zarówno dla organów stosujących prawo, jak i ustawodawcy, który jest obowiązany zapewnić ich urzeczywistnienie.

Trybunał Konstytucyjny wskazał, iż dobro dziecka jest konstytucyjną klauzulą generalną, której podporządkowane są wszelkie regulacje w sferze stosunków między rodzicami i dziećmi⁴³. Jednakże gdy chodzi o rozwiązania instytucjonalne, które są w największym stopniu zdeterminowane przez klauzulę dobra dziecka, to należy wymienić te funkcjonujące na gruncie Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego⁴⁴.

W polskim Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym odwołania do klauzuli dobra dziecka można znaleźć przykładowo w następujących przepisach: art. 95 § 3 k.r.o. (o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej), art. 106 k.r.o. (o zmianie orzeczenia o władzy rodzicielskiej, zawartego w wyroku orzekającym rozwód, separację lub unieważnienie małżeństwa albo ustalającym pochodzenie dziecka), art. 109 k.r.o. (o tzw. zarządzeniach opiekuńczych) czy art. 113² § 1 k.r.o. (o ograniczeniach utrzymywania kontaktów z dzieckiem).

Kolejnym ciekawym zagadnieniem z zakresu problematyki dotyczącej dobra dziecka są rozważania na temat relacji między dobrem dziecka a interesem rodziców. J. Ignatowicz podkreślił, iż fakt, że władza rodzicielska musi być sprawowana zgodnie z dobrem dziecka, generalnie nie wyłącza interesu rodziców podczas stosowania przepisów o władzy rodzicielskiej⁴⁵. Dopiero w sytuacji, gdy nie ma możliwości pogodzenia interesu rodziców z uzasadnionym interesem dziecka, należy dać prymat interesom małoletniego⁴⁶.

⁴¹ P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, wyd. 2, Liber, Warszawa 2008, s.173 (dalej cyt. jako P. Winczorek. *Komentarz do Konstytucji...*).

⁴² M. Safjan, *Skutki prawne orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 3, s. 3 i nast.

⁴³ wyrok TK z dnia 17.04.2007 r., SK 20/05.

⁴⁴ J. Gwiazdomorski [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. J. S. Piąkowski, część 1, Ossolineum, 1985, s. 692.

⁴⁵ J. Ignatowicz, [w:] *Kodeks...*, s. 862.

⁴⁶ Teza IX pkt 1. uchwały SN z 09.06.1976 r., III CZP 46/75, OSN 1976, nr 9, poz. 184, zawierającej zalecenia kierunkowe w sprawie wzmocnienia ochrony rodziny.

2.2. Samodzielne sprawowanie władzy rodzicielskiej przez obojga rodziców

Na wstępie należy podkreślić, iż już Konstytucja RP gwarantuje rodzicom prawo do kształcenia dzieci zgodnie ze swoimi poglądami, z uwzględnieniem jednak stopnia dojrzałości dziecka oraz wolności jego sumienia i wyznania oraz jego przekonań (art. 48 Konstytucji). Z kolei wspomniany przepis art. 93 § 1 k.r.o. wprowadza zasadę samodzielnego wykonywania władzy rodzicielskiej przez obojga rodziców. Ustawowy model sprawowania władzy rodzicielskiej w ogólności przyjmuje założenie, iż powierzono ją w pełni obojgu rodzicom, wykonującym ją samodzielnie. Cechy szczegółowe ustawowego modelu władzy rodzicielskiej są następujące: jest ona wykonywana, z respektowaniem godności i praw dziecka (art. 95 § 1 k.r.o.), na zasadzie partnerstwa z dzieckiem (art. 95 § 4 k.r.o.), zawsze przy uwzględnieniu dobra dziecka i interesu społecznego (art. 95 § 3 k.r.o.), co do zasady bez nadzorowania i kontrolowania ze strony sądu opiekuńczego, aż do chwili, gdy dobro dziecka zacznie być zagrożone oraz przy braku nadzoru i kontroli drugiego z uprawnionych rodziców (tj. każdy z rodziców sprawuje władzę rodzicielską niezależnie od siebie), przy zagwarantowaniu pomocy sądu i innych organów państwowych (art. 100 k.r.o.)⁴⁷.

Od wyżej wskazanych zasad istnieją wyjątki. I tak na przykład zasada braku nadzoru sądu opiekuńczego doznaje wyjątku w postaci możliwości domagania się od rodziców przez sąd opiekuńczy, żeby sporządzili inwentarz majątku dziecka i przedstawili go sądowi (art. 104 § 1 k.r.o.), czy w przypadku sprawowania władzy rodzicielskiej nad dzieckiem ubezwłasnowolnionym całkowicie – wówczas tacy rodzice zostają poddani takim samym ograniczeniom jak opiekun (art. 108 k.r.o.), np. art. 155 k.r.o. wprowadza zasadę nadzoru sądu opiekuńczego nad opiekunem, z kolei art. 156 k.r.o. wprowadza zasadę konieczności uzyskiwania przez opiekuna zezwoleń sądu opiekuńczego we wszystkich poważniejszych kwestiach, które dotyczą osoby lub majątku pozostającego pod jego opieką⁴⁸.

Wyjątek od zasady braku kontroli sądu opiekuńczego przewidziano w art. 101 § 3 k.r.o., z kolei odstępstwem od zasady braku nadzoru i kontroli drugiego z rodziców jest obowiązek nałożony na rodziców w postaci wymogu zgodnego współdecydowania o istotnych sprawach dziecka (art. 97 § 2 k.r.o.)⁴⁹.

Współcześnie na świecie zauważa się tendencję wzrostu niezależności samego małoletniego, co niewątpliwie wpływa na rozmiar samodzielności w sprawowaniu władzy rodzicielskiej przez rodziców. Tendencja ta przejawia się chociażby w postaci

⁴⁷ J. Ignaczewski [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 41.

⁴⁸ Tamże, s. 42-43.

⁴⁹ Tamże, s. 41.

wprowadzenia konieczności otrzymania zgody lub chociażby wysłuchania małoletniego w tych kwestiach, które są dla niego istotne. Wnioski te korespondują z założeniami Rekomendacji R (84) Rady Europy w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej, zgodnie z którą w sprawach odpowiedzialności rodzicielskiej organ, który rozstrzyga o podstawowych interesach dziecka, jest zobowiązany zapoznać się z jego zdaniem, pod warunkiem że przemawia za tym stopień dojrzałości dziecka. Obowiązek wysłuchania małoletniego został także przewidziany w art. 216¹ k.p.c.⁵⁰, to samo wynika z art. 576 § 2 k.p.c.⁵¹.

2.3. Środki ingerencji sądu opiekuńczego w sferę władzy rodzicielskiej

Punkt wyjścia obecnych rozważań tworzy art. 48 Konstytucji RP, który formułuje dwa ogólne warunki ograniczenia lub pozbawienia uprawnień rodzicielskich, a mianowicie takie rozstrzygnięcie może zapaść jedynie w sytuacjach przewidzianych ustawą oraz wyłącznie w oparciu o prawomocne orzeczenie sądu. Przyjęcie takiej regulacji wynika z faktu, iż urzeczywistnianie modelu ustawowego nie jest możliwe w każdej sytuacji. W wykonaniu wskazanej normy konstytucyjnej, w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym zawarto regulacje modyfikujące samodzielne sprawowanie władzy rodzicielskiej przez rodziców. Modyfikacje te mogą polegać na: powierzeniu sprawowania władzy rodzicielskiej tylko jednemu z rodziców, przy równoczesnym ograniczeniu jej drugiemu z rodziców wyłącznie do wskazanych praw i obowiązków względem osoby dziecka (art. 58 § 1a k.r.o. i art. 107 §2 k.r.o.), ograniczeniu władzy rodzicielskiej jednego lub obojga rodziców, gdy dobro dziecka pozostaje zagrożone, poprzez orzeczenie zarządzeń opiekuńczych (art. 109 k.r.o.), zawieszeniu władzy rodzicielskiej jednego lub obojga rodziców (art. 110 § 1 k.r.o.), pozbawieniu władzy rodzicielskiej jednego lub obojga rodziców (art. 111 k.r.o.), niemożności występowania w imieniu dziecka przez rodziców, w przypadku konfliktu interesów pomiędzy dziećmi albo pomiędzy dziećmi i rodzicami (art. 98 § 2 i 3 k.r.o.), rozstrzyganiu przez sąd opiekuńczy w przypadku opisanym w art. 97 § 2 k.r.o. etc.⁵².

Innej klasyfikacji omawianych modyfikacji sprawowania władzy rodzicielskiej, moim zdaniem czytelniejszej, dokonuje J. Strzebińczyk. Mianowicie autor ten wyróżnił cztery przypadki, na gruncie których dochodzi do modyfikacji władzy rodzicielskiej. Pierwszy z nich występuje, gdy dokonanie przemian władzy rodzicielskiej – w niektórych sytuacjach – staje się pożądane z uwagi na pojawienie się jakichś dysfunkcji

⁵⁰ Dz.U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296, Ustawa z dnia 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego.

⁵¹ J. Strzebińczyk [w:] *System...*, s. 296-297.

⁵² J. Ignaczewski [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 42-43, 66.

w funkcjonowaniu rodziny, spowodowanych bądź orzeczeniem rozwodu, bądź też separacji (art. 58 § 1a k.r.o. oraz art. 613 § 1 k.r.o.) albo w razie pozostawania rodziców w faktycznym rozłączeniu (art. 107 k.r.o.). Drugi przypadek dotyczy potrzeby powzięcia ingerencji przez sąd opiekuńczy w sytuacji powstania zagrożenia dla dobra dziecka (art. 109 k.r.o., art. 110 k.r.o., art. 111 k.r.o.). Trzeci przypadek opisany jest w już przywołanym przepisie art. 104 k.r.o., z kolei czwarty – w przepisie art. 108 k.r.o.⁵³.

2.3.1. Środki stosowane, gdy rodzice napotykają na przeszkody w wykonywaniu władzy rodzicielskiej ze względu na ograniczenia o charakterze prawnym lub faktycznym (art. 97 § 2 k.r.o., art. 99 k.r.o., art. 101 § 3 k.r.o.)

Zgodnie z treścią art. 97 § 1 k.r.o., gdy władzę rodzicielską mają oboje rodzice, to każde z nich posiada zarówno prawo, jak i obowiązek jej wykonywania, jednakże w § 2 tegoż przepisu wskazano, iż o istotnych sprawach dziecka rodzice decydują wspólnie, a w przypadku, gdy nie potrafią oni dojść do porozumienia – orzeka w tej materii sąd opiekuńczy. W pierwszej części tego przepisu została zawarta – już omówiona – zasada autonomii rodziców. Z kolei pod pojęciem istotnych spraw dziecka należy rozumieć sprawy nie dotyczące jego powszedniej egzystencji i procesu wychowawczego, a wpływające na przyszły rozwój dziecka⁵⁴. Dodatkowo należy podkreślić, że są to kwestie dotyczące dziecka, a nie jego rodziców⁵⁵.

J. Ignatowicz jako przykłady istotnych spraw dziecka podaje: określenie imienia dziecka, miejsca jego pobytu czy też szkoły oraz przyszłego zawodu dziecka; rozstrzyganie o kwestiach takich, jak: leczenie małoletniego, wyjazd za granicę (w tym również w celu spędzenia tam wakacji) czy też jego obywatelstwo⁵⁶.

Sąd Najwyższy wielokrotnie podkreślał, iż wyjazd dziecka za granicę należy do istotnych spraw dziecka⁵⁷. Po rozpoznaniu jednej ze spraw SN stwierdził, iż jeżeli ojca z dzieckiem nie łączą odpowiednio bliskie więzi psychiczne, takie by dziecko nie odczuło dyskomfortu, związanego z nieobecnością matki, to nie można zaaprobować sytuacji, w której dziecko zostałoby z ojcem w kraju w okresie przebywania matki za granicą. W związku z tym w niniejszej sprawie odmówiono zgody na wydanie paszportu małoletniemu.

Zgodnie z treścią art. 99 k.r.o. w sytuacji, gdy ani jeden rodzic, ani drugi nie mogą występować w imieniu dziecka pozostającego pod ich władzą rodzicielską, sąd opiekuńczy musi wyznaczyć kuratora celem reprezentowania interesów dziecka. Zasadą jest, iż ustanawia się tylu kuratorów, ile dzieci ma być zastępowanych w danej

⁵³ J. Strzebińczyk [w:] *System...*, s. 324.

⁵⁴ J. Ignaczewski [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 7-8.

⁵⁵ H. Ciepla, [w:] *Kodeks...*, s. 749.

⁵⁶ J. Ignatowicz, [w:] *Kodeks...*, s. 884.

⁵⁷ na przykład postanowienie SN – Izba Cywilna z dnia 09.07.1998 r., II CKN 887/97, postanowienie SN – Izba Cywilna i Administracyjna z dnia 06.03.1985 r., III CRN 19/85.

czynności, chyba że nie istnieje sprzeczność interesów pomiędzy dziećmi biorącymi udział w danej czynności. Dodatkowo należy podkreślić, iż funkcji kuratora nie można powierzyć żadnemu rodzicowi⁵⁸.

Z kolei w art. 101 § 3 k.r.o. zawarto zakaz podejmowania czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu oraz wyrażania zgody na podjęcie takich czynności przez dziecko – bez uzyskania zezwolenia sądu opiekuńczego. Do czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu można zaliczyć m.in. zrzeczenie się własności rzeczy o znacznej wartości (np. nieruchomości), ustanowienie na nieruchomości ograniczonego prawa rzeczowego czy zawarcie umowy dzierżawy na dłuższy czas⁵⁹. Jednakże w innym ze swoich orzeczeń Sąd Najwyższy podkreślił, iż rodzice mają prawo – bez zezwolenia sądu opiekuńczego z art. 101 § 3 k.r.o. – nabyć dla małoletniego nieruchomości w oparciu o umowę darowizny, jednakże tylko, gdy są one wolne od zobowiązań (zarówno w stosunku do darczyńcy, jak i osób trzecich)⁶⁰.

2.3.2. Środki ingerujące w sferę władzy rodzicielskiej, lecz nie pozbawiające rodziców teje władzy (art. 58 § 1 k.r.o., art. 107 k.r.o., art. 109 k.r.o.)

Na mocy postanowień noweli z 6.11.2008 r.⁶¹ rozszerzeniu uległa obligatoryjna część wyroku rozwodowego, a mianowicie zgodnie z nowym brzmieniem art. 58 § 1 k.r.o. sąd w wyroku rozwodowym ma obowiązek rozstrzygać o władzy rodzicielskiej nad dzieckiem, będącym wspólnym dzieckiem obojga małżonków, o sposobie kontaktowania się rodziców z dzieckiem oraz o sposobie, w jaki każdy z małżonków ma obowiązek partycypować w kosztach utrzymania i wychowania małoletniego.

S. Kalus zwróciła uwagę na to, iż rozstrzyganie przez sąd rozwodowy w sprawach takich, jak władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem, to problematyka bardzo ważna dla większości rodziców, stąd też decyduje ona zwykle o nastawieniu podmiotów uczestniczących w postępowaniu rozwodowym. Wspomniana autorka – powołując się na przeprowadzone badania psychologiczne – podkreśliła również, iż wszczęcie postępowania rozwodowego wiąże się z nasileniem stresu u wszystkich osób z rodziny oraz skutkuje zakłóceniem różnych sfer funkcjonowania teje rodziny oraz relacji między jej członkami⁶².

Artykuł 58 k.r.o. wskazuje na dwie możliwości uregulowania władzy rodzicielskiej w wyroku rozwodowym. Mianowicie sąd może zdecydować się na powierzenie sprawowania władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców, przy równoczesnym ograniczeniu tej władzy drugiemu z rodziców jedynie do konkretnych praw i obowiązków

⁵⁸ postanowienie SN z 21.12. 2010 r., III CZP 114/10.

⁵⁹ wyrok SN z 03.04.2007 r., II UK 178/06, OSNP 2008, nr 9-10, poz. 141.

⁶⁰ uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej SN z dnia 30.04.1977 r., III CZP 73/76.

⁶¹ Dz.U. Nr 220, poz. 1431, Ustawa z dnia 6.11.2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw.

⁶² S. Kalus, *Zmiany w zakresie orzekania o władzy rodzicielskiej*..., s. 10-11.

względem osoby dziecka (art. 58 § 1a zd. 1 k.r.o.) bądź na pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom (art. 58 § 1a zd. 2. k.r.o.).

Zdaniem J. Strzebińczyka, uregulowanie władzy rodzicielskiej poprzez powierzenie jej sprawowania jednemu z rodziców – zgodnie z art. 58 § 1a zd. 1 k.r.o. – posiada pierwszeństwo przed drugim z wymienionych sposobów unormowania tejże władzy, z uwagi na to, że wskazano ten sposób w pierwszej kolejności⁶³. Moim zdaniem, nie należy jednak aprobować tegoż stanowiska, ponieważ przypisywanie jakiegokolwiek hierarchii trybom regulacji władzy rodzicielskiej mogłoby prowadzić do naruszenia zasady dobra dziecka w niektórych stanach faktycznych. Dlatego też w pełni zgadzam się z tezą J. Ignaczewskiego, który podkreślił, iż nie można od razu przyjmować, iż któryś ze sposobów unormowania władzy rodzicielskiej jest słuszniejszy. Sąd musi więc w każdej konkretnej sprawie, na podstawie konkretnych okoliczności zdecydować, w jaki sposób unormuje władzę rodzicielską⁶⁴.

Co się tyczy pierwszego sposobu unormowania władzy rodzicielskiej przez sąd rozwodowy, należy zwrócić uwagę na takie kwestie, jak: przesłanki zastosowania tegoż trybu, kryteria wyboru rodzica, któremu należy powierzyć wykonywanie władzy rodzicielskiej oraz skutki zastosowania tegoż sposobu.

Za oczywisty warunek zastosowania pierwszego trybu, w jakim sąd może uregulować władzę rodzicielską, należy uznać konieczność powstania „rodziny rozbitej”⁶⁵ lub zaistnienie przypadku, gdy rodzice nigdy nie utworzyli rodziny⁶⁶. Kolejną przesłanką jest: przysługiwanie omawianej władzy obu rodzicom w chwili rozstrzygnięcia przez sąd. Z kolei pozaustawową przesłankę tworzy, zdaniem J. Strzebińczyka, rękojmia właściwego sprawowania władzy rodzicielskiej. Zaistnienie tej przesłanki ustala się poprzez dokonanie przez sąd swoistego „podsumowania” w zakresie dotychczasowej postawy rodzica względem dziecka. Po łącznym zaistnieniu wymienionych przesłanek sąd może, lecz nie musi, wydać rozstrzygnięcie przewidziane w art. 58 § 1 k.r.o.

Co się tyczy kryteriów wyboru rodzica, któremu należy powierzyć wykonywanie władzy rodzicielskiej, to zostaną one omówione w dalszej części moich rozważań, a dokładniej przy omówieniu instytucji zawartej w przepisie art. 107 k.r.o.

Z kolei skutki zastosowania regulacji przewidzianej w art. 58 § 1a zd. 1. k.r.o. są następujące: jedynie ten rodzic, któremu zostało powierzzone sprawowanie władzy

⁶³ J. Strzebińczyk [w:] *System...*, s. 328.

⁶⁴ J. Ignaczewski [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 65-66.

⁶⁵ Pojęcie „rodziny rozbitej” przedstawił J. Strzebińczyk, pod którym to pojęciem należy jego zdaniem rozumieć: rodzinę, w której zaistniał brak pożycia o charakterze faktycznym – w formie rozłączenia małżonków lub konkubentów lub o charakterze prawnym – poprzez rozwiązanie małżeństwa przez rozwód albo orzeczenie separacji (por. J. Strzebińczyk [w:] *System...*, s. 326-327).

⁶⁶ W wyżej opisanej sytuacji może chodzić zarówno o „rodzinę” w sensie sformalizowanym (gdy rodzice zawarli związek małżeński), jak i w rozumieniu jedynie socjologicznym, ponieważ władza rodzicielska przysługuje zarówno rodzicom, którzy zawarli związek małżeński, jak i tym, którzy go nie zawarli i pozostają np. w konkubinacie (por. J. Strzebińczyk [w:] *System...*, s. 326-327).

rodzicielskiej, w dalszym ciągu posiada taki zakres przymiotów władzy rodzicielskiej, jakie mu przysługiwały przed podjęciem rozstrzygnięcia przez sąd, z kolei władza rodzicielska drugiego z nich podlega ograniczeniu. A mianowicie od chwili uprawomocnienia się orzeczenia sądu drugi rodzic będzie posiadał jedynie wskazane – w orzeczeniu sądu – prawa i obowiązki co do osoby dziecka. Poza zakresem jego władzy rodzicielskiej będzie więc pozostawała piecza nad majątkiem małoletniego, chyba że sąd postanowi inaczej⁶⁷.

Zastosowanie drugiego trybu unormowania władzy rodzicielskiej przez sąd rozwodowy – na podstawie art. 58 § 1a zd. 2. k.r.o. – również jest obwarowane zaistnieniem określonych przesłanek normatywnych, do których należą: przedstawienie przez rodziców zgodnego wniosku o pozostawienie im obu władzy rodzicielskiej oraz zgodnego porozumienia co do sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej i utrzymywania kontaktów z dzieckiem (tzw. plan wychowawczy), konieczność zgodności planu wychowawczego z dobrem dziecka oraz powstanie takiej sytuacji, w której można się spodziewać współpracy rodziców w przyszłości, w kwestiach dotyczących dziecka. Przesłanki te są weryfikowane przez sąd.

Plan wychowawczy, o którym mowa w art. 58 k.r.o. § 1 i § 1a, stał się przedmiotem rozważań wielu autorów. Tytułem przykładu – H. Ciepla sformułowała następujące funkcje, jakie ma spełniać omawiane porozumienie rodziców: pomagająca uczestnikom postępowania rozwodowego unormować sytuację po rozwodzie; normatywna – to funkcja, która zawiera rozstrzygnięcia dotyczące pieczy rodziców nad dzieckiem; edukacyjna – to funkcja, której celem jest przedstawienie rodzicom ich uprawnień i obowiązków rodzicielskich po orzeczeniu rozwodu; oraz prewencyjna – to funkcja, której rola polega na przeciwdziałaniu rodzeniu się konfliktów między rodzicami i werbowaniu w te spory dziecka⁶⁸. W ocenie S. Kalus za najistotniejszą funkcję należy uznać tę ostatnią⁶⁹. Stanowisko S. Kalus podzielam w całości, biorąc pod uwagę fakt, iż postępowanie rozwodowe wiąże się ze stresem dla wszystkich członków rodziny i często powoduje to, iż rodzice przenoszą spór istniejący między nimi w sferę wykonywania przez nich władzy rodzicielskiej. Dzieci nie mogą jednak stanowić „karty przetargowej” dla rozwodzących się małżonków.

Biorąc pod uwagę powyższe, instytucję porozumienia rodziców należy ocenić, moim zdaniem, pozytywnie z uwagi na możliwość wyeliminowania potencjalnych sporów rodziców o dziecko dzięki możliwości zawarcia zgodnego planu wychowawczego. Równocześnie należy jednak zaznaczyć, iż pożądane byłoby wprowadzenie przez ustawodawcę przepisów szczegółowych, które umożliwiałyby rodzicom współpracę w jeszcze większym zakresie.

⁶⁷ J. Strzebińczyk [w:] *System...*, s. 331-333; J. Ignaczewski [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 77.

⁶⁸ H. Ciepla, *Nowelizacja kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z komentarzem*, Warszawa 2010, s. 16-17.

⁶⁹ S. Kalus, *Zmiany w zakresie orzekania o władzy rodzicielskiej...*, s. 17.

Szereg podobieństw do regulacji z art. 58 § 1 i § 1a k.r.o. wykazuje instytucja zawarta w art. 107 k.r.o., która przewiduje, iż w sytuacji, gdy władzę rodzicielską posiadają oboje rodzice, jednakże żyjący w rozłączeniu, to sąd opiekuńczy ma prawo – z uwagi na dobro dziecka – ustalić sposób, w jaki będzie sprawowana (§ 1). I tak, sąd ten posiada te same dwie możliwości unormowania władzy rodzicielskiej (§ 2), jakie ma do dyspozycji sąd rozwodowy (zgodnie z art. 58 § 1a k.r.o.).

Rozłączenie rodziców (tzw. separacja faktyczna) to obiektywna bariera dla harmonijnego sprawowania władzy rodzicielskiej. Rodzice często twierdzą, iż na pierwszym miejscu liczy się dla nich dobro dziecka, jednakże w rzeczywistości postawy, które prezentują, przeczą takim deklaracjom. W związku z powyższym konieczne jest, aby doszło do określenia przez sąd trybu sprawowania władzy rodzicielskiej w razie, gdy rodzice żyją w rozłączeniu⁷⁰.

Na podstawie nowelizacji z 6.11.2008 r. wprowadzono cztery ważne zmiany w normie art. 107 k.r.o. Pierwsza z nich polegała na tym, iż ustawodawca wyeliminował podział na dwie różne sytuacje, tj. gdy rodzice zawarli związek małżeński oraz gdy takiego związku nie zawarli. Współcześnie to rozbieżności ustąpiło na rzecz wprowadzenia jednej przesłanki, jaką jest rozłąka rodziców. Po drugie wprowadzono drugi tryb unormowania władzy rodzicielskiej – pozostawienie władzy rodzicielskiej obu rodzicom. Trzecia modyfikacja dotyczyła uregulowania nowatorskiej instytucji – „planu wychowawczego”, o czym będzie mowa niżej. Ostatnią ważną zmianą było wyrażenie wprost zasady nierozdzielania rodzeństwa, która do tej pory występowała jedynie w praktyce sądowej⁷¹.

Często zdarza się tak, że sąd opiekuńczy podejmując decyzję, któremu z rodziców ma zostać powierzona władza rodzicielska, stoi przed bardzo trudnym wyzwaniem. Ma to związek z tym, iż zwykle rodzicom w przeszłości nie ograniczono władzy rodzicielskiej, posiadają podobne umiejętności wychowawcze oraz każde z nich pragnie, by to jemu powierzono sprawowanie władzy rodzicielskiej. W literaturze sformułowano pewne kryteria, które sąd powinien wziąć pod uwagę, podejmując wyżej wskazaną decyzję. Wśród nich wymienia się m.in. wiek i płeć dziecka, możliwość osobistego sprawowania tejże władzy (odgrywa to dużą rolę zwłaszcza w przypadku dzieci najmłodszych), niezmiennność miejsca pracy i zamieszkania rodzica, kondycja jego zdrowia oraz możliwości mieszkaniowe. Co się tyczy wieku dziecka, to należy poczynić następującą uwagę: przyznanie opieki nad dzieckiem matce jest priorytetowo wskazane w okresie wieku niemowlęcego dziecka i jego wczesnego dzieciństwa, natomiast w późniejszym okresie (np. gdy dziecko osiąga wiek szkolny) przesłanka wieku nie ma już takiego znaczenia⁷².

⁷⁰ J. Ignaczewski [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 78.

⁷¹ Tamże, s. 65.

⁷² Tamże, s. 70-71.

Kwestie dotyczące odebrania dziecka od nieuprawnionego rodzica (na przykład od takiego, któremu nie zostało powierzono wykonywanie władzy rodzicielskiej, a mimo to nie chce on wydać małoletniego rodzicowi uprawnionemu) zostaną omówione w podrozdziale „Postępowanie w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką”.

Co się tyczy pozostawienia władzy rodzicielskiej obu rodzicom – na zasadzie art. 107 § 2 k.r.o. – to należy zauważyć, iż przesłanki zastosowania tej instytucji są tożsame z tymi, które przewidziano w art. 58 § 1a k.r.o. W tym miejscu pragnę jedynie dodać, iż przy opracowywaniu „planu wychowawczego” rodzice mogą skorzystać z pomocy rodzinnych ośrodków diagnostyczno-konsultacyjnych, których opinia co do perspektywy współpracy rodziców zgodnie z porozumieniem, to istotna wytyczna dla sądu podejmującego decyzję w zakresie pozostawienia władzy rodzicielskiej obu rodzicom. Ważną rolę przy opracowywaniu „planu wychowawczego” może również odegrać mediacja (na podstawie art. 570² k.p.c.)⁷³.

W artykule 109 § 1 k.r.o. ustawodawca zezwolił sądowi opiekuńczemu na ingerencję w sferę władzy rodzicielskiej poprzez wprowadzenie odpowiednich zarządzeń (§ 1), z kolei w paragrafie drugim tegoż przepisu wymieniono jedynie przykładowo rodzaje tychże zarządzeń, na co wskazuje zwrot „w szczególności” użyty w tym przepisie.

Warto zwrócić uwagę na cele instytucji przewidzianej w przepisie art. 109 k.r.o. Jednym z nich jest wyeliminowanie wszelkich przyczyn powstania stanu zagrożenia dobra dziecka⁷⁴, stąd też sąd opiekuńczy powinien wydać stosowne zarządzenie opiekuńcze bez względu na to, czy przeszkody w sprawowaniu władzy rodzicielskiej mają charakter obiektywny, czy też subiektywny (tj. są zawinione przez rodziców). Narzędziem, które – moim zdaniem – pozwala na realizację tegoż celu, jest fakt, iż sąd opiekuńczy ma prawo wszcząć postępowanie z urzędu w sytuacji, gdy nabierze przekonania, iż dobro dziecka może być zagrożone (art. 570 k.p.c.).

Warto również dodać, iż wystarczy zaistnienie chociażby potencjalnego stanu zagrożenia dobra dziecka, by sąd opiekuńczy mógł podjąć działania na podstawie art. 109 k.r.o.⁷⁵. Sąd Najwyższy podkreślił, iż jest to wskazane, by przeciwdziałać negatywnym konsekwencjom niewłaściwego lub nieudolnego wykonywania władzy rodzicielskiej⁷⁶.

J. Strzebińczyk zwraca również uwagę na inny cel tej formy ingerencji sądu, a mianowicie: chęć zbudowania okoliczności, które będą sprzyjały przywróceniu rodzicom pełnej władzy rodzicielskiej, a nie – ich ukaranie⁷⁷.

⁷³ Tamże, s. 68.

⁷⁴ postanowienie SN z 7.06.1967 r., III CR 84/67, OSN 1968, nr 2, poz. 21.

⁷⁵ J. Strzebińczyk [w:] *System...*, s. 340.

⁷⁶ postanowienie SN z dnia 13.09.2000 r., II CKN 1141/00.

⁷⁷ J. Strzebińczyk [w:] *System...*, s. 340.

W artykule 109 § 1 k.r.o. jest mowa o „odpowiednich” zarządzeniach, co oznacza, iż sąd opiekuńczy ma prawo podjąć każde zarządzenie, które jest wymagane, by zniweczyć konkretną formę zagrożenia dobra dziecka, stwierdzoną w ramach konkretnego przypadku⁷⁸.

Ciekawym przykładem zarządzenia, z punktu widzenia tematu mojej pracy, pominiętego w katalogu z art. 109 § 2 k.r.o., a dopuszczonego przez sądy, jest możliwość nakazania powierzenia sprawowania bieżącej pieczy nad dzieckiem obywatelom państwa obcego, którzy mieszkają za granicą. Stan faktyczny, będący podstawą wydania przytoczonego rozstrzygnięcia przez Sąd Najwyższy, był następujący: rodzice małoletniego, będący obywatelami polskimi, zostali pozbawieni władzy rodzicielskiej, natomiast małoletni, również będący obywatelem polskim, został umieszczony w domu małego dziecka. Na skutek zaniedbań rodziców oraz pobytu w domu dziecka małoletni był dzieckiem opóźnionym w rozwoju. W późniejszym czasie obywatele holenderscy wystąpili z wnioskiem do sądu polskiego o powierzenie im pieczy nad tym małoletnim. Sąd stwierdził, iż wnioskodawcy dawali rękojmię prawidłowego wykonywania władzy rodzicielskiej oraz że w związku z tym istniała szansa poprawy stanu małoletniego przez umieszczenie go w rodzinie stworzonej przez obywateli holenderskich. Sąd opiekuńczy podniósł również, iż „Treść art. 109 k.r.o., w sytuacji zagrożenia dobra dziecka, zezwala na podjęcie każdego zarządzenia, jakiego w danych okolicznościach wymaga dobro dziecka”. Na gruncie tej sprawy sąd uznał, iż zgodne z dobrem dziecka było zabranie go z domu dziecka i umieszczenie go w tej rodzinie oraz że nie jest barierą, iż wnioskodawcy byli obywatelami państwa obcego i zamieszkiwali za granicą. Podkreślono również, iż dobro dziecka ma znaczenie w skali międzynarodowej, w związku z tym, że przyjęto Konwencję o Prawach Dziecka, która wspiera promocję i ochronę praw dziecka na arenie międzynarodowej⁷⁹. Moim zdaniem, sposób myślenia przyjęty przez SN jest jak najbardziej słuszny, ponieważ odpowiada generalnej dyrektywie istniejącej na gruncie prawa rodzinnego, jaką jest ochrona dobra dziecka, oraz jest zgodny z tendencjami międzynarodowymi.

W literaturze przedmiotu prowadzona była dyskusja nad pewną kontrowersyjną kwestią. A mianowicie zdaniem niektórych autorów (R. Zegadło⁸⁰, T. Justyński⁸¹), możliwe jest wykorzystanie przepisu art. 109 § 2 pkt. 1 k.r.o. celem „egzekwowania” obowiązku dziecka w postaci utrzymywania kontaktów z rodzicami. Moim zdaniem należy jednak zgodzić się ze zdaniem I. Długoszewskiej⁸² i W. Stojanowskiej⁸³, że takie

⁷⁸ Tamże, s. 340.

⁷⁹ uchwała SN z dnia 2.10.1991 r., III CZP 92/91.

⁸⁰ R. Zegadło [w:] *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2010, s. 232.

⁸¹ T. Justyński, *Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym*, Warszawa 2011, s. 134.

⁸² I. Długoszewska, *Przesłanki oraz skutki ograniczenia i pozbawienia władzy rodzicielskiej*, wyd. 1, Warszawa 2012, s. 193. (dalej cyt. jako I. Długoszewska, *Przesłanki oraz skutki ograniczenia i pozbawienia...*).

⁸³ W. Stojanowska [w:] *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r.*

instrumentalne podejście wobec dziecka jest nie do przyjęcia na gruncie przepisów nakazujących brać pod uwagę podmiotowość dziecka oraz jego „rozsądne życzenia” (art. 95 § 1 i § 4 k.r.o., art. 113¹ § 1 k.r.o., art. 216¹ k.p.c., art. 576 k.p.c.).

2.3.3. Środki pozbawiające rodziców władzy rodzicielskiej (art. 111 k.r.o.) lub służące jej zawieszeniu (art. 110 k.r.o.)

Pozbawienie władzy rodzicielskiej jest najbardziej daleko idącym środkiem ingerencji w sferę relacji pomiędzy rodzicami i dziećmi. Dlatego też sąd może zastosować tenże środek jedynie w przypadku, gdy wcześniej wdrażano łagodniejsze środki, jednakże okazały się one bezskuteczne, lub okoliczności danej sprawy optują za tym, że stosowanie łagodniejszych instrumentów jest bezcelowe. Dodatkowo w literaturze podkreśla się, że środek ten nie ma na celu wymierzanie kary rodzicom, lecz ma doprowadzić do ochrony interesu dziecka⁸⁴.

Artykuł 111 § 1 k.r.o. określa trzy odrębne przesłanki pozbawienia władzy rodzicielskiej, takie jak: trwała przeszkoda w jej wykonywaniu, nadużywanie jej oraz rażące zaniedbywanie obowiązków wobec dziecka. O ile pierwsza przesłanka może mieć charakter niezawiniony, o tyle dwie kolejne mogą mieć jedynie charakter zawiniony. Jednakże sąd opiekuńczy w swym rozstrzygnięciu nie zawiera informacji na temat winy rodziców, co wyraźnie podkreśla powyżej już wskazany wniosek, iż omawiany instrument nie ma charakteru penalnego wobec rodziców⁸⁵.

Artykuł 111 § 1a k.r.o. przewiduje jeszcze jedną przyczynę pozbawienia władzy rodzicielskiej. A mianowicie przepis ten dotyczy sytuacji, gdy sąd opiekuńczy wydał wprawdzie zarządzenie na podstawie art. 109 § 2 pkt. 5 k.r.o. – w postaci usytuowania dziecka w rodzinie zastępczej lub w placówce opiekuńczo-wychowawczej – następnie podejmował czynności celem przyznania wsparcia rodzicom, by dziecko do nich wróciło, jednakże okazały się one bezskuteczne.

Gdy chodzi o „trwałą przeszkodę w wykonywaniu władzy rodzicielskiej” z art. 111 § 1 k.r.o., to należy w pierwszej kolejności przywołać postanowienie SN z dnia 2.06.2000 r.⁸⁶. W orzeczeniu tym SN wskazał, jak należy interpretować przywołane pojęcie, a mianowicie jako takie ułożenie relacji, które wyłącza wykonywanie władzy rodzicielskiej na stałe, tj. czasokres istnienia tegoż ułożenia nie jest możliwy do przewidzenia. Wśród trwałych przeszkód rozumianych w podany sposób w orzecznictwie⁸⁷ wymienia się: chorobę psychiczną, zaburzenia osobowości (na przykład: impulsyw-

Analiza. Wykładnia. Komentarz, red. W. Stojanowska, Warszawa 2011, s. 265-273 (dalej cyt. jako W. Stojanowska [w:] *Nowelizacja prawa rodzinnego...*).

⁸⁴ H. Ciepla [w:] *Kodeks...*, s. 807.

⁸⁵ Tamże, s. 808.

⁸⁶ postanowienie SN z 2.06.2000 r., sygn. II CKN 960/00.

⁸⁷ postanowienie SN z 18.02.1998 r., I CKN 501/97, postanowienie SN z dnia 17.11.1998r., II CKN 893/97, postanowienie SN z 2.06.2000 r., sygn. II CKN 960/00.

ność, brak empatii, wykonywanie aktów przemocy w stosunku do współmałżonka, niepodjęcie pracy zarobkowej, niedojrzałość społeczna, niemożność pełnienia ról społecznych – jako na przykład: pracownik, małżonek, kolega, syn) czy skazanie na karę wieloletniego pozbawienia wolności.

Nadużywanie władzy rodzicielskiej nie musi być rażące, by sąd mógł pozbawić rodzica – nadużywającego tejże władzy – władzy rodzicielskiej⁸⁸. Z punktu widzenia tematu niniejszej pracy interesującym rozstrzygnięciem, które podjął SN, jest postanowienie z 14.10.1970 r.⁸⁹. A mianowicie Sąd Najwyższy przyjął, że zachowanie ojca polegające na zabranii dziecku jego naturalnego środowiska, bezpośredniego kontaktu z matką i rodzeństwem oraz przetrzymywanie go w obcym państwie niezgodnie z wolą matki – stanowi nadużycie władzy rodzicielskiej, stanowiące przesłankę do pozbawienia ojca tejże władzy.

Inne przykłady zachowań, które kwalifikuje się jako nadużycie władzy rodzicielskiej, to: nadmierne karcenie dzieci, żądanie od dziecka podjęcia niewłaściwej dla niego pracy (na przykład w formie prostytucji) czy narażenie dziecka na znaczną szkodę w jego majątku⁹⁰.

Sprawy dotyczące pozbawienia władzy rodzicielskiej na skutek rażącego zaniedbywania obowiązków ciążyących na rodzicach, zdaniem J. Ignaczewskiego⁹¹, można podzielić na dwa rodzaje. Pierwszy rodzaj spraw cechuje się tym, że zachowania rodzica można zaliczyć do tych z kręgu patologii społecznej, na przykład takich, jak: narkomania, alkoholizm, przestępczy tryb życia. Wszystkie te zachowania powodują, że dziecko nie ma zagwarantowanych należytych warunków rozwoju psychofizycznego (na przykład w takich kwestiach, jak: wyżywienie, odzież, edukacja, zdrowie). Z kolei drugi rodzaj spraw wiąże się z nieinteresowaniem się dzieckiem, które na zewnątrz może przejawiać się w takich zachowaniach rodzica, jak niepłacenie alimentów na rzecz dziecka czy zerwanie kontaktów z dzieckiem. W związku z tym, że stosowanie omawianej przesłanki zostało ograniczone poprzez wprowadzenie przymiotnika „rażące”, to zaniedbania rodziców powinny być poważne lub posiadające przymiot złośliwości czy złej woli rodzica w stosunku do dziecka.

Podstawowym założeniem przyjętym w art. 111 § 1a k.r.o. jest to, że dziecko zostaje umieszczone w pieczy zastępczej celem udzielenia wsparcia rodzicom, by „uzdrowili” środowisko rodzinne w taki sposób, by można było przyjąć, że zapewniono mu już odpowiednie warunki rozwoju oraz że może z powrotem zamieszkać z rodzicami. Dlatego też umieszczenie dziecka we wskazanych w tym przepisie placówkach jest swoistym ratunkiem zarówno dla rodziców, jak i dziecka, z kolei pobawienie władzy

⁸⁸ J. Ignaczewski [w:] *Komentarz...*, s. 330.

⁸⁹ postanowienie SN z 14.10.1970 r., III CRN 181/70.

⁹⁰ J. Strzebińczyk [w:] *System...*, s. 353.

⁹¹ J. Ignaczewski [w:] *Komentarz...*, s. 321-325.

rodzicielskiej – na podstawie omawianego przepisu – stanowi pomoc wyłącznie dla dziecka, ponieważ chroni jego prawo do życia w rodzinie (na przykład dzięki temu możliwe staje się jego przysposobienie)⁹².

Pozbawienie rodziców władzy rodzicielskiej skutkuje tym, że tracą oni uprawnienia i obowiązki, wchodzące w skład tejże władzy, jednakże nie są pozbawiani pozostałych praw i obowiązków, wynikających ze stosunku rodzicielskiego. Dlatego też w dalszym ciągu rodzicom przysługuje prawo do powoływania się na stan cywilny pochodzenia małoletniego, prawo do alimentów oraz dziedziczenia⁹³.

Z kolei regulacja zawarta w art. 110 k.r.o. stanowi o możliwości zawieszenia władzy rodzicielskiej w przypadku zaistnienia przemijającej przeszkody w wykonywaniu władzy rodzicielskiej. Cechą charakterystyczną tejże instytucji jest to, że nie pozbawia się całkowicie rodzica jego uprawnień i obowiązków względem dziecka – jak to miało miejsce w przypadku pozbawienia władzy rodzicielskiej – jednakże dany rodzic nie może ich wykonywać przez określony czas. Dlatego też w sytuacji, gdy doszło do zawieszenia władzy rodzicielskiej obojga rodziców, należy ustanowić opiekę⁹⁴.

Do przesłanek zastosowania omawianego środka zalicza się: przemijającą przeszkodę, tj. taką, która zwykle ustępuje i dany rodzic rokuje na podjęcie na nowo wykonywania władzy rodzicielskiej, oraz uznanie sądu. Mianowicie to sąd według swego uznania rozstrzyga w kwestii zawieszenia władzy rodzicielskiej, jednakże czyni to, biorąc pod uwagę dobro dziecka i całokształt okoliczności konkretnej sprawy. Tytułem przykładu – gdy rodzice opuścili Polskę, lecz bieżącą pieczę nad dzieckiem powierzyli dziadkom wzbudzającym zaufanie, to omawiane zawieszenie nie jest konieczne⁹⁵.

2.3.4. Formy pomocy rodzicom (art. 100 k.r.o.)

Artykuł 100 k.r.o. ustanawia regułę o charakterze ogólnym, że sąd opiekuńczy i inne organy państwowe mają obowiązek udzielania pomocy rodzicom, gdy jest ona wymagana dla prawidłowego sprawowania władzy rodzicielskiej. Norma ta wymienia dwie główne formy pomocy rodzicom: odebranie dziecka od osoby nieuprawnionej i zapewnienie dziecku pieczy zastępczej. Kwestie postępowania w sprawach o odebranie dziecka będą poruszane niżej, z kolei co do drugiej formy pomocy rodzicom, podkreśla się, że instytucja pieczy zastępczej powinna budzić pozytywne skojarzenia, ponieważ w założeniu ustawodawcy ma być oparciem dla rodziców, a nie kojarzyć się jedynie z ingerencją w sferę władzy rodzicielskiej⁹⁶.

Ogólny charakter wskazanego przepisu jest pożądany, albowiem nie jesteśmy w stanie przewidzieć wszystkich sytuacji, w których wymagana byłaby pomoc sądu opiekuńczego⁹⁷.

⁹² Tamże, s. 334-335.

⁹³ H. Ciepla [w:] *Kodeks...*, s. 811.

⁹⁴ J. Strzebińczyk [w:] *System...*, s. 349.

⁹⁵ H. Ciepla [w:] *Kodeks...*, s. 806.

⁹⁶ J. Ignaczewski [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 83.

⁹⁷ J. Ignatowicz, [w:] *Kodeks...*, s. 898.

Kwestia zagwarantowania dziecku pieczy zastępczej, o której mowa w art. 100 § 1 k.r.o., została szczegółowo uregulowana w ustawie z 9.06.2011 r. „o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej”⁹⁸. Warto zwrócić uwagę na definicję legalną „wspierania rodziny przeżywającej trudności w wypełnianiu funkcji opiekuńczo-wychowawczych”, zawartą w przywołanej ustawie. A mianowicie pod tym pojęciem należy rozumieć zbiór działań, podejmowanych w celu usunięcia tychże trudności (art. 2 ust. 1. ustawy). Do jednostek organizacyjnych wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej zalicza się m.in.: placówki wsparcia dziennego, placówki opiekuńczo-wychowawcze, ośrodki adopcyjne (art. 2 ust. 3 ustawy).

Obowiązek pomocy rodzicom został nałożony jedynie na organy władzy publicznej, co jest uzasadnione tym, że organizacje społeczne i pozostałe instytucje tego typu cechuje niezależność prowadzonej działalności⁹⁹.

2.4. Miejsce zamieszkania i miejsce pobytu dziecka

Miejsce zamieszkania dziecka jest terminem określonym przez prawo i wynika z mocy prawa. Miejsce zamieszkania dziecka jest niezależne od woli zarówno rodziców, jak i dziecka. Wynika to z tego, że miejsce zamieszkania dziecka ma charakter pochodny w stosunku do miejsca zamieszkania jednego z rodziców lub obu rodziców. Kwestia ustalenia konkretnego miejsca zamieszkania dziecka jest ważna dla ukształtowania jego sytuacji prawnej, na przykład z punktu widzenia możliwości rozstrzygania spraw dziecka za nie w urzędzie czy szpitalu, oraz przesądza o właściwości sądu opiekuńczego. Omawiane kwestie są uregulowane w przepisach art. 25-28 k.c.

Zasadniczo więc miejsce zamieszkania dziecka, które znajduje się pod władzą rodzicielską, stanowi miejsce zamieszkania rodziców lub tego rodzica, któremu przysługuje władza rodzicielska na zasadzie wyłączności lub któremu powierzono sprawowanie władzy rodzicielskiej. Ustawa przewiduje jednak dwa wyjątki od tak ustalonej zasady, a mianowicie: gdy rodzice żyją w rozłączeniu i mają różne miejsca zamieszkania, lecz w takim samym stopniu przysługuje im władza rodzicielska, to za miejsce zamieszkania dziecka uważa się to miejsce, w którym stale przebywa (art. 26 § 2 zd. 1 k.c.). Z kolei drugie odstępstwo przewiduje zdanie drugie przytoczonego przepisu, zgodnie z którym jeżeli dziecko nie znajduje się stale u żadnego rodzica – przy założeniu, że rodzice w takim samym stopniu posiadają władzę rodzicielską – o jego miejscu zamieszkania rozstrzyga sąd opiekuńczy. Drugi wyjątek dotyczy zarówno sytuacji, gdy dziecko nie przebywa stale u żadnego z rodziców, jak i gdy znajduje się na przemian u jednego i drugiego rodzica. Dodatkowo należy podkreślić, że miejscem zamieszkania

⁹⁸ Dz.U. Nr 149, poz. 887.

⁹⁹ J. Strzebińczyk [w:] *System...*, s. 306.

jest jedynie miejscowość, a nie na przykład konkretne mieszkanie, położone w tejże miejscowości¹⁰⁰.

Z kolei miejsce pobytu dziecka to miejsce faktycznego przebywania dziecka w określonym momencie czasowym. Nie wymaga się więc w jego przypadku powstania wymogu trwałości. Zasadniczo miejsce pobytu dziecka jest tożsame z miejscem zamieszkania rodziców lub jednego z rodziców. Należy jednakże pamiętać, że rodzice mają prawo – w ramach wykonywanej władzy rodzicielskiej – postanowić, że dziecko będzie mogło znajdować się poza swym miejscem pobytu, na przykład w celach rekreacyjnych. Pojęcie miejsca pobytu pojawia się w k.p.c., na przykład w regulacji dotyczącej właściwości sądu (art. 569 § 1 k.p.c.), jednakże k.r.o. tym pojęciem się nie posługuje. Należy równocześnie dodać, że pojęciem tym posługują się sądy, orzekając w kwestii ustalenia praw rodziców wchodzących w skład władzy rodzicielskiej, ponieważ podejmowanie decyzji o miejscu pobytu dziecka jest niewątpliwie jednym z najważniejszych praw wyżej wskazanych¹⁰¹.

2.5. Zagadnienia proceduralne

Postępowanie w sprawach dotyczących, ogólnie mówiąc, stosunków rodzinnych i opiekuńczych jest od dłuższego czasu uregulowane w Polsce w ten sposób, że w pierwszej kolejności stosuje się przepisy szczególne dla poszczególnych rodzajów spraw, po wtóre – przepisy ogólne dotyczące postępowania przed sądem opiekuńczym (obecnie są to przepisy: art. 568-578¹ k.p.c.), a w ostatniej kolejności – przepisy ogólne o postępowaniu nieprocesowym (obecnie: art. 506-525 k.p.c.)¹⁰².

Poniżej przedstawię jedynie wybrane zagadnienia dotyczące procedury „w sprawach z zakresu stosunków między rodzicami a dziećmi” oraz „w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką”, które moim zdaniem wymagają kilku słów komentarza z uwagi na temat mej pracy.

¹⁰⁰ R. Zegadło, *Miejsce zamieszkania, miejsce pobytu, miejsce zwykłego pobytu dziecka oraz piecza naprzemienna*, Rodzina i Prawo 2011, nr 17-18, s. 6 i 12 (dalej cyt. jako R. Zegadło, *Miejsce zamieszkania...*).

¹⁰¹ R. Zegadło, *Miejsce zamieszkania...*, s. 5.

¹⁰² W. Siedlecki [w:] *System prawa procesowego cywilnego*, pod red. W. Berutowicza, tom II – postępowanie rozpoznawcze przed sądami pierwszej instancji, red. tomu Z. Resich, Ossolineum, 1987, s. 684-685 (dalej cyt. jako W. Siedlecki [w:] *System prawa procesowego...*).

2.5.1. Postępowanie nieprocesowe w sprawach z zakresu stosunków między rodzicami a dziećmi (art. 568-584 k.p.c.)

Do spraw odnoszących się do relacji pomiędzy rodzicami a dziećmi, przewidzianych w art. 579-584 k.p.c., a rozpoznawanych w postępowaniu nieprocesowym, zaliczono na przykład te dotyczące: władzy rodzicielskiej i kontaktów, orzekania o istotnych sprawach dziecka w razie braku kompromisu rodziców w tym zakresie oraz zezwolenia na dokonanie „czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu majątkiem dziecka” przez rodziców.

Artykuł 569 k.p.c. dotyczy właściwości miejscowej sądu opiekuńczego w sprawach uregulowanych w rozdziale drugim k.p.c. – „Inne sprawy rodzinne oraz sprawy opiekuńcze”. Zgodnie z brzmieniem przywołanego przepisu sądem właściwym (na zasadzie właściwości wyłącznej) w sprawach, o których mowa, jest sąd opiekuńczy ustalony zgodnie z miejscem zamieszkania lub pobytu dziecka jako osoby, której „postępowanie ma dotyczyć”. Zagadnienie „osoby, której postępowanie ma dotyczyć”, zostało poruszone przez Sąd Najwyższy w uchwale z 21.02.1968 r.¹⁰³. I tak, SN stwierdził, że przepis art. 569 k.p.c. ma charakter szczególny w stosunku do normy z art. 508 k.p.c. (przepis ten reguluje właściwość miejscową sądu w sprawach ogólnie rozpoznawanych w postępowaniu nieprocesowym), więc wyłącza jego stosowanie.

Moim zdaniem, należy również zwrócić uwagę na artykuł 570 k.p.c., który zezwala sądowi opiekuńczemu na wszczynanie postępowań z urzędu. Zdaniem J. Ignaczewskiego, normalnym skutkiem sprawowania nadzoru sądu opiekuńczego nad wykonywaniem władzy rodzicielskiej przez rodziców jest przyznanie temu sądowi prawa do wszczynania postępowań z urzędu. Od tej zasady ustawa przewiduje wyjątki, na przykład w art. 598¹ § 3 k.p.c., który przewiduje, że w sprawach o odebranie dziecka wyłączono stosowanie przepisu art. 570 k.p.c., czy w art. 583 k.p.c. Oczywiście omawiane uprawnienie sądu opiekuńczego nie eliminuje prawa rodziców do wszczynania postępowań sądowych¹⁰⁴.

Artykuł 579 k.p.c. wymienia sprawy, w przypadku których postanowienia mogą zostać sporządzone wyłącznie po przeprowadzeniu rozprawy. Jest to więc przepis szczególny względem art. 514 § 1 k.p.c. Regulację tę uzasadnia się dużą wagą wymienionych spraw z punktu widzenia ochrony dziecka i całej jego rodziny¹⁰⁵.

Co się tyczy kwestii, czy w sprawach wymienionych w przepisie art. 579 k.p.c. dziecko jest uczestnikiem postępowania, to należy zaznaczyć, że w literaturze prezentowane są różne stanowiska w tym zakresie. Zdaniem A. Zielińskiego¹⁰⁶, małoletni

¹⁰³ uchwała SN z 21.02.1968 r., III CZP 105/67.

¹⁰⁴ J. Ignaczewski [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 178.

¹⁰⁵ W. Siedlecki [w:] *System prawa procesowego...*, s. 699.

¹⁰⁶ A. Zieliński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Zieliński, wyd. 6, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 995.

w tychże sprawach posiada status uczestnika postępowania, z kolei zdaniem A. Góry-Błaszczkowskiej¹⁰⁷, dziecko nie posiada tegoż statusu w omawianych postępowaniach. Zdaniem tejże autorki, taki wniosek jest uzasadniony głównie względami celowościowymi, ponieważ przypisanie małoletniemu uprawnień uczestnika postępowania w omawianych sprawach pociągałoby za sobą konieczność ustanawiania ogromnej liczby kuratorów, celem reprezentacji dzieci, które nie ukończyły trzynastu lat, we wszystkich sprawach dotyczących się osoby dziecka, rozpoznawanych przez sądy opiekuńcze (art. 573 § 1 k.p.c.). J. Ignaczewski, przyjmując drugie ze wskazanych stanowisk, podniósł, że względy wychowawcze przemawiają za tym, by odmówić dziecku udziału we wskazanych sprawach w charakterze uczestnika postępowania¹⁰⁸. Sąd Najwyższy w jednej ze swych uchwał¹⁰⁹ uznał, że dziecko nie jest uczestnikiem postępowania w rozumieniu art. 510 k.p.c. w sprawach o pozbawienie władzy rodzicielskiej i o odebranie dziecka. Jednym z argumentów SN na rzecz przyjętego stanowiska było to, że dzięki szerokiemu zakresowi pomocy i ochrony, udzielonej dziecku przez państwo (na przykład poprzez nałożenie na sąd i inne organy państwowe obowiązku szczególnej opieki nad dzieckiem w tym zakresie), nieprzyznanie dziecku statusu uczestnika postępowania nie spowoduje niekorzystnych konsekwencji dla ochrony jego dobra.

2.5.2. Postępowanie nieprocesowe w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką (art. 598¹-598¹⁴ k.p.c.)

Dawniej regulacje dotyczące wykonywania orzeczeń o odebraniu dziecka należały do zakresu postępowania egzekucyjnego¹¹⁰.

Ustawą z 19.07.2001 r. – o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz ustawy o komornikach sądowych w egzekucji¹¹¹ – przepisy dotyczące egzekwowania orzeczeń dotyczących odebrania dziecka umieszczono w ramach postępowania nieprocesowego. W związku z tym sprawy o odebranie dziecka zarówno w fazie rozpoznawczej, jak i wykonawczej, należą współcześnie do postępowania opiekuńczego¹¹².

Ten sam zabieg legislacyjny zastosowano również w stosunku do wykonywania orzeczeń o kontaktach z dziećmi. Problem ten zostanie omówiony w dalszej części mej pracy.

¹⁰⁷ A. Góra-Błaszczkowska [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, tom III, wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 208.

¹⁰⁸ J. Ignaczewski [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 87.

¹⁰⁹ uchwała SN z 26.01.1973 r., III CZP 101/71.

¹¹⁰ R. Zegadło [w:] *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, red. J. Ignaczewski, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 287 (dalej cyt. jako R. Zegadło [w:] *Władza rodzicielska...*).

¹¹¹ Dz.U. z 2001 r. Nr 98, poz. 1069.

¹¹² R. Zegadło [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 286.

Postępowanie dotyczące odebrania dziecka – w przeciwieństwie do postępowania odnoszącego się do wykonywania kontaktów – reguluje zarówno stadium rozpoznawcze, jak i wykonawcze¹¹³.

Tak więc, jak wspomniałam wyżej, w ramach postępowania w sprawach o odebranie dziecka można wyodrębnić fazę rozpoznawczą oraz fazę wykonawczą. Faza rozpoznawcza może się toczyć zgodnie z przepisami art. 598¹-598⁵ k.p.c. albo może być fragmentem postępowania rozpoznawczego, które dotyczy innego typu spraw, na przykład postępowania opiekuńczego odnoszącego się do władzy rodzicielskiej. Z kolei faza wykonawcza zawsze toczy się na podstawie przepisów art. 598⁶-598¹² k.p.c. Na gruncie drugiej z faz bez znaczenia pozostaje kwestia, w którym postępowaniu orzeczono o odebraniu osoby¹¹⁴.

Celem postępowania rozpoznawczego jest wydanie przez sąd postanowienia w przedmiocie odebrania dziecka, w przypadku uwzględnienia wniosku w tymże zakresie. W postanowieniu tym sąd musi wskazać termin, w jakim osoba zobowiązana do oddania dziecka musi je oddać osobie uprawnionej. Określenie przez sąd tegoż terminu ma bardzo istotne znaczenie, ponieważ dopiero bezskuteczny upływ wskazanej daty umożliwia wszczęcie drugiej fazy omawianego postępowania – fazy wykonawczej¹¹⁵. Gdy chodzi o cechy charakterystyczne tegoż etapu postępowania, to należy wśród nich wymienić: obligatoryjność przeprowadzenia rozprawy przed wydaniem orzeczenia co do istoty, możliwość zastosowania przez sąd uproszczonej postaci wezwań i zawiadomień adresowanych do świadków, biegłych, uczestników postępowania i innych osób, doręczenie odpisu wniosku o odebranie prokuratorowi. Jednakże sam udział prokuratora w sprawie o odebranie dziecka nie jest obligatoryjny¹¹⁶.

Co się tyczy fazy wykonawczej, istniejącej w ramach postępowania o odebranie dziecka, to w literaturze podkreśla się, że odbywa się ona bez udziału organów egzekucyjnych przez wzgląd na kwestie humanitarne i aksjologiczne. Te same względy decydują również o tym, że przy wykonywaniu postanowienia sądu o odebraniu dziecka pierwszeństwo ma dobrowolne wydanie dziecka, stąd też zobowiązanemu wyznacza się termin, w jakim powinien przekazać małoletniego. Dlatego też dopiero po upływie wyznaczonego terminu sąd, na wniosek uprawnionego, zleca kuratorowi sądowemu przymusowe odebranie osoby. Odbywa się to bez nadawania orzeczeniu klauzuli wykonalności, ponieważ postanowienie to jest skuteczne i wykonalne z chwilą ogłoszenia (art. 578 § 1 k.p.c.). Regulacja zawarta w art. 598⁸ znacznie ułatwia postępowanie wykonawcze, ponieważ zezwala kuratorowi na odebranie dziecka od każdej osoby, u której się ono znajduje. Oznacza to, że postanowienie o odebraniu jest skuteczne względem

¹¹³ J. Gudowski [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 325.

¹¹⁴ J. Ignaczewski [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 87.

¹¹⁵ J. Gudowski [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 315.

¹¹⁶ Tamże, s. 308.

wszystkich¹¹⁷. Wprowadzenie tej regulacji było uzasadniane tym, że praktyka sądowa dostarczała wielu przykładów ukrywania dzieci. Dodatkowo, jeżeli doszło do ukrycia dziecka i sąd nie ustalił jego miejsca pobytu (zgodnie z art. 598³ k.p.c.) oraz zobowiązany nie współpracuje z sądem w tym zakresie, to sąd ma prawo zarządzić przymusowe sprowadzenie tejże osoby celem złożenia przez nią oświadczenia co do miejsca pobytu dziecka¹¹⁸.

Zgodnie z § 9 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 12.06.2003 r. w sprawie szczegółowego sposobu wykonywania uprawnień i obowiązków kuratorów sądowych¹¹⁹, kurator rodzinny, któremu sąd zlecił odebranie dziecka, ma m.in. następujące prawa i obowiązki: powiadamianie o terminie swoich czynności osoby wymienione w art. 598⁹ k.p.c., ponieważ ich obecność jest konieczna dla odebrania dziecka, sporządzanie pisemnej notatki z przebiegu odebrania dziecka do akt sprawy, uprawnienie do żądania pomocy właściwych instytucji (na przykład policji czy organów pomocy społecznej).

W przypadku, gdy przymusowe odebranie dziecka zostaje utrudnione, kurator zawiadamia o tym fakcie prokuratora (art. 598¹¹ k.p.c.). Jest to uzasadnione tym, że prokurator ma prawo wszczęcia dochodzenia o przestępstwo z art. 232 k.k., tj. o przestępstwo przeciwko wymiarowi sprawiedliwości popełnione poprzez wywieranie wpływu na czynności urzędowe przemocą lub groźbą bezprawną¹²⁰.

Artykuł 598² k.p.c. stanowi o wpływie postępowania o odebranie osoby na inne postępowania. I tak – sąd nie może podejmować decyzji w kwestii władzy rodzicielskiej lub opieki w trakcie trwania postępowania o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką, które toczy się w trybie konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z 1980 r. Dlatego też z chwilą wszczęcia postępowania o odebranie osoby sąd zawiesza z urzędu postępowanie w sprawach dotyczących władzy rodzicielskiej lub opieki i podejmuje je po zakończeniu postępowania o odebranie osoby. Dodatkowo należy podkreślić, że wskazana konwencja rozstrzyga jedynie zagadnienie bezzwłocznego powrotu małoletniego do miejsca stałego pobytu, który odbywa się w przewidzianym w prawie polskim postępowaniu nieprocesowym, jednakże nie rozstrzyga się na jej gruncie kwestii władzy rodzicielskiej. Podsumowując, do postępowania o odebranie dziecka w trybie tejże konwencji sądy polskie stosują normy art. 598¹-598¹⁴ k.p.c.¹²¹.

¹¹⁷ J. Ignaczewski [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 89.

¹¹⁸ J. Gudowski [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 319.

¹¹⁹ Dz.U. z 2003 r. Nr 112, poz. 1064.

¹²⁰ J. Ignaczewski [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 91.

¹²¹ M. Kulas, *Praktyka stosowania...*, s. 15.

Rozdział II

Władza rodzicielska w warunkach istnienia elementu zagranicznego

1. Charakterystyka ogólna stosunków prawnych z elementem obcym (zagranicznym)

1.1. Prawo prywatne międzynarodowe w znaczeniu wąskim i szerokim; funkcje norm kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego

We współczesnych czasach, w których narasta zjawisko globalizacji, coraz częściej pojawiają się sytuacje, w których uczestnikami obrotu cywilnoprawnego są podmioty pochodzące z różnych krajów. Nasuwa się wówczas wątpliwość dotycząca tego, jakie normy prawne zastosować. Odpowiedzi na to pytanie udziela prawo prywatne międzynarodowe¹²².

W doktrynie istnieje wiele definicji prawa prywatnego międzynarodowego, lecz co do zasady nie ma między nimi radykalnych różnic. W zasadzie przyjmuje się zwykle dwa znaczenia międzynarodowego prawa prywatnego, tj. ścisłe i szerokie rozumienie.

Według M. Pazdana, pod pojęciem prawa prywatnego międzynarodowego w węższym ujęciu należy rozumieć „ogół norm rozgraniczających – w stosunkach z zakresu prawa cywilnego, rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa pracy – sfery działania systemów prawnych różnych państw przez określenie, które z nich należy stosować”. Zdaniem tegoż autora, prawo prywatne międzynarodowe w ścisłym rozumieniu obejmuje jedynie normy kolizyjne¹²³.

J. Gołaczyński, definiując prawo prywatne międzynarodowe sensu stricto, również podkreśla główny cel norm tegoż prawa, jakim jest oddzielenie obszarów funkcjonowania różnych reżimów prawnych państw. Autor ten zwraca uwagę na to, że w no-

¹²² P. Wawrzyk, *Sądy cywilne w procesie integracji europejskiej*, Warszawa 2011, s. 28 (dalej cyt. jako P. Wawrzyk, *Sądy cywilne...*).

¹²³ M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 14, Lexis Nexis, Warszawa 2012, s. 20, s. 22 (dalej cyt. jako M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe...*).

wej Ustawie z dnia 4.02.2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe¹²⁴ wycofano się z odróżniania prawa cywilnego, rodzinnego i opiekuńczego i prawa pracy – w zakresie prawa prywatnego. Świadczy o tym artykuł 1. przywołanej ustawy, zgodnie z którym ustawa ta określa, jakie prawo jest właściwe dla stosunków z zakresu prawa prywatnego, które są związane z co najmniej dwoma różnymi krajami¹²⁵.

Na dzień dzisiejszy nie opracowano ponadpaństwowego prawa prywatnego międzynarodowego w rozumieniu *sensu stricto* – pomimo licznych prób unifikacyjnych. Aktualnie każde z państw ma swój wewnętrzny system norm kolizyjnych, a jedynie kilka kwestii ujednolicono dzięki przystępowaniu przez państwa do regulacji międzynarodowych¹²⁶. Myśl tę wyraża zasada przyjęta w Polsce, zgodnie z którą sądy decydując, zgodnie z jakim prawem merytorycznym powinno oceniać się daną sytuację z elementem zagranicznym, stosują polskie normy kolizyjne. Normy kolizyjne wchodzące w skład porządku prawnego obcego państwa mogą znaleźć zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy pozwala na to polska norma kolizyjna (przykład: instytucja odesłania)¹²⁷.

Tradycyjnie przyjmuje się, iż prawo prywatne międzynarodowe w szerokim rozumieniu odnosi się do norm kolizyjnych oraz do norm merytorycznych, które bezpośrednio normują konkretne sytuacje z elementem międzynarodowym¹²⁸.

Współcześnie prace nad ujednoliceniem prawa biegną dwutorowo: z jednej strony – podejmuje się próby ujednolicania norm kolizyjnych w skali międzynarodowej, z drugiej strony – próbuje się ujednolicić normy prawa merytorycznego¹²⁹.

Zdaniem J. Skąpskiego, celem unifikacji prawa materialnego jest usunięcie kolizji pomiędzy reżimami prawnymi różnych państw¹³⁰. Jednakże M. Pazdan równocześnie zauważa, iż współczesna unifikacja zmierza do powstania dualizmu prawnego, ponieważ z jednej strony istnieje prawo ujednolicone dotyczące sytuacji faktycznych z elementem obcym, a z drugiej – prawo dotyczące stosunków o charakterze wewnętrznym¹³¹.

Zagadnieniem, które pozostaje w ścisłym związku z tym, co zostało wyżej przeze mnie omówione, jest problem funkcji norm kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego. K. Bagan-Kurluta wprowadza w tym zakresie rozróżnienie na tzw. regulację bezpośrednią i pośrednią. Wiąże się to z tym, iż skorzystanie z norm kolizyjnych nie powoduje merytorycznego rozstrzygnięcia danej sprawy z elementem zagranicznym, lecz prowadzi jedynie do rozgraniczenia reżimów prawnych różnych państw (regula-

¹²⁴ Dz.U. Nr 80, poz. 432 ze zm.

¹²⁵ J. Gołaczyński, *Prawo prywatne międzynarodowe...*, s. 2.

¹²⁶ Tamże, s. 2.

¹²⁷ M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe ...*, s. 66.

¹²⁸ Tamże, s. 25.

¹²⁹ J. Gołaczyński, *Prawo prywatne międzynarodowe...*, s. 3.

¹³⁰ J. Skąpski, *Unification de règles des conflits de lois et unification du droit interne*, AICr 1968, vol. I, s. 131.

¹³¹ M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe...*, s. 24.

cja pośrednia). Merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy następuje dopiero dzięki zastosowaniu norm merytorycznych (regulacja bezpośrednia). To właśnie dopiero normy merytoryczne konkretnie precyzują położenie prawne podmiotów oraz ich uprawnienia i obowiązki w różnych stosunkach prawnych. Normy merytoryczne to na przykład te zawarte w kodeksach takich, jak cywilny czy karny¹³².

Funkcją norm kolizyjnych jest z kolei wskazanie właściwego systemu prawnego, do którego trzeba sięgnąć, po to by w końcowym etapie rozstrzygnąć konkretny stosunek prawny poprzez zastosowanie norm merytorycznych. Reasumując, jeżeli sędzia będzie rozpoznawał sprawę z elementem obcym, to w pierwszej kolejności musi zbadać, czy istnieje jurysdykcja krajowa, następnie musi zastosować normy kolizyjne, a dopiero potem ciąży na nim obowiązek w postaci zastosowania norm merytorycznych, zawartych w reżimie prawnym, który został wskazany przez normy kolizyjne. Wskazane prawo właściwe jest zawsze prawem merytorycznym¹³³.

Podstawową różnicą między normą merytoryczną a normą kolizyjną prawa prywatnego międzynarodowego jest to, że o ile na podstawie normy merytorycznej sąd dokonuje rozstrzygnięcia, o tyle norma kolizyjna jedynie wskazuje, jakie prawo (do niego z kolei przynależą przepisy zawierające normy merytoryczne) jest właściwe dla oceny danego stosunku prawnego¹³⁴.

Zgodnie z art. 1143 § 1 k.p.c. sąd z urzędu wyznacza i stosuje właściwe prawo obce. Oznacza to, że sąd ma obowiązek zastosować prawo obce, gdy na podstawie norm kolizyjnych będzie ono właściwe dla rozstrzygnięcia określonego stosunku prawnego z elementem obcym. Jeżeli sąd nie stosuje w ogóle prawa obcego lub stosuje go błędnie, to stanowi to naruszenie prawa materialnego poprzez błędną wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie. W takiej sytuacji naruszenie to może stanowić przedmiot zarzutu apelacyjnego¹³⁵.

Uważam, że warto zastanowić się również, w jaki sposób w praktyce stosuje się prawo obce, skoro sędziowie nie muszą znać jego treści. Wśród środków, jakimi mogą posłużyć się sędziowie, by móc prawidłowo zastosować normę prawa obcego, wyróżnia się instytucję opisaną w art. 1143 § 1 k.p.c., tj. sąd może skierować prośbę do ministra sprawiedliwości o udzielenie tekstu tego prawa oraz o objaśnienie obcej praktyki sądowej. Z kolei w paragrafie trzecim tegoż przepisu wprowadzono możliwość zasięgnięcia opinii biegłych celem wyznaczenia treści prawa obcego lub obcej praktyki sądowej. Dodatkowo począwszy od 1992 r. stosuje się w Polsce Konwencję europejską

¹³² K. Bagan-Kurluta, *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 87 (dalej cyt. jako K. Bagan-Kurluta, *Prawo prywatne międzynarodowe*...).

¹³³ K. Bagan-Kurluta, *Prawo prywatne międzynarodowe*..., s. 88.

¹³⁴ A. Torbus, *Umowa jurysdykcyjna w systemie międzynarodowego postępowania cywilnego*, wyd. 1, Toruń 2012, s. 77 (dalej cyt. jako A. Torbus, *Umowa jurysdykcyjna*...).

¹³⁵ J. Gołaczyński, *Prawo prywatne międzynarodowe*..., s. 56.

o informacji o prawie obcym z 1968 r.¹³⁶. Stała się ona podstawą m.in. do przekazywania sobie wzajemnie – przez państwa-strony – danych odnoszących się do prawa cywilnego, handlowego i procedury w sprawach cywilnych i handlowych¹³⁷.

1.2. Miejsce zwykłego pobytu dziecka

Termin „miejsce zwykłego pobytu dziecka” pojawia się jako łącznik w dużej liczbie międzynarodowych aktów prawnych odnoszących się do kwestii rodzinnych i opiekuńczych oraz w polskim Kodeksie postępowania cywilnego (np. w art. 41, art. 1106² czy w art. 1160), jednakże w żadnej z regulacji nie zdefiniowano przedmiotowego pojęcia¹³⁸.

Uważam, że omawianie tej tematyki należy zacząć od konwencji haskich, ponieważ to dzięki tym aktom prawnym termin „miejsce zwykłego pobytu dziecka” pojawił się w prawie prywatnym międzynarodowym. Termin ten występuje m.in. w Konwencji z 25.10.1980 r. dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę oraz w Konwencji haskiej o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci z dnia 19.10.1996 r.¹³⁹.

Zdaniem R. Zegadło, miejsce zwykłego pobytu jest okolicznością o charakterze czysto faktycznym oraz charakteryzuje miejsce, w którym skoncentrowane zostały sprawy życiowe konkretnej jednostki. Podstawową różnicą między miejscem zwykłego pobytu a miejscem zamieszkania jest brak elementu woli przy pierwszym z wymienionych pojęć. Z kolei od miejsca pobytu – miejsce zwykłego pobytu odznacza się głównie trwałością¹⁴⁰.

Artykuł 3. Konwencji z 25.10.1980 r. dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę również nawiązuje do pojęcia „miejsce zwykłego pobytu dziecka”, jednakże także go nie definiuje. Zdaniem L. Kuziaka, brak definicji terminu „miejsce zwykłego pobytu” w tej konwencji było zamierzonym zabiegiem jej autorów, którzy chcieli, by interpretację tegoż pojęcia zarezerwować dla organów orzekających w sprawach, które zostały objęte zakresem zastosowania konwencji. Dzięki temu zabiegowi twórcy tejże konwencji pragnęli, by spowodował on zwiększenie elastyczności samej konwencji jako instrumentu służącego zapobieganiu bezprawnym uprowadzeniom i zatrzymaniom małoletnich¹⁴¹.

¹³⁶ Dz.U. z 1994 r. Nr 64, poz. 272.

¹³⁷ K. Bagan-Kurluta, *Prawo prywatne międzynarodowe...*, s. 122.

¹³⁸ R. Zegadło, *Miejsce zamieszkania...*, s. 16.

¹³⁹ Tamże, s. 16.

¹⁴⁰ Tamże, s. 17.

¹⁴¹ L. Kuziak [w:] *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, red. J. Ignaczewski, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2012,

Sąd Najwyższy stwierdził, iż miejsce zwykłego pobytu jest wyznaczone przez fakty wskazujące na długotrwałe przebywanie dziecka w danym miejscu, w którym są zaspokajane wszystkie jego potrzeby¹⁴².

W związku z treścią rozporządzenia Rady (WE) nr 2201/2003 pojawiają się próby dookreślenia pojęcia „miejsce zwykłego pobytu dziecka” w orzecznictwie m.in. Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz sądów krajowych. W wyroku z dnia 22 grudnia 2010 r. Trybunał Sprawiedliwości nakazał¹⁴³, by pojęcie to interpretować w ten sposób, że pobyt ten odpowiada miejscu, gdzie dziecko wykazuje pewną integrację ze środowiskiem społecznym i rodzinnym. Stan faktyczny, będący podstawą tego rozstrzygnięcia przez TSUE, przedstawiał się następująco: obywatelka francuska, urodzona we Francji w 2000 roku, przeprowadziła się do Anglii, gdzie przez kilka lat żyła w nieformalnym związku z obywatelem brytyjskim. Z tego związku narodziła się im córka, obywatelka francuska. Kiedy córka miała dwa miesiące, matka wraz z małoletnią w dniu 7.10.2009 r. opuściła Anglię i udała się z powrotem do Francji. Ojciec złożył wniosek do sądu angielskiego o przyznanie mu władzy rodzicielskiej oraz prawa do osobistej styczności z dzieckiem. Z kolei matka wniosła do sądu francuskiego o przyznanie jej wyłącznej władzy rodzicielskiej oraz określenie miejsca zamieszkania małoletniej pod adresem matki. Sąd francuski wydał orzeczenie, w którym przyznał wyłączną władzę rodzicielską matce oraz ustalił zwykły pobyt dziecka pod adresem matki. Zdaniem matki sądom angielskim nie przysługiwała jurysdykcja wobec jej córki, ponieważ od dnia wyjazdu córki do Francji miejsce jej zwykłego pobytu znajdowało się nie w Anglii, lecz we Francji. Ojciec zajmował przeciwne stanowisko w kwestii jurysdykcji, twierdząc, że w dniu wyjazdu swej córki nie utraciła ona jeszcze miejsca zwykłego pobytu w Anglii. Artykuł 8 ust. 1. rozporządzenia Rady (WE) nr 2201/2003 przewiduje łącznik miejsca zwykłego pobytu dziecka przy ustalaniu jurysdykcji. I tak, TSUE podkreślił, iż wśród kryteriów, w świetle których sąd krajowy powinien ustalić miejsce zwykłego pobytu dziecka, należy wskazać w szczególności: powody pobytu dziecka w danym państwie, jego obywatelstwo, pochodzenie geograficzne i rodzinne, znajomość języka, stosunki społeczne i rodzinne nawiązane przez matkę i dziecko w danym państwie członkowskim etc. Dodatkowo na gruncie przedmiotowej sprawy ważną okolicznością, zdaniem sądu, przemawiającą za tym, iż za miejsce zwykłego pobytu dziecka uznano Francję – był zakup mieszkania przez matkę dziecka, manifestujący, iż obecność matki z dzieckiem we Francji nie miała charakteru okazjonalnego ani tymczasowego.

s. 371 (dalej cyt. jako L. Kuziak [w:] *Władza rodzicielska...*).

¹⁴² na przykład postanowienie SN z 26.09.2000 r., I CKN 776/00, OSNC 2001, nr 3, poz. 38.

¹⁴³ wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 22.12.2010 r., C-497/10 PPU; zob. też wyrok TSUE z dnia 2.04.2009 r., C 523/07.

2. Międzynarodowa współpraca sądowa w sprawach cywilnych

Normatywne fundamenty międzynarodowej współpracy sądów cywilnych tworzą umowy międzynarodowe (wielostronne lub dwustronne). Umowy wielostronne są zawierane albo na forum organizacji międzynarodowych o charakterze ogólnoświatowym (np. na forum Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego czy ONZ) albo organizacji o charakterze regionalnym (np. na forum Unii Europejskiej czy Rady Europy)¹⁴⁴.

Haska Konferencja Prawa Prywatnego Międzynarodowego jest organizacją międzyrządową, której celem jest „praca dla stopniowego ujednolicania reguł prawa prywatnego międzynarodowego” (art. 1 statutu tejże konferencji). W ramach Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego przygotowano wiele konwencji międzynarodowych dotyczących się prawa rodzinnego, w tym Konwencję z 19.10.1996 r. o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej i środków ochrony dzieci, oraz konwencję dotyczącą cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z dnia 25.10.1980 r.¹⁴⁵.

Z kolei jednym z najistotniejszych aktów prawnych, przyjętych w ramach UE w związku ze współpracą sądową w sprawach cywilnych, jest rozporządzenie Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27.11.2003 r., o którym będzie mowa niżej.

Natomiast na system instytucjonalny Unii Europejskiej w zakresie współpracy sądowej w sprawach cywilnych składają się: Rada Europejska, Rada Unii Europejskiej, Komisja Europejska, Parlament Europejski, Trybunał Sprawiedliwości, Trybunał Obrachunkowy, instytucje wyspecjalizowane (np. Europejska Sieć Sądowa ds. Cywilnych i Handlowych, Europejski Atlas Sądowniczy ds. Cywilnych), sądy cywilne w państwach członkowskich¹⁴⁶.

Zgodnie z art. 81 ust. 1 TFUE¹⁴⁷ UE troszczy się o rozwój współpracy sądowej w sprawach cywilnych, które mają skutki transgraniczne, opierając się o zasadę wzajemnego uznawania orzeczeń sądowych i pozasądowych. Współdziałanie to może polegać m.in. na podejmowaniu środków celem zbliżania regulacji ustawowych i wykonawczych państw członkowskich. Z kolei w ustępie drugim tegoż przepisu postanowiono, iż Rada UE wraz z Parlamentem Europejskim przyjmują środki, które mają zagwarantować m.in. wzajemne uznawanie i wykonywanie orzeczeń sądowych i pozasądowych przez państwa członkowskie UE, transgraniczne doręczanie i zawiadamianie o aktach sądowych i pozasądowych, współpracę w ramach gromadzenia dowodów czy skuteczny dostęp do wymiaru sprawiedliwości etc.

¹⁴⁴ P. Wawrzyk, *Sądy cywilne...*, s. 43.

¹⁴⁵ Tamże, s. 174.

¹⁴⁶ Tamże, s. 180.

¹⁴⁷ Dziennik Urzędowy UE C 115/47 z dnia 09.05.2008 r.

Na podstawie art. 81 ust. 3 TFUE środki dotyczące się prawa rodzinnego, które mają skutki transgraniczne, są przyjmowane przez Radę, procedującą według specjalnej procedury prawodawczej, mianowicie Rada podejmuje wówczas decyzję jednomyślnie po konsultacji z Parlamentem Europejskim. Regulacja ta, moim zdaniem, świadczy o tym, iż z uwagi na szczególnie przedmiot regulacji, jakim jest prawo rodzinne – wymaga ona specjalnej procedury prawodawczej, tj. o zaostrzonych wymogach¹⁴⁸.

Moim zdaniem, najdonioślejszym celem jest zagwarantowanie skutecznego dostępu do wymiaru sprawiedliwości, ponieważ wzmacnia on prawo do sądu przewidziane w art. 45 Konstytucji RP.

Europejska Sieć Sądownicza w sprawach cywilnych i handlowych¹⁴⁹ została ustanowiona w przeważającej mierze po to, by: zapewniać stabilne funkcjonowanie procedur o charakterze transgranicznym, ułatwić adresowanie wniosków o współpracę sądową między państwami członkowskimi, utworzyć system informacyjny dla ogółu społeczeństwa o współpracy sądowej w sprawach cywilnych i handlowych w UE, ale również o instrumentach międzynarodowych i unijnych oraz o prawach krajowych państw członkowskich (w tym o tych, dotyczących dostępu do wymiaru sprawiedliwości). Sieć wypełnia swe funkcje poprzez utworzone punkty kontaktowe. Z kolei zadaniem punktów kontaktów jest np. dostarczanie innym punktom kontaktowym informacji pożądaných dla prawidłowej współpracy sądowej w sprawach cywilnych czy rozwiązywanie trudności związanych z wnioskami o współpracę sądową etc.

Na stronie internetowej Sieci¹⁵⁰ są zawarte informacje dotyczące np.: już obowiązujących – lub będących dopiero w fazie opracowywania – przepisów UE dotyczących omawianej współpracy, krajowych środków wdrażania obowiązujących przepisów UE, orzecznictwa sądów UE, które obejmuje obszar przedmiotowej współpracy, formularzy informacyjnych, które służą ułatwianiu dostępu do wymiaru sprawiedliwości w państwach członkowskich¹⁵¹.

Europejski Atlas Sądowniczy ds. Cywilnych pełni podobne funkcje do Sieci, tj. również ma służyć pomocą obywatelom Unii w ich sporach z administracją lub obywatelami innych państw członkowskich. Na stronie internetowej Atlasu¹⁵² również znajdziemy link dotyczący prawa rodzinnego.

Innym nieocenionym źródłem informacji o współpracy sądowej w sprawach cywilnych jest strona polskiego Ministerstwa Sprawiedliwości¹⁵³, na której są publi-

¹⁴⁸ P. Wawrzyk, *Sądy cywilne...*, s. 181-191.

¹⁴⁹ Europejska Sieć Sądowa w sprawach cywilnych i handlowych została utworzona decyzją Rady 2001/470/WE z dnia 28.05.2001 r.

¹⁵⁰ http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_order/legal_order_gen_pl.htm

¹⁵¹ P. Wawrzyk, *Sądy cywilne...*, s. 195-205.

¹⁵² http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/index_pl.htm

¹⁵³ www.ms.gov.pl

kowane akty prawne dotyczące tejże współpracy, w tym: informacje na temat zasad postępowania cywilnego w innych państwach członkowskich, orzeczeń wydawanych w sprawach tego rodzaju przez sądy krajowe oraz Trybunał Sprawiedliwości UE oraz dane teled adresowe organów właściwych innych państw-stron, wykonujących zadania z zakresu współpracy sądowej w sprawach cywilnych¹⁵⁴.

Konieczność współpracy międzynarodowej organów centralnych różnych państw w sprawach cywilnych o charakterze transgranicznym została podkreślona w dwóch aktach prawnych, mających priorytetowe znaczenie z punktu widzenia tematu mojej pracy, a mianowicie w Konwencji haskiej o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci z dnia 19.10.1996 r.¹⁵⁵ (dalej określanej jako: Konwencja haska w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej z 1996 r.) oraz w rozporządzeniu Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27.11.2003 r. o jurysdykcji oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie (WE) nr 1347/2000 – tzw. rozporządzenie Bruksela II bis¹⁵⁶ (dalej określane jako: rozporządzenie Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27.11.2003 r.). Już w preambule obu tych aktów prawnych zaznaczono, iż organy centralne państw powinny współpracować w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej dla ochrony dzieci (w tym: łącznie ze współpracą dotyczącą polubownego łagodzenia konfliktów rodzinnych).

Każdy z tych aktów prawnych zawiera rozdział poświęcony omawianej współpracy międzynarodowej (w Konwencji haskiej w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej z 1996 r. są to przepisy od art. 29-39, a w rozporządzeniu Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27.11.2003 r. – przepisy od art. 53-58). Najogólniej rzecz ujmując, postuluje się w nich, by w pierwszej kolejności każde z państw-stron wyznaczyło co najmniej jeden organ centralny, którego zadaniem będzie realizowanie postanowień, zawartych w obu aktach prawnych. W drugiej kolejności nakłada się na już wyznaczone organy centralne obowiązek współdziałania między sobą (np. poprzez udzielanie sobie wzajemnie informacji dotyczących ich krajowych przepisów prawnych, procedur oraz służb istniejących w ich państwach działających w sprawie ochrony dzieci) oraz obowiązek popierania współpracy pomiędzy właściwymi organami w ich państwach w celu realizacji postanowień obu tych aktów prawnych. W tych celach na terenie Unii Europejskiej używa się Europejskiej Sieci Sądowej w sprawach cywilnych i handlowych, o której była mowa wyżej.

¹⁵⁴ M. Taborowski [w:] *Przestrzeń Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Współpraca sądowa w sprawach cywilnych*, red. W. Sadowski, M. Taborowski, tom XI, część 3, wyd. 1, EuroPrawo, Warszawa 2009, s. XI.3-23 (dalej cyt. jako M. Taborowski [w:] *Przestrzeń Wolności...*).

¹⁵⁵ Dz.U. z 2010 r. Nr 172, poz. 1158.

¹⁵⁶ Dz.U. L 338 z 23.12.2003 r., s. 1-29.

Gdy chodzi o współpracę państw w sytuacjach charakterystycznych dla spraw z zakresu odpowiedzialności rodzicielskiej, to wśród zadań organów centralnych państw wymienia się: zbieranie informacji i ich wymianę (w sprawach takich, jak: sytuacja małoletniego, postępowania będące w toku, a dotyczące dziecka, podjęte rozstrzygnięcia dotyczące się dziecka), udzielanie informacji i pomoc osobom, które posiadają odpowiedzialność rodzicielską, ułatwienie łączności pomiędzy sądami, ułatwienie pojednania pomiędzy osobami, które posiadają odpowiedzialność rodzicielską przez mediację lub inne środki, udzielanie wsparcia w wyznaczeniu pobytu dziecka, w sytuacji gdy istnieje przypuszczenie, iż znajduje się ono na terytorium państwa wezwanego i potrzebuje ochrony.

Należy również wspomnieć o tym, w jaki sposób w praktyce osoba, która posiada odpowiedzialność rodzicielską, może domagać się od organów centralnych danego kraju urzeczywistnienia postanowień Konwencji haskiej w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej z 1996 r. oraz rozporządzenia Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27.11.2003 r. A mianowicie osoba taka powinna złożyć do organów centralnych państwa-strony swojego miejsca stałego pobytu lub państwa-strony, w którym dziecko zwykle zamieszkuje lub jest obecne, wniosek o udzielenie pomocy, o której była mowa wyżej. Warto dodać, iż pomoc udzielana przez organy centralne w tym zakresie jest wolna od opłat. W Polsce organem centralnym w rozumieniu art. 29 ust. 1. Konwencji haskiej w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej z 1996 r. oraz w rozumieniu art. 53 rozporządzenia Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27.11.2003 r. jest Ministerstwo Sprawiedliwości (Al. Ujazdowskie 11, 00-950 Warszawa).

3. Źródła prawa prywatnego międzynarodowego dotyczącego wykonywania władzy rodzicielskiej

Prawo prywatne międzynarodowe posiada swe źródła w prawie: wewnętrznym, międzynarodowym oraz unijnym.

3.1. Prawo wewnętrzne

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż prawo polskie może stanowić źródło prawa prywatnego międzynarodowego wyłącznie wtedy, gdy umowa międzynarodowa, którą Rzeczypospolita Polska przyjęła, lub prawo Unii Europejskiej nie stanowią inaczey¹⁵⁷. Zagadnienie stosunku umów międzynarodowych do prawa krajowego oraz prawa UE do prawa wewnętrznego zostanie bliżej omówione w dalszej części mej pracy.

¹⁵⁷ J. Gołaczyński, *Prawo prywatne międzynarodowe...*, s. 12.

Wśród źródeł wewnętrznych prawa prywatnego międzynarodowego na pierwszym miejscu należy wymienić polską ustawę o prawie prywatnym międzynarodowym z dnia 4.02.2011 r. (dalej określanej mianem: „ustawa z 2011 r.”), która weszła w życie 16.05.2011 r. Ustawa ta określa prawo właściwe dla stosunków zarówno osobistych, jak i majątkowych w zakresie takich praw, jak: cywilne (łącznie z handlowym i rodzinnym) i pracy¹⁵⁸.

Ustawa z 2011 r. nie porusza jednak kwestii jurysdykcji oraz innych kwestii dotyczących międzynarodowego postępowania cywilnego, ponieważ zagadnienia te zostały przewidziane przez odrębną ustawę, tj. ustawę nowelizującą Kodeks postępowania cywilnego z dnia 5.12.2008 r.¹⁵⁹.

Ustawa z 2011 r. nie reguluje również spraw dotyczących tzw. prawa cudzoziemców. Przepisy dotyczące pozycji prawnej cudzoziemców zwykle znajdują się w konstytucji. I tak, Konstytucja RP w art. 37 ust. 1 stanowi, iż każdy, kto pozostaje pod władzą RP, może korzystać z wolności i praw, które zapewnia Konstytucja RP. Z kolei w ustępie drugim tegoż przepisu jest mowa o tym, iż wyjątki od tejże zasady – dotyczące się cudzoziemców – określa ustawa. W Polsce z punktu widzenia prawa prywatnego międzynarodowego największe znaczenie ma ustawa o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców z dnia 24.03.1920 r.¹⁶⁰, która wprowadziła wobec cudzoziemców ograniczenia w zakresie możliwości nabywania przez nich nieruchomości¹⁶¹.

Innymi źródłami wewnętrznymi prawa prywatnego międzynarodowego są: ustawa – Prawo wekslowe z dnia 28.04.1936 r.¹⁶², Prawo czekowe z dnia 28.04.1936 r.¹⁶³, ustawa – Prawo o aktach stanu cywilnego z dnia 29.09.1986 r.¹⁶⁴, Kodeks postępowania cywilnego – część czwarta – przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego (z punktu widzenia prawa prywatnego międzynarodowego szczególne znaczenie ma wspomniany już art. 1143 k.p.c.).

3.2. Umowy międzynarodowe

3.2.1. Stosunek umów międzynarodowych do prawa krajowego

Artykuł 91 ust. 2 Konstytucji RP przyznaje pierwszeństwo stosowania umowie międzynarodowej ratyfikowanej za uprzednią zgodą uzewnętrznioną w ustawie – przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową. Przepis ten ustanawia prio-

¹⁵⁸ M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*..., s. 37-38.

¹⁵⁹ Tamże, s. 37.

¹⁶⁰ Dz.U. z 2004 r. Nr 167, poz. 1758 ze zm.

¹⁶¹ K. Bagan-Kurluta, *Prawo prywatne międzynarodowe*..., s. 54-57.

¹⁶² Dz.U. Nr 37, poz. 282 ze zm., art. 77-84.

¹⁶³ Dz.U. Nr 37, poz. 283 ze zm., art. 62-68.

¹⁶⁴ Dz.U. z 2011 r. Nr 212, poz. 1264 ze zm.

rytet umów międzynarodowych ratyfikowanych w trybie ustawowym i nie wymaga się, by dodatkowo potwierdzać to pierwszeństwo w innych przepisach, np. Kodeksu postępowania cywilnego (jednakże mimo to stosunkowo późno, bo dopiero ustawą z 5.12.2008 r. uchylono art. 1096 k.p.c., który stanowił, że przepisów części czwartej k.p.c. nie stosuje się, jeżeli umowa międzynarodowa, której stroną jest Polska, stanowi inaczej)¹⁶⁵. A. Mączyński również zwrócił na to uwagę, uznając, iż wyczerpujące unormowanie w Konstytucji RP problemu relacji norm ustawowych i norm konwencyjnych spowodowało, że całkowicie zbędnym jest powtarzanie tej samej problematyki na poziomie ustawowym¹⁶⁶.

Zdaniem T. Erecińskiego, które w całości podzielam, pierwszeństwo ma każda umowa międzynarodowa, której stroną jest Polska. Autor podkreślił, że sądy polskie w pierwszej kolejności są zobowiązane do stosowania umów międzynarodowych ratyfikowanych przez Polskę (zarówno tych ratyfikowanych za uprzednią zgodą ustawową, jak i bez takiej ustawy) i prawidłowo ogłoszonych w Dzienniku Ustaw. Dodał on również, iż umowę międzynarodową należy ujmować jako *lex specialis* względem prawa wewnętrznego¹⁶⁷. Z kolei zdaniem M. Wójcika, umowy ratyfikowane bez zgody ustawowej posiadają moc prawną słabszą od ustaw¹⁶⁸.

A. Mączyński wyróżnił dwa podstawowe warunki dla uznania pierwszeństwa umowy międzynarodowej w stosunku do ustawy. Pierwszy z nich polega na konieczności powstania tożsamości przedmiotu unormowania ustawowego i konwencyjnego (tj. to samo zagadnienie musi zostać ujęte w przepisach konwencyjnych i ustawowych). Drugim warunkiem jest to, że dana sprawa musi być objęta temporalnym zakresem zastosowania przepisu ustawy i przepisu konwencji. Wskazany czasowy zakres jest głównie uzależniony od tego, czy zdarzenie – istotne z punktu widzenia rozstrzyganej sprawy – zaistniało po wejściu w życie danego przepisu¹⁶⁹.

T. Ereciński podkreśla, iż umowy międzynarodowe sądy powinny stosować zarówno, gdy regulują one sprawy nie unormowane przez przepisy Kodeksu postępowania cywilnego lub ustawy szczególne, jak i wówczas, gdy normują one jakieś zagadnienie w inny sposób, niż przewidują to normy k.p.c. lub ustaw szczególnych¹⁷⁰.

¹⁶⁵ T. Ereciński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, pod red. T. Erecińskiego, wyd. 4, tom V, Lexis Nexis, Warszawa 2012, s. 22 (dalej cyt. jako T. Ereciński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*).

¹⁶⁶ A. Mączyński, Ustawowe odesłania do umów międzynarodowych i rozporządzeń unijnych dotyczących prawa prywatnego międzynarodowego [w:] *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci prof. E. Gniewka*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 376 (dalej cyt. jako A. Mączyński, *Ustawowe odesłania do umów międzynarodowych...*).

¹⁶⁷ T. Ereciński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 24.

¹⁶⁸ M. Wójcik [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, pod red. A. Jakubeckiego, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 1332 (dalej cyt. jako M. Wójcik [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*).

¹⁶⁹ A. Mączyński, Ustawowe odesłania do umów międzynarodowych..., s. 375.

¹⁷⁰ T. Ereciński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 27.

Biorąc pod uwagę powyższe, przepisy części czwartej Kodeksu postępowania cywilnego będą mogły być wykorzystane w dwóch sytuacjach. W pierwszej sytuacji będą mogły być stosowane do obywateli i organów państw, które nie uczestniczą w ogóle w umowach wielostronnych, którymi Polska jest związana lub z którymi Polska nie jest związana konwencją dwustronną. Z kolei w drugiej sytuacji znajdą one zastosowanie do obywateli i organów państw, z którymi Polska jest wprawdzie związana umowami dwustronnymi lub wielostronnymi – w kwestiach nie uregulowanych w umowie międzynarodowej¹⁷¹.

3.2.2. Konwencja o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci z dnia 19.10.1996 r.

3.2.2.1. Uwagi ogólne

Konwencja jest instrumentem prawnym, który w sposób całościowy normuje kwestie dotyczące ochrony dzieci – w przeciwieństwie do poprzednich regulacji w tym zakresie¹⁷². Zastąpiła ona – w stosunkach między umawiającymi się państwami – Konwencję dotyczącą uregulowania opieki nad małoletnimi z dnia 12.06.1902 r.¹⁷³ oraz Konwencję o właściwości organów i prawie właściwym w zakresie ochrony małoletnich z dnia 5.10.1961 r.¹⁷⁴.

Należy podkreślić, iż przedmiot konwencji częściowo jest zaliczany do kompetencji wyłącznych Unii Europejskiej, dlatego też w przypadku państw członkowskich Unii Europejskiej nie było możliwe jej ratyfikowanie przez te państwa bez wcześniejszego zezwolenia wydanego przez UE. I tak – Rada Unii Europejskiej najpierw wydała decyzję z dnia 19.12.2002 r. (2003/93/WE) upoważniającą państwa członkowskie do podpisania konwencji. Wówczas konwencję tę podpisały w dniu 1.04.2003 r. wszystkie państwa wchodzące w tamtym czasie w skład UE, a były to m.in. Republika Austrii, Królestwo Belgii, Królestwo Danii, Królestwo Hiszpanii, Republika Finlandii, Republika Francuska, Republika Grecka, Irlandia, Wielkie Księstwo Luksemburga, Republika Federalna Niemiec, Republika Portugalska, Królestwo Szwecji, Republika Włoska i Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej. Następnie decyzją z dnia 5.06.2008 r. (2008/431/WE)¹⁷⁵ Rada Unii Europejskiej upoważniła kolejne państwa członkowskie do ratyfikacji konwencji, w tym Polskę. Dlatego też mimo że Polska podpisała tę konwencję już 22.11.2000 r., mogła ją ratyfikować dopiero po wydaniu

¹⁷¹ Tamże, s. 27.

¹⁷² www.bip.kprm.gov.pl – informacje dotyczące uzasadnienia ratyfikacji konwencji z 1996 r., zaczerpnięte z Biuletynu Informacji Publicznej Kancelarii Prezesa Rady Ministrów.

¹⁷³ Dz.U. z 1929 r. Nr 80, poz. 596.

¹⁷⁴ Dz.U. z 1995 r. Nr 106, poz. 519.

¹⁷⁵ Dz.Urz. UE L 151 z 11.06.2008 r., s. 36.

decyzji przez Radę UE z 2008 r., stąd w stosunku do Polski konwencja ta ma zastosowanie od 1.11.2010 r.¹⁷⁶

Konieczne trzeba podkreślić, iż współcześnie zmieniała się tendencja w zakresie możliwości stosowania umów międzynarodowych do stosunków z państwami nie będącymi stronami danej umowy. Tradycyjne podejście do umów międzynarodowych opierało się bowiem na założeniu, iż należy je stosować jedynie w relacjach z państwami-stronami, natomiast współcześnie przy niektórych umowach wielostronnych lub ich niektórych postanowieniach spotykamy się z takim zakresem ich zastosowania, który wykracza poza te tradycyjnie określone relacje¹⁷⁷.

Odnosi się to głównie do instrumentów prawnych, które określają prawo właściwe, tj. uważa się, że przepisy konwencji haskiej z 1996 r. odnoszące się do prawa właściwego posiadają charakter uniwersalny, co oznacza, że sąd polski musi je zastosować we wszystkich sprawach, które mają charakter transgraniczny, w tym również wówczas, gdy „element obcy” nie będzie powiązany z żadnym z państw-stron konwencji. W związku z tym zastosowanie norm tejże konwencji nie wymaga analizy tego, jakie państwa przyjęły tę konwencję. (przykładem przepisu potwierdzającego opisaną tezę jest artykuł 20 konwencji haskiej z 1996 r., zgodnie z którym postanowienia konwencji są stosowane nawet, gdy prawem wskazanym przez jej postanowienia jest prawo państwa, które nie jest stroną konwencji; z kolei jedynym wyjątkiem od uniwersalnego charakteru norm konwencji haskiej dotyczących prawa właściwego jest artykuł 15 ust 3. konwencji, ponieważ użycie tegoż przepisu jest ograniczone do przypadku, gdy „nowe” miejsce zwykłego pobytu dziecka mieści się w państwie-stronie konwencji – o czym będzie mowa niżej). Innymi słowy prawo wyznaczone, na podstawie konwencji haskiej z 1996 r., jest stosowane zarówno w stosunku do obywateli państw stron-konwencji, do cudzoziemców zamieszkujących na obszarze państw-stron konwencji, jak i jest ono stosowane w sytuacjach nie związanych z państwami będącymi stronami konwencji¹⁷⁸.

W pewnym zakresie omawiana tendencja dotyczy również rozporządzenia nr 2201/2003/WE, o czym będzie mowa niżej.

Wśród celów sporządzenia konwencji haskiej z 1996 r. wymienionych w preambule do tegoż aktu należy wymienić m.in.: wzmocnienie ochrony dzieci w sytuacjach o zabarwieniu międzynarodowym, chęć uniknięcia konfliktów między reżimami prawnymi różnych państw w stosunku do jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania środków ochrony dzieci. Konwencja ta w preambule potwierdziła również, że dobro dziecka jest nadrzędną dyrektywą na gruncie stosowania środków ochrony dzieci.

¹⁷⁶ www.bip.kprm.gov.pl – informacje dotyczące uzasadnienia ratyfikacji konwencji z 1996 r., zaczerpnięte z Biuletynu Informacji Publicznej Kancelarii Prezesa Rady Ministrów.

¹⁷⁷ R. Zegadło [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 269.

¹⁷⁸ R. Zegadło, *Prawo właściwe w sprawach opiekuńczych według konwencji haskiej z 1996 r.*, Rodzina i Prawo 2012, nr 20-21, s. 85 i 90 (dalej cyt. jako R. Zegadło, *Prawo właściwe...*).

Z kolei w art. 1. ust. 1. konwencji zawarto pozostałe cele konwencji, tj. wskazanie państwa, którego organy są legitymowane do stosowania środków, które mają zmierzać do ochrony osoby lub majątku małoletniego, wskazanie prawa właściwego dla kwestii odpowiedzialności rodzicielskiej, zagwarantowanie uznania i wykonania omawianych środków ochrony we wszystkich państwach-stronach konwencji oraz zainicjowanie współpracy między organami państw-stron konwencji.

Co się tyczy zakresu podmiotowego stosowania konwencji haskiej z 1996 r., to postanowiono, iż jest ona stosowana do dzieci, poczynając od ich narodzin, aż do uzyskania przez nie 18. roku życia. (art. 2. konwencji). Nie znaczy to jednak, iż konwencja formułuje zasadę polegającą na przyjęciu, iż uzyskanie wieku 18 lat trzeba potraktować jako uzyskanie „pełnoletności”. Konwencja ustala jedynie, że stosuje się jej przepisy – w razie sprzeczności między ustawodawstwami – wobec dzieci, aż do uzyskania tegoż wieku, nawet gdy zgodnie z prawem materialnym, któremu podlegają, osiągnęły już pełną zdolność do czynności prawnych („pełnoletność”): albo na skutek wprowadzenia pełnoletności poniżej tego wieku, albo z innych powodów emancypacji, np. na skutek zawarcia związku małżeńskiego. Postuluje się jednak, by okoliczność ta była uwzględniana przez organ stosujący środki przewidziane w konwencji. Wobec tego do osób powyżej 18. roku życia – nawet jeżeli zgodnie z prawem właściwym nie uzyskały jeszcze pełnoletności – konwencji nie stosuje się¹⁷⁹.

Konwencję z 1996 r. stosuje się w sprawach cywilnych dotyczących m.in.: odpowiedzialności rodzicielskiej (jej przyznania, wykonywania, pozbawienia oraz jej przekazywania), pieczy (łącznie z opieką nad osobą dziecka – a w szczególności łącznie z uprawnieniem do podejmowania decyzji co do jego miejsca pobytu), prawa do osobistej styczności (łącznie z uprawnieniem do przemieszczenia dziecka na czas ograniczony w inne miejsce niż miejsce zwykłego pobytu), opieki, kurateli, umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej lub do opieki kafala nad dzieckiem, majątku dziecka (zarząd, zabezpieczenie, dysponowanie) – art. 3 konwencji.

Obszerne wyliczenie środków z art. 3. konwencji zmierzających do ochrony osoby lub majątku dziecka jest uzasadnione tym, iż podczas stosowania konwencji haskiej z 1996 r. duże problemy powodowało stosowanie terminu „środki ochrony”, ponieważ nie zostało ono bliżej sprecyzowane. Dlatego też przykładowe wyliczenie tychże środków zawarto w przytoczonym przepisie¹⁸⁰.

Z przedmiotowego zakresu zastosowania konwencji wyłączono jednak kilka kwestii, których wyliczenie zawarto w art. 4. konwencji.

Należy podkreślić, iż zgodnie z postanowieniami konwencji haskiej z 1996 r. Pol-

¹⁷⁹ www.bip.kprm.gov.pl – informacje dotyczące uzasadnienia ratyfikacji konwencji z 1996 r., zaczerpnięte z Biuletynu Informacji Publicznej Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, s. 2.

¹⁸⁰ Tamże, s. 3.

ska złożyła do niej dwa zastrzeżenia w oświadczeniu rządowym z dnia 23.08.2010 r.¹⁸¹. RP zastrzegła mianowicie właściwość swoich organów do podejmowania środków zmierzających do ochrony nieruchomości położonych na terytorium RP, stanowiących majątek dziecka (na podstawie art. 55 ust. 1 lit. a. konwencji) oraz zastrzegła nieuznawanie odpowiedzialności rodzicielskiej i środka, który byłby nie do pogodzenia ze środkiem podjętym przez organy RP, zmierzającym do ochrony nieruchomości położonych na terytorium RP, stanowiących majątek dziecka (na podstawie art. 55 ust. 1 lit. b. konwencji).

A. Kremer – ówczesny podsekretarz stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości – na posiedzeniu Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka oraz Spraw Zagranicznych w dniu 6.01.2010 r. zauważył, iż złożenie wyżej opisanego zastrzeżenia przez Polskę stanowiło wyraz tendencji do zabezpieczenia praw do nieruchomości położonych na terenie Polski¹⁸².

3.2.2.2. Stosunek konwencji haskiej z 1996 r. do umów międzynarodowych bilateralnych

Na gruncie tegoż zagadnienia możemy mieć do czynienia z dwiema sytuacjami, a mianowicie: pierwsza z nich dotyczy umów dwustronnych zawierających przepisy dotyczące prawa właściwego w sprawach z zakresu władzy rodzicielskiej, a zawartych przez Polskę z państwami członkowskimi UE, natomiast druga – umów dwustronnych zawierających przepisy dotyczące prawa właściwego w sprawach z zakresu władzy rodzicielskiej, a zawartych przez Polskę z państwami nie członkowskimi UE.

Co się tyczy pierwszej z wymienionych sytuacji, to zgodnie z art. 52 ust. 1. konwencji haskiej z 1996 r., nie narusza ona porozumień międzynarodowych, których stronami są państwa-strony konwencji z 1996 r., a które regulują kwestie jednocześnie unormowane przez tę konwencję, chyba że inne oświadczenie złoży państwa związane wskazanymi porozumieniami. Na gruncie aktualnie omawianego zagadnienia oznacza to, że do momentu, w którym przytoczone oświadczenia nie zostaną złożone, stosowane będą umowy dwustronne, którymi Polska jest związana. Odnosiłoby się to również do umów bilateralnych zawartych przez Polskę z innymi państwami członkowskimi UE, jednakże współcześnie wszystkie państwa UE ratyfikują konwencję haską z 1996 r., dlatego też pozostawienie w mocy umów bilateralnych pomiędzy nimi byłoby sprzeczne z celem związania się tą konwencją. W związku z tym Polska wystąpiła z inicjatywą złożenia takich oświadczeń w stosunku do wszystkich jedenastu państw członkowskich UE, z którymi RP ma zawarte umowy bilateralne dotyczące prawa właściwego w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej. Do dnia dzisiejszego jedynie Polska, Austria,

¹⁸¹ Dz.U. z 2010 r. Nr 172, poz. 1159.

¹⁸² Kancelaria Sejmu, Biuro Komisji Sejmowych, Biuletyn z posiedzenia Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka nr 188 oraz Komisji Spraw Zagranicznych nr 145, Nr 3214/VI kad., z dnia 6.01.2010 r., ISSN 1230-7289.

Czechy i Francja złożyły zgodne oświadczenia o pierwszeństwie konwencji haskiej z 1996 r. przed umowami dwustronnymi¹⁸³.

W wyniku tych oświadczeń konwencji haskiej z 1996 r. przyznano pierwszeństwo przed: umową z Austrią o wzajemnych stosunkach w sprawach z zakresu prawa cywilnego oraz o dokumentach z dnia 11.12.1963 r.¹⁸⁴; w stosunku do Czech – umową z b. Czechosłowacją o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych, pracowniczych i karnych z dnia 21.12.1987 r.¹⁸⁵; umową z Francją o prawie właściwym, jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń w zakresie prawa osobowego i rodzinnego z dnia 5.04.1967 r.¹⁸⁶. Należy jednakże podkreślić, iż pierwszeństwo konwencji haskiej z 1996 r. przed wskazanymi umowami bilateralnymi odnosi się jedynie do uregulowań w tych obszarach, które zostały objęte zarówno uregulowaniami konwencyjnymi, jak i danej umowy bilateralnej¹⁸⁷.

Z kolei przechodząc do drugiej ze wskazanych sytuacji, należy na wstępie podkreślić, iż spośród umów dwustronnych dotyczących spraw z zakresu władzy rodzicielskiej, a zawartych przez Polskę z państwami nienależącymi do UE, tylko w części z nich umieszczono postanowienia odnoszące się do prawa właściwego. Tytułem przykładu: umowy Polski z Ukrainą, Białorusią, Koreą Północną, Wietnamem czy Kubą posługują się łącznikiem obywatelstwa dziecka na gruncie określenia prawa właściwego w sprawach z zakresu władzy rodzicielskiej. W umowie Polski z Rosją przewidziano, że stosunki prawne między rodzicami i dziećmi podlegają prawu tego państwa-strony, na którego terytorium mają oni miejsce zamieszkania, jednakże w sytuacji, gdy którekolwiek z rodziców lub dzieci ma miejsce zamieszkania na terenie drugiego państwa-strony, to stosunki te podlegają prawu tego państwa, którego obywatelem jest dziecko. R. Zegadło zwraca także uwagę na ciekawą, moim zdaniem, sytuację, z którą mogą się spotkać sądy polskie w praktyce. Mianowicie, gdy dojdzie do przyznania jurysdykcji sądowi polskiemu na podstawie łącznika miejsca zwykłego pobytu, to nie można wykluczyć, iż w niektórych sytuacjach będzie on musiał zastosować normy z sytemu prawnego znacznie różniącego się od europejskiej kultury prawnej¹⁸⁸.

3.2.2.3. Jurysdykcja

Rozporządzenie nr 2201/2003 w praktyce wyłącza posługiwanie się w Polsce przepisami dotyczącymi jurysdykcji zawartymi w konwencji haskiej z 1996 r. (tj. od art. 5-14 konwencji). Mianowicie art. 61 rozporządzenia wprowadził zasadę, iż przepisy jurysdykcyjne z konwencji haskiej stosuje się w Polsce dopiero w sytuacji, gdy miejsce

¹⁸³ R. Zegadło, *Prawo właściwe...*, s. 91.

¹⁸⁴ Dz.U. z 1974 r. Nr 6, poz. 33-35.

¹⁸⁵ Dz.U. z 1989 r. Nr 39, poz. 210 i 211.

¹⁸⁶ Dz.U. z 1969 r. Nr 5, poz. 33 i 34.

¹⁸⁷ J. Ciszewski [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 184-185.

¹⁸⁸ R. Zegadło [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 284.

zwykłego pobytu dziecka będzie się znajdowało w państwie poza Unią Europejską¹⁸⁹.

Podstawy jurysdykcji, wynikające z konwencji haskiej z 1996 r., są co do zasady tożsame z tymi, które wynikają z rozporządzenia. Tytułem przykładu: art. 5 zd. 1. konwencji (dotyczący ogólnej zasady w sprawie jurysdykcji) odpowiada art. 8 zd. 1. rozporządzenia, art. 6 konwencji (dotyczący jurysdykcji w oparciu o obecność dziecka) – art. 13 rozporządzenia, art. 8 i 9 konwencji (dotyczące przekazania do sądu lepiej umiejscowionego do rozpatrzenia sprawy) – art. 15 rozporządzenia, art. 10 zd. 1. konwencji (dotyczący przedłużenia jurysdykcji) – art. 12 zd. 1 rozporządzenia etc. W związku z tym w dalszej części pracy omówiłam jedynie przepisy jurysdykcyjne przewidziane w rozporządzeniu nr 2201/2003, ponieważ są one stosowane w pierwszej kolejności co do zasady.

W tym miejscu należy jedynie zauważyć, iż przepis art. 5 ust. 1 konwencji – zgodnie z którym organy sądowe i administracyjne państwa-strony konwencji, w którym dziecko ma miejsce zwykłego pobytu, są właściwe do przyjmowania środków, które mają zmierzać do ochrony jego osoby lub majątku – jest oparty na założeniu, że dziecko posiada miejsce zwykłego pobytu w państwie-stronie konwencji. W przeciwnym razie przepisu tego nie stosuje się i wówczas w Polsce stosuje się przepisy kodeksu postępowania cywilnego w zakresie ustalenia jurysdykcji (a państwo będące stroną konwencji może wyjątkowo posiadać jurysdykcję jedynie w oparciu o art. 11 i 12 konwencji)¹⁹⁰.

Różnicą między przepisami jurysdykcyjnymi z konwencji haskiej a tymi z rozporządzenia jest art. 5 ust. 2 konwencji, który przewiduje, że w przypadku zmiany miejsca zwykłego pobytu dziecka na inne państwo, będące stroną konwencji, właściwe są organy (tj. jurysdykcję posiadają) państwa „nowego” miejsca jego zwykłego pobytu. Natomiast rozporządzenie nr 2201/2003 w art. 9 ust. 1 przewiduje możliwość zachowania właściwości uprzedniego miejsca zwykłego pobytu dziecka w razie przeniesienia się dziecka z jednego państwa członkowskiego do innego. Przesłanki zastosowania tej instytucji zostaną omówione niżej.

3.2.2.4. Prawo właściwe

W dniu 16.05.2011 r. weszła w życie ustawa – Prawo prywatne międzynarodowe z dnia 4.02.2011 r. Artykuł 56 tejże ustawy odnosi się do kwestii prawa właściwego dla spraw dotyczących się władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem. W ustępie pierwszym tegoż przepisu ustawodawca zawarł odesłanie do stosowania w tymże zakresie konwencji o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współ-

¹⁸⁹ Tamże, s. 268.

¹⁹⁰ J. Ciszewski [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, pod red. T. Erecińskiego, wyd. 4, tom V, Lexis Nexis, Warszawa 2012, s. 183 (dalej cyt. jako J. Ciszewski [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*).

pracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci z dnia 19 października 1996 r.

I tak, artykuł 15 ust. 1 konwencji haskiej z 1996 r. ustanawia zasadę, iż organy właściwe (tj. takie, którym przysługuje jurysdykcja) korzystają z przepisów własnego prawa w sprawach z zakresu odpowiedzialności rodzicielskiej. Taka regulacja wynika z przeświadczenia, że sięgnięcie do *lex fori* (tj. prawa według miejsca siedziby organu orzekającego) jest w sprawach z zakresu odpowiedzialności rodzicielskiej rozstrzygnięciem najlepszym¹⁹¹.

Moim zdaniem, zasada ta pozwala organom rozstrzygającym nie tylko na stosowanie prawa, które znają najlepiej, ale również ułatwia i przyspiesza wykonywanie podjętych środków na terenie państwa, w którym obowiązują.

Postanowienia dotyczące prawa właściwego, zawarte w konwencji haskiej z 1996 r., stanowią wspólne normy kolizyjne, które wskazują prawo materialne konkretnego państwa, bez potrzeby analizowania norm kolizyjnych tegoż państwa¹⁹².

Wyjątek od opisaney zasady przewiduje art. 15 ust. 2 konwencji, który formułuje odstępstwo na rzecz prawa państwa, z którym dana sytuacja ma ścisły związek. W związku z tym organy właściwe mogą wyjątkowo stosować lub brać pod uwagę prawo innego państwa, z którym dana sprawa wykazuje ścisły związek, pod warunkiem, że ochrona osoby lub majątku dziecka za tym przemawia (przykład: gdy sąd właściwy według miejsca zwykłego pobytu dziecka decyduje o wyrażeniu zgody na rozporządzenie nieruchomością dziecka, znajdującą się w innym państwie, wówczas sąd ten powinien zastosować lub co najmniej wziąć pod rozwagę prawo miejsca położenia nieruchomości)¹⁹³.

Następnie należy zastanowić się nad prawem właściwym w przypadku zmiany miejsca zwykłego pobytu dziecka. Wskazane jest odróżnienie w tym miejscu dwóch rodzajów zmian zwykłego pobytu dziecka: pierwsza zmiana polega na tym, iż miejsce zwykłego pobytu dziecka zmienia się na obecność w innym państwie będącym stroną konwencji, wówczas stosuje się prawo tegoż innego państwa jako prawo właściwe (a dokładniej – od chwili zajścia zmiany zwykłego pobytu dziecka prawo tego innego państwa-strony konwencji wskazuje okoliczności stosowania środków, które zostały podjęte jeszcze w państwie poprzedniego zwykłego pobytu dziecka – zgodnie z art. 15 ust. 3 konwencji). Natomiast drugi rodzaj zmiany miejsca zwykłego pobytu dziecka polega na tym, iż może ona nastąpić na pobyt w państwie nie będącym stroną konwencji, wówczas również stosuje się prawo tegoż państwa, które nie jest stroną konwencji (tj. „nowego” miejsca zwykłego pobytu dziecka) – zgodnie z art. 59 ust. 2 polskiej

¹⁹¹ R. Zegadło [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 275.

¹⁹² www.bip.kprm.gov.pl – informacje dotyczące uzasadnienia ratyfikacji konwencji z 1996 r., zaczerpnięte z Biuletynu Informacji Publicznej Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, s. 3.

¹⁹³ R. Zegadło [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 275.

ustawy o PPM. Norma art. 59 ust. 2. przywołanej ustawy stanowi jedyną normę merytoryczną tejże ustawy¹⁹⁴.

Podsumowując, należy zauważyć, iż obie przytoczone regulacje – dotyczące stosowania prawa właściwego w razie zmiany miejsca zwykłego pobytu dziecka – są tożsame, jednakże podstawy prawne ich zastosowania są różne.

Podkreśla się, iż art. 15 konwencji haskiej z 1996 r. powinien znaleźć zastosowanie w każdej sprawie, tj. niezależnie od tego jakie przepisy stanowią podstawę dla jurysdykcji w konkretnym przypadku, tj. zarówno gdy podstawę jurysdykcji stanowi rozporządzenie nr 2201/2003, jak i konwencja haska z 1996 r., oraz wówczas, gdy podstawę tę stanowią w Polsce przepisy kodeksu postępowania cywilnego¹⁹⁵.

Normy kolizyjne dotyczące odpowiedzialności rodzicielskiej, które zostały zawarte w trzech kolejnych przepisach, które chciałabym omówić w tym miejscu, podporządkowują prawu miejsca zwykłego pobytu dziecka: powstanie i ustanie odpowiedzialności rodzicielskiej (art. 16 konwencji), wykonywanie odpowiedzialności rodzicielskiej (art. 17 konwencji) oraz jej odebranie (art. 18 konwencji).

Artykuł 16 konwencji stanowi o różnych sytuacjach powstania i ustania odpowiedzialności rodzicielskiej bez udziału organu sądowego lub administracyjnego. W pierwszej kolejności wymieniono jej powstanie i ustanie z mocy prawa oraz przesądzono, że prawem właściwym dla tegoż przypadku jest prawo państwa zwykłego pobytu dziecka. W ustępie drugim tegoż przepisu przewidziano kolejną sytuację początku i końca omawianej instytucji prawnej, a mianowicie z mocy porozumienia lub jednostronnej czynności prawnej, oraz wprowadzono ten sam łącznik, co przy okazji pierwszej z przywołanych sytuacji. Z kolei jego ustęp trzeci wprowadza zasadę, że odpowiedzialność rodzicielska ustalona w wyżej wskazany sposób trwa nadal mimo zmiany miejsca zwykłego pobytu.

Artykuł 17 konwencji ustala prawo właściwe dla wykonywania odpowiedzialności rodzicielskiej poprzez zastosowanie łącznika miejsca zwykłego pobytu dziecka. Jednakże w razie zmiany zwykłego pobytu dziecka, o ile sama odpowiedzialność rodzicielska istnieje nadal, o tyle prawo właściwe dla jej wykonywania ulega zmianie – na prawo państwa „nowego” zwykłego pobytu dziecka¹⁹⁶.

Niejako sensownym następstwem regulacji z art. 17 jest norma zawarta w art. 18 konwencji, która stanowi, że odpowiedzialność rodzicielska określona w artykule 16 będzie mogła zostać odebrana, a warunki jej wykonywania zmienione poprzez środki przyjęte zgodnie z konwencją. Mianowicie skoro, na skutek zmiany miejsca zwykłego pobytu dziecka, wykonywanie odpowiedzialności rodzicielskiej podlega prawu państwa nowego zwykłego pobytu dziecka, to również to prawo będzie rów-

¹⁹⁴ R. Zegadło, *Prawo właściwe...*, s. 84.

¹⁹⁵ Tamże, s. 87.

¹⁹⁶ Tamże, s. 89.

niez określało warunki odebrania i zmiany okoliczności sprawowania odpowiedzialności rodzicielskiej¹⁹⁷.

W uzasadnieniu do ratyfikacji konwencji z 1996 r. zwrócono uwagę na duże znaczenie w praktyce przepisu art. 21 konwencji, zgodnie z którym pod pojęciem „prawo” należy rozumieć wszystkie przepisy obowiązujące w danym państwie, jednakże z wyłączeniem przepisów kolizyjnych. Przepis ten ułatwia stosowanie prawa właściwego poprzez wyłączenie z zakresu tego prawa jego norm kolizyjnych, ponieważ zezwala na stosowanie tegoż prawa wprost, a nie przez jego prawo prywatne międzynarodowe. Przepis ten wyłącza więc stosowanie tzw. odesłania, chyba że powinno znaleźć zastosowanie prawo państwa, które nie jest stroną konwencji – zgodnie z art. 16 konwencji¹⁹⁸.

W artykule 22 konwencji przewidziano klauzulę porządku publicznego, która nawiązuje do klauzuli dobra dziecka.

3.2.3. Konwencja haska dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z dnia 25.10.1980 r.¹⁹⁹

Konwencja ta w sposób kompleksowy normuje kwestię bezprawnego uprowadzenia i zatrzymania dziecka. Jednakże L. Kuziak podkreśla, iż konwencja ta stanowi jedynie jeden z wielu dostępnych środków służących osiągnięciu celu w postaci powrotu dziecka lub przywrócenia możliwości wykonywania prawa do jego odwiedzin. Dlatego też jeżeli doszło do bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dziecka za granicą, to osoba, której dziecko znalazło się w takiej sytuacji, może skorzystać z instrumentów przewidzianych w różnych aktach prawnych, by uzyskać wyżej opisany cel²⁰⁰. Tytułem przykładu można wskazać, że charakter uzupełniający w stosunku do konwencji haskiej dotyczącej uprowadzenia dziecka za granicę mają przepisy art. 10 i art. 11 rozporządzenia nr 2201/2003. Tezę tę potwierdza pkt. 17 preambuły tegoż rozporządzenia. Zagadnienia dotyczące tej konwencji zostaną szczegółowo omówione w rozdziale szóstym niniejszej pracy.

3.2.4. Konwencja o Prawach Dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20.11.1989 r.²⁰¹

Aktualnie najbardziej doniosłym dokumentem, który formułuje prawa dzieci o charakterze międzynarodowym, jest Konwencja o Prawach Dziecka (dalej określana mianem: KoPD). Została ona przygotowana przez Zgromadzenie Ogólne Narodów

¹⁹⁷ R. Zegadło, *Prawo właściwe...*, s. 89.

¹⁹⁸ www.bip.kprm.gov.pl – informacje dotyczące uzasadnienia ratyfikacji konwencji z 1996 r., zaczerpnięte z Biuletynu Informacji Publicznej Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, s. 6.

¹⁹⁹ Dz.U. 1995 nr 108 poz. 528 – Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, sporządzona w Hadze dnia 25 października 1980 r.

²⁰⁰ L. Kuziak [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 348.

²⁰¹ Dz.U. z 1991 nr 120 poz. 526 – Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r.

Zjednoczonych, po 10 latach prac. Ratyfikowało ją blisko 200 państw, dlatego też należy ją uznać za uniwersalny oraz międzynarodowy akt ochrony uprawnień dziecka²⁰².

Prawa ujęte w tej konwencji są uznawane za „normy legislacyjne” dla prawa tworzonego przez państwa-strony KoPD, dotyczącego sytuacji dzieci. Zgodnie z brzmieniem tej konwencji wykonawcami praw dziecka są rodzice albo jego opiekunowie, jednakże gwarantem ich realizacji jest państwo. Tak więc konwencja ta zobowiązuje państwa, które ją przyjęły, do realizacji jej postanowień. Dowodem na poparcie tej tezy jest chociażby zobowiązanie tych państw do składania raportów o realizacji praw dziecka na swym terytorium²⁰³.

Pragnę zwrócić szczególną uwagę na dwa prawa zagwarantowane przez Konwencję o Prawach Dziecka. Mianowicie prawo dziecka „do wychowania się w rodzinie” (art. 5, art. 9, art. 18 KoPD) oraz prawo do żądania „zwalczenia nielegalnego transferu dzieci” (art. 11. i art. 35 KoPD). Na pierwsze uprawnienie składa się kilka postulatów: kierowanie dzieckiem przez rodziców stosownie do stopnia dojrzałości dziecka (art. 5 KoPD), zakaz odseparowania dziecka od obojga rodziców bez ważnej przyczyny dotyczącej ochroną dobra dziecka (art. 9 ust. 1 KoPD), nakaz podawania informacji o miejscu przebywaniu dziecka rodzicowi oddzielonemu od dziecka (art. 9 ust. 4 KoPD) i inne. Przepis art. 9 KoPD dotyczy czynności publicznoprawnych, które powinny być podejmowane, by zagwarantować dziecku prawo do rodziny, która powszechnie jest uznana za zasadniczą komórkę społeczną²⁰⁴.

Co się tyczy drugiego prawa, gwarantowanego przez KoPD, to należy podkreślić, iż przepisy art. 11 i art. 35 KoPD, najogólniej rzecz ujmując, wprowadzają zakaz odseparowywania dzieci od osób odpowiedzialnych za nie. W odróżnieniu jednak od art. 9. KoPD zakazy przewidziane w art. 11 i art. 35 KoPD dotyczą czynności prawnych z zakresu prawa prywatnego oraz czynności faktycznych. Z kolei bardziej ogólnym celem obu tych przepisów jest ochrona godności i wolności dziecka, które – na skutek posiadania niepełnej zdolności do czynności prawnych oraz braku wielu umiejętności życiowych – są wyjątkowo narażone na nielegalny transfer. W związku z istnieniem przepisów art. 11 i art. 35 KoPD zarówno prawo wewnętrzne państw, jak i prawo międzynarodowe powinny zapewniać m.in. tryby ujawniania nielegalnych transferów (np. poprzez ewidencję ludności, akty stanu cywilnego etc.) oraz wyłączenie stosowalności zasady swobody umów w zakresie czynności prawnych, które powodują istotną zmianę treści pieczy nad dzieckiem²⁰⁵.

²⁰² E. Jarosz, *Ochrona dzieci przed krzywdzeniem. Perspektywa globalna i lokalna*, wyd. 2, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2009, s. 177 (dalej cyt. jako E. Jarosz, *Ochrona dzieci przed krzywdzeniem...*).

²⁰³ E. Jarosz, *Ochrona dzieci przed krzywdzeniem...*, s. 180.

²⁰⁴ T. Smoczyński [w:] *Konwencja o prawach dziecka, analiza i wykładnia*, pod red. T. Smoczyńskiego, wyd. Ars boni et aequi, Poznań 1999, s. 151-152.

²⁰⁵ L. Kociucki [w:] *Konwencja o prawach dziecka, analiza i wykładnia*, pod red. T. Smoczyńskiego, wyd. Ars boni et aequi, Poznań 1999, s. 353, s. 364 (dalej cyt. jako L. Kociucki [w:] *Konwencja o prawach dziecka...*).

3.3. Prawo Unii Europejskiej

3.3.1. Stosunek prawa Unii Europejskiej do prawa krajowego

Pierwszeństwo prawa europejskiego w stosunku do prawa krajowego wynika z art. 91 ust. 3 Konstytucji RP oraz z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE w kwestii stosowania prawa europejskiego²⁰⁶. Przepis art. 91 ust. 3 Konstytucji RP użył słowa „prawa europejskie” z momentem przystąpienia Polski do UE (tj. z dniem 1.05.2004 r.) oraz dotyczy on głównie rozporządzeń unijnych. Zgodnie z art. 288 TFUE rozporządzenia te są aktami o charakterze ogólnym, wiążącymi w całości i bezpośrednio stosowanymi we wszystkich państwach członkowskich UE. W zakresie współpracy sądowej przyjęto zasadę, że najistotniejsze akty mają głównie formę rozporządzeń unijnych. W stosunku do konwencji międzynarodowych rozporządzenia mają tę przewagę, iż nie podlegają ratyfikacji. Mimo że nie ma przepisu, który by wprost przyznawał rozporządzeniom unijnym pierwszeństwo stosowania przed normami ustawowymi, to nie ma żadnych wątpliwości co do istnienia obowiązku ich stosowania. Podstawy prawnej tego obowiązku należy upatrywać w przywołanym przepisie Konstytucji RP oraz w prawie pierwotnym UE²⁰⁷.

Moim zdaniem, wskazane jest uchylenie tych przepisów ustawowych, które obejmują zagadnienia jednocześnie unormowane w rozporządzeniach unijnych, ponieważ mogłoby to wprowadzić większą przejrzystość stanu prawnego w Polsce.

W zakresie współpracy sądowej w sprawach cywilnych UE może wykorzystywać wszystkie rodzaje instrumentów prawnych, które jej przysługują na podstawie art. 288 TFUE, tj. rozporządzenia, dyrektywy, decyzje, zalecenia i opinie. Akty wydawane w zakresie współpracy sądowej w sprawach cywilnych są zaliczane do aktów prawa wspólnotowego, więc mają pierwszeństwo przed prawem krajowym na wypadek sprzeczności z nim²⁰⁸.

Biorąc pod uwagę powyższe, można przyjąć wniosek, iż przepisy prawa unijnego – w relacjach z państwami członkowskimi UE – wyłączają przepisy części czwartej Kodeksu postępowania cywilnego zgodnie z zasadą pierwszeństwa prawa wspólnotowego przed prawem krajowym²⁰⁹.

²⁰⁶ T. Ereciński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*..., s. 22.

²⁰⁷ A. Mączyński, *Ustawowe odesłania do umów międzynarodowych*..., s. 376.

²⁰⁸ M. Taborowski [w:] *Przestrzeń Wolności*..., s. XI 3-20.

²⁰⁹ T. Ereciński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*..., s. 25.

3.3.2. Rozporządzenie Rady 2201/2003/WE z dnia 27.11.2003 r. o jurysdykcji oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej

3.3.2.1. Uwagi ogólne

W kwestii jurysdykcji w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, począwszy od 1.03.2005 r., obowiązuje w Polsce rozporządzenie Rady 2201/2003/WE z dnia 27.11.2003 r. (tzw. rozporządzenie Bruksela II bis). Przed dniem 1.03.2005 r. sądy polskie stosowały w tym zakresie rozporządzenie Rady nr 1347/2000/WE z dnia 29.05.2000 r.²¹⁰ o jurysdykcji, uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej za dzieci obojga małżonków²¹¹.

Rozporządzenie nr 2201/2003 podtrzymuje fundamentalne założenie rozporządzenia nr 1347/2000/WE, które polega na unormowaniu w jednej regulacji prawnej takich kwestii, jak: jurysdykcja, uznawanie i wykonywanie orzeczeń w sprawach małżeńskich, i tych odnoszących się do odpowiedzialności rodzicielskiej²¹².

Rozporządzenie nr 2201/2003 wiąże wszystkie państwa członkowskie UE, z wyłączeniem Danii. Artykuł 64 ust. 1. rozporządzenia stanowi, iż przepisy rozporządzenia są stosowane do postępowania sądowego, które zostało wszczęte po terminie rozpoczęcia jego stosowania. I tak, artykuł 72 rozporządzenia wskazuje datę 1.03.2005 r. jako termin rozpoczęcia stosowania tegoż rozporządzenia. W artykule 72 rozporządzenia podkreślono również, iż wiąże ono w całości państwa członkowskie i jest w nich bezpośrednio stosowane²¹³.

Zgodnie z tym, o czym była mowa wyżej, tradycyjne podejście do umów międzynarodowych opierało się na założeniu, iż należy je stosować jedynie w relacjach z państwami-stronami, natomiast współcześnie przy niektórych umowach wielostronnych lub ich niektórych postanowieniach spotykamy się z takim zakresem ich zastosowania, który wykracza poza te tradycyjnie określone relacje. Tyczy się to również, w ograniczonym zakresie, rozporządzenia nr 2201/2003/WE, tj. w stosunku do jurysdykcji w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, która jest oparta na łączniku miejsca zwykłego pobytu dziecka. Mianowicie obywatelstwo nie spełnia żadnej roli na tym gruncie, w związku z tym nie ma znaczenia to, czy dziecko posiada obywatelstwo państwa członkowskiego UE, czy też nie. Należy więc silnie zaakcentować, iż jurysdykcja oparta o przepisy rozporządzenia nr 2201/2003/WE może objąć zakre-

²¹⁰ Dz.Urz. WE 2000 L 160/19.

²¹¹ R. Zegadło [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 259.

²¹² K. Piasecki, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do artykułów 1096-1217 KPC oraz aktów prawnych UE regulujących międzynarodowe postępowanie cywilne*, tom III, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 618 (dalej cyt. jako K. Piasecki, *Kodeks postępowania cywilnego...*).

²¹³ R. Zegadło [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 261.

sem swego zastosowania zarówno obywateli państw członkowskich UE, jak i obywateli państw spoza UE²¹⁴.

Wśród celów sporządzenia rozporządzenia nr 2201/2003 z dnia 27.11.2003 r., wymienionych w preambule do tegoż aktu, należy wymienić m.in.: zagwarantowanie równości wszystkich dzieci (w związku z tym postanowiono, iż rozporządzenie to obejmie wszelkie rozstrzygnięcia w kwestii odpowiedzialności rodzicielskiej, łącznie ze środkami ochrony dzieci, i to niezależnie od występowania związku z postępowaniem w sprawach małżeńskich – o czym będzie mowa niżej) oraz określenie jurysdykcji w sprawach odnoszących się do odpowiedzialności rodzicielskiej zgodnie z optymalnymi interesami dziecka, a w szczególności zgodnie z kryterium bliskości.

Przyjęcie pierwszego z wymienionych wyżej celów rozporządzenia we wskazanej formie jest o tyle istotne, że na gruncie poprzednio obowiązującego rozporządzenia nr 1347/2000 w tym zakresie istniało ograniczenie w postaci przyjęcia, iż sprawy, które dotyczyły odpowiedzialności rodzicielskiej, kwalifikowały się do zakresu rozporządzenia, o ile były rozstrzygane a propos sprawy małżeńskiej opisanej w art. 1. ust. lit. a tegoż rozporządzenia²¹⁵. Jednakże nowe rozporządzenie nr 2201/2003, moim zdaniem słusznie, wyeliminowało opisane obostrzenie.

Co się dotyczy zakresu podmiotowego stosowania rozporządzenia nr 2201/2003, to należy podkreślić, iż nie określa ono wieku dzieci, które są objęte zakresem jego zastosowania – w przeciwieństwie do konwencji haskiej z 1996 r.

Z kolei przedmiotowy zakres zastosowania rozporządzenia – opisany w art. 1 ust. 2. rozporządzenia – pokrywa się ze sprawami z zakresu odpowiedzialności rodzicielskiej w rozumieniu konwencji haskiej z 1996 r.

W rozporządzeniu tym dodano, iż stosuje się je w sprawach cywilnych, wymienionych w przytoczonym przepisie, niezależnie od typu sądu albo trybunału (art. 1 ust. 1 rozporządzenia).

Rodzaj spraw wyłączonych z zakresu zastosowania omawianego rozporządzenia został wymieniony w art. 1. ust. 3 rozporządzenia oraz również pokrywa się z typem spraw wyłączonych na gruncie konwencji haskiej z 1996 r. Jednakże co się dotyczy powodów zastosowanych wyłączeń spraw, co do których nie stosuje się rozporządzenia nr 2201/2003 – tytułem przykładu – pragnę zwrócić uwagę na wyłączenie dotyczące obowiązku alimentacyjnego. A mianowicie obowiązek ten wyłączono z zakresu zastosowania tegoż rozporządzenia, ponieważ został on już uregulowany w innym akcie

²¹⁴ R. Zegadło [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 269.

²¹⁵ J. Gołaczyński, *Jurysdykcja w sprawach małżeńskich i odpowiedzialności rodzicielskiej według rozporządzenia Rady (WE) Nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. o jurysdykcji oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylającego rozporządzenie (WE) Nr 1347/2000*, Rodzina i Prawo 2006, nr 3(3), s. 62 (dalej cyt. jako J. Gołaczyński, *Jurysdykcja w sprawach małżeńskich i odpowiedzialności rodzicielskiej...*).

prawnym, tj. rozporządzeniem Rady nr 44/2001 z dnia 22.12.2000 r.²¹⁶ w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych²¹⁷.

W ramach uwag ogólnych dotyczących omawianego rozporządzenia warto również zwrócić uwagę na art. 2 tegoż aktu. Zawiera on definicje poszczególnych pojęć (np. terminy takie, jak: „odpowiedzialność rodzicielska”, „prawo do opieki” czy „prawo do kontaktów z dzieckiem”), które posiadają charakter autonomiczny – zdaniem J. Gołaczyńskiego²¹⁸. Powoduje to powstanie zobowiązania po stronie sędziego krajowego, który będzie musiał wyklądać te pojęcia zgodnie z rozporządzeniem.

3.3.2.2. Stosunek rozporządzenia nr 2201/2003/WE do umów międzynarodowych bilateralnych

Na gruncie tegoż zagadnienia również możemy mieć do czynienia z dwiema sytuacjami, a mianowicie: pierwsza z nich dotyczy umów dwustronnych zawierających przepisy jurysdykcyjne w sprawach z zakresu władzy rodzicielskiej, a zawartych przez Polskę z państwami członkowskimi UE, natomiast druga – umów dwustronnych zawierających przepisy jurysdykcyjne w sprawach z zakresu władzy rodzicielskiej, a zawartych przez Polskę z państwami nie członkowskimi UE.

Co się tyczy pierwszej z wymienionych sytuacji, to sprawa jest prosta, ponieważ zgodnie z art. 59 ust. 1 rozporządzenia nr 2201/2003, umowy dwustronne wiążące państwa członkowskie UE są zastępowane przez to rozporządzenie, w zakresie zagadnień jednocześnie uregulowanych w obu przywołanych rodzajach aktów prawnych. I tak – w kwestii podstaw jurysdykcji unormowanych w rozporządzeniu nr 2201/2003 rozporządzenie to zastąpiło umowy bilateralne m.in. z Austrią, Bułgarią, Cyprzem, Estonią, Francją, Grecją, Litwą, Łotwą oraz Włochami – zgodnie z art. 59 ust. 1 rozporządzenia²¹⁹.

Z kolei przechodząc do drugiej ze wskazanych sytuacji, należy podkreślić, iż rozporządzenie nr 2201/2003 nie zawiera żadnej normy w odniesieniu do relacji między umowami dwustronnymi zawartymi przez Polskę z państwami nienależącymi do UE. Z drugiej strony, wiele umów dwustronnych omawianego rodzaju w ogóle nie zawiera przepisów jurysdykcyjnych, więc wówczas nie dojdzie do żadnej kolizji między przepisami jurysdykcyjnymi. Jednakże zdaniem R. Zegadło, gdy umowy dwustronne z państwami nie należącymi do UE zawierają normy jurysdykcyjne, to pierwszeństwo należy przyznać tym umowom bilateralnym. Wśród umów dwustronnych zawartych przez Polskę z krajami nie będącymi członkami UE, zawierających przepisy jurysdykcyjne, należy wymienić:

²¹⁶ Dz.Urz. UE z 16.01.2001 r. L 12.

²¹⁷ J. Gołaczyński, *Jurysdykcja w sprawach małżeńskich i odpowiedzialności rodzicielskiej...*, s. 61.

²¹⁸ Tamże, s. 59.

²¹⁹ J. Ciszewski [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 189.

umowę Polski z Rosją, z Ukrainą, z Białorusią, z Wietnamem, z Koreą Północną oraz z Kubą. Wszystkie te umowy bilateralne w kwestii ustalenia jurysdykcji w sprawach z zakresu władzy rodzicielskiej posługują się zarówno łącznikiem obywatelstwa dziecka, jak i jego miejsca zamieszkania. Mianowicie zgodnie ze wskazanymi umowami, w sprawach dotyczących władzy rodzicielskiej właściwe pozostają organy tegoż państwa-strony, którego obywatelem jest małoletni oraz organy tegoż państwa-strony umowy, na którego obszarze dziecko posiada swe miejsce zamieszkania²²⁰.

Reasumując powyższe rozważania, można stwierdzić, iż istnieje duża różnica w zakresie podstaw jurysdykcji w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, między rozporządzeniem nr 2201/2003 (zasadniczym łącznikiem jest miejsce zwykłego pobytu dziecka) a umowami bilateralnymi z państwami nienależącymi do UE (wprowadza się dwa równorzędne łączniki, tj. obywatelstwo dziecka oraz jego miejsce zamieszkania).

3.3.2.3. Jurysdykcja

Zwróciłam już wyżej uwagę na to, że rozporządzenie nr 2201/2003 wyłącza posługiwanie się w Polsce przepisami dotyczącymi jurysdykcji, zawartymi w konwencji haskiej z 1996 r.²²¹.

Dodatkowo należy jednak w tym miejscu zauważyć, iż normy zawarte w rozporządzeniu nr 2201/2003 posiadają charakter proceduralny, dlatego też przepisy tegoż rozporządzenia wyłączają – w kwestiach w nim unormowanych oraz w stosunkach między państwami członkowskimi UE – również przepisy zawarte w części czwartej kodeksu postępowania cywilnego, tj. przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego (tj. art. 1097 i n. k.p.c.) oraz odpowiednie przepisy innych reżimów prawnych państw członkowskich UE²²².

Zasadą ogólną w zakresie jurysdykcji w sprawach odnoszących się do odpowiedzialności rodzicielskiej jest to, że jurysdykcję mają sądy tegoż państwa członkowskiego, w którym dziecko posiada miejsce zwykłego pobytu w chwili wytoczenia pozwództwa (art. 8 ust. 1 rozporządzenia). Rozporządzenie nie zawiera definicji terminu „zwykły pobyt”, jednakże nie istnieją wątpliwości, że posiada on charakter autonomiczny, stąd należy go wyklądać zgodnie z celami rozporządzenia, wyżej opisanymi. Należy również podkreślić, że mimo iż określenie „zwykły pobyt” sygnalizuje „na pierwszy rzut oka”, że trzeba wziąć pod uwagę jedynie pobyt, który trwa przez określony czas, to jednak nie można wyeliminować sytuacji, gdy dziecko uzyska miejsce zwykłego pobytu niedługo po przyjeździe do określonego państwa członkowskiego²²³ (potwier-

²²⁰ R. Zegadło [w:] *Władza rodzicielska*..., s. 269-272.

²²¹ Tamże, s. 268.

²²² K. Piasecki, *Kodeks postępowania cywilnego*..., s. 619.

²²³ J. Maliszewska-Nienartowicz [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, pod red. A. Wróbla, tom I, 2.

dzeniem tej tezy jest jedno z orzeczeń TSUE z dnia 22.12.2010 r., które zostało przeze mnie opisane w podrozdziale 1.3. przy okazji omawiania pojęcia „miejsce zwykłego pobytu”, w przypadku którego niemowlę nabyło nowe miejsce zwykłego pobytu w innym państwie członkowskim, niż dotychczasowe, już po upływie kilku dni od dnia przyjazdu ze swą matką).

Należy również pamiętać, iż przepis art. 8 rozporządzenia co do zasady wprowadza regułę perpetuatio fori, co oznacza, że jeżeli sąd uzyska właściwość na podstawie tegoż przepisu, to zachowuje ją nawet w sytuacji, gdyby uległo zmianie miejsce zwykłego pobytu dziecka. Od tej zasady oczywiście przewidziane są wyjątki, o których mowa niżej²²⁴.

Od zasady wyrażonej w art. 8 zd. 1 rozporządzenia przewiduje się wyjątki w przepisach kolejno: art. 9, 10, 12, 15, 20 rozporządzenia.

Pierwszy wyjątek przewidziano na rzecz sądów państwa członkowskiego wcześniejszego miejsca zwykłego pobytu dziecka (art. 9 ust. 1 rozporządzenia). Przepis ten obejmuje sytuację, w której dochodzi do zgodnego z prawem przeniesienia się dziecka do innego państwa członkowskiego, które to państwo staje się jego „nowym” miejscem zwykłego pobytu. W takiej sytuacji sądy państwa członkowskiego poprzedniego miejsca zwykłego pobytu zachowują swą właściwość na czasokres trzech miesięcy od chwili zmiany miejsca pobytu. Należy jednak dodać, iż wskazane sądy utrzymują swą właściwość jedynie do celów zmiany orzeczenia w sprawie uprawnienia do kontaktów z dzieckiem, które zostało wydane w tym państwie członkowskim, i to przed zajęciem zmiany miejsca pobytu małoletniego. Dodatkową przesłanką zastosowania tegoż przepisu jest to, że osoba, która posiada prawo do kontaktów z dzieckiem, w dalszym ciągu stale przebywa w tymże państwie członkowskim (tj. państwie wcześniejszego miejsca zwykłego pobytu dziecka).

Reasumując, J. Maliszewska-Nienartowicz – moim zdaniem czytelnie – podsumowała wszystkie przesłanki, które muszą zostać spełnione łącznie, by można było zastosować normę z przepisu art. 9 ust. 1 rozporządzenia. Pierwsza z nich polega na tym, że osoba, która posiada uprawnienie do kontaktowania się z dzieckiem, musi mieć chęć doprowadzenia do zmiany orzeczenia dotyczącego się tejże kwestii. Dlatego też w przypadku, gdy sąd wcześniejszego miejsca zwykłego pobytu dziecka nie wydał w ogóle orzeczenia w zakresie prawa do kontaktów z dzieckiem, to przepis ten nie znajdzie zastosowania.

Kolejne przesłanki to: przemieszczenie się małoletniego zgodne z prawem (w przeciwnym razie stosuje się art. 10 rozporządzenia), stosowanie tej podstawy jurysdykcji jedynie przez okres trzech miesięcy od momentu fizycznego przeniesienia

wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 476 (dalej cyt. jako J. Maliszewska-Nienartowicz [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej...*).

²²⁴ J. Maliszewska-Nienartowicz [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej...*, s. 477.

się dziecka do innego państwa członkowskiego, rzeczywiste uzyskanie przez dziecko miejsca zwykłego pobytu w nowym państwie członkowskim w czasie trzech miesięcy (w przeciwnym razie sądy z wcześniejszego miejsca zwykłego pobytu posiadają swą właściwość na podstawie art. 8 rozporządzenia, a nie – art. 9), przebywanie osoby, która posiada uprawnienie do kontaktów z dzieckiem na obszarze państwa członkowskiego wcześniejszego miejsca zwykłego pobytu dziecka, nieakceptowanie przez osobę, która posiada prawo do kontaktów z dzieckiem, właściwości sądów „nowego” państwa członkowskiego, tj. do którego małoletni się przeniósł (w przeciwnym razie sądy „nowego” państwa nabędą jurysdykcję)²²⁵.

W ustępie drugim tegoż przepisu wprowadzono jednak „wyjątek od wyjątku”, tj. postanowiono, że nie stosuje się art. 9 ust. 1 rozporządzenia, gdy osoba, która posiada uprawnienie do kontaktowania się z dzieckiem, zaaprobowała właściwość sądów państwa członkowskiego „nowego” miejsca zwykłego pobytu dziecka, na skutek wzięcia udziału w postępowaniu sądowym, toczącym się przed tymże sądem oraz nie podniosła zarzutu niewłaściwości sądu.

Artykuł 10 rozporządzenia reguluje właściwość sądów w przypadku bezprawnego zabrania lub zatrzymania dziecka. Jest to kolejny wyjątek od zasady wyrażonej w art. 8 zd. 1 rozporządzenia, tym razem na rzecz sądów państwa członkowskiego miejsca zwykłego pobytu dziecka przed uprowadzeniem. Jurysdykcja przysługuje sądom tegoż państwa aż do momentu, w którym określone państwo członkowskie, do którego dziecko przybyło, nie zostanie nowym miejscem jego zwykłego pobytu (przy spełnieniu wymogów z art. 10 rozporządzenia).

Artykuł 12 rozporządzenia przewiduje z kolei tzw. prorogację jurysdykcji (przedłużenie jurysdykcji). Przepis ten przewiduje odstępstwo od ogólnej zasady na rzecz sądów państwa członkowskiego właściwych do rozpatrzenia powództwa o rozwód, separację lub unieważnienie małżeństwa (na podstawie art. 3 rozporządzenia) – mianowicie sądy te są właściwe również do rozstrzygania każdej sprawy dotyczącej się odpowiedzialności rodzicielskiej, która jest związana z tym powództwem, po spełnieniu łącznie trzech przesłanek. Pierwszym warunkiem jest to, by przynajmniej jeden z małżonków miał odpowiedzialność rodzicielską wobec dziecka, drugim – by oboje małżonkowie w niepodważalny sposób zaakceptowali właściwość sądów w momencie wytoczenia powództwa, a trzecim – by oparcie jurysdykcji na tej podstawie było zgodne z dobrem dziecka. Na gruncie tej regulacji R. Zegadło zauważył, iż sąd właściwy w sprawie rozwodowej (o separację lub o unieważnienie) nie jest automatycznie sądem właściwym w sprawie dotyczącej odpowiedzialności rodzicielskiej. Odmienne jest, gdy sąd ten (właściwy w sprawie rozwodowej lub o separację bądź o unieważnienie małżeństwa) jest właściwy w oparciu o podstawę jurysdykcyjną z art. 8 ust. 1 rozporządze-

²²⁵ J. Maliszewska-Nienartowicz [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej...*, s. 477-478.

nia (tj. z uwagi na miejsce zwykłego pobytu dziecka), wówczas równocześnie jest on sądem właściwym w sprawie dotyczącej odpowiedzialności rodzicielskiej. Jednakże, gdy taka sytuacja nie zajdzie, to sąd rozwodowy (lub rozpoznający sprawę o separację między małżonkami lub o unieważnienie małżeństwa) musi odrzucić pozew w zakresie odnoszącym się do odpowiedzialności rodzicielskiej, co skutkuje naruszeniem zasady integralności wyroku rozwodowego, ponieważ inny sąd będzie właściwy do orzekania w kwestii odpowiedzialności rodzicielskiej, a inny – w sprawie rozwodowej²²⁶.

Kolejny wyjątek przewidziano na rzecz sądów, z którymi dziecko posiada szczególny związek (art. 15 ust. 1 rozporządzenia). Mianowicie sąd państwa członkowskiego właściwy do orzekania w danej sprawie ma prawo do przekazania tejże sprawy do sądu lepiej umiejscowionego do rozstrzygnięcia tejże sprawy lub jej części, pod warunkiem że jest to zgodne z dobrem dziecka. Sąd Najwyższy podkreślił również, że na postanowienie o wezwaniu sądu innego państwa członkowskiego do uznania swej jurysdykcji – podjęte na podstawie art. 15. ust. 1 rozporządzenia – nie służy zażalenie²²⁷.

Ostatni wyjątek przewiduje art. 20 ust. 1 rozporządzenia, na rzecz sądów stosujących środki tymczasowe. Przepis ten przewiduje sytuacje, w których dopuszcza się możliwość, by inny sąd był właściwy do rozstrzygania sprawy co do meritum, a inny – ustanawiał środki tymczasowe (włącznie ze środkami zabezpieczającymi), które zostały dopuszczone przez prawo tegoż państwa, jednakże jest to możliwe jedynie w pilnych przypadkach. Środki te obowiązują do czasu, aż sąd właściwy do rozwiązania sprawy co do istoty przyjmie odpowiednie środki. Przesłanki zastosowania instytucji przewidzianej w tym przepisie zostały niżej omówione na przykładzie jednego z orzeczeń TSUE.

Sądy mają obowiązek badania swej jurysdykcji z urzędu (art. 17 rozporządzenia). W sytuacji, gdy zostanie stwierdzony brak jurysdykcji, to rozstrzyga się w oparciu o przepisy prawa krajowego. W Polsce będzie to odrzucenie pozwu (wniosku) zgodnie z art. 1099 k.p.c.²²⁸. Sąd, który stwierdza brak swej jurysdykcji, wprawdzie nie ma formalnego obowiązku przekazania sprawy innemu sądowi, jednakże z uwagi na nadrzędny interes dziecka powinien on poinformować o tym właściwy sąd innego państwa członkowskiego (bezpośrednio lub za pomocą organu centralnego wyznaczonego na podstawie art. 53 rozporządzenia)²²⁹.

3.3.2.4. Prawo właściwe

Rozporządzenie nr 2201/2003 w ogóle nie normuje kwestii prawa właściwego w sprawach z zakresu odpowiedzialności rodzicielskiej, dlatego też w tym zakresie

²²⁶ R. Zegadło [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 263-264.

²²⁷ postanowienie SN z dnia 9.12.2010 r., III CZP 99/10, OSNC 2011, nr 6, poz. 69.

²²⁸ J. Gołaczyński, *Jurysdykcja w sprawach małżeńskich i odpowiedzialności rodzicielskiej...*, s. 69.

²²⁹ wyrok TSUE z 2.04.2009 r., C-403/09.

należy sięgnąć do konwencji haskiej z 1996 r. w celu ustalenia prawa, które należy zastosować w konkretnym przypadku, o czym była mowa wyżej²³⁰.

3.3.2.5. Orzecznictwo

Zagwarantowanie jednolitości i prawidłowości stosowania i interpretacji przepisów rozporządzenia nr 2201/2003 zapewnia Trybunał Sprawiedliwości UE (zwany dalej: Trybunałem) poprzez dokonywanie obowiązującej wykładni aktów prawnych UE. Mianowicie zgodnie z art. 267 TFUE Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej orzeka w trybie prejudycjalnym o interpretacji traktatów oraz o ważności i interpretacji aktów podjętych przez organy, instytucje albo jednostki organizacyjne UE. Dlatego też w przypadku pojawienia się wątpliwości interpretacyjnych sąd państwa członkowskiego może (lub czasem musi – gdy problem interpretacyjny pojawia się w sprawie toczącej się przed sądem krajowym, od rozstrzygnięcia którego nie przewidziano odwołania w prawie krajowym) zwrócić się do TSUE z wnioskiem o dokonanie interpretacji prawa wspólnotowego (w tym rozporządzenia nr 2201/2003). Wówczas Trybunał ten wydaje tzw. orzeczenie wstępne, które zawiera obowiązującą wykładnię. Obok Trybunału nad poprawnym stosowaniem rozporządzenia nr 2201/2003 czuwa również sądownictwo polskie (na przykład w systemie kasacyjnym)²³¹.

W tym miejscu należy więc przytoczyć kilka orzeczeń, wydanych przez Trybunał w związku ze stosowaniem przepisów rozporządzenia nr 2201/2003/WE.

W wyroku z dnia 5.10.2010 r.²³² Trybunał udzielił odpowiedzi na pytanie prejudycjalne skierowane przez sąd irlandzki, które dotyczyło zagadnienia związanego z wykładnią pojęć z art. 2. rozporządzenia. Stan faktyczny był następujący: obywatel Irlandii wraz z obywatelką Wielkiej Brytanii pozostawali w związku nieformalnym, z którego urodziło się troje dzieci. Matka wyjechała wraz z dziećmi z Irlandii do Wielkiej Brytanii, nie uprzedzając ojca o swym zamiarze. Ojciec złożył wniosek do sądu angielskiego, by ten nakazał powrót dzieci, jednakże sąd angielski zażądał od niego przedłożenia orzeczenia lub zaświadczenia stwierdzającego, że uprowadzenie lub zatrzymanie było bezprawne (na podstawie art. 15 Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę). Ojciec zwrócił się więc do sądu irlandzkiego jako sądu, który jego zdaniem był sądem państwa stałego pobytu dzieci, o wydanie tychże dokumentów oraz o wydanie zarządzenia, które by stwierdzało, że powierzono mu opiekę nad dziećmi. Sąd irlandzki w pierwszej instancji stwierdził, że ojciec nie miał prawa do opieki nad dziećmi w chwili ich wyjazdu z Irlandii, zatem przeniesienie dziecka nie było bezprawne. Sąd irlandzki uzasadnił to tym, że prawo irlandzkie stanowi, iż biologiczny ojciec dziecka, który nie pozostaje w związku małżeńskim z matką dziec-

²³⁰ R. Zegadło, *Prawo właściwe...*, s. 84.

²³¹ K. Piasecki, *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 620.

²³² wyrok TSUE z dnia 5.10.2010 r., C-400/10.

ka, nie posiada prawa do opieki nad dzieckiem, jeżeli nie wydano orzeczenia sądowego w tym zakresie. Sąd irlandzki drugiej instancji zwrócił się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym w przedmiocie tego, czy rozporządzenie nr 2201/2003 wprowadza zakaz dla państw członkowskich w przedmiocie wprowadzenia prawnego wymagania, że ojciec dziecka, który nie pozostaje w związku małżeńskim z matką dziecka, musi postarać się o wydanie orzeczenia właściwego sądu, które będzie przyznawało mu opiekę nad dzieckiem, aby mógł być uznany za osobę posiadającą prawo do „opieki nad dzieckiem” w rozumieniu rozporządzenia. Trybunał stwierdził, iż rozporządzenie nr 2201/2003 należy wyklądać tak, że nie sprzeciwia się ono temu, by prawo państwa członkowskiego wprowadzało wyżej opisany wymóg prawny. Trybunał dodał, iż jedynie „prawo do opieki” zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 9 rozporządzenia. Dlatego też tylko ono podlega wykładni autonomicznej (tj. niezależnej od prawa państw członkowskich). Jednakże równocześnie odróżnił od tegoż terminu pojęcie „osoby uprawnionej do opieki”, której rozporządzenie nie definiuje, więc materię tę mogą regulować dowolnie same państwa członkowskie.

W wyroku z dnia 2.04.2009 r.²³³ Trybunał rozważał kwestie związane z art. 20 ust. 1 rozporządzenia. Stan faktyczny tej sprawy przedstawiał się następująco: sąd fiński, przed którym toczyło się postępowanie w tej sprawie, ustalił, że w 2001 r. trójka dzieci wraz matką oraz ojczymem przeprowadzili się z Finlandii do Szwecji oraz że od 2007 r. dzieci posiadają status obywateli szwedzkich. We wcześniejszym okresie dzieci były objęte opieką jednego z miast w Finlandii, z uwagi na fakt używania przemocy przez ojczyma wobec dzieci. Zimą 2005 r. rodzice przebywali w Szwecji, natomiast dzieci zostały w Finlandii pod opieką siostry ojczyma. Zgodnie z ustawą fińską „o ochronie małoletnich” gminna komisja ds. opieki społecznej wydała decyzję o umieszczeniu dzieci w rodzinnym domu dziecka, ponieważ dzieci zostały pozostawione bez opieki. W związku z tym, na podstawie art. 16 przywołanej ustawy komisja ta podjęła odpowiednie środki, ponieważ stwierdziła, iż w obecnych warunkach, w których przebywają dzieci, nie zapewniono im należytej ochrony zdrowia i rozwoju. Rodzice wniesli o uchylenie tejże decyzji w przedmiocie natychmiastowego objęcia dzieci opieką, powołując się na brak właściwości sądu fińskiego w tej sprawie. Sąd fiński wystąpił do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym, dotyczącym wykładni przepisu art. 20 ust. 1 rozporządzenia, w przedmiocie przesłanek zastosowania pilnego zabezpieczającego środka ochronnego na wskazanej podstawie. Trybunał wskazał, iż zastosowanie omawianych środków przez sądy państw członkowskich, które nie są właściwe do orzekania co do istoty sprawy, jest uzależnione od kumulatywnego spełnienia trzech przesłanek, a mianowicie: zastosowane środki muszą być pilne, powinny być podjęte względem osób lub majątku, które znajdują się w państwie członkowskim, w którym

²³³ wyrok TSUE z dnia 2.04.2009 r., C-523/07.

ma siedzibę sąd orzekający w danej sprawie, oraz muszą mieć charakter tymczasowy. Trybunał jednocześnie dodał, iż środki te są stosowane wobec małoletnich, które posiadając miejsce stałego pobytu w jednym z państw członkowskich, przebywają tymczasowo lub okazjonalnie w drugim państwie członkowskim oraz są w sytuacji, która może znacznie zaszkodzić ich zdrowiu lub rozwojowi – co w niniejszej sprawie niewątpliwie miało miejsce. Trybunał ostatecznie przyjął, iż sąd fiński był uprawniony do zarządzenia natychmiastowego objęcia dzieci opieką na podstawie wskazanych regulacji.

Rozdział III

Międzynarodowe postępowanie cywilne

1. Uwagi wstępne

Istnieje wiele definicji pojęcia „międzynarodowe postępowanie cywilne”, jednakże zasadniczo są one bardzo podobne. K. Weitz pod tym pojęciem nakazuje rozumieć „postępowanie przed sądami krajowymi w sprawach cywilnych o charakterze międzynarodowym”, tj. w sprawach, w których pojawia się tzw. element zagraniczny²³⁴.

T. Ereciński definiuje międzynarodowe postępowanie cywilne jako „postępowanie sądowe w sprawach cywilnych z elementem zagranicznym, toczące się przed sądami jednego państwa”. Autor ten wskazuje również, iż „element zagraniczny” w sprawie cywilnej pojawia się, gdy istnieje związek określonej sprawy z co najmniej dwoma reżimami prawnymi. Powiązania te mogą mieć charakter podmiotowy, tj. mogą dotyczyć one stron lub uczestników postępowania (np. w sytuacji, gdy pojawiają się osoby o różnym obywatelstwie lub gdy jedna z osób ma miejsce zamieszkania lub miejsce pobytu za granicą). Powiązanie to może mieć czasem charakter przedmiotowy, tj. gdy pojawiają się elementy zagraniczne powiązane z przedmiotem procesu (np. gdy przedmiot sporu jest za granicą, miejsce powstania lub wykonania zobowiązania znajduje się za granicą lub doszło do otwarcia spadku za granicą). W końcu element zagraniczny może mieć również czasami charakter procesowy, tj. gdy sprawa, która toczy się przed sądem krajowym, wykazuje jakiś związek z postępowaniem przed sądem zagranicznym (np. gdy w trakcie postępowania toczącego się przed sądem polskim powstanie konieczność przesłuchania świadka, który ma miejsce zamieszkania za granicą lub powstanie potrzeba przeprowadzenia innego dowodu za granicą)²³⁵.

J. Gołaczyński przedstawił bardzo podobną definicję międzynarodowego postępowania cywilnego do wyżej opisanych oraz wskazał, że obejmuje ono regulacje dotyczące m.in.: jurysdykcji krajowej, położenia prawnego cudzoziemców, uznania i stwier-

²³⁴ K. Weitz [w:] *Postępowanie cywilne*, J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, wyd. 6, Lexis Nexis, Warszawa 2009, s. 552 (dalej cyt. jako K. Weitz [w:] *Postępowanie cywilne...*).

²³⁵ T. Ereciński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 17.

dzenia wykonalności orzeczeń zagranicznych, międzynarodowej pomocy prawnej²³⁶. W dalszej części mej pracy omówię jedynie niektóre zagadnienia dotyczące problematyki międzynarodowego postępowania cywilnego, które moim zdaniem są szczególnie istotne z punktu widzenia wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów w warunkach istnienia elementu zagranicznego.

W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na istniejące związki między międzynarodowym prawem postępowania cywilnego a prawem prywatnym międzynarodowym. W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż międzynarodowe prawo postępowania cywilnego to odrębny dział prawa postępowania cywilnego, a nie część prawa prywatnego międzynarodowego. W drugiej kolejności należy zauważyć, iż normy jurysdykcyjne (tj. te należące do międzynarodowego prawa postępowania cywilnego) decydują o tym, czy sądy danego państwa są właściwe do orzekania w konkretnej sprawie, z kolei normy kolizyjne (tj. te należące do prawa prywatnego międzynarodowego) rozstrzygają o tym, prawo jakiego państwa jest właściwe w danym konkretnym przypadku²³⁷. Dodatkowo przyjmuje się, że normy jurysdykcyjne mają charakter „norm jednostronnych”, z uwagi na to, że normują bezpośrednio jurysdykcję sądów i innych organów, z kolei normy kolizyjne prawa prywatnego międzynarodowego mają charakter dwustronny, gdyż wskazują jedynie, jakie prawo jest właściwe dla określonej sytuacji prawnej – polskie czy obce²³⁸. Tytułem przykładu, normy wyznaczające jurysdykcję krajową, zawarte w przepisach kodeksu postępowania cywilnego, posiadają charakter „norm jednostronnych”, ponieważ określają jurysdykcję krajową wyłącznie sądów polskich. Należy więc podkreślić, że polskie przepisy nie wskazują jurysdykcji sądów państw obcych²³⁹.

Równocześnie należy zauważyć, iż w międzynarodowym prawie postępowania cywilnego również (tj. podobnie jak w prawie prywatnym międzynarodowym) pojawiają się normy kolizyjne, obok norm jurysdykcyjnych. Normy kolizyjne międzynarodowego prawa postępowania cywilnego rozstrzygają o właściwości prawa procesowego danego państwa. Najbardziej znaną i istotną normą kolizyjną międzynarodowego prawa postępowania cywilnego jest reguła *lex fori processualis* (stosowania własnego prawa procesowego)²⁴⁰.

Normy kolizyjne prawa prywatnego międzynarodowego nie regulują wprost określonych stosunków – w odróżnieniu od norm prawa merytorycznego – jednakże jedynie wskazują, prawo jakiego państwa jest właściwe w danej sytuacji (tj. jakie prawo

²³⁶ J. Gołaczyński, *Prawo prywatne międzynarodowe*..., s. 62.

²³⁷ K. Weitz [w:] *Postępowanie cywilne*..., s. 555.

²³⁸ J. Gołaczyński, *Prawo prywatne międzynarodowe*..., s. 63.

²³⁹ M. Wójcik [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*..., s. 1332.

²⁴⁰ K. Weitz [w:] *Postępowanie cywilne*..., s. 556.

materialne jest właściwe)²⁴¹ – o czym była mowa wyżej.

Sąd rozstrzygający sprawę z „elementem obcym” co do zasady korzysta z własnych przepisów procesowych (zgodnie z *lex fori processualis*), równocześnie bez znaczenia jest przy tym to, jakie prawo merytoryczne zostało określone jako właściwe przez normy kolizyjne prawa prywatnego międzynarodowego (na marginesie, sąd ten stosuje – co do zasady – również własne normy kolizyjne prawa prywatnego międzynarodowego). Zasada stosowania własnego prawa procesowego wynika bowiem z zasady niezależności państw, które samodzielnie mogą określać formy działalności swych organów oraz tryb postępowania przed nimi. Skutkiem istnienia w Polsce zasady *lex fori processualis* jest przyjęcie tezy, iż przed sądem polskim można powoływać się jedynie na środki prawne przewidziane prawem polskim (np. środki zaskarżenia czy obrony, powództwa etc.)²⁴².

Tytułem uwag ogólnych pragnę również zaznaczyć, iż niektóre kwestie dotyczące międzynarodowego prawa postępowania cywilnego poruszyłam już w trzecim rozdziale mej pracy, przy okazji omawiania źródeł prawa prywatnego międzynarodowego dotyczących wykonywania władzy rodzicielskiej – w postaci konwencji haskiej z 1996 r. oraz rozporządzenia nr 2201/2003 (na przykład zagadnienie jurysdykcji w świetle obu przytoczonych aktów prawnych). Z kolei w niniejszym, czwartym rozdziale omówię kolejne instytucje prawne z zakresu międzynarodowego prawa postępowania cywilnego, takie jak: jurysdykcja krajowa (w świetle przepisów kodeksu postępowania cywilnego), uznanie orzeczeń sądów państw obcych oraz wykonalność tychże orzeczeń (zarówno w świetle odpowiednich postanowień umów międzynarodowych, których Polska jest stroną, jak i w świetle przepisów prawa UE i kodeksu postępowania cywilnego).

2. Jurysdykcja krajowa

Jurysdykcja krajowa to podstawa wszystkich systemów międzynarodowego prawa postępowania cywilnego²⁴³.

Termin „jurysdykcja krajowa” nie został zdefiniowany przez ustawodawcę, dlatego też zadanie to spoczywa na przedstawicielach doktryny i judykatury. W polskim tłumaczeniu konwencji lugańskich z 1988 r. i z 2007 r. oraz rozporządzeń europejskich dotyczących się międzynarodowego postępowania cywilnego użyto sformułowania „ju-

²⁴¹ M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe* ..., s. 47.

²⁴² T. Ereciński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*..., s. 18.

²⁴³ J. Rajski, *Niektóre zagadnienia kodyfikacji prawa międzynarodowego postępowania cywilnego*, PiP 1961, z. 8-9, s. 302.; dodatkowo M. Waligórski stwierdził, że przesłanka jurysdykcji krajowej jest najważniejszą przesłanką procesową – M. Waligórski, *Glosa. Postępowanie nad zagadnieniem dopuszczalności drogi procesu*, PiP 1950, z. 10, s. 184.

rysdykcja”. Z kolei w kilku umowach międzynarodowych, które wiążą Polskę, posłużono się określeniami takimi, jak: „właściwość” czy „sąd właściwy”, które są tożsame z terminem „jurysdykcja krajowa”²⁴⁴.

W doktrynie pojęcie „jurysdykcja” często utożsamia się z uprawnieniem do sprawowania władzy sądowniczej; traktuje się je jako pewną kompetencję o charakterze ogólnym²⁴⁵.

K. Weitz proponował, by pod pojęciem „jurysdykcja krajowa” rozumieć właściwość sądów konkretnego państwa do tego, by móc rozpoznać i rozstrzygnąć daną sprawę lub móc dokonać innego działania w zakresie postępowania cywilnego, która wynika z istnienia związku tej sprawy lub działania z określonym państwem. Zdaniem tegoż autora, na gruncie terminu „jurysdykcja krajowa” chodzi o wyznaczenie granic właściwości sądów krajowych w ich relacjach z zagranicą²⁴⁶.

W tym miejscu należy zadać sobie pytanie: czy jurysdykcja krajowa jest przesłanką postępowania w każdej sprawie, czy jedynie w tych o charakterze międzynarodowym? Na to pytanie w doktrynie udzielono różnych odpowiedzi, np. M. Pazdan²⁴⁷ przyjął stanowisko, iż jurysdykcja krajowa stanowi przesłankę każdego postępowania cywilnego, a nie tylko postępowań, w których pojawia się tzw. element obcy. Na uzasadnienie tegoż stanowiska podniósł, że przemawia za tym zarówno konstrukcja samych norm jurysdykcyjnych, jak i względy praktyczne. Mianowicie każda z norm jurysdykcyjnych jednakowo wskazuje w danej sprawie jurysdykcję krajową, pod warunkiem że istnieje powiązanie tejże sprawy z określonym państwem poprzez pewny czynnik (tzw. łącznik). Innymi słowy, norma jurysdykcyjna jednakowo określa jurysdykcję krajową zarówno gdy dana sprawa jest powiązana z kilkoma państwami, jak i gdy w całości jest związana z jednym państwem. Względy praktyczne, które optują za tym stanowiskiem, polegają głównie na tym, że problematyczną kwestią pozostaje sprecyzowanie racjonalnych kryteriów, które przesądzałyby o międzynarodowym charakterze danej sprawy²⁴⁸.

Z kolei według zwolenników przeciwnego stanowiska zakres pojęcia „jurysdykcja krajowa” należy ograniczyć jedynie do spraw, w których występuje tzw. element zagraniczny (np. J. Jodłowski²⁴⁹). Autor ten podniósł, iż rozdzielenie kompetencji sądów własnych i obcych jest konieczne dopiero, gdy będziemy mieli do czynienia ze

²⁴⁴ A. Torbus, *Umowa jurysdykcyjna w systemie międzynarodowego postępowania cywilnego*, wyd. 1, Toruń 2012, s. 39-40. (dalej cyt. jako A. Torbus, *Umowa jurysdykcyjna...*).

²⁴⁵ W. Ludwiczak, *Międzynarodowe prawo rodzinne*, PiP 1971, z. 7, s. 148.

²⁴⁶ K. Weitz, *Jurysdykcja krajowa w postępowaniu cywilnym*, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2005, s. 39 i 98. (dalej cyt. jako K. Weitz, *Jurysdykcja krajowa...*).

²⁴⁷ M. Pazdan, *Zasięg jurysdykcji krajowej w sprawach spadkowych*, *Studia Cywilistyczne* 1972, t. XX, s. 122-123. (dalej cyt. jako M. Pazdan, *Zasięg jurysdykcji krajowej...*).

²⁴⁸ M. Pazdan, *Zasięg jurysdykcji krajowej...*, s. 123-124.

²⁴⁹ J. Jodłowski, *Jurysdykcja krajowa w sprawach spadkowych w świetle kodeksu postępowania cywilnego*, *Studia Cywilistyczne* 1969, t. XIII-XIV, s. 90.

sprawą mającą charakter międzynarodowy. Autor ten podkreślił również, że w postępowaniu o charakterze wyłącznie „wewnętrznym” na sędziego nie nałożono obowiązku w postaci badania swej właściwości międzynarodowej.

Moim zdaniem bardziej uzasadnione jest pierwsze z zaprezentowanych stanowisk. Uważam, że w przypadku każdej sprawy, która wpływa do sądu, sędzia ma obowiązek zbadać, czy dana sprawa może być przedmiotem jego rozpoznania z punktu widzenia istnienia jurysdykcji krajowej, tj. sędzia musi stwierdzić, że sprawa, która została mu przedłożona do rozpoznania, należy do jurysdykcji krajowej sądów państwa, w którym on orzeka. Uzasadniam to głównie tym, że skoro państwa zdecydowały się na wprowadzenie pewnych granic właściwości swych sądów (w ramach tego, że przysługuje im suwerenność państwowa), to za każdym razem trzeba badać, czy sprawa, która wpłynęła do określonego sądu, może być w nim rozstrzygnięta właśnie z uwagi na przyjęte przez państwa granice właściwości sądów własnego państwa od kompetencji sądów państw obcych. W sytuacji, gdy dana sprawa będzie przejawiała charakter czysto „wewnętrzny”, jurysdykcja krajowa także będzie stanowiła przesłankę tegoż postępowania, a jedynie w takiej sytuacji sędzia nigdy nie będzie posiadał wątpliwości w kwestii, czy dana sprawa należy do jurysdykcji krajowej sądów państwa, z którym konkretny stan faktyczny jest powiązany w całości. W każdej sytuacji faktycznej pojawia się przecież określone powiązanie danej sprawy z konkretnym państwem.

Artykuł 1097 § 1 k.p.c. stanowi o tzw. ciągłości jurysdykcji krajowej (*pepetratio iurisdictionis*), która polega na tym, że momentem decydującym dla oceny możliwości merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd – z uwagi na jurysdykcję krajową – jest moment zainicjowania postępowania. Zasadę tę zilustruję na przykładzie jurysdykcji wyłącznej. A mianowicie, gdy w chwili wszczęcia postępowania sądy polskie mają wyłączną jurysdykcję, lecz w późniejszym czasie odpadną podstawy tej jurysdykcji – co spowodowałoby zmianę na jurysdykcję fakultatywną – to zniknięcie tych podstaw nie bierze się pod rozwagę²⁵⁰.

2.1. Stosunek przepisów kodeksu postępowania cywilnego do konwencji międzynarodowych i prawa wspólnotowego

Wyróżnia się trzy rodzaje źródeł prawa w zakresie międzynarodowego postępowania cywilnego, a mianowicie: umowy międzynarodowe, prawo UE oraz prawo wewnętrzne państw²⁵¹.

Zwykle zauważa się, że kwestie dotyczące międzynarodowego prawa postępowania cywilnego regulowane są głównie w prawie wewnętrznym poszczególnych

²⁵⁰ M. Wójcik [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 1332.

²⁵¹ K. Weitz [w:] *Postępowanie cywilne...*, s. 554.

państw. I tak, niektóre państwa uregulowania te zawarły w ustawach procesowych (np. Polska, Niemcy, Rosja), z kolei inne państwa postanowiły zawrzeć je w ustawach o prawie prywatnym międzynarodowym (np. Włochy, Wenezuela, Szwajcaria), a jeszcze inne – w ustawie dotyczącej organizacji sądownictwa (np. w Hiszpania)²⁵². W Polsce, jak już wspomniałam, przepisy dotyczące międzynarodowego postępowania cywilnego są zawarte w części czwartej kodeksu postępowania cywilnego oraz w niektórych przepisach w części pierwszej i drugiej k.p.c. (np. art. 28, 45, 508, 628 k.p.c.)²⁵³. W związku z tym, że w Polsce w taki a nie inny sposób umiejscowiono te przepisy, należy dokonywać prawidłowej wykładni pojęć, które nie są charakterystyczne jedynie dla międzynarodowego postępowania cywilnego, tj. trzeba je interpretować, mając na uwadze wykładnię przepisów z innych części k.p.c. oraz co do kwestii procesowych nie unormowanych przez przepisy części czwartej k.p.c. należy odpowiednio stosować przepisy dotyczące procesu (na podstawie art. 13 § 2 k.p.c.)²⁵⁴.

Współcześnie coraz częściej pojawia się jednak przeciwna tendencja, tj. gdy chodzi o źródła międzynarodowego postępowania cywilnego, rośnie znaczenie umów międzynarodowych oraz prawa Unii Europejskiej. W szczególności jednolite europejskie regulacje dotyczące międzynarodowego prawa postępowania cywilnego zaczynają wyłączać stosowanie prawa wewnętrznego w tymże zakresie. Aktualnie mówi się już o powstaniu tzw. europejskiego prawa postępowania cywilnego, którym to pojęciem obejmuje się normy prawa europejskiego, które regulują w jednolity sposób niektóre zagadnienia dotyczące postępowania cywilnego w krajach członkowskich UE. Jednym z aktów prawnych, które składa się na „europejskie prawo postępowania cywilnego” jest rozporządzenie nr 2201/2003 z dnia 27.11.2003 r.²⁵⁵.

Ustawą z dnia 5.12.2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw²⁵⁶ dokonano gruntownej reformy części czwartej kodeksu postępowania cywilnego. Podstawowym założeniem, które przyjęto w tej ustawie, było dążenie do przybliżenia przepisów z części czwartej k.p.c. do przepisów prawa UE, w szczególności do rozporządzenia nr 2201/2003²⁵⁷. Założenie to dotyczyło głównie regulacji odnoszących się do: jurysdykcji krajowej, uznawania i stwierdzania wykonalności orzeczeń sądów zagranicznych oraz przeprowadzania dowodów w sytuacji, gdy pojawia się „element zagraniczny”²⁵⁸.

Gdy wreszcie chodzi o określenie relacji między przepisami k.p.c. a postanowieniami umów międzynarodowych oraz prawem UE, które dotyczą zagadnień z za-

²⁵² Tamże, s. 554.

²⁵³ J. Gołaczyński, *Prawo prywatne międzynarodowe*..., s. 62.

²⁵⁴ T. Ereciński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*..., s. 18.

²⁵⁵ K. Weitz [w:] *Postępowanie cywilne*..., s. 554 i 557.

²⁵⁶ Dz.U. Nr 234, poz. 1571.

²⁵⁷ R. Zegadło [w:] *Władza rodzicielska*..., s. 272.

²⁵⁸ T. Ereciński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*..., s. 21.

kresu międzynarodowego postępowania cywilnego – należy wskazać, jak wygląda kolejność stosowania tychże przepisów.

Zgodnie z art. 91 ust. 1-3 Konstytucji RP przepisy prawa krajowego mają zastosowanie dopiero wtedy, gdy co do danej kwestii nie stosuje się prawa wspólnotowego lub ratyfikowanej umowy międzynarodowej.

W związku z tym, iż Polska jest państwem członkowskim UE, to aktualnie największe znaczenie na gruncie źródeł międzynarodowego postępowania cywilnego ma prawo UE, a dokładniej rozporządzenie nr 2201/2003 w sprawach z zakresu odpowiedzialności rodzicielskiej. Pierwszeństwo postanowień europejskiego prawa postępowania cywilnego przed prawem wewnętrznym jest oczywistą konsekwencją zasady supremacji prawa unijnego nad prawem wewnętrznym krajów członkowskich UE²⁵⁹. Dlatego też w Polsce od 1 maja 2004 r. przepisy prawa unijnego – w zakresie ich stosowania oraz w relacjach z państwami członkowskimi UE – wyłączają przepisy części czwartej k.p.c.²⁶⁰.

Z kolei co się tyczy relacji między przepisami polskiego kodeksu postępowania cywilnego a postanowieniami umów międzynarodowych, których Polska jest stroną, należy podkreślić, iż przepisy części czwartej k.p.c. znajdują zastosowanie w dwóch sytuacjach: do obywateli i organów państw nie będących stronami umów wielostronnych, których stroną jest Polska, lub państw, z którymi Polska nie zawarła umów bilateralnych, oraz w sytuacji, gdy Polska wprawdzie zawarła z danym państwem umowę wielostronną lub dwustronną, jednakże przepisy k.p.c. znajdują zastosowanie do obywateli i organów tych państw w kwestiach nieuregulowanych daną umową międzynarodową. Dodatkowo T. Ereciński podkreśla, iż postanowienia umów międzynarodowych muszą być stosowane przez sądy zarówno, gdy dotyczą kwestii nieuregulowanych w ogóle w kodeksie postępowania cywilnego, jak i wtedy, gdy normują jakieś zagadnienie odmiennie od przepisów k.p.c.²⁶¹.

2.2. Jurysdykcja krajowa w postępowaniu nieprocesowym w sprawach ze stosunków między rodzicami a dziećmi według postanowień k.p.c.

Przepis art. 1106³ k.p.c. określa jurysdykcję sądów polskich w sprawach wynikających ze stosunków pomiędzy rodzicami i dziećmi, które należą do postępowania nieprocesowego – w rozumieniu art. 579-584 k.p.c. (na marginesie, sprawy ze stosunków pomiędzy rodzicami a dziećmi rozstrzygane w procesie są przedmiotem regulacji

²⁵⁹ K. Weitz [w:] *Postępowanie cywilne...*, s. 558 i 562.

²⁶⁰ T. Ereciński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 25.

²⁶¹ Tamże, s. 27.

przepisu art. 1103² k.p.c.). Przepis art. 1106³ k.p.c. posługuje się następującymi łącznikami: miejsce zamieszkania, miejsce zwykłego pobytu i obywatelstwo (dwa pierwsze dotyczą wyłącznie dziecka, z kolei ostatni – łącznie dziecka i wnioskodawcy). I tak przyjmuje się, iż sprawa przynależy do jurysdykcji krajowej, gdy dziecko, którego dotyczy się sprawa, posiada miejsce zamieszkania lub miejsce zwykłego pobytu w Polsce lub zarówno wnioskodawca, jak i dziecko, którego dotyczy się sprawa, mają oboje obywatelstwo polskie. Należy jednakże podkreślić, że miejsce zamieszkania wnioskodawcy nie przesądza o istnieniu jurysdykcji krajowej. Można to wykazać poprzez przytoczenie dwóch przykładów, a mianowicie: jeżeli dziecko ma obywatelstwo polskie, jednakże miejsce zamieszkania oraz zwykłego pobytu za granicą, z kolei wnioskodawca-cudzoziemiec posiada miejsce zamieszkania w Polsce, to sprawa i tak nie będzie należała do jurysdykcji sądów polskich. Jurysdykcja ta również nie powstanie w sytuacji, gdy w danej sprawie dziecko niebędące obywatelem polskim, które posiada miejsce zamieszkania i zwykłego pobytu za granicą, z kolei wnioskodawca jest obywatelem polskim, który ma miejsce zamieszkania i zwykłego pobytu w Polsce. Należy więc wywnioskować, że żaden łącznik odnoszący się do wnioskodawcy nie zdecyduje sam o tym, czy istnieje jurysdykcja sądów polskich²⁶².

Stwierdzenia, czy dziecko ma miejsce zamieszkania lub zwykłego pobytu w Polsce, należy dokonać według prawa polskiego. Taki wniosek uzasadnia to, że zasadą jest, iż kwalifikacji pojęć prawnych dokonuje się według prawa, które obowiązuje w siedzibie sądu orzekającego²⁶³. Stąd też miejsce zamieszkania dziecka trzeba ustalić na podstawie art. 26 k.c.

Co się tyczy drugiego łącznika, to należy podkreślić, że jeżeli wnioskodawcą jest pełnoletnie dziecko, to o tym, czy istnieje jurysdykcja krajowa – w oparciu o przytoczony przepis – będzie decydowało wyłącznie jego obywatelstwo²⁶⁴.

Jurysdykcja krajowa oparta o przepis art. 1106³ k.p.c. posiada charakter fakultatywny, co oznacza, że przysługuje ona w konkretnej sprawie sądom określonego państwa, ale nie wyklucza w tej samej sprawie jurysdykcji krajowej sądów innych państw²⁶⁵. Jurysdykcja ta ma charakter fakultatywny nawet wówczas, gdy wnioskodawca i dziecko mają obywatelstwo polskie oraz posiadają miejsce zamieszkania i zwykłego pobytu na terenie Polski²⁶⁶.

²⁶² M. Wójcik [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 1361-1362.

²⁶³ postanowienie SN z dnia 15.07.1978 r., IV CR 242/78.

²⁶⁴ A. Hrycaj [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, pod red. H. Doleckiego i T. Wiśniewskiego, tom V, wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 139 (dalej cyt. jako A. Hrycaj [w:] *Kodeks...*).

²⁶⁵ K. Weitz [w:] *Postępowanie cywilne...*, s. 561.

²⁶⁶ A. Hrycaj [w:] *Kodeks...*, s. 137.

3. Uznanie orzeczeń sądów państw obcych

Regułą jest, iż orzeczenia sądowe przyjęte przez sąd danego państwa mają moc wiążącą jedynie na obszarze tegoż państwa²⁶⁷. Uznanie orzeczeń sądów zagranicznych jest więc instytucją o charakterze wyjątkowym, ponieważ polega na przeniesieniu konsekwencji prawnych, które wywołuje orzeczenie w danym państwie, na terytorium innego państwa. Wprowadzenie tej instytucji do porządku prawnego konkretnego państwa jest samodzielną decyzją każdego państwa, która wynika z istnienia obrotu międzynarodowego czy potrzeb ekonomii procesowej²⁶⁸.

K. Weitz podkreślił, że instytucja ta służy uwzględnieniu wszelkich konsekwencji orzeczenia, z wyjątkiem jego wykonalności²⁶⁹. Wykonywanie orzeczeń zagranicznych jest więc odrębną instytucją prawa procesowego, która zostanie omówiona niżej.

Uznanie orzeczeń sądów państw obcych jest przedmiotem regulacji wielu aktów prawnych: umów międzynarodowych – wielostronnych i dwustronnych oraz tych tworzonych w ramach UE i tych o charakterze wewnętrznym. Poniżej omówię tę instytucję jedynie w oparciu o niektóre z nich, które moim zdaniem mają największe znaczenie praktyczne, równocześnie pamiętając oczywiście o obowiązujących zasadach pierwszeństwa między tymi aktami prawnymi, które to zasady zostały omówione w trzecim rozdziale mej pracy.

3.1. Na podstawie rozporządzenia nr 2201/2003

Orzeczenia podjęte w sprawach odpowiedzialności rodzicielskiej przez sądy krajów członkowskich UE podlegają uznaniu w oparciu o postanowienia rozporządzenia nr 2201/2003 o jurysdykcji oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej²⁷⁰.

Przepisy unijne w tym zakresie zmierzają ku ujednoliceniu reguł uznawania orzeczeń zagranicznych w ramach UE oraz stanowią oznakę wzajemnego zaufania państw członkowskich do siebie i do swych reżimów prawnych²⁷¹. Okoliczności te powodują, że generalnie regulacje unijne cechują się niezwykle liberalnym podejściem do uznawania orzeczeń sądów zagranicznych. W związku z tym przepisy o uznaniu orzeczeń zagranicznych należy interpretować z uwzględnieniem postępującej integra-

²⁶⁷ J. Gołaczyński, *Prawo prywatne międzynarodowe...*, s. 70.

²⁶⁸ T. Ereciński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 542.

²⁶⁹ K. Weitz, *Pojęcie uznania orzeczenia zagranicznego*, „Przegląd Sądowy” 1998, nr 7-8, s. 52 i nast.

²⁷⁰ R. Zegadło [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 284.

²⁷¹ T. Ereciński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 547.

cji europejskiej²⁷². Również w punkcie 21 preambuły do rozporządzenia nr 2201/2003 wskazano, iż uznawanie i wykonywanie orzeczeń sądowych, które zostały podjęte w państwie członkowskim, należy oprzeć na regule wzajemnego zaufania, a przesłanki nieuznawania powinny być nieliczne.

Równocześnie należy jednak zaznaczyć, iż orzeczenie o uznaniu orzeczenia wywołuje konsekwencje prawne jedynie na terytorium państwa członkowskiego, którego organ sądowy uznał orzeczenie innego kraju członkowskiego. Nie można więc twierdzić, że na skutek uznania we wszystkich krajach unijnych powstaje stan prawny, który wynika z uznanego orzeczenia²⁷³.

Współcześnie istnieje wiele metod ustosunkowania się do orzeczeń zagranicznych, jednakże w rozporządzeniu nr 2201/2003 przyjęto system automatycznego uznania orzeczeń zagranicznych, z zastrzeżeniem, że każda ze stron ma prawo złożyć wniosek o uznanie lub odmowę uznania orzeczenia (art. 21 rozporządzenia).

Zgodnie z postanowieniami rozporządzenia nr 2201/2003 uznaniu mogą podlegać wszystkie orzeczenia: zarówno te podlegające egzekucji, jak i jej niepodlegające, ustalające, kształtujące stosunek prawny lub prawo, jak i zasądzające świadczenia, oraz zarówno te pozytywne, jak i oddalające wniosek w kwestii odpowiedzialności rodzicielskiej²⁷⁴.

Na gruncie rozporządzenia nr 2201/2003 nie przyjęto modelu skuteczności orzeczeń innych organów sądowych w całości²⁷⁵. Dlatego też w artykule 23 rozporządzenia wymieniono podstawy nieuznania orzeczeń sądów zagranicznych w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej. I tak, orzeczenie dotyczące się kwestii odpowiedzialności rodzicielskiej nie podlega uznaniu, na przykład gdy: uznanie miałoby pozostawać w sprzeczności z porządkiem publicznym kraju członkowskiego, w którym wniesiono o uznanie (przy uwzględnieniu interesu dziecka), orzeczenie podjęto bez wysłuchania dziecka, z naruszeniem fundamentalnych reguł, które obowiązują w postępowaniu sądowym w kraju członkowskim, w którym wniesiono o uznanie (z wyjątkiem spraw pilnych), orzeczenie pogwałca odpowiedzialność rodzicielską określonej osoby (na wniosek tej osoby oraz jeżeli je podjęto bez wysłuchania tejże osoby) czy gdy orzeczenie jest nie do pogodzenia z orzeczeniem podjętym w późniejszym czasie w kwestii odpowiedzialności rodzicielskiej w kraju członkowskim, w którym wniesiono o uznanie.

Zdaniem K. Piaseckiego, ważna regulacja prawna została zawarta w artykule 24 rozporządzenia, który zakazał powtórnego analizowania właściwości sądu kraju członkowskiego pochodzenia (orzeczenia). Dużą rolę odgrywa także art. 26 rozporządzenia,

²⁷² postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 22.11.2002 r., I ACa 462/02, OSP 2003, nr 12, poz. 160.

²⁷³ K. Piasecki, *Zarys sądowego prawa procesowego Unii Europejskiej*, wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 254. (dalej cyt. jako K. Piasecki, *Zarys sądowego prawa procesowego...*).

²⁷⁴ R. Zegadło [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 284-285.

²⁷⁵ K. Piasecki, *Zarys sądowego prawa procesowego...*, s. 255.

wprowadzający zakaz kontroli merytorycznej orzeczenia²⁷⁶. Moim zdaniem, obie te regulacje są wyrazem wyżej opisanej tendencji, że przepisy unijne dotyczące uznania orzeczeń stanowią przejaw wzajemnego zaufania państw członkowskich do siebie i do swych reżimów prawnych.

3.2. Na podstawie konwencji haskiej z 1996 r.

Gdy chodzi o państwa spoza UE, to w kwestii uznawania orzeczeń zagranicznych nie stosuje się rozporządzenia nr 2201/2003, lecz głównie postanowienia konwencji haskiej z 1996 r.

Jednakże, tytułem wstępu, należy wyraźnie podkreślić, że na gruncie uznawania i wykonywania orzeczeń podjętych przez sąd jednego państwa członkowskiego UE a uznawanych i wykonywanych na obszarze innego państwa członkowskiego – pierwszeństwo w ich relacjach posiada zawsze rozporządzenie nr 2201/2003 przed konwencją z 1996 r. Ta zasada znajduje zastosowanie również w przypadku, gdy dziecko, do którego odnosi się orzeczenie, ma miejsce zwykłego pobytu na terenie państwa trzeciego, tj. niebędącego członkiem UE²⁷⁷. Można więc stwierdzić, że na gruncie obu tych instytucji prawnych miejsce zwykłego pobytu dziecka nie ma znaczenia w wyżej opisanej sytuacji (inaczej było przy ustalaniu jurysdykcji i prawa właściwego).

W związku z powyższym konwencja z 1996 r. znajdzie zastosowanie do orzeczeń podjętych przez sądy innych państw, np. w przyszłości – ze Stanów Zjednoczonych, które wprawdzie podpisały konwencję, lecz jeszcze jej nie ratyfikowały²⁷⁸.

Gdy chodzi o szczegółowe regulacje dotyczące uznawania orzeczeń, zawarte w omawianej konwencji, to zasadniczo są one zbieżne z tymi, które przewiduje rozporządzenie nr 2201/2003, dlatego też nie będę ich powtarzała w tej części pracy.

3.3. Na podstawie umów dwustronnych

Nie można zapomnieć o bardzo dużej roli umów dwustronnych, których Polska jest stroną, a które dotyczą uznawania orzeczeń oraz które mają pierwszeństwo przed kodeksem postępowania cywilnego w tejże materii.

Jednakże należy podkreślić, że w wielu sytuacjach stosowanie określonych umów dwustronnych, w których przewidziano postępowanie delibacyjne na gruncie uznania zagranicznego orzeczenia, to niewątpliwie regres w porównaniu ze znowelizo-

²⁷⁶ Tamże, s. 256-257.

²⁷⁷ R. Zegadło [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 293.

²⁷⁸ Tamże, s. 293.

waną regulacją zawartą w przepisach k.p.c. – o czym będzie mowa niżej²⁷⁹.

Tytułem przykładu – kwestie uznawania i wykonywania orzeczeń zagranicznych zostały przewidziane w umowach dwustronnych z takimi państwami, jak: Rosja, Ukraina, Białoruś, Wietnam, Korea Północna. Umowy z Mongolią, Chinami, Irakiem, Syrią czy Turcją wprawdzie nie regulują przypadków kolizji jurysdykcji i prawa właściwego, jednakże regulują kwestie dotyczące uznawania i wykonywania orzeczeń²⁸⁰.

3.4. Na podstawie Kodeksu postępowania cywilnego

W ostatniej kolejności, w razie braku umów międzynarodowych (wielostronnych i dwustronnych, których Polska jest stroną) oraz regulacji unijnych dotyczących jakichś kwestii z zakresu uznawania orzeczeń zagranicznych – stosuje się przepisy kodeksu postępowania dotyczące uznawania orzeczeń zagranicznych (art. 1145-1149¹ k.p.c.).

Jednym z przykładów ilustrujących wyżej opisaną sytuację, tj. gdy w ostatniej kolejności stosuje się przepisy prawa krajowego z zakresu uznawania orzeczeń, jest przypadek będący podstawą wydania orzeczenia z dnia 15.07.2010 r. przez Trybunał²⁸¹. W wyroku tym TSUE orzekł, iż przepisy rozporządzenia nr 2201/2003 dotyczące uznawania orzeczeń (art. 21 i n.) nie mają zastosowania do środków tymczasowych z zakresu prawa do pieczy, opisanych w art. 20 tegoż rozporządzenia. Dlatego też uznawanie środków tymczasowych z art. 20 rozporządzenia nie następuje w oparciu o przepisy rozporządzenia nr 2201/2003, lecz w oparciu o przepisy krajowe.

Co się tyczy regulacji zawartych w kodeksie postępowania cywilnego, a dotyczących uznawania orzeczeń zagranicznych, to na wstępie należy podkreślić, iż w Polsce początkowo istniał system tzw. postępowania delibacyjnego. Postępowanie to miało na celu kontrolę zagranicznego orzeczenia pod kątem spełnienia warunków uznania. System ten zakładał, że orzeczenie sądu zagranicznego nie powodowało żadnych konsekwencji na terenie Polski, dopóki nie uznał go właściwy sąd poprzez podjęcie odpowiedniego aktu władczego. Ustawa z dnia 5.12.2008 r., nowelizująca przepisy k.p.c., wprowadziła szereg zmian w kierunku zliberalizowania warunków materialnych i formalnych uznawania w Polsce orzeczeń zagranicznych. Nowe regulacje wzorowano m.in. na postanowieniach rozporządzenia nr 2201/2003, gdy chodzi o kwestie związane z odpowiedzialnością rodzicielską. Na mocy tejże ustawy wprowadzono system automatycznego (*ex lege*) uznania orzeczeń zagranicznych. Teza ta znalazła swe odzwierciedlenie w przepisie art. 1145 k.p.c., zgodnie z którym „orzeczenia sądów państw obcych wydane w sprawach cywilnych podlegają uznaniu z mocy prawa, chyba że ist-

²⁷⁹ Tamże, s. 294.

²⁸⁰ Tamże, s. 294-295, 297.

²⁸¹ wyrok TSUE z dnia 15.07.2010 r. C-256/09.

nieją przeszkody określone w art. 1146 k.p.c.”. W związku z tym współcześnie orzeczenie sądu zagranicznego zaczyna wywoływać skutki w Polsce równocześnie z chwilą, w której staje się ono skuteczne w państwie pochodzenia, pod warunkiem, że zostały spełnione wymogi jego uznania. Dokonanie oceny w tym zakresie należy do sądu polskiego *ad hoc*, tego, przed którym dane postępowanie jest w toku. Opinia taka nie jest jednak wiążąca dla innych sądów „na przyszłość”²⁸².

Wskutek nowelizacji z dnia 5.12.2008 r. zmodyfikowano również katalog przesłanek uznania orzeczeń zagranicznych, w ten sposób, że nowa regulacja doprowadziła do zliberalizowania warunków uznania orzeczeń zagranicznych. Tytułem przykładu – na gruncie wcześniejszego stanu prawnego dla uznania orzeczenia zagranicznego wymagano, by państwo, które wydało orzeczenie, zezwalało na uznawanie orzeczeń polskich sądów. Obecnie przesłanka ta została wyeliminowana²⁸³.

Moim zdaniem słusznie zastąpiono system postępowania delibacyjnego systemem automatycznego uznania orzeczeń sądów zagranicznych, ponieważ dzięki temu zlikwidowano niepotrzebne i sztuczne bariery w zakresie opierania się w Polsce na orzeczeniach zagranicznych oraz przyspieszono proces pozyskania ochrony prawnej w Polsce na mocy korzystnego orzeczenia już podjętego za granicą. Również z uwagi na postępującą współcześnie migrację ludności z jednych państw do drugih rozwiązanie przyjęte w kodeksie postępowania cywilnego należy uznać za wskazane.

Gdy chodzi o zakres uznania, to T. Ereciński podkreślił, iż obecnie uznaniu w Polsce podlegają orzeczenia zagraniczne jedynie te wydane w sprawach cywilnych. Dlatego też przepisy kodeksu postępowania cywilnego nie są stosowane w celu oznaczenia przesłanek skuteczności w Polsce orzeczeń zagranicznych i decyzji dotyczących spraw administracyjnych i karnych²⁸⁴.

Artykuł 1146 k.p.c. zawiera katalog negatywnych przesłanek (przeszkód) automatycznego uznania orzeczenia zagranicznego (to tzw. warunki odmowy uznania orzeczenia zagranicznego). Sąd musi je wszystkie wziąć pod uwagę z urzędu, bez względu na to, czy strona podniesie właściwy zarzut²⁸⁵.

I tak – orzeczenia nie uznaje się, gdy nie jest prawomocne w kraju, w którym je podjęto. Uznaje się, że prawomocność orzeczenia zagranicznego określa się zgodnie z prawem procesowym państwa, z którego pochodzi dane orzeczenie. Drugą negatywną przesłanką uznania orzeczenia zagranicznego jest jego wydanie w sprawie, która należy do wyłącznej jurysdykcji sądów polskich. Stąd też wydanie orzeczenia w sprawie, która należy do fakultatywnej jurysdykcji sądów polskich, nie stanowi przeszkody dla uznania orzeczenia. Kolejną przeszkodę stanowi fakt, że nie doszło do prawidłowego

²⁸² T. Ereciński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 550.

²⁸³ M. Wójcik [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 1425.

²⁸⁴ T. Ereciński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 553.

²⁸⁵ Tamże, s. 571.

doręczenia pisma – które wszczyna postępowanie – pozwanemu, który nie wdał się w spór co do istoty sprawy. Jednakże zdaniem M. Wójcika i Sądu Najwyższego²⁸⁶, przesłanka ta zawiera się w pojęciu „pozbawienia strony możliwości obrony swych praw”. Kolejną przesłankę negatywną stanowi pozbawienie strony możliwości obrony swych praw. Zdaniem SN²⁸⁷, oceny tej kwestii dokonuje sąd polski, jednakże według przepisów zagranicznego prawa procesowego. Kolejną przeszkodę dla uznania orzeczenia zagranicznego oparto na zawisłości sprawy w Polsce, gdy nastąpiła ona wcześniej niż zawisłość sprawy przed sądem państwa obcego, z którego pochodzi orzeczenie, będące przedmiotem uznania (lub odmowy uznania). Zawisłość sprawy przed sądem polskim ocenia się na podstawie art. 192 k.p.c., z kolei zawisłość przed sądem obcym – na podstawie prawa procesowego państwa, w którym rozpoznaje się sprawę. Następną przesłanką negatywną jest powaga rzeczy osądzonej, jednakże w określonych granicach. A mianowicie prawomocne orzeczenie sądu polskiego, które zapadło w sprawie o to samo roszczenie między tymi samymi stronami, uniemożliwia uznanie orzeczenia zagranicznego (tj. stanowi przeszkodę uznania) wyłącznie wtedy, gdy: po pierwsze – polskie orzeczenie zostało wydane wcześniej, a po drugie – orzeczenie zagraniczne jest sprzeczne z polskim orzeczeniem. Drugi przypadek tej przesłanki negatywnej uznania zachodzi, gdy orzeczenie zagraniczne jest sprzeczne z wcześniej wydanym prawomocnym orzeczeniem innego państwa obcego, które to orzeczenie innego państwa obcego spełnia przesłanki jego uznania w Polsce (oczywiście również przy założeniu, że oba te orzeczenia zostały wydane w sprawie o to samo roszczenie, między tymi samymi stronami). Ostatnią przeszkodą dla uznania orzeczenia zagranicznego jest klauzula porządku publicznego. Klauzula ta uniemożliwia uznanie tegoż orzeczenia, gdy uznanie to (a nie samo orzeczenie) pozostawałoby w sprzeczności z fundamentalnymi zasadami polskiego porządku prawnego. Zdaniem SN²⁸⁸, do wskazanych zasad zalicza się zarówno zasady znajdujące swe oparcie w Konstytucji RP, jak i podstawowe zasady poszczególnych gałęzi prawa (na przykład zasada dobra dziecka)²⁸⁹.

4. Wykonywanie orzeczeń sądów państw obcych

Tak jak wspomniałam wyżej, uznanie orzeczenia zagranicznego nie mieści w sobie jego wykonalności. Dlatego też, aby orzeczenie zagraniczne spowodowało konsekwencje w innym państwie („państwie wykonania”), potrzebne jest, co do zasady, stwierdzenie jego wykonalności w tym państwie oraz nadanie klauzuli wyko-

²⁸⁶ postanowienie SN z 9.01.1980 r., IV CR 478/79.

²⁸⁷ postanowienie SN z 6.02.1975 r., II CR 849/74.

²⁸⁸ postanowienie SN z dnia 21.04.1978 r., IV CR 65/78.

²⁸⁹ M. Wójcik [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 1425-1427.

nalności temu orzeczeniu (o wyjątkach – mowa niżej)²⁹⁰. Innymi słowy, wykonanie orzeczenia zagranicznego, co do zasady, może nastąpić jedynie po przeprowadzeniu postępowania w państwie wykonania, którego celem jest przyznanie temu orzeczeniu tzw. *exequatur* (to zezwolenie na wykonanie zagranicznego orzeczenia na terytorium państwa wykonania wydane przez organ tegoż państwa). Postępowanie co do udzielenia *exequatur* wprowadzono na skutek połączenia wcześniej odrębnego postępowania o stwierdzenie wykonalności z postępowaniem klauzulowym. Dlatego też udzielenie *exequatur* jest obwarowane spełnieniem określonych przesłanek: tych dotyczących stwierdzenia wykonalności oraz tych odnoszących się do nadania klauzuli wykonalności²⁹¹. Podstawową przesłanką stwierdzenia wykonalności orzeczenia zagranicznego jest zwykle wymóg, by orzeczenie to było wykonalne w „państwie pochodzenia” (wydania)²⁹². Kolejne przesłanki omówię w dalszej części mej pracy przy okazji omawiania kolejno aktów prawnych regulujących problematykę wykonania orzeczeń zagranicznych.

Tytułem informacji wstępnych należy również podkreślić, iż w wyniku udzielenia *exequatur* (procesową formą udzielenia *exequatur* jest nadanie klauzuli wykonalności orzeczeniu sądu państwa obcego) orzeczenie zagraniczne zyskuje przymiot tytułu wykonawczego²⁹³.

Stwierdzenie wykonalności dotyczy jedynie orzeczeń, które mogą być wykonane w drodze egzekucji. Do tej kategorii orzeczeń należą więc głównie orzeczenia zasądzające świadczenia, nadające się do przymusowego wykonania. Dlatego też nie należą do niej orzeczenia oddalające powództwo (z wyjątkiem orzeczenia w części odnoszącej się do kosztów postępowania)²⁹⁴.

Gdy chodzi o orzeczenia z zakresu odpowiedzialności rodzicielskiej, to jedynie nieliczne z nich mogą podlegać egzekucji. W Polsce wśród tych orzeczeń można wymienić: orzeczenie o kontaktach z dzieckiem i o odebraniu dziecka²⁹⁵.

4.1. Na podstawie rozporządzenia nr 2201/2003

Orzeczenia podjęte w sprawach odpowiedzialności rodzicielskiej przez sądy krajów członkowskich UE podlegają wykonaniu w oparciu o postanowienia rozporządzenia nr 2201/2003²⁹⁶.

²⁹⁰ K. Weitz [w:] *Postępowanie cywilne...*, s. 573.

²⁹¹ T. Ereciński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 614-616.

²⁹² K. Weitz [w:] *Postępowanie cywilne...*, s. 573.

²⁹³ M. Wójcik [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 1432.

²⁹⁴ T. Ereciński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 617.

²⁹⁵ R. Zegadło [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 286.

²⁹⁶ Tamże, s. 284.

Rozporządzenie nr 2201/2003 wyróżnia dwa systemy stwierdzania wykonalności orzeczeń zagranicznych – ogólny (art. 28-39 rozporządzenia) i szczególny (to tzw. system certyfikowania orzeczeń, przewidziany w art. 40-45 rozporządzenia)²⁹⁷.

Na „ogólny system stwierdzania wykonalności” orzeczeń składają się regulacje dotyczące m.in. przesłanek stwierdzenia wykonalności, właściwości sądów w tym zakresie, prawa właściwego dla postępowania o stwierdzenie wykonalności oraz zaskarzania orzeczeń w przedmiocie stwierdzenia wykonalności.

Artykuł 28 rozporządzenia formułuje przesłanki stwierdzenia wykonalności orzeczenia zagranicznego dotyczącego odpowiedzialności rodzicielskiej, wydanego w jednym z państw członkowskich, a które ma być wykonane w innym państwie członkowskim. Po pierwsze – orzeczenie to musi być wykonalne w państwie wydania („państwie pochodzenia”), po drugie – musi zostać doręczone stronie przeciwnej (gdy strona przeciwna ma miejsce zwykłego pobytu w państwie członkowskim UE to doręczenie odpisu orzeczenia powinno być dokonane zgodnie z rozporządzeniem z 13.11.2007 r. nr 1393/2007/WE w sprawie doręczania w państwach członkowskich sądowych i pozasądowych dokumentów w sprawach cywilnych i handlowych dotyczącym doręczeń²⁹⁸), a po trzecie – jego wykonalność (w „państwie wykonania”) musi zostać stwierdzona na wniosek osoby uprawnionej.

Sądami właściwymi rzeczowo, do których składa się wniosek o nadanie klauzuli wykonalności orzeczeniu sądu zagranicznego, są sądy określone samodzielnie przez państwa członkowskie, zgodnie z art. 68 rozporządzenia (Polska wskazała sądy okręgowe jako właściwe w tejże materii). Gdy chodzi o właściwość miejscową, to należy wskazać, iż właściwym miejscowo sądem w tych sprawach jest sąd, w którego okręgu ma miejsce zwykłego pobytu osoba, przeciwko której orzeczenie ma być wykonywane, lub sąd, w którego okręgu ma miejsce zwykłego pobytu dziecko, którego tyczy się wniosek o wykonanie. Przepis ten określa więc dwa równorzędnie właściwe sądy (art. 29 rozporządzenia).

Z kolei art. 30 ust. 1 rozporządzenia wskazuje, iż prawem właściwym dla postępowania w sprawie adresowania wniosku o stwierdzenie klauzuli wykonalności jest prawo państwa członkowskiego wykonania. Odesłanie do prawa wewnętrznego, zawarte w tym przepisie, ma szeroki zakres, a więc odnosi się nie tylko do kwestii wymogów formalnych wniosku, opłat, ale również do wszelkich innych kwestii nie unormowanych w rozporządzeniu nr 2201/2003²⁹⁹.

Drugi z wymienionych systemów stwierdzania wykonalności – tzw. system certyfikowania orzeczeń – stanowi wyjątek od wspomnianej wyżej ogólnej zasady, że aby orzeczenie zagraniczne wywołało skutki w innym państwie (państwie wykonania),

²⁹⁷ Tamże, s. 287.

²⁹⁸ Dz.U. L 324 z 10.12.2007 r.

²⁹⁹ R. Zegadło [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 288.

potrzebne jest stwierdzenie jego wykonalności w tym państwie oraz nadanie klauzuli wykonalności temu orzeczeniu³⁰⁰.

Zdaniem K. Weitz „ogólny system stwierdzania wykonalności” zagranicznych orzeczeń uznano za niezadowalający w relacjach pomiędzy krajami członkowskimi UE, w związku z tym w prawie unijnym, w pewnym zakresie, wprowadzono system tzw. automatycznej wykonalności. System ten, najogólniej mówiąc, polega na tym, że orzeczenie zagraniczne wydane przez organ jednego kraju członkowskiego jest wykonywane w każdym innym państwie członkowskim, bez konieczności nadawania mu exequatur w tym państwie (tj. „państwie wykonania”)³⁰¹.

Szczególny system stwierdzania wykonalności może być stosowany w przypadku orzeczeń o kontaktach z dzieckiem i niektórych orzeczeń o odebraniu dziecka (tj. tych z art. 11 ust. 8 rozporządzenia). Wówczas rozporządzenie przewiduje szereg ułatwień w zakresie procedury stwierdzania wykonalności. Uprawniony ma prawo wyboru między tymi systemami, według swego uznania³⁰².

Mianowicie uprawnienie do kontaktów z dzieckiem lub do żądania powrotu dziecka – przyznane w orzeczeniu, które jest wykonalne oraz zostało podjęte przez organy jednego z krajów członkowskich – jest wykonywane w innym państwie członkowskim, bez konieczności nadawania mu klauzuli wykonalności oraz wówczas nie istnieje możliwość sprzeciwienia się uznaniu (art. 41 ust. 1 rozporządzenia). Warunkiem zastosowania tej instytucji jest uzyskanie przez orzeczenie świadectwa w państwie członkowskim pochodzenia. Zaświadczenie to sąd pochodzenia orzeczenia wystawia na formularzu stanowiącym załącznik do rozporządzenia nr 2201/2003.

Przesłanki wydania certyfikatu w sprawach o kontakty i o odebranie dziecka są zbliżone, tj. głównie polegają na wymogu wysłuchania małoletniego (chyba że uznano to za niewłaściwe z uwagi na jego wiek i poziom dojrzałości) i wszystkich zainteresowanych stron. Dodatkowo na gruncie kontaktów dodaje się przesłankę w postaci zaocznego wydania orzeczenia i doręczenie pozwanemu, w sposób należyty, pisma wszczynającego postępowanie, z kolei na gruncie spraw o odebranie dziecka dodano, że certyfikat może być wydany jedynie, gdy sąd uwzględnił przy wydawaniu orzeczenia przyczyny i dowody leżące u podstaw nakazu wydanego na podstawie art. 13 konwencji o uprowadzeniu dziecka.

Po spełnieniu wyżej opisanych przesłanek orzeczenie opatrzone takim zaświadczeniem (certyfikatem) jest uznawane i wykonywane w innych państwach członkowskich bez konieczności stwierdzania jego wykonalności oraz bez możliwości podniesienia sprzeciwu wobec uznania. Na tym polega więc wspomniane ułatwienie w przypadku

³⁰⁰ Tamże, s. 287.

³⁰¹ K. Weitz [w:] *Postępowanie cywilne...*, s. 575.

³⁰² R. Zegadło [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 287.

„systemu certyfikowania orzeczeń”³⁰³.

Trzeba również zwrócić uwagę na wyjątek od wyżej poczynionych ustaleń, a mianowicie zgodnie z art. 47 ust. 2. rozporządzenia – nie wykonuje się orzeczenia, któremu nadano certyfikat, jeżeli nie da się go pogodzić z późniejszym wykonalnym orzeczeniem. Taka sytuacja może zaistnieć, gdy na skutek zmiany okoliczności powstała potrzeba wydania owego późniejszego orzeczenia, uzasadniona interesem dziecka³⁰⁴.

4.2. Na podstawie konwencji haskiej z 1996 r.

Gdy chodzi o państwa spoza UE, to w kwestii wykonywania orzeczeń zagranicznych nie stosuje się rozporządzenia nr 2201/2003, lecz głównie postanowienia konwencji haskiej z 1996 r.

Gdy chodzi o szczegółowe regulacje dotyczące wykonywania orzeczeń, zawarte w omawianej konwencji, to zasadniczo są one zbieżne z tymi, które przewiduje rozporządzenie nr 2201/2003, dlatego też nie będę ich powtarzała w tej części pracy.

4.3. Na podstawie umów dwustronnych

Nie można zapomnieć o bardzo dużej roli umów dwustronnych, których Polska jest stroną, a które dotyczą wykonywania orzeczeń oraz które posiadają pierwszeństwo przed kodeksem postępowania cywilnego w tejże materii.

Uwagi poczynione przy okazji tematu dotyczącego uznawania orzeczeń w świetle umów dwustronnych są aktualne również w tym miejscu, dlatego też nie będę ich tutaj rozwijała po raz drugi.

4.4. Na podstawie Kodeksu postępowania cywilnego

W ostatniej kolejności, w razie braku umów międzynarodowych (wielostronnych i dwustronnych, których Polska jest stroną) oraz regulacji unijnych dotyczących jakichś kwestii z zakresu wykonywania orzeczeń zagranicznych – stosuje się przepisy kodeksu postępowania dotyczące wykonywania orzeczeń zagranicznych (art. 1150-1153¹² k.p.c.).

Zgodnie z art. 1150 k.p.c. orzeczenia sądów państw obcych w sprawach cywilnych, które nadają się do wykonania w trybie egzekucji, zyskują walor tytułu wykonaw-

³⁰³ R. Zegadło [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 287.

³⁰⁴ Tamże, s. 292.

czego po stwierdzeniu ich wykonalności przez sąd polski. Stwierdzenie wykonalności zachodzi, gdy orzeczenie jest wykonalne w „państwie pochodzenia” oraz nie zachodzą przeszkody zawarte w art. 1146 § 1 i 2 k.p.c. (przepis wymienia przeszkody w zakresie uznania orzeczenia).

Uważa się, że to, czy orzeczenie może być wykonane w drodze egzekucji, ocenia się według prawa polskiego³⁰⁵.

Z kolei kwestię, czy orzeczenie jest wykonalne w „państwie pochodzenia” („państwie wydania”) ocenia się według prawa zagranicznego³⁰⁶. Jednakże, zdaniem T. Erecińskiego, orzeczenie zagraniczne nie musi być „wyposażone” w zagraniczną klauzulę wykonalności, ponieważ znaczenie ma jedynie to, by orzeczenie to było tak w ogóle wykonalne za granicą, oraz przedstawienie dokumentu stwierdzającego ten fakt, tj. że tytuł ten podlega egzekucji w „państwie pochodzenia”³⁰⁷.

O udzieleniu klauzuli wykonalności rozstrzyga sąd okręgowy (art. 1151¹ § 1 k.p.c.). Taka regulacja jest uzasadniona stopniem skomplikowania kwestii dotyczących tegoż postępowania³⁰⁸. Gdy chodzi o właściwość miejscową sądu, to w pierwszej kolejności w tym przedmiocie orzeka sąd według miejsca zamieszkania lub siedziby dłużnika, a w przypadku braku takiego sądu – według miejsca, w którym ma się toczyć egzekucja.

T. Ereciński wyodrębnił dwa etapy w ramach postępowania „o stwierdzenie wykonalności”. W pierwszym etapie należy doręczyć dłużnikowi wniosek o „nadanie klauzuli wykonalności” orzeczeniu zagranicznemu, z kolei potem dłużnik ten ma dwa tygodnie na przedstawienie swego stanowiska w tejże materii (art. 1151¹ § 2 k.p.c.). Cechą charakterystyczną tegoż postępowania klauzulowego jest to, że w następnej kolejności sąd bada, czy istnieją przeszkody, by stwierdzić wykonalność, oraz sprawdza, czy orzeczenie zagraniczne jest wykonalne w „państwie pochodzenia” – jest to więc nie tylko postępowanie formalne, ale i merytoryczne. Postępowanie w I instancji jest finalizowane poprzez wydanie postanowienia „o nadaniu lub odmowie nadania klauzuli wykonalności” orzeczeniu zagranicznemu. Z kolei drugi etap jest wszczynany na skutek złożenia przez wnioskodawcę lub dłużnika zażalenia od postanowienia w przedmiocie nadania klauzuli wykonalności lub w następstwie wniesienia skargi kasacyjnej od orzeczenia sądu apelacyjnego do Sądu Najwyższego (art. 1151¹ § 3 k.p.c.)³⁰⁹.

Artykuł 1151² k.p.c. szczegółowo normuje przebieg egzekucji toczącej się w oparciu o orzeczenie sądu lub inne rozstrzygnięcie organu obcego państwa, któremu została nadana „klauzula wykonalności” przez sąd polski. Co do zasady, egzekucja ta

³⁰⁵ M. Wójcik [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 1432.

³⁰⁶ Tamże, s. 1433.

³⁰⁷ T. Ereciński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 618.

³⁰⁸ Tamże, s. 626.

³⁰⁹ Tamże, s. 625-626.

może być wszczęta dopiero, jak uprawomocni się postanowienie „o nadaniu klauzuli wykonalności”, jednakże dla złagodzenia tej instytucji postanowiono, że do czasu uzyskania waloru prawomocności przez to orzeczenie postanowienie to stanowi tytuł zabezpieczenia (na przykład poprzez zajęcie ruchomości, obciążenie nieruchomości obowiązaniem hipoteką przymusową, ustanowienie zakazu zbywania nieruchomości i inne – zgodnie z wolą wierzyciela)³¹⁰.

³¹⁰ T. Ereciński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 634.

Rozdział IV

Kontakty rodziców z dzieckiem w warunkach wewnętrzno-krajowego ich wykonywania oraz w warunkach istnienia elementu zagranicznego

1. Władza rodzicielska a kontakty z dzieckiem

Konsekwencją narodzin dziecka jest powstanie różnorodnych związków pomiędzy małoletnim a jego rodzicami. Do stosunków między rodzicami i ich dziećmi zalicza się nie tylko władzę rodzicielską, ale również inne stosunki, które są niezależne od władzy rodzicielskiej. J. Ignatowicz podkreślił, iż żeby ustalić granicę między władzą rodzicielską a pozostałymi stosunkami między rodzicami a dziećmi, należy zdefiniować władzę rodzicielską jako „pieczę rodziców nad osobą i majątkiem dziecka”. Wówczas wszelkie inne relacje pomiędzy rodzicami i dziećmi, wykraczające poza tak określoną pieczę, nie wchodziły w skład pojęcia „władzy rodzicielskiej”. Prawo rodziców do osobistej styczności z dzieckiem, zdaniem J. Ignatowicza, jest właśnie jednym z takich praw, które jest niezależne od władzy rodzicielskiej i ma charakter czysto osobisty³¹¹.

Ustawa nowelizująca kodeks rodzinny i opiekuńczy z 2008 r.³¹² wprowadziła bardzo wiele istotnych zmian do zagadnienia „kontaktów z dzieckiem”. Do czasu wejścia w życie tejże ustawy tematyka ta była unormowana tylko w art. 113 k.r.o., a po jej wejściu w życie problematykę tę uregulowano w odrębnym oddziale trzecim k.r.o., zatytułowanym – „kontakty z dzieckiem” (art. 113-113⁶ k.r.o.).

Przed nowelizacją k.r.o. z 2008 r. w zasadzie twierdzono w doktrynie, iż kontakty są niezależne od władzy rodzicielskiej, jednakże wyjątkowo pojawiały się również odmienne poglądy w tejże materii. Należy dodać, iż aktualne brzmienie przepisu art. 113 § 1 k.r.o. nie budzi już żadnych wątpliwości w kwestii charakteru prawnego omawianej instytucji.

Wśród autorów, którzy optowali za niezależnością omawianej instytucji od władzy rodzicielskiej, należy wskazać: J. Ignatowicza, R. Zegadło czy Z. Krzemińskiego³¹³. Jednym z argumentów przedstawicieli tegoż poglądu było wskazanie, że zgodnie

³¹¹ J. Ignatowicz [w:] *System...*, s. 785-786.

³¹² Dz.U. z 2008 r. Nr 220, poz. 1431 – Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (dalej cyt. jako ustawa z 2008 r.).

³¹³ J. Ignatowicz [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, pod red. K. Pietrzykowskiego, wyd. C.H. Beck, War-

z literalnym brzmieniem art. 113 k.r.o. sprzed nowelizacji, prawo do osobistej styczności zapewniono także rodzicom, którzy zostali pozbawieni władzy rodzicielskiej, a więc pozbawienie władzy rodzicielskiej nie wpływało ich zdaniem na istnienie czy zakres uprawnienia do osobistej styczności z dzieckiem. Kolejnym ich argumentem w sporze było to, iż bezpośrednia styczność z małoletnim postrzegana była – zgodnie z tą regulacją – jedynie jako uprawnienie rodziców, a nie jako ich obowiązek. To z kolei znajdowało się w sprzeczności z dwoistą naturą elementów, wchodzących w skład władzy rodzicielskiej, wśród których wymieniano zarówno prawa, jak i obowiązki³¹⁴.

W orzecznictwie również przyjmowano, iż prawo do osobistej styczności z małoletnim posiada charakter odrębny od władzy rodzicielskiej³¹⁵. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18.03.1968 r.³¹⁶ wyraził pogląd o niezależności prawa do utrzymywania kontaktów z dzieckiem od sprawowania władzy rodzicielskiej, co uzasadnił faktem, iż do zakazania lub ograniczenia styczności osobistej z dzieckiem, rodzicom, którzy zostali pozbawieni władzy rodzicielskiej, konieczne jest odrębne orzeczenie sądu. Sąd Najwyższy w innych swych orzeczeniach aprobował podobne tezy³¹⁷.

Zwolennicy drugiego poglądu stali na stanowisku, że osobista styczność z dzieckiem stanowiła atrybut władzy rodzicielskiej. Wśród zwolenników tegoż poglądu można wymienić m.in.: T. Sokołowskiego, E. Płonkę czy J. Strzebińczyka³¹⁸. Zdaniem T. Sokołowskiego, w trakcie trwania władzy rodzicielskiej nie istniało odrębne uprawnienie do kontaktowania się z dzieckiem, jednakże mogło się ono pojawić przed powstaniem władzy rodzicielskiej oraz po jej ustąpieniu. Autor ten uzasadnił swą tezę tym, iż w czasie istnienia władzy rodzicielskiej osobista styczność z małoletnim stanowiła zarówno uprawnienie, jak i obowiązek rodziców. Z kolei zdaniem E. Płonki, osobista styczność z dzieckiem stanowiła składnik omawianej władzy, ponieważ urzeczywistnianie pieczy nad osobą małoletniego nie było możliwe bez kontaktowania się z nim. Z kolei J. Strzebińczyk swój pogląd uzasadniał tym, że przepis art. 113 k.r.o. zamieszczono w kodeksie w części dotyczącej się władzy rodzicielskiej, co przesądzało o istnieniu ścisłego powiązania między uprawnieniem do bezpośredniej styczności a władzą rodzicielską.

szawa 2003, s. 888; R. Zegadło, *Kontakty z dzieckiem. Wewnętrzne i międzynarodowe przesłanki modernizacji regulacji prawnej*, Monitor Prawniczy 2004, nr 4, s.174; Z. Krzeziński, *Pytania i odpowiedzi prawne*, „Palestra” 1967, nr 1, s.124.

³¹⁴ M. Sekuła, *Władza rodzicielska a prawo do osobistych kontaktów rodziców z dzieckiem*, „Myśl Ekonomiczna i Prawna” 2007, nr 2, s. 147-148 (dalej cyt. jako M. Sekuła, *Władza rodzicielska...*).

³¹⁵ M. Sekuła, *Władza rodzicielska...*, s. 139.

³¹⁶ uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej SN z dnia 18.03.1968 r., III CZP 70/66.

³¹⁷ por. uchwała SN z 14.06.1988 r., III CZP 42/88; postanowienie SN z 7.11.2000 r., I CKN 1115/00; uchwała SN z 21.10.2005 r., III CZP 75/05.

³¹⁸ T. Sokołowski, *Charakter prawny osobistej styczności rodziców z dzieckiem*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2000, nr 2, s. 286; E. Płonka, *Uprawnienie rodziców do osobistej styczności z dzieckiem*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” Prawo 1981, nr 102, s. 34; J. Strzebińczyk [w:] *System...*, s. 377.

Moim zdaniem, w pełni należy zaakceptować pierwszy z przedstawionych poglądów. Przemawia za tym głównie zróżnicowany charakter obu instytucji z uwagi na różne założenia i cele im przypisywane. Mianowicie, po przeanalizowaniu przepisów dotyczących się władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem, zauważyłam, iż uprawnienie do kontaktowania się z dzieckiem oparto na założeniu, że pomiędzy rodzicami a dziećmi istnieją silne więzi emocjonalne i rodzinne. Z kolei instytucję „władzy rodzicielskiej” oparto na założeniu, że dziecko – z uwagi na swą niedojrzałość i przez to obiektywny brak możliwości bezpośredniego załatwiania swych spraw – musi być reprezentowane przez inne osoby, tj. co do zasady przez rodziców. Dlatego też władza rodzicielska jawi się głównie jako swego rodzaju prawne zabezpieczenie właściwego ukształtowania i wychowania dziecka oraz jako złożony stosunek prawny panujący pomiędzy rodzicami a dziećmi. Jednocześnie pragnę nadmienić, iż wcale nie neguję twierdzenia, że dla należytego wykonywania władzy rodzicielskiej konieczny jest kontakt z dzieckiem. Jednakże równocześnie pragnę podkreślić, że przecież utrzymywanie kontaktów z dzieckiem jest niezbędne nie tylko dla prawidłowego wykonywania władzy rodzicielskiej, ale również wynika z uczuciowych relacji, które łączą rodziców ze swymi dziećmi. Podsumowując, pojęcie kontaktów z dzieckiem – ukształtowane jako pojęcie niezależne od władzy rodzicielskiej – jest konieczne, ponieważ wyraźnie uwypukla ważną rolę sfery uczuciowej, która panuje pomiędzy rodzicami a dziećmi oraz która na gruncie stosunków rodzinnych ma przecież kluczowe znaczenie. Bardziej szczegółowe rozważania na ten temat poczynię w dalszej części mej pracy przy okazji omawiania problematyki celów, którym ma służyć prawo do kontaktów.

Dodatkowo uważam, że argumentem, który przemawia „za” współczesnym unormowaniem instytucji „kontaktów z dzieckiem” jest także to, iż sąd opiekuńczy posiada elastyczne narzędzia, by odpowiednio reagować, tj. stosownie do konkretnej sytuacji faktycznej, w której przebywa dziecko. Dzięki temu sąd może na przykład ustanowić zakaz kontaktowania się z małoletnim wobec rodzica, którego nie pozbawiono władzy rodzicielskiej.

2. Ogólna charakterystyka prawa do kontaktów z dzieckiem

2.1. Pojęcie i formy prawa do kontaktów z dzieckiem

Dawniej pod pojęciem prawa do kontaktów w literaturze rozumiano prawo do systematycznych spotkań z dzieckiem, jednakże bez trwałego zamieszkiwania u tej osoby³¹⁹.

³¹⁹ T. Justyński, *Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym*, wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 21. (dalej cyt. jako T. Justyński, *Prawo do kontaktów...*).

W poprzednio obowiązującym stanie prawnym w Polsce, tj. przed nowelizacją k.r.o. ustawą z 6.11.2008 r., art. 113 k.r.o. używał terminu „osobista styczność z dzieckiem”, z kolei we współcześnie obowiązującym stanie prawnym mowa jest o „kontaktach z dzieckiem”, które to pojęcie ma szerszy zakres od pojęcia „osobistej styczności”. T. Sokołowski zwrócił bowiem uwagę na to, że pojęcie „kontakty z dzieckiem” obejmuje różne formy kontaktów, w tym np. odmiany osobistej styczności, lecz nie tylko³²⁰.

Znowelizowany art. 113 k.r.o. pozwala na przyjęcie wniosku, iż obecnie wprowadzono zmianę w zakresie nie tylko nazwy tejże instytucji, ale również w zakresie jej natury prawnej. Mianowicie „prawo do osobistej styczności z dzieckiem” zastąpiono „prawem i obowiązkiem utrzymywania ze sobą kontaktów”³²¹. Zdecydowano się więc na przyjęcie koncepcji, by ująć „kontakty z dzieckiem” jako zarówno prawo, jak i obowiązek, który istnieje po stronie rodziców i dziecka. W doktrynie przepis ten był przedmiotem szerokiej dyskusji. Mianowicie, o ile zgodnie zaaprobowano, iż unormowanie kontaktów z dzieckiem jako prawa i obowiązku, które istnieją po stronie rodziców, jest uzasadnione, o tyle przyjęcie takiego samego wniosku wobec dziecka budzi pewne wątpliwości. Zastanawiano się bowiem nad sposobem, w jaki należy dokonywać wykładni obowiązku małoletniego w przedmiocie utrzymywania kontaktów przez niego ze swymi rodzicami. W uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy k.r.o. z 2008 r. podkreślono, że: „Ujęcie kontaktów tylko w kategorii prawa dziecka jest niezasadne z uwagi na to, że prawo rodziców nie miałoby tutaj swego odpowiednika w postaci obowiązku dziecka. Ma to szczególne znaczenie w odniesieniu do kontaktów ze starszym dzieckiem”³²². Jednakże W. Stojanowska, której zdanie podzielam, zwraca uwagę na istniejące niebezpieczeństwo, że norma zawarta w art. 113 § 1 k.r.o. może być powoływana jedynie dla dobra rodziców, którzy bardzo pragną utrzymywania kontaktów ze swym dzieckiem, poprzez zastosowanie swoistej formy przymusu względem małoletniego. Autorka określa to zjawisko mianem „uszcześliwianiem dziecka na siłę”, co nie jest pożądane z uwagi na dobro dziecka. W podsumowaniu swych rozważań W. Stojanowska wyraża konkluzję, iż obecnie sądy polskie powinny z dużą ostrożnością wyklądać powinność utrzymywania przez dziecko kontaktów z rodzicami, a de lege ferenda należałoby w ogóle wykluczyć wskazany obowiązek dziecka z unormowań k.r.o.³²³.

Dodatkowo I. Długoszewska zwróciła uwagę na to, że w żadnym z aktów prawnych o charakterze międzynarodowym nie zawarto wyżej wskazanego obowiązku ma-

³²⁰ T. Sokołowski [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, pod red. H. Doleckiego i T. Sokołowskiego, wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 656 (dalej cyt. jako T. Sokołowski [w:] *Kodeks...*).

³²¹ I. Długoszewska, *Przesłanki oraz skutki ograniczenia i pozbawienia...*, s. 90.

³²² Druk sejmowy nr 888, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/68047150EDDA8EB1C12574B8004D19C7/\\$file/888.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/68047150EDDA8EB1C12574B8004D19C7/$file/888.pdf), s. 39.

³²³ W. Stojanowska [w:] *Nowelizacja prawa rodzinnego...*, s. 265-266 i 271.

łoletniego³²⁴. Mianowicie zgodnie z art. 4 ust. 1 i 2 Konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi sporządzonej w dniu 15.05.2003 r. (szczegółowo zostanie ona omówiona w dalszej części pracy) „dziecko i rodzice mają prawo uzyskania i utrzymywania ze sobą regularnych kontaktów; ograniczenie lub wykluczenie takich kontaktów możliwe jest tylko, gdy jest to niezbędne dla dobra dziecka”. W art. 2 lit. a tejże konwencji zdefiniowano termin „kontakt”. Z kolei artykuł 9 ust. 3 Konwencji o Prawach Dziecka wprowadza regułę, iż państwa będące stronami tejże konwencji zobowiązują się do poszanowania uprawnień dziecka – które zostało odseparowane od jednego lub obojga rodziców – do utrzymywania systematycznych i bezpośrednich kontaktów z obojgiem swych rodziców. Wyjątek obejmuje przypadki, gdy opisana sytuacja pozostaje w sprzeczności z najlepszymi interesami małoletniego.

T. Justyński zajął odmienne stanowisko w omawianej materii, a mianowicie jego zdaniem nałożenie na dziecko obowiązku kontaktowania się ze swymi rodzicami miało na celu wzmocnienie roli rodzica, który na co dzień nie pełni bezpośredniej opieki nad małoletnim³²⁵.

Moim zdaniem, zmuszanie dziecka do utrzymywania kontaktów ze swoimi rodzicami nie jest wskazane, ponieważ nie wywołuje żadnych pozytywnych skutków w sferze psychicznej dziecka. Wręcz przeciwnie – przyczynia się do powstania w ogóle lub zwiększania niechęci dziecka wobec takiego rodzica, równocześnie stanowi więc duże obciążenie psychiczne dla takiego dziecka. Należałoby więc w takiej sytuacji zwrócić się do specjalistycznych instytucji (np. psychologa) o pomoc dla całej rodziny, by zbadać przyczyny takiego stanu rzeczy, a następnie podjąć próbę poprawy relacji między rodzicami a dziećmi, a nie „uszcześliwiać dzieci na siłę” – cytując W. Stojanowską.

T. Justyński zwrócił uwagę na fundamentalne cele prawa do kontaktów, takie jak dbanie o wzajemną miłość czy podtrzymywanie związków rodzinnych. Pierwszy z nich ma pierwszorzędne znaczenie, ponieważ przekonanie dziecka o istnieniu miłości po stronie rodzica i innych osób bliskich, które są uprawnione do kontaktów, odgrywa bardzo dużą rolę dla jego właściwego rozwoju³²⁶.

Co się tyczy form prawa do kontaktów z dzieckiem, to należy zauważyć, iż zarówno Konwencja dotycząca kontaktów z dziećmi sporządzona w dniu 15.05.2003 r., jak i art. 113 § 2 k.r.o. używają pojęcia „kontakty” w szerokim znaczeniu. Ustawodawca polski wskazał jedynie przykładowo najbardziej typowe formy kontaktów z dzieckiem, takie jak: „przebywanie z dzieckiem, bezpośrednie porozumiewanie się, utrzymywanie korespondencji oraz korzystanie z innych środków porozumiewania się na odległość”³²⁷.

³²⁴ I. Długoszewska, *Przesłanki oraz skutki ograniczenia i pozbawienia...*, s. 90-91.

³²⁵ T. Justyński, *Prawo do kontaktów...*, s. 134.

³²⁶ T. Justyński, *Prawo do kontaktów...*, s. 36-37.

³²⁷ J. Ignatowicz, [w:] *Kodeks...*, s. 966.

Zdaniem T. Sokołowskiego, wskazane przykładowo cztery rodzaje kontaktów można uszeregować w dwóch grupach: pierwsza – zawiera kontakty bezpośrednie, a druga – kontakty pośrednie³²⁸. J. Ignaczewski dodał, iż zasadniczo pośrednie kontaktowanie się z małoletnim nie może substytuować kontaktów bezpośrednich, lecz ma je jedynie uzupełniać. Wyjątkowo dopuszcza się jednakże taką sytuację, zwłaszcza gdy rodzic zamieszkuje na trwałe za granicą³²⁹.

Do przebywania z dzieckiem tradycyjnie zalicza się: odwiedziny czy przemieszczenie małoletniego poza jego miejsce stałego pobytu. Cechą charakterystyczną tej formy kontaktów jest powstanie bezpośredniej, fizycznej więzi pomiędzy rodzicem a dzieckiem. Może ona polegać na przykład na wspólnej zabawie czy obejmowaniu dziecka³³⁰.

Porozumiewanie się posiada charakter bezpośredni, gdy jest przeprowadzane podczas konwersacji z osobą, która jest fizycznie obecna. W związku z tym, że rozmowa ma mieć charakter bezpośredni, to wyklucza się możliwość rozmowy telefonicznej na gruncie opisywanej formy kontaktu. Omawiane porozumiewanie się może mieć miejsce nie tylko w mieszkaniu dziecka lub mieszkaniu drugiego rodzica, ale także w takich miejscach, jak szpital czy więzienie, pod warunkiem że pozwala na to wiek oraz stopień dojrzałości dziecka³³¹.

„Utrzymywanie korespondencji z dzieckiem” to nic innego jak wzajemne kontakty za pośrednictwem listów. Zdaniem J. Ignatowicza, z punktu widzenia dobra dziecka istotne jest to, żeby kontakty te posiadały charakter systematyczny, a nie okazjonalny (np. przy okazji urodzin czy świąt)³³².

Pod pojęciem „korzystania z innych środków porozumiewania się na odległość” rozumie się głównie kontakty telefoniczne. Zdaniem W. Stojanowskiej, do omawianych środków należy również utrzymywanie stosunków za pomocą e-maili oraz Internetu³³³. T. Sokołowski zwraca również uwagę na możliwość porozumiewania się przy użyciu kamery internetowej (tzw. Skype), która współcześnie odgrywa dużą rolę³³⁴.

2.2. Zasady regulowania kontaktów z dzieckiem

Artykuł 113¹ § 1 k.r.o. formułuje trzy zasady regulowania kontaktów z dzieckiem. Zalicza się do nich: pierwszeństwo zgodnej woli rodziców względem orzeczenia sądu w tejże materii, uwzględnianie dobra dziecka oraz rozsądnych życzeń samego małoletniego.

³²⁸ T. Sokołowski [w:] *Kodeks...*, s. 660-661.

³²⁹ J. Ignaczewski [w:] *Komentarz...*, s. 68.

³³⁰ T. Sokołowski [w:] *Kodeks...*, s. 661.

³³¹ Tamże, s. 661-662.

³³² J. Ignatowicz, [w:] *Kodeks...*, s. 966-967.

³³³ W. Stojanowska [w:] *Nowelizacja prawa rodzinnego...*, s. 273.

³³⁴ T. Sokołowski [w:] *Kodeks...*, s. 662.

Co się tyczy pierwszej z zasad, to należy wyraźnie podkreślić, że fakt trwałego pobytu małoletniego u jednego z rodziców nie powoduje, że tylko ten rodzic ma prawo do samodzielnego podejmowania decyzji co do sposobu utrzymywania kontaktów tegoż małoletniego z drugim rodzicem. Konieczne jest, by rodzice wspólnie uzgodnili formę kontaktów, ich częstotliwość i inne okoliczności, uwzględniając na przykład: emocjonalne związki dziecka z danym rodzicem oraz opinię samego dziecka w tym zakresie – tak, by w ostateczności porozumienie rodzicielskie pozostawało w zgodzie z dobrem dziecka³³⁵.

Druga z zasad została już szczegółowo omówiona we wcześniejszej części mej pracy, dlatego też przejdę do krótkiej charakterystyki trzeciej wymienionej zasady. J. Ignaczewski podkreślił, że w noweli z 6.11.2008 r. zaakcentowano potrzebę wprowadzania tzw. „racjonalnego partnerstwa rodziców i dzieci” w swych relacjach. Konsekwencją tegoż założenia jest nakaz brania pod uwagę rozsądnych życzeń dziecka przy ustalaniu sposobu utrzymywania kontaktów z nim. Dyrektywa ta jest adresowana zarówno do rodziców, jak i do sądu³³⁶.

2.3. Krąg podmiotów uprawnionych i zobowiązanych do utrzymywania kontaktów

Przepis art. 113 § 1 k.r.o. wymienia w pierwszej kolejności rodziców i dzieci jako podmioty uprawnione i zobowiązane do utrzymywania ze sobą kontaktów. Dalsze podmioty tegoż rodzaju zostały taksatywnie³³⁷ wskazane w art. 113⁶ k.r.o., są nimi: rodzeństwo, dziadkowie, powinowaci w linii prostej (np. ojczym, macocha, mąż babki, żona dziadka etc.), a także inne osoby, jeżeli wykonywały one przez dłuższy czas pieczę nad małoletnim. Przepis art. 113⁶ k.r.o. zawiera odesłanie, bowiem zgodnie z nim przepisy dotyczące się kontaktów z dzieckiem przewidziane od art. 113 do art. 113⁵ k.r.o. należy odpowiednio stosować do kontaktów innych krewnych z dzieckiem, którzy zostali wskazani w art. 113⁶ k.r.o. Należy podkreślić, że przed nowelizacją k.r.o. z 2008 r. nie było w ogóle unormowań dotyczących się uprawnienia innych krewnych do utrzymywania kontaktów z dzieckiem³³⁸.

Gdy chodzi o rodziców jako podmioty uprawnione i zobowiązane do utrzymywania kontaktów, należy zauważyć, że współcześnie toczy się dyskusja w zakresie odrębności w pozycji prawnej rodziców tzw. biologicznych, prawnych oraz socjologicznych³³⁹.

³³⁵ J. Gajda [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, C.H. Beck, wyd.3., Warszawa 2012 r., s.973 (dalej cyt. jako: J. Gajda, [w:] *Kodeks...*).

³³⁶ J. Ignaczewski [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 224-225.

³³⁷ J. Strzebińczyk [w:] *System...*, s. 385.

³³⁸ W. Stojanowska [w:] *Nowelizacja prawa rodzinnego...*, s. 290-291.

³³⁹ T. Justyński, *Prawo do kontaktów...*, s. 50.

„Rodzicami biologicznymi” są matka i ojciec w rozumieniu obowiązujących unormowań, które zostały zawarte w k.r.o. Zatem zgodnie z przepisami dotyczącymi macierzyństwa (art. 61⁹ k.r.o. i n.) matką dziecka jest zasadniczo kobieta, która je urodziła, z kolei według przepisów dotyczących się kwestii ojcostwa (art. 62 i n. k.r.o.) ojcem dziecka jest zasadniczo osoba, której ojcostwo zostało ustalone za pomocą jednego z trzech sposobów: domniemania pochodzenia dziecka od męża matki, uznania ojcostwa lub sądowego ustalenia ojcostwa. Obowiązek i prawo rodziców, przewidziane w art. 113 § 1 k.r.o. istnieją niezależnie od tego, czy rodzice są małżeństwem, czy też nie³⁴⁰.

Pod pojęciem „rodziców prawnych” T. Justyński rozumie osoby, którym przysługuje formalnoprawna pozycja rodzica, jednakże równocześnie nie są złączeni z dzieckiem więzią biologiczną. Do tej kategorii rodziców autor ten zalicza dwie grupy osób: męża matki dziecka, który uchodzi za jego ojca, oraz rodziców adopcyjnych. W prawie polskim prawo tych rodziców do kontaktów z dzieckiem jest oczywiste i nie jest kwestionowane z uwagi na to, że ich rodzicielstwo zostało prawnie ustalone³⁴¹.

Z kolei pod pojęciem „rodziców socjologicznych” T. Justyński rozumie wszelkie inne osoby, które są faktycznymi opiekunami dziecka, nie będąc równocześnie rodzicami biologicznymi i prawnymi. Tytułem przykładu są nimi: ojczym, macocha, konkubent, rodzice zastępczy. W prawie polskim prawo rodziców socjologicznych do kontaktów z dzieckiem zostało wyrażone w art. 113⁶ k.r.o., który to przepis wymienia – wśród osób uprawnionych do kontaktów z dzieckiem – inne osoby, jeżeli wykonywały one przez dłuższy okres czasu pieczę nad małoletnim. „Dłuższy czas” to okres, który pozwolił na powstanie więzi charakterystycznych dla stosunków pomiędzy rodzicami i dziećmi³⁴².

Gdy chodzi o dziecko jako podmiot uprawniony i zobowiązany do utrzymywania kontaktów, to należy zauważyć, że przyznanie dziecku roszczenia dotyczącego się kontaktów podkreśla jego podmiotowość, która we wcześniejszym okresie podlegała ochronie jedynie przez klauzulę „dobra dziecka”³⁴³.

J. Ignatowicz zwraca uwagę, że prawo i obowiązek, przewidziany w art. 113 § 1 k.r.o., trwa również po osiągnięciu przez dziecko pełnoletniości, trwa więc przez całe życie³⁴⁴.

Gdy chodzi o dalszy krąg podmiotów uprawnionych i zobowiązanych do utrzymywania kontaktów, to należy zauważyć, iż – w ślad za T. Justyńskim, którego zdanie w całości podzielam – „odpowiednie” stosowanie przepisów o kontaktach rodziców z dziećmi do kontaktów dziecka z jego rodzeństwem, dziadkami, powinowatymi

³⁴⁰ J. Ignatowicz, [w:] *Kodeks...*, s. 969-970.

³⁴¹ T. Justyński, *Prawo do kontaktów...*, s. 66.

³⁴² Tamże, s. 75.

³⁴³ T. Justyński, *Prawo do kontaktów...*, s. 80.

³⁴⁴ J. Ignatowicz [w:] *Kodeks...*, s.970.

w linii prostej oraz innymi osobami, które przez dłuższy czas sprawowały pieczę nad dzieckiem, oznacza stosowanie ich pod warunkiem, że kontakty te będą pozostawały w zgodzie z dobrem dziecka. Chodzi więc o swoiste „uprawnienie warunkowe” osób wymienionych w art. 113⁶ k.r.o., które aktualizuje się jedynie wówczas, gdy kontakty te są zgodne z dobrem dziecka³⁴⁵.

Zdaniem T. Sokołowskiego, „odpowiednie” stosowanie wskazanych przepisów powinno polegać np. na mniejszej częstotliwości kontaktów z dalszymi krewnymi i czasie ich trwania w porównaniu z kontaktami z rodzicami oraz na uwzględnieniu odmiennego charakteru poszczególnych więzi, mianowicie inne są one pomiędzy rodzeństwem, a jeszcze inne w relacjach z dziadkami³⁴⁶.

Zdaniem J. Gajdy, zastanawiając się nad tym, czy piecza nad dzieckiem była wykonywana przez dłuższy czas przez określone osoby, wskazane jest, by porównać wiek dziecka z okresem sprawowania tejże opieki. Tak więc może się okazać, że w rozumieniu przepisu art. 113⁶ k.r.o. „dłuższym okresem” jest chociażby okres jednego roku, jeżeli wiek dziecka opiewa dopiero na kilkanaście miesięcy³⁴⁷.

3. Kształtowanie treści prawa do kontaktów

3.1. Umowny sposób

Zasadniczo to rodzice w pierwszej kolejności mają prawo do kształtowania treści prawa do kontaktów z dzieckiem. Reguła ta została wyrażona zarówno w art. 58 k.r.o., który stanowi, że sąd „uwzględni”, a nie, że „może uwzględnić” porozumienie małżonków w przedmiocie utrzymywania kontaktów z dzieckiem, jak i w art. 113¹ § 1 k.r.o., który również podkreśla, że to rodzice najpierw ustalają sposób kontaktów z dzieckiem, a dopiero w razie braku porozumienia – orzeka sąd w tejże materii. Należy zaznaczyć, że również porozumienie rodziców z dalszymi krewnymi dziecka ma pierwszeństwo przed orzeczeniem sądu w tejże materii, z uwagi na to, że w przepisie art. 113⁶ k.r.o. zawarto nakaz „odpowiedniego stosowania przepisów”. Gdy chodzi o treść takiego porozumienia, to powinno ono zawierać wszystkie możliwe formy kontaktów z dzieckiem możliwe do realizacji w konkretnej rodzinie, by wszystkie kwestie w tym zakresie zostały rozstrzygnięte³⁴⁸. Taka sytuacja niewątpliwie, moim zdaniem, zapobiegnie powstawaniu przyszłych potencjalnych konfliktów pomiędzy rodzicami, dotyczących sposobu kontaktowania się z dzieckiem.

³⁴⁵ T. Justyński, *Prawo do kontaktów...*, s. 84-85.

³⁴⁶ T. Sokołowski [w:] *Kodeks...*, s. 673-674.

³⁴⁷ J. Gajda [w:] *Kodeks...*, s. 979.

³⁴⁸ T. Sokołowski [w:] *Kodeks...*, s. 663-664.

T. Justyński zwraca uwagę na dwie ważne kwestie poruszane w literaturze, a dotyczące porozumień rodziców w sprawie kontaktów z dziećmi. Po pierwsze, czy porozumienie rodzicielskie wiąże sąd. Autor ten dochodzi do przekonania, że w Polsce za związaniem sądu, jednakże jedynie w ograniczonym stopniu, przemawia to, że w przypadku, gdy rodzice zgodnie przyjmą rozwiązanie, które jest zgodne z dobrem dziecka, a sąd chciałby zaproponować inne rozstrzygnięcie, również zgodne z dobrem dziecka, to jest on związany treścią uzgodnienia rodzicielskiego. Po drugie, czy umawiający się rodzice są związani postanowieniami przyjętego porozumienia. Zdaniem tegoż autora, które w całości podzielam, oczywiście dopuszcza się możliwość zmiany zawartego porozumienia rodzicielskiego, jednakże zawsze musi to nastąpić w granicach wyznaczonych przez klauzulę „dobra dziecka”³⁴⁹.

3.2. Sądowy sposób

Zgodnie z art. 113¹ § 1 k.r.o. obok rodziców kontakty może uregulować także sąd opiekuńczy, z kolei art. 113² § 1 k.r.o. używa pojęcia „ograniczenie” kontaktów. Dlatego też na wstępie chciałabym wyraźnie podkreślić, że czym innym jest regulacja kontaktów przez sąd (regulacja sądowa), a czym innym – ograniczenie kontaktów przez sąd (sądowa ingerencja). Najważniejsze różnice sprowadzają się do dwóch podstawowych kwestii: o ile na gruncie regulacji sądowej sąd bierze pod uwagę interesy wszystkich zainteresowanych osób (tj. rodziców i dziecka), o tyle przy sądowej ingerencji – tylko interes dziecka. Po drugie, różnicę między tymi dwiema instytucjami prawnymi stanowią przesłanki ich stosowania. Mianowicie regulacja sądowa jest możliwa w każdym przypadku, z kolei ograniczenie kontaktów – tylko, gdy wymaga tego dobro dziecka. Reasumując powyższe, można stwierdzić, że w sytuacji, gdy rodzice nie są w stanie zgodnie ustalić kontaktów z dzieckiem, a równocześnie nie istnieje obawa naruszenia dobra dziecka, to sąd dokonuje uregulowania kontaktów z dzieckiem na podstawie art. 113¹ § 1 k.r.o. Natomiast w sytuacji, gdy istnieje obawa, że kontakty te mogą naruszać dobro dziecka, to będziemy mieli do czynienia z ingerencją sądu w sferę tychże kontaktów na zasadzie art. 113² k.r.o., której celem będzie takie ukształtowanie kontaktów, jakie pozwoli uniknąć tegoż naruszenia³⁵⁰.

W praktyce sądowej możemy mieć do czynienia z różnymi przypadkami sądowej regulacji kontaktów z dzieckiem, jednakże moim zdaniem, jeden z nich zasługuje na szczególną uwagę. Mianowicie chodzi o obowiązek rozstrzygania przez sąd o kontaktach rodziców z dzieckiem przy rozstrzygnięciu w kwestii rozwodu (art. 58 § 1 k.r.o.)

³⁴⁹ T. Justyński, *Prawo do kontaktów...*, s. 150-151.

³⁵⁰ Tamże, s. 152, 153.

oraz separacji (art. 61³ w zw. z art. 58 k.r.o.). Zagadnienie to jest na tyle istotne, że ustawodawca podjął decyzję, by w pewnym zakresie uzależnić rozstrzygnięcie w przedmiocie rozwodu od uregulowania kwestii kontaktów z małoletnimi. Poza tym dzięki tej regulacji ogranicza się ilość sporów sądowych rozgrywających się wewnątrz rodziny³⁵¹.

Treść prawa do kontaktów, ustalana przez sąd w ramach sądowej regulacji kontaktów, jest zwykle zdeterminowana koniecznością określenia miejsca kontaktów, ich częstotliwości i czasu trwania. Zasadniczo miejsce odbywania kontaktów określa rodzic uprawniony do kontaktów. Gdy chodzi o dwie ostatnie okoliczności ustalane przez sąd, to należy podkreślić, iż nie są one przedmiotem wyraźnej regulacji prawnej, dlatego też określenie szczegółowych reguł w tym zakresie pozostawiono judykaturze³⁵².

W jednym ze swych orzeczeń SN zaznaczył, że w niektórych sytuacjach wskazana jest obecność przy kontaktach z dzieckiem osoby sprawującej nad dzieckiem bieżącą pieczę, co ma zapewnić dziecku poczucie bezpieczeństwa i stabilności. Głównie chodzi tu o przypadki, gdy jest to uzasadnione wiekiem dziecka, jego stanem zdrowia czy też silnymi związkami emocjonalnymi dziecka z tym rodzicem³⁵³.

Należy również zwrócić uwagę na problem zmiany sądowego uregulowania prawa do kontaktów z dzieckiem na zasadzie art. 113⁵ k.r.o. Zgodnie z tym przepisem, zmiana decyzji sądu w przedmiocie kontaktów rodziców z dzieckiem jest możliwa, gdy wymaga tego dobro dziecka. W uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy k.r.o. z 2008 r.³⁵⁴ podkreślono, że: „Wychodząc z ogólnego założenia, że najlepszą ewentualnością jest uzdrowienie sytuacji w rodzinie pochodzenia dziecka lub przynajmniej częściowa jej poprawa, w art. 113⁵ k.r.o. przewidziano zmianę rozstrzygnięcia w sprawie kontaktów, jeżeli wymaga tego dobro dziecka”. Zdaniem W. Stojanowskiej, przesłanka dobra dziecka jest trafnym rozwiązaniem, a wprowadzenie uzależnienia orzekania w omawianej kwestii od przesłanki „zmiany okoliczności” byłoby niekorzystne³⁵⁵. Uważam, że należy w pełni zgodzić się ze stanowiskiem tejże autorki. Moim zdaniem, zmiana rozstrzygnięcia sądu o kontaktach nie może być uzależniona od stwierdzenia „zmiany okoliczności”, ponieważ mogłoby to doprowadzić do powstania zbyt dużego chaosu w życiu dziecka i niepewności chociażby co do miejsca jego stałego pobytu.

³⁵¹ Tamże, s. 154.

³⁵² Tamże, s. 159.

³⁵³ uchwała SN z 18.03.2011 r., III CZP 139/10.

³⁵⁴ Druk sejmowy nr 888, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/68047150EDDA8EB1C12574B8004D19C7/\\$file/888.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/68047150EDDA8EB1C12574B8004D19C7/$file/888.pdf), s. 41.

³⁵⁵ W. Stojanowska [w:] *Nowelizacja prawa rodzinnego...*, s. 289.

3.3. Sądowa ingerencja

W niektórych przypadkach – mimo że kontakty z dzieckiem, zarówno te określone przez rodziców jak i przez sąd, muszą być ustalane jako zgodne z dobrem dziecka – i tak czasem dzieje się tak, że kontakt określonej osoby z dzieckiem zagraża lub narusza dobro dziecka (na przykład, gdy sprzeczność z dobrem dziecka powstała dopiero w późniejszym czasie, tj. już po ustaleniu sposobu utrzymywania kontaktów). Dlatego też w prawie polskim przewidziano instytucję ingerencji sądowej w prawo do kontaktów z dzieckiem³⁵⁶.

Na początku należy podkreślić, że instytucja ta może znaleźć zastosowanie jedynie wobec prawa do kontaktów przysługującego rodzicom i dziecku. Natomiast możliwość ingerencji sądu w tę sferę nie rozciąga się na prawo do kontaktów przysługujące dalszym krewnym dziecka. Mianowicie, gdy okaże się, że w konkretnym przypadku kontakt dziecka z jego dalszym krewnym nie jest wskazany, z uwagi na istniejące zagrożenie dla dobra dziecka, to wówczas nie jest potrzebna ingerencja sądu w prawo do kontaktu dalszego krewnego, ponieważ w takiej sytuacji uprawnienie do kontaktu w ogóle nie powstaje. W ramach przypomnienia – prawo do kontaktów dalszych krewnych jest uprawnieniem warunkowym, które powstaje, jedynie gdy taki kontakt jest zgodny z dobrem dziecka³⁵⁷.

W prawie polskim istnieją dwa rodzaje ingerencji sądu w sferę kontaktów z dzieckiem: ograniczenie kontaktów z dzieckiem przez sąd (art. 113² k.r.o.) oraz ich zakazanie przez sąd (art. 113³ k.r.o.).

Przepis art. 113² k.r.o. stanowi, że sąd opiekuńczy ogranicza podtrzymywanie kontaktów rodziców z dzieckiem, gdy wymaga tego dobro dziecka, oraz wskazuje przykładowy katalog sposobów ograniczania kontaktów rodziców z dziećmi. Do metod tych zalicza się m.in. zakazanie przemieszczania dziecka poza jego miejsce stałego pobytu, zezwolenie na spotykanie się z nim wyłącznie w obecności drugiego z rodziców, opiekuna, kuratora sądowego lub innej osoby wskazanej przez sąd czy ograniczenie kontaktów do określonych sposobów „porozumiewania się na odległość”.

W uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy k.r.o. z 2008 r.³⁵⁸ podkreślono, że na rodziców został nałożony obowiązek czynienia należytych starań o to, by kontakty z dzieckiem miały odpowiednią jakość. Jakość ta powinna objawiać się zarówno w postawie rodzica wobec małoletniego, jak i w poglądach prezentowanych przez rodziców.

³⁵⁶ T. Justyński, *Prawo do kontaktów...*, s. 174.

³⁵⁷ Tamże, s. 175.

³⁵⁸ Druk sejmowy nr 888, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/68047150EDDA8EB1C12574B8004D19C7/\\$file/888.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/68047150EDDA8EB1C12574B8004D19C7/$file/888.pdf), s. 40-41.

Zdaniem W. Stojanowskiej, sąd ma współcześnie duże możliwości skutecznego działania wobec wadliwych zachowań rodziców spierających się o dziecko. W przypadku, gdy rodzice wykazują opór co do urzeczywistniania zarządzeń, które wynikają z orzeczonych ograniczeń prawa do kontaktów z dzieckiem, sąd może orzec całkowity zakaz utrzymywania kontaktów z dzieckiem. Można więc stwierdzić, że sąd ma możliwość proporcjonalnego stosowania środków ingerencji w sferę kontaktów z małoletnimi³⁵⁹.

Zgodnie z art. 113³ k.r.o. sąd zakaze utrzymywania kontaktów rodziców z dzieckiem, gdy ich podtrzymywanie poważnie zagraża dobru dziecka lub je narusza. W wielokrotnie już przytaczanym uzasadnieniu do projektu ustawy o zmianie ustawy k.r.o. z 2008 r. zwrócono uwagę na to, że ten rodzaj ingerencji sądu jest niewątpliwie najsurowszym środkiem, jakim dysponuje sąd w celu ochrony dobra dziecka (tak samo – J. Gajda³⁶⁰).

Zdaniem W. Stojanowskiej, które w zupełności podzielam, zakaz utrzymywania kontaktów z dzieckiem ustanawia wyższy stopień odseparowania dziecka od rodzica niż pozbawienie władzy rodzicielskiej³⁶¹. Dlatego też zdaniem SN³⁶², zakazanie kontaktów z dzieckiem powinno być orzekane jedynie w wyjątkowych przypadkach, na przykład gdy utrzymywanie kontaktów zagraża życiu, zdrowiu, bezpieczeństwu dziecka bądź wpływa na nie demoralizująco.

J. Strzebińczyk podkreślał również, iż niedopuszczalne jest zakazywanie rodzicom kontaktów z małoletnim jedynie na czas oznaczony. Uzasadnił to faktem, że w praktyce sądy nie posiadają przecież umiejętności prognozowania co do kwestii, że po ściśle określonym czasie ustanie stan poważnego zagrożenia dobra dziecka lub jego naruszenia³⁶³.

Przykładem orzeczenia, na mocy którego sąd ograniczył jednemu z rodziców kontakty z dziećmi, jest postanowienie SN z 5.05.2000 r.³⁶⁴ W sprawie tej ustalono, że skoro spotkania małoletnich dziewczynek z ojcem wywołują u nich silny stres, rodzają silne napięcia i niepokoje psychiczne, to względ na ich dobro wymaga ograniczeń w spotkaniach.

4. Przymusowa realizacja prawa do kontaktów

Tytułowe zagadnienie tegoż podrozdziału staje się aktualne w sytuacji, gdy kontakt, mimo umownego lub sądowego uregulowania zasad styczności z dzieckiem, natra-

³⁵⁹ W. Stojanowska [w:] *Nowelizacja prawa rodzinnego...*, s. 283-284.

³⁶⁰ J. Gajda, [w:] *Kodeks...*, s. 976.

³⁶¹ W. Stojanowska [w:] *Nowelizacja prawa rodzinnego...*, s. 285.

³⁶² postanowienie SN z 7.11.2000 r., I CKN 1115/00.

³⁶³ J. Strzebińczyk [w:] *System...*, s. 382.

³⁶⁴ postanowienie SN z 5.05.2000 r., II CKN 761/00.

fia na pewne utrudnienia. Wówczas pojawia się wątpliwość, czy w Polsce dopuszcza się możliwość sądowej egzekucji, której przedmiotem byłby kontakt z dzieckiem. Zdaniem T. Justyńskiego, można wyróżnić trzy sytuacje na gruncie wyżej wskazanego problemu. Po pierwsze możemy mieć do czynienia z sytuacją, gdy będzie chodziło o przymusową egzekucję kontaktów rodzica i innych osób uprawnionych wbrew woli dziecka, po drugie – o egzekucję kontaktów wbrew woli rodzica sprawującego bezpośrednio władzę rodzicielską, po trzecie – o egzekucję wbrew woli uprawnionego do kontaktów z dzieckiem³⁶⁵.

Gdy chodzi o pierwszą z wymienionych sytuacji, to należy wskazać, iż w Polsce stosowanie środków przymusu wobec dziecka nie zostało wykluczone. Choć oczywiście można mieć wątpliwości co do celowości takich wymuszonych kontaktów³⁶⁶.

Przeprowadzanie kontaktów wbrew woli rodzica sprawującego bieżącą opiekę nad dzieckiem jest współcześnie powszechnie akceptowane. Zasada ta dotyczy prawa rodziców do kontaktów z dzieckiem, jak i prawa dalszych krewnych³⁶⁷.

Z kolei przymusowa realizacja prawa dziecka do kontaktów z rodzicem uprawnionym i jednocześnie zobowiązanym do kontaktów jest obecnie powszechnie odrzucona. Taka praktyka naruszałaby godność dziecka jako człowieka³⁶⁸.

Do innych „środków przymusu”, poza wspomnianą egzekucją sądową, należą m.in.: możliwość zmiany orzeczenia o powierzeniu władzy rodzicielskiej, roszczenia odszkodowawcze, które mogą zostać przyznane rodzicowi, któremu utrudnia się kontakt z dzieckiem, czy środki karnoprawne³⁶⁹.

Interesującym orzeczeniem, z punktu widzenia omawianego zagadnienia, jest uchwała SN z 28.08.2008 r.³⁷⁰. Wskazano w niej nową drogę egzekucji. Mianowicie SN uznał, że postanowienie dotyczące kontaktów rodziców z dzieckiem, nakazujące wydanie dziecka przez rodzica, któremu powierzono wykonywanie władzy rodzicielskiej oraz zobowiązujące drugiego rodzica do odprowadzenia dziecka, podlega wykonaniu w trybie przepisów o odebraniu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką (art. 598¹ i n. k.p.c.).

³⁶⁵ T. Justyński, *Prawo do kontaktów...*, s. 202.

³⁶⁶ Tamże, s. 210.

³⁶⁷ Tamże, s. 219.

³⁶⁸ T. Justyński, *Prawo do kontaktów...*, s. 203-205.

³⁶⁹ Tamże, s. 202.

³⁷⁰ uchwała SN z 28.08.2008 r., III CZP 75/08.

5. Zagadnienia proceduralne

5.1. Postępowanie cywilne nieprocesowe w sprawach o kontakty z dzieckiem (art. 568-584 k.p.c.)

Zasadą jest, że w sprawach dotyczących się ustalenia kontaktów z dzieckiem pierwszeństwo ma porozumienie rodziców w tym zakresie. Dopiero w razie braku porozumienia rodziców orzeka sąd opiekuńczy. Sąd Najwyższy w jednej ze swych uchwał podkreślił, że postanowienie sądu opiekuńczego, które rozstrzyga sprawy kontaktów z dzieckiem, jest jedynie surogatem porozumienia rodziców i posiada charakter subsydiarny. W związku z tym, gdy rodzice dojdą do porozumienia innej treści niż postanowienie sądu, to orzeczenie to upada³⁷¹.

W braku porozumienia rodziców sprawa o ustalenie, ograniczenie lub zakazanie kontaktów z dzieckiem może zostać wszczęta na wniosek rodzica (rodziców), dziecka (gdy ma zdolność do czynności prawnych – art. 573 § 1 k.p.c.), dalszych krewnych dziecka z art. 113⁶ k.p.c., opiekuna, rodziny zastępczej lub placówki, w której dziecko się znajduje, pod warunkiem, że przyznano jej prawo do reprezentacji dziecka na zasadzie art. 112¹ k.r.o. Postępowanie w sprawie o kontakty może zostać wszczęte także z urzędu (art. 570 k.p.c.)³⁷². Do omawianego postępowania stosuje się przepisy art. 568-584 k.p.c., jednakże z uwzględnieniem przepisów ogólnych dotyczących postępowania nieprocesowego (art. 506-525 k.p.c.) oraz przepisów ogólnych postępowania rozpoznawczego i odwoławczego w procesie³⁷³.

Gdy chodzi o przesłanki decyzji sądu w przedmiocie kontaktów z dzieckiem, to wśród nich wyróżnia się: zgodną wolę rodziców, dobro dziecka oraz rozsądne życzenia dziecka.

Pierwsza z nich została w części omówiona wyżej. W przypadku, gdy rodzice zgodnie ustalili swe kontakty z dzieckiem, orzeczenie sądu jest zastępowane ugodą spisaną do protokołu sądowego, a postępowanie ulega umorzeniu³⁷⁴.

Kolejną okolicznością, którą sąd bierze pod uwagę, orzekając o kontaktach z dzieckiem, jest dobro dziecka. J. Ignaczewski na podstawie sądowej praktyki sformułował kilka wskazówek, które jego zdaniem sąd powinien brać pod uwagę, podejmując decyzję w sprawach o kontakty, m.in.: że żadne z rodziców nie powinno przypisywać sobie na wyłączność pozycji szczególnie uprzywilejowanej względem drugiego z rodziców oraz że dziecko powinno wychowywać się „w środowisku rodzinnym, w duchu

³⁷¹ uchwała SN z 26.08.1955 r., ICO 28/55.

³⁷² J. Ignaczewski [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 241.

³⁷³ J. Ignaczewski [w:] *Komentarz...*, s. 74.

³⁷⁴ Tamże, s. 102.

pokoju, tolerancji i godności”³⁷⁵.

Trzecią przesłankę stanowi konieczność wzięcia pod uwagę przez sąd rozsądnych życzeń dziecka przy ustalaniu sposobu utrzymywania kontaktów z dzieckiem. Wysłuchanie dziecka (art. 576 § 2 k.p.c.) jest dokonywane poza salą posiedzeń sądowych, gdy wysłuchanie to nie jest sprzeczne z jego dobrem, dziecko ma dostateczne rozeznanie co do rodzaju sprawy oraz jego rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości na to pozwala. Z kolei, gdy wymienione przesłanki dla wysłuchania dziecka nie są spełnione, to dziecko może zgłosić swe rozsądne życzenia za pośrednictwem takich osób, jak: kurator sądowy, biegły z RODK, mediator³⁷⁶.

Kolejną szczególną normą dotyczącą postępowania w sprawie o kontakty jest art. 582¹ § 2 k.p.c. Regulacja ta została przyjęta w polskim porządku prawnym pod wpływem prawa międzynarodowego, które ustanowiło wymóg wprowadzenia w prawie krajowym kilku zabezpieczeń wykonywania kontaktów z dzieckiem (art. 10 Konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi z dnia 15.05.2003 r.). Przytoczony przepis przyznaje sądowi opiekuńczemu, który orzeka w kwestii kontaktów z dzieckiem, możliwość nałożenia określonych obowiązków na osoby uprawnione do kontaktu z dzieckiem lub osoby, pod której pieczęć małoletni pozostaje – w celu zapewnienia skutecznego wykonywania tychże kontaktów. Obowiązki te mogą polegać w szczególności na pokryciu kosztów podróży, pobytu dziecka i powrotu do miejsca stałego pobytu dziecka (ten obowiązek ma jedynie charakter honorowy, tj. nie ma ono sankcji egzekucyjnej, lecz niewywiązywanie się z niego może jedynie wpłynąć na orzekanie o kontaktach z dzieckiem w przyszłości)³⁷⁷ czy na odebraniu przyrzeczenia określonego zachowania.

Dodatkowo sąd opiekuńczy, podejmując decyzję w sprawach o kontakty z dzieckiem, posiada prawo w postaci możliwości zagrożenia nakazaniem zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej w razie uzasadnionej obawy naruszenia obowiązków, określonych w postanowieniu o kontaktach (art. 582¹ § 3 k.p.c.). Jednakże należy podkreślić, iż wystarcza zaistnienie uzasadnionej obawy naruszenia obowiązków, o których mowa, by zastosować wskazany przepis, a więc nie musi dojść do ich naruszenia. Zdaniem J. Bodio, wówczas sąd już w postępowaniu rozpoznawczym wdraża pierwszy etap postępowania wykonawczego. Mianowicie pierwszy etap postępowania wykonawczego polega jedynie na zagrożeniu nakazaniem zapłaty (zgodnie z art. 598¹⁵ k.p.c.), a drugi – na nałożeniu obowiązku zapłaty (zgodnie z art. 598¹⁶ k.p.c.)³⁷⁸.

³⁷⁵ J. Ignaczewski [w:] *Komentarz...*, s. 103-104.

³⁷⁶ Tamże, s. 105.

³⁷⁷ J. Gudowski [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Postępowanie rozpoznawcze i zabezpieczające*, pod red. T. Erecińskiego, wyd. 4, tom III, Lexis Nexis, Warszawa 2012, s. 281. (dalej cyt. jako J. Gudowski [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*).

³⁷⁸ J. Bodio [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, pod red. A. Jakubeckiego, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 745 (dalej cyt. jako J. Bodio [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*).

5.2. Postępowanie cywilne nieprocesowe w sprawach dotyczących wykonywania kontaktów z dzieckiem (art. 598¹⁵-598²¹ k.p.c.)

Dawniej wykonywanie powinności wynikających z kontaktów z dzieckiem odbywało się w drodze egzekucji sądowej, prowadzonej w oparciu o art. 1050 i 1052 k.p.c. Sąd egzekucyjny miał prawo nałożyć grzywnę na osobę zobowiązaną (dłużnika) w razie niewykonywania przez nią obowiązków w omawianym zakresie³⁷⁹.

Ustawą z 26.05.2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego³⁸⁰ przepisy dotyczące wykonywania obowiązków wynikających z kontaktów z dzieckiem umiejscowiono w ramach postępowania nieprocesowego. W związku z tym postępowanie dotyczące wykonywania kontaktów z dzieckiem straciło charakter egzekucyjny i stało się postępowaniem opiekuńczym.

Ten sam zabieg legislacyjny zastosowano wobec wykonywania orzeczeń o odebraniu dziecka, jednakże problem ten został już przeze mnie omówiony we wcześniejszej części mej pracy. W tym miejscu należy jednakże zwrócić uwagę na rozgraniczenie stosowania przepisów dotyczących odebrania dziecka od stosowania przepisów regulujących wykonywanie kontaktów z dzieckiem. Pomocna w tym zakresie jest uchwała Sądu Najwyższego, który stwierdził, że przepisy o odebraniu dziecka stosuje się, gdy uprawniony do kontaktu z dzieckiem zatrzymał dziecko przy sobie na stałe lub na okres, którego końca nie da się doraźnie określić. W pozostałych przypadkach z zakresu wykonywania kontaktów z dzieckiem, w tym w sytuacji, gdy uprawniony do kontaktów narusza wyznaczony termin i zatrzymuje dziecko przy sobie niezgodnie z określonymi zasadami – stosuje się przepisy dotyczące wykonywania kontaktów z dziećmi³⁸¹.

Postępowanie dotyczące wykonywania kontaktów z dzieckiem – w przeciwieństwie do postępowania o odebranie dziecka – obejmuje jedynie stadium wykonawcze, a faza rozpoznawcza jest regulowana przez przepisy ogólne o postępowaniu opiekuńczym³⁸².

Omawiane postępowanie może być wszczęte wyłącznie na wniosek, nigdy nie z urzędu (art. 598¹⁸ § 1 k.p.c.). Złożenie wniosku jest również wymagane dla wydania każdego następnego postanowienia, przewidzianego w art. 598¹⁵-598¹⁷ k.p.c. Cechą charakterystyczną tegoż postępowania jest również to, że po wydaniu i uprawomocnieniu się postanowienia w sprawach dotyczących wykonywania kontaktów sąd nie ma możliwości jego zmiany (art. 598²¹ k.p.c.). J. Ignatowicz uzasadnia tę ostatnią regulację

³⁷⁹ J. Gudowski [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 323.

³⁸⁰ Dz.U. Nr 144, poz. 854.

³⁸¹ uchwała SN z 28.08.2008 r., III CZP 75/08.

³⁸² J. Gudowski [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 325.

dobrem dziecka³⁸³ – myślę, że słusznie.

Postępowanie dotyczące wykonywania kontaktów z dzieckiem posiada charakter dwustopniowy. Mianowicie pierwszy etap tegoż postępowania polega jedynie na zagrożeniu nakazaniem zapłaty (zgodnie z art. 598¹⁵ k.p.c.), z kolei drugi – na nałożeniu obowiązku zapłaty (zgodnie z art. 598¹⁶ k.p.c.). Wyjątkowo wdrożenie pierwszego etapu postępowania wykonawczego może nastąpić już w fazie rozpoznawczej. Taka sytuacja ma miejsce przy orzekaniu o kontaktach na zasadzie art. 582¹ § 3 k.p.c., tj. gdy sąd opiekuńczy ma prawo zagrozić nakazaniem zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej w razie uzasadnionej obawy naruszenia obowiązków, określonych w postanowieniu o kontaktach³⁸⁴.

Pierwszy etap omawianego postępowania polega na tym, że sąd ma prawo zagrozić osobie uprawnionej do kontaktów z dzieckiem lub osobie, której tego kontaktu zakazano, lub osobie, pod której pieczę dziecko pozostaje, nakazaniem zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej za każde naruszenie obowiązków (w postaci niewykonywania lub niewłaściwego ich wykonywania), wynikających z orzeczenia albo ugody zawartej przed sądem lub mediatorem, a dotyczących kontaktów z dzieckiem. Zagrożenie nakazem zapłaty określonej sumy przymusowej jest swego rodzaju bodźcem motywującym osobę zobowiązaną do oznaczonego zachowania celem wywarcia na niej pewnej presji. Przepisy nie określają jednak wysokości omawianej sumy pieniężnej, jednakże sąd powinien ją ustalać, biorąc pod uwagę takie kryteria, jak: sytuację majątkową zobowiązanego oraz uprawnionego, rodzaj i charakter niewykonywanego obowiązku czy stopień winy zobowiązanego³⁸⁵.

Zgodnie z art. 598¹⁶ § 1 k.p.c., gdy podmiot, któremu sąd opiekuńczy zagroził nakazaniem zapłaty określonej sumy pieniędzy, nie realizuje w dalszym ciągu swego obowiązku, który wynika z orzeczenia o kontaktach, sąd opiekuńczy nakaże jej zapłatę. W § drugim tegoż przepisu jest mowa o tym, że podobną sankcję stosuje się wobec podmiotu, który naruszył obowiązek wynikający z rozstrzygnięcia o kontaktach. Ważną kwestią na gruncie omawianej instytucji jest to, że prawomocne postanowienie sądu, w którym nakazał on zapłatę oznaczonej sumy pieniędzy, jest od razu tytułem wykonawczym, bez potrzeby nadawania mu „klauzuli wykonalności”.

Moim zdaniem, wprowadzenie przedstawionej sankcji pieniężnej do postępowania dotyczącego kontaktów z dzieckiem jest rozwiązaniem słusznym. Obserwacja spraw, które wpływały i nadal wpływają do kancelarii adwokackiej, w której obecnie pracuję, pozwala mi na sformułowanie następującego wniosku: w wielu sytuacjach, w których dochodzi do niewłaściwego wykonywania ustalonych kontaktów z powodu pomijania przez jednego z rodziców ustalonych spotkań, spóźniania się na nie czy też pojawiania się pod

³⁸³ J. Ignatowicz, [w:] *Kodeks...*, s. 971.

³⁸⁴ J. Gudowski [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 326.

³⁸⁵ Tamże, s. 325-326.

wpływem alkoholu, wskazanym zabiegiem, dyscyplinującym taką osobę, jest właśnie zastosowanie przez sąd dolegliwości finansowej w omówionej postaci. Moją wątpliwość budzi jedynie fakt, że skoro oznaczoną sumę pieniężną zobowiązany ma uiścić na rzecz drugiego z rodziców, to niejednokrotnie może to potęgować już istniejący konflikt między rodzicami, co nie jest pożądane z punktu widzenia dobra dziecka.

6. Europejska Konwencja w sprawie kontaktów z dziećmi z dnia 15.05.2003 r.

6.1. Informacje wstępne

Istnieje wiele instrumentów międzynarodowych dotyczących problematyki kontaktów z dzieckiem. Wśród nich znajduje się Konwencja o Prawach Dziecka z 20.11.1989 r., która w art. 9 przewiduje prawo dziecka, które jest odseparowane od jednego lub obojga rodziców, do „utrzymywania regularnych, osobistych związków i bezpośredniego kontaktu z obojgiem rodziców, chyba że jest to sprzeczne z dobrem dziecka”. Również w art. 10 ust. 2 przytoczonej konwencji ustanawia się prawo dziecka, którego rodzice mają miejsca pobytu w różnych państwach, do „regularnego utrzymywania z każdym z rodziców więzi emocjonalnych i bezpośrednich kontaktów”.

Kolejnym instrumentem międzynarodowym, który traktuje o kontaktach z dzieckiem, jest Karta Praw Podstawowych UE³⁸⁶ (art. 24 ust. 3 Karty). W zakresie zastosowania tegoż przepisu uwzględniono stosunki cywilnoprawne o charakterze transgranicznym, które powstają w związku z faktem utworzenia przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości. Podstawą prawną dla tworzenia tej przestrzeni jest art. 81 TFUE³⁸⁷, który stwarza osobom możliwość swobodnego przemieszczania się i przebywania na obszarze jakiegokolwiek państwa członkowskiego UE. W związku z powyższym prawodawstwo UE przewiduje konkretne uprawnienia, takie jak: prawo do odwiedzin, które umożliwia dzieciom regularne kontakty z obojgiem rodziców niezależnie od tego, czy mieszkają oni na terytorium tego samego państwa członkowskiego³⁸⁸.

Innymi instrumentami międzynarodowymi, traktującymi o kontaktach z dziećmi, są: Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4.11.1950 r.³⁸⁹ (dalej określana mianem Europejskiej konwencji praw człowieka; w szczególności chodzi o art. 8 tejże konwencji), Europejska konwencja o uznawaniu

³⁸⁶ Dz.Urz. UE C z 2007 r. Nr 303, s.1.

³⁸⁷ Dz.Urz. UE C z 2008 r. Nr 115.

³⁸⁸ S. Majkowska-Szulc [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, pod red. A. Wróbla, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 820.

³⁸⁹ Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.

i wykonywaniu orzeczeń dotyczących pieczy nad dzieckiem oraz o przywracaniu pieczy nad dzieckiem z 20.05.1980 r.³⁹⁰, której celem jest wprowadzenie instrumentów prawnych umożliwiających kontakt oraz odzyskanie pieczy nad dzieckiem (w szczególności wywiezionym za granicę) oraz europejska Konwencja w sprawie kontaktów z dziećmi z 15.05.2003 r.³⁹¹ (dalej określana mianem: konwencji w sprawie kontaktów), której celem jest głównie uregulowanie kwestii transgranicznych kontaktów rodziców z dziećmi. W dalszej części moich rozważań szczegółowo omówię jedynie tę ostatnią z uwagi na to, że współcześnie, moim zdaniem, ma ona duże znaczenie ze względu na nasilające się migracje ludności, a tym samym wzrastającą liczbę związków transgranicznych³⁹².

Gdy chodzi o określenie relacji między wyżej wymienionymi instrumentami międzynarodowymi, to w Konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi z dnia 15.05.2003 r. postanowiono, że nie ma ona wpływu na inne instrumenty międzynarodowe, w szczególności nie uchybia ona stosowaniu takich aktów prawnych, jak: Europejskiej konwencji o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń dotyczących pieczy nad dzieckiem oraz o przywracaniu pieczy nad dzieckiem z 20.05.1980 r., Konwencji haskiej z 1980 r. dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę oraz Konwencji haskiej o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci z dnia 19.10.1996 r. Jednakże równocześnie w konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi podkreślono, że w przypadku państw członkowskich UE – stosują one w swych wzajemnych stosunkach zasady prawa wspólnotowego, a więc nie stosują zasad wynikających z konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi, chyba że prawo unijne nie reguluje określonego zagadnienia. (art. 20 konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi).

6.2. Geneza i cele Konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi z 15.05.2003 r.

Konwencję w sprawie kontaktów z dziećmi opracowano w ramach Rady Europy. Konwencja ta została przygotowana przez Komitet Ekspertów Prawa Rodzinnego (CJFA). Polska ratyfikowała tę konwencję w dniu 23.04.2009 r., kiedy to została uchwalona ustawa o ratyfikacji Konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi³⁹³, jednakże nie przedłożyła „dokumentów ratyfikacyjnych”, w związku z czym nie jest nią związana³⁹⁴. Jest to spowodowane tym, że konwencja ma charakter umowy mieszanej, tj.

³⁹⁰ Dz.U. z 1996r., Nr 31, poz. 134.

³⁹¹ Dz.U. z 2009 r., Nr 68, poz. 576.

³⁹² A. Bodnar [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 546.

³⁹³ Dz.U. z 2009 r. Nr 68, poz. 576.

³⁹⁴ A. Bodnar [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 216.

część jej przepisów należy do kompetencji wyłącznej UE, a część – do krajowych kompetencji państw członkowskich. Skutkuje to tym, że wymagana jest zgoda UE na przystąpienie państw członkowskich do tej konwencji, która do dnia dzisiejszego nie została przez Unię wyrażona. W tej sprawie Rzecznik Praw Dziecka Marek Michalak w dniu 27.04.2012 r. zwrócił się do ministra spraw zagranicznych Radosława Sikorskiego z prośbą o poinformowanie, na jakim etapie są prace w zakresie wyrażenia zgody przez UE na związanie się konwencją w sprawie kontaktów z dziećmi przez państwa członkowskie. Pytanie to zostało sformułowane przez RPD w związku ze zgłaszanymi przypadkami konfliktów rodzinnych, związanych z realizacją kontaktów z dzieckiem, w sytuacji gdy rodzic oraz dziecko mieszkają w różnych państwach. Minister spraw zagranicznych przedstawił następującą informację dotyczącą aktualnego stanu prac na forum UE nad przyjęciem konwencji RE w sprawie kontaktów z dziećmi: w 2002 r. Komisja Europejska przedłożyła wniosek dotyczący decyzji Rady w sprawie podpisania przez Wspólnotę Europejską przedmiotowej konwencji, jednakże utrzymujące się rozbieżności uniemożliwiały osiągnięcie kompromisu; w dniu 11.07.2011 r. KE przedstawiła kolejne rozwiązanie kompromisowe, jednakże nie uzyskało ono akceptacji ze strony państw członkowskich; mimo powtarzających się prób rozwiązania tej sytuacji brak jest, w ocenie tegoż ministra, rzeczywistych szans na przełamanie blokady politycznej w Radzie UE oraz na przyjęcie kompromisu w tej sprawie; jednakże równocześnie minister ten zaakcentował, że Polska w dalszym ciągu ma zamiar podejmować starania w celu osiągnięcia porozumienia w Radzie UE w omawianej kwestii³⁹⁵.

W uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o ratyfikacji konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi zwrócono uwagę na potrzebę związania się tą konwencją, która jest konsekwencją procesu otwierania granic oraz nasilenia migracji ludności. W związku z tym, że migracja ta niesie z sobą ryzyko osłabienia więzi rodzinnych, podkreślono, że istnieje silna potrzeba wzmocnienia mechanizmu zabezpieczenia kontaktu dziecka odseparowanego od jednego z rodziców, w tym gdy rodzice i dziecko mieszkają w różnych państwach. Przyjęcie konwencji w sprawie kontaktów ma służyć realizacji tego celu oraz spowoduje podniesienie standardów prawa wewnętrznego w tej kwestii. Wśród prognozowanych skutków jej przyjęcia przez Polskę wymienia się również: ograniczenie liczby uprowadzeń dzieci przez rodziców i innych członków rodziny, wyeliminowanie przypadków uporczywego uniemożliwiania kontaktów z dzieckiem oraz wzmocnianie więzi rodzinnych dzięki ujednoliceniu zasad utrzymywania kontaktów, określeniu środków gwarantujących ich prawidłowe wykonanie i rozszerzeniu kręgu osób, którym prawo do kontaktów będzie przysługiwało³⁹⁶.

³⁹⁵ pismo Rzecznika Praw Dziecka skierowane do Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 27.04.2012 r. – http://www.brpd.gov.pl/wystapienia/wyst_2012_04_27_msz.pdf

³⁹⁶ [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/32077F1E40A1F66AC12574B80052976E/\\$file/895.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/32077F1E40A1F66AC12574B80052976E/$file/895.pdf) – rządowy projekt ustawy o ratyfikacji konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi. Druk nr 895 z dnia 1.08.2008 r., s. 1, 2, 8.

6.3. Ogólne zasady znajdujące zastosowanie do orzeczeń dotyczących kontaktów

Na wstępie chciałam podkreślić, iż kwestie dotyczące kontaktów z dziećmi o charakterze transgranicznym, takie jak: jurysdykcja, prawo właściwe, uznawanie i wykonywanie orzeczeń, zostały już szczegółowo przeze mnie omówione w trzecim i czwartym rozdziale mej pracy. Mianowicie rozporządzenie nr 2201/2003 oraz konwencja haska z 1996 r. regulują wszelkie sprawy dotyczące szeroko ujętej odpowiedzialności rodzicielskiej, a więc w tym: sprawy dotyczące prawa do opieki i prawa do kontaktów z dzieckiem (art. 1 ust. 2 lit. a rozporządzenia nr 2201/2003) oraz sprawy dotyczące pieczy – włącznie z opieką nad osobą dziecka i prawem do decydowania o jego miejscu pobytu, jak również odnoszące się do prawa do osobistej styczności – włącznie z prawem do zabrania dziecka na czas ograniczony „w inne miejsce aniżeli miejsce zwykłego pobytu dziecka” (art. 3 lit. b konwencji haskiej z 1996 r.). Również polska ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym z 2011 r. wprost wskazuje, iż prawo właściwe dla spraw z zakresu władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem określa konwencja haska z 1996 r. (art. 56 ust. 1 ustawy o PPM).

Natomiast konwencja w sprawie kontaktów z dziećmi z 15.05.2003 r. porusza inne, niż wyżej wymienione, zagadnienia dotyczące kontaktów z dzieckiem. Pierwszym z nich są ogólne zasady stosowane do rozstrzygnięć dotyczących kontaktów z dziećmi – na przykład dotyczące kontaktu rodziców z dziećmi oraz kontaktu dalszych krewnych z dziećmi, wykonywania orzeczeń w sprawie kontaktów oraz systemu zabezpieczeń i gwarancji. Innym zagadnieniem, którym zajmuje się opisywana konwencja, są środki dla wspierania i poprawy kontaktów transgranicznych – na przykład w postaci wyznaczenia organów centralnych przez państwa członkowskie, które współdziałają w sprawach związanych z konwencją.

Gdy chodzi o ogólne zasady znajdujące zastosowanie do orzeczeń dotyczących kontaktów, to już w preambule do omawianej konwencji zwrócono uwagę na konieczność przyjęcia przez państwa wspólnych zasad dotyczących kontaktów z dziećmi, głównie po to, by umożliwić stosowanie międzynarodowych regulacji prawnych w tym zakresie. Zasady te zostały przedstawione w przepisach art. 3-10 konwencji. Poniżej omówię jedynie, moim zdaniem, najważniejsze z nich.

Jedną z takich zasad jest przyznanie zarówno rodzicom, jak i dziecku prawa do uzyskania i utrzymywania ze sobą systematycznych kontaktów (art. 4 ust. 1 konwencji). Przepis ten stanowi niejako podstawę dla pozostałych zasad³⁹⁷. Rozwinięcie tej zasady wprowadza art. 4 ust. 3, który stanowi, że normą jest utrzymywanie kontaktu z dziec-

³⁹⁷ [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/32077F1E40A1F66AC12574B80052976E/\\$file/895.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/32077F1E40A1F66AC12574B80052976E/$file/895.pdf) – rządowy projekt ustawy o ratyfikacji konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi. Druk nr 895 z dnia 1.08.2008 r., s. 3.

kiem bez nadzoru, jednakże gdy to jest sprzeczne z dobrem dziecka, to wskazane jest rozważenie wprowadzenia nadzorowanego kontaktu osobistego.

Artykuł 9 konwencji nakłada na państwa-strony konwencji obowiązek podejmowania wszelkich pożądaných środków dla zagwarantowania wykonania orzeczeń w przedmiocie kontaktów. Jednakże obok tegoż obowiązku konwencja zachęca je również do stosowania zabezpieczeń i gwarancji, które mają służyć zapewnieniu wykonania orzeczenia oraz powrotu dziecka do miejsca zwykłego pobytu po upływie okresu kontaktu. Już w preambule niniejszej konwencji przyjęto założenie, że należy zachęcać władze sądowe do zwiększenia zaufania zainteresowanych osób, że po upływie okresu kontaktu dzieci powrócą do miejsca stałego zamieszkania, właśnie poprzez stosowanie omawianych zabezpieczeń i gwarancji. I tak art. 10 konwencji w pierwszej kolejności postanawia, że każde państwo-strona musi ustanowić w swych regulacjach wewnętrznych przynajmniej trzy kategorie zabezpieczeń oraz gwarancji. Natomiast w drugiej kolejności przepis ten do wspomnianych zabezpieczeń i gwarancji zalicza: te, które mają zapewnić wykonanie orzeczeń (na przykład nadzór nad kontaktami, kaucja składana przez podmiot, pod którego pieczę dziecko stale przebywa dla zagwarantowania, że nie przeszkodzi osobie uprawnionej do kontaktu w urzeczywistnieniu tegoż kontaktu, czy nałożenie kary pieniężnej w przypadku odmowy zachowania się zgodnie z orzeczeniem o kontaktach przez podmiot, pod którego pieczę dziecko stale przebywa) oraz te, które mają zapewnić powrót dziecka oraz zapobiec jego bezprawnemu wywiezieniu (na przykład zdeponowanie paszportów lub dokumentów tożsamości, gwarancja finansowa, zabezpieczenie na majątku, zobowiązanie lub przyrzeczenie wobec sądu, zobowiązanie podmiotu realizującego kontakt z dzieckiem do systematycznego zgłaszania się wraz z małoletnim przed właściwy organ). Wszystkie omawiane zabezpieczenia i gwarancje muszą stanowić część orzeczenia o kontaktach lub potwierdzonego porozumienia rodziców.

I tak, w nawiązaniu do art. 10 konwencji, w prawie polskim w art. 582¹ § 2 k.p.c. wymienia się przykładowy katalog zabezpieczeń wykonywania kontaktów z dzieckiem. Ogólnie w Polsce przyjmuje się, że gdy chodzi o koszty uprawnionego do kontaktów, związane z dojazdem i pobytem w czasie i miejscu kontaktu, to zasadniczo obciążają one tegoż uprawnionego. Jednakże, gdy określona osoba naruszyła orzeczenie lub ugodę w zakresie kontaktów, co skutkowało uniemożliwieniem kontaktu osobie uprawnionej, to osoba ta jest zobowiązana do zwrotu wydatków temu, kto je poniósł w związku ze swym prawem do kontaktów z dzieckiem. Rozwiązanie to, zdaniem J. Ignaczewskiego, powinno przyczynić się do wzrostu skuteczności wykonywania orzeczeń dotyczących kontaktów z małoletnimi³⁹⁸.

³⁹⁸ J. Ignaczewski [w:] *Władza rodzicielska*..., s. 254.

6.4. Środki dla wspierania i poprawy kontaktów transgranicznych

Mechanizm współdziałania uprawnionych organów w sprawach kontaktów z dzieckiem o charakterze transgranicznym został uregulowany w artykułach 11-18 konwencji. Współpraca ta jest wykonywana przy udziale, ustanowionych w każdym państwie-stronie konwencji, organów centralnych, których zadania polegają na: udzielaniu informacji o prawie krajowym i stosowanych środkach gwarancyjnych, podejmowaniu działań celem ujawnienia miejsca pobytu małoletniego, przyjmowaniu i przekazywaniu wniosków w sprawach dotyczących się kontaktów z małoletnimi oraz ułatwianiu porozumiewania się uprawnionych organów.

Ważną regulacją prawną dla wspierania i poprawy kontaktów transgranicznych, którą przewidziano w niniejszej konwencji, jest artykuł 14 konwencji. Przepis ten wprowadził zasadę uznawania i wykonywania orzeczeń dotyczących się kontaktów z dziećmi, a wydanych w innych państwach-stronach konwencji.

Artykuł 15 konwencji wprowadza kolejny środek, który ma służyć wspieraniu i poprawie kontaktów transgranicznych, a mianowicie uznając lub stwierdzając wykonalność orzeczenia wydanego w innym państwie-stronie konwencji, organ sądowy określonego państwa-strony konwencji, w którym ma być wykonane orzeczenie w sprawie „kontaktu transgranicznego” może – w razie konieczności – dostosować warunki jego wykonania, aby umożliwić realizację kontaktu z dzieckiem.

Moim zdaniem, jeszcze jeden instrument wymaga podkreślenia. Chodzi konkretnie o środek stosowany w sytuacji braku powrotu dziecka po upływie kontaktu wykonywanego za granicą (art. 16 konwencji). Mianowicie w takim przypadku właściwe organy mają obowiązek zapewnienia natychmiastowego powrotu dziecka poprzez wdrożenie właściwych instrumentów międzynarodowych, skorzystanie z norm prawa wewnętrznego oraz wykonanie zabezpieczeń i gwarancji, jeśli takowe zostały przewidziane w orzeczeniu o kontaktach.

6.5. Kontakty między rodzicami a dziećmi w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Europejski Trybunał Praw Człowieka z siedzibą w Strasburgu orzeka w sprawach praw człowieka określonych w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4.11.1950 r., która została przyjęta w ramach Rady Europy. W Polsce konwencja ta stanowi ratyfikowaną umowę międzynarodową i jest bezpośrednio stosowana oraz ma pierwszeństwo przed krajowymi ustawami zwykłymi (art. 91 ust. 1 i 2 Konstytucji RP). Konwencja ta gwarantuje prawa osobiste,

obywatelskie i polityczne oraz wprowadza mechanizm ich kontroli, który opiera się na instytucji skargi indywidualnej do ETPC oraz nadzorze nad wykonywaniem wyroków ETPC sprawowanym przez Komitet Ministrów Rady Europy. Omawiana konwencja formułuje zasadę subsydiarności, co oznacza, że obowiązek zapewnienia praw i obowiązków, określonych w konwencji, w pierwszej kolejności musi być realizowany przez poszczególne państwa członkowskie, co uzasadnia się tym, że są one lepiej usytuowane do wydawania słusznych i sprawiedliwych decyzji, ponieważ mają bezpośrednią styczność ze stronami sporu. Dlatego też wniesienie skargi do ETPC jest uwarunkowane uprzednim wyczerpaniem wszelkich krajowych środków prawnych. Dodatkowo orzeczenia ETPC wymagają implementacji przez władze krajowe – nad czym czuwa Komitet Ministrów – ponieważ nie posiadają charakteru bezpośrednio wykonalnego³⁹⁹.

Sprawy dotyczące się kontaktów z dzieckiem należą do zakresu przedmiotowego art. 8 EKPC, który ustanawia prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Zdaniem L. Garlickiego, „życie rodzinne” dotyczy zespołu relacji międzyludzkich, wynikających z więzi krwi albo prawa. Relacja między rodzicami i dziećmi zawsze powoduje powstanie domniemania istnienia „życia rodzinnego”. Z kolei podważenie tegoż domniemania wymaga wykazania, że te relacje nie istniały między nimi⁴⁰⁰.

Europejski Trybunał Praw Człowieka w zakresie kontaktów z dzieckiem spełnia dwie podstawowe funkcje. Z jednej strony orzecznictwo ETPC na tle art. 8 Europejskiej konwencji praw człowieka wyznacza określone standardy międzynarodowe w tym zakresie, które z kolei mają wpływ na treść przyjmowanych aktów prawnych dotyczących kontaktów z dziećmi. Z drugiej strony ETPC sprawuje kontrolę nad decyzjami władz krajowych w sprawach dotyczących kontaktów z dzieckiem.

Gdy chodzi o pierwszą z funkcji, to należy zauważyć, iż standardy te ulegają ciągłej ewolucji, w związku z czym konwencję uznaje się za „żywy dokument”, który oddaje charakter zachodzących zmian społecznych i kulturowych na przestrzeni lat⁴⁰¹. Orzecznictwo ETPC w licznych przypadkach stanowiło asumpt do przyjęcia konkretnych postanowień w aktach prawa międzynarodowego. I tak – regulacje dotyczące takich kwestii, jak: zagwarantowanie prawa do utrzymywania kontaktów z dzieckiem, w sytuacji odseparowania dziecka od jednego z rodziców na skutek zamieszkiwania dziecka i rodzica w różnych krajach, czy poszerzenie kręgu osób uprawnionych do kontaktu z dzieckiem (obok rodziców), czy zabezpieczenie wykonania orzeczeń dotyczących kontaktów oraz gwarancje powrotu dziecka po okresie

³⁹⁹ L. Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1-18*, pod red. L. Garlickiego, tom I, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 28-29. (dalej cyt. jako L. Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw...*).

⁴⁰⁰ L. Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw...*, s. 518 i 520.

⁴⁰¹ A. Bodnar [w:] *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, red. J. Ignaczewski, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 518-519 (dalej cyt. jako A. Bodnar [w:] *Władza rodzicielska...*).

kontaktu – zostały przyjęte właśnie pod wpływem nacisków ze strony ETPC w tym zakresie⁴⁰².

Przechodząc do analizy wybranych orzeczeń ETPC w sprawach dotyczących się kontaktów z dzieckiem, na wstępie warto podkreślić, iż Trybunał jednoznacznie przychylił się ku temu, że należy stworzyć i podtrzymywać kontakty między rodzicami i dziećmi oraz że rolą organów krajowych jest podejmowanie odpowiednich środków celem ułatwienia tychże kontaktów⁴⁰³.

W sprawie *Zawadka przeciwko Polsce*⁴⁰⁴ rodzice pozostawali w długoletnim sporze, odbierając sobie wzajemnie dziecko oraz ukrywając swoje miejsce pobytu. Dodatkowo w sposób uporczywy nie wykonywali decyzji sądu. Ojcu najpierw została ograniczona władza rodzicielska z uwagi na lekceważący stosunek do decyzji sądu, a następnie sąd pozbawił go władzy rodzicielskiej z uwagi na spowodowanie zagrożenia dobra dziecka ze względu na ukrywanie dziecka. Następnie matka wyjechała z dzieckiem do Londynu – wbrew woli ojca – co spowodowało zerwanie kontaktu między ojcem a dzieckiem. B. Gronowska, na kanwie tego przypadku, podkreśliła, iż w sprawie tej miały miejsce liczne zaniedbania proceduralne ze strony władz krajowych. Polegały one głównie na braku ich działań, które by motywowały strony do osiągnięcia porozumienia, niezapewnieniu konkretnej pomocy urzędnika sądowego, który powinien udzielić pomocy rodzicom pozostającym w separacji oraz ich dziecku, oraz na braku odpowiedniego wyważenia interesów matki i ojca⁴⁰⁵. Ostatecznie ETPC przyjął w tej sprawie, że na organy władzy krajowej nałożono pozytywne obowiązki (na podstawie art. 8 EKPC), polegające m.in. na zapewnieniu każdemu pomocy, która umożliwiłaby mu skuteczne wykonywanie jego praw, wynikających z władzy rodzicielskiej. Natomiast na gruncie niniejszej sprawy uznano, iż ojciec nie uzyskał należytej mu pomocy prawnej od organów państwa w celu egzekucji orzeczeń sądowych po wyjeździe matki z dzieckiem do Londynu (np. pomocy kuratora).

W sprawie *Zawadka przeciwko Polsce*⁴⁰⁶ zdaniem skarżącego doszło do naruszenia zarówno art. 8 EKPC, z uwagi na brak kontaktu z dzieckiem przez kilka lat, jak i art. 6 EKPC, z uwagi na przewlekłość postępowania sądowego, oraz art. 13 EKPC, z uwagi na brak skutecznego środka odwoławczego. Swoją ostatnią zarzut uzasadnił tym, że jego zdaniem w polskim porządku prawnym nie przewidziano skutecznego środka odwoławczego, który by umożliwił wymuszenie na byłym małżonku umożliwienia kontaktów z dzieckiem drugiemu z rodziców. Istniejące mankamenty prowadzą z kolei do faktycznego braku możliwości wykonywania niektórych orzeczeń, co skutkuje po-

⁴⁰² J. Ignaczewski [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 216.

⁴⁰³ A. Bodnar [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 533.

⁴⁰⁴ wyrok ETPC z 23.06.2005 r. Nr skargi 48542/99.

⁴⁰⁵ B. Gronowska, Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z 23 czerwca 2005 r. w sprawie *Zawadka przeciwko Polsce*, PiP 2005, z. 11, s. 174.

⁴⁰⁶ wyrok ETPC z 20.04.2010 r. Nr skargi 34694/06.

wstaniem ciągłego stanu naruszania art. 13 EKPC. Trybunał podkreślił, iż w sprawie tej, władze krajowe nie udzieliły szybkiej i skutecznej pomocy w realizacji prawa skarżącego do kontaktów z dzieckiem oraz nie podjęły środków, które zachęciłyby strony do współdziałania w zakresie wykonywania kontaktów z dzieckiem.

W jednej ze spraw, tj. w sprawie *Zoltan Nemeth przeciwko Węgrom*⁴⁰⁷, podobnej do wyżej omówionych, ETPC obok tego, że stwierdził naruszenie art. 8 ETPC, to również zasądził na rzecz skarżącego ojca 20 000 euro zadośćuczynienia z uwagi na brak możliwości podjęcia kontaktów z dzieckiem. Cechą szczególną stanu faktycznego, będącego podstawą dla wydania omawianego wyroku, było to, że grzywny nakładane na matkę nie były poddawane egzekucji sądowej, a postępowania wszczynane przez skarżącego były umarzane z uwagi na względy proceduralne.

W sprawie *Volesky przeciwko Czechom*⁴⁰⁸ doszło do naruszenia EKPC w związku z przewlekłością postępowania. ETPC przyznał odszkodowanie ojcu, który przez osiem lat dochodził prawa do kontaktów ze swym dzieckiem z uwagi na to, że jego była żona skutecznie uniemożliwiała mu widzenia z synem, pomimo tego, że ojciec ten miał ustalone widzenia z synem co dwa tygodnie. Skarżący zwracał się o pomoc do wielu instytucji, jednakże urzędnicy nie zdołali przymusić matki do wypełniania postanowień sądu w zakresie kontaktów z dzieckiem poprzez nałożenie kilku grzywien.

Gdy chodzi o drugą ze wspomnianych wyżej funkcji ETPC, to należy zauważyć, że pod pojęciem „interwencji Trybunału” najczęściej rozumie się stwierdzenie przez Trybunał naruszenia przez władze krajowe określonego przepisu EKPC. W sprawach rodzinnych Trybunał zwykle kieruje się zasadą „niezastępowania władz krajowych”. A. Bodnar zwrócił również uwagę na to, że przy orzekaniu w sprawach rodzinnych dopuszczono daleko idące rozbieżności między państwami należącymi do systemu Rady Europy z uwagi na odmienne tradycje dotyczące na przykład ról rodziny w poszczególnych państwach⁴⁰⁹.

Moim zdaniem, swobodny przepływ pracowników, wolność podejmowania zatrudnienia i pobytu w państwach członkowskich UE zachęca współcześnie ludzi do migracji wewnątrz UE, dlatego też problematyka orzekania o kontaktach z dziećmi o charakterze transgranicznym będzie poruszana coraz częściej, w związku z czym wskazane jest, by orzeczenia w sprawie kontaktów z dziećmi były wykonywane w sposób bardziej sprawny i skuteczny niż do tej pory oraz niezależnie od tego, które z państw członkowskich je wydało.

⁴⁰⁷ wyrok ETPC z 14.06.2011 r. Nr skargi 29436/05.

⁴⁰⁸ wyrok ETPC z 8.06.2004 r. Nr skargi 63627/00.

⁴⁰⁹ A. Bodnar [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 544-545.

Rozdział V

Urowadzenie dziecka za granicę

1. Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z dnia 25.10.1980 r.⁴¹⁰

1.1. Geneza i cele

Zwalczanie nielegalnego transferu dzieci jest przedmiotem wielu umów międzynarodowych, do których zalicza się: Konwencję o Prawach Dziecka (art. 11 i 35 KoPD), konwencje zaakceptowane lub uchwalone przez Zgromadzenie Ogólne ONZ (na przykład: Międzynarodowa Konwencja o zwalczaniu handlu kobietami i dziećmi z 30.09.1921 r.⁴¹¹), konwencje uchwalone przez Konferencję Haską Prawa Międzynarodowego Prywatnego (na przykład: Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z dnia 25.10.1980 r. – dalej określana mianem konwencji o uprowadzeniu dziecka) i inne. Należy podkreślić, że wszystkie konwencje dotyczące omawianych spraw powinny być interpretowane zgodnie z postanowieniami Konwencji o Prawach Dziecka⁴¹².

Inicjatorem stworzenia międzynarodowego aktu prawnego dotyczącego uprowadzania dzieci o charakterze transgranicznym był T.B. Smith, pochodzący z Kanady. Przedstawił on swą propozycję na zebraniu Komisji Specjalnej Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego w styczniu 1976 r. Akt ten ostatecznie przyjęto jednomyślnie 24.10.1980 r., a podpisano dzień później. Na dzień dzisiejszy konwencja wiąże 87 państw, a w stosunku do Polski weszła ona w życie 1.11.1992 r. Konwencja ta jest stosowana we wzajemnych relacjach między Polską a 73 państwami, w tym ze wszystkimi państwami członkowskimi UE, Meksykiem, Kanadą, USA etc.⁴¹³. Na posiedzeniu wskazanej Komisji zgodnie uznano, że bardziej skutecznym środkiem ochro-

⁴¹⁰ Dz.U. z 1995 r. Nr 108, poz. 528.

⁴¹¹ Dz.U. z 1925 r. Nr 125, poz. 893.

⁴¹² L. Kociucki [w:] *Konwencja o prawach dziecka...*, s. 354-356.

⁴¹³ L. Kuziak [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 338.

ny dzieci przed negatywnymi konsekwencjami związanymi z jego uprowadzeniem lub zatrzymaniem przez jednego z rodziców jest rozwój międzynarodowej współpracy sądowej niż normowanie kwestii jurysdykcji czy uznawania i wykonywania orzeczeń dotyczących opieki nad dzieckiem. Dlatego też w omawianej konwencji dominują postanowienia dotyczące współpracy sądów i innych organów poszczególnych państw-stron konwencji, a w mniejszym stopniu położono nacisk na regulacje odnoszące się do prawa właściwego czy stwierdzania wykonalności orzeczeń. Współdziałanie organów państw ma zmierzać głównie do ustalenia miejsca pobytu uprowadzonego dziecka, zapewnienia jego powrotu do dotychczasowego rodzica oraz do zapewnienia prawa do opieki i odwiedzin dziecka⁴¹⁴.

Gdy chodzi o przyczyny podjęcia prac nad konwencją o uprowadzeniu dziecka, to były one następujące: rosnąca liczba rodzin, których członkowie mają różne obywatelstwo, oraz rosnąca mobilność rodzin, które utrzymują kontakty zarówno z państwem rodzinnym, jak i z zagranicą, spowodowały, że coraz częściej zaczęło dochodzić do transgranicznego uprowadzania dzieci. W związku z tym podjęto prace nad opracowaniem konwencji międzynarodowej, której głównym celem byłoby zapobieganie skutkom uprowadzania dzieci za granicę. L. Kuziak podkreślił również, iż bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka jest szkodliwe zarówno dla dobra dziecka z uwagi na to, że zostaje ono pozbawione kontaktu ze swym dotychczasowym środowiskiem życia, jak również dla osoby mającej prawo do opieki nad dzieckiem, ponieważ wówczas traci ona możliwość wpływania na proces wychowawczy małoletniego, na rozwijanie jego osobowości oraz na jego sytuację materialną⁴¹⁵.

Na bardzo podobne przyczyny podjęcia prac w celu przygotowania konwencji dotyczącej uprowadzania dzieci za granicę zwrócił uwagę J. Wierciński. Zauważył on, że w czasach, kiedy rodziny powstają i ulegają rozpadowi ponad granicami krajowymi (na przykład w sytuacji, gdy małżonkowie pochodzą z różnych państw i mają różne obywatelstwo), wewnętrzne regulacje poszczególnych państw, dotyczące prawa rodzinnego, w wielu sytuacjach nie zaspakajają potrzeb rodziców i ich dzieci w sposób właściwy. W związku z tym zdecydowano się na podjęcie prac w celu stworzenia regulacji ponadpaństwowej, w postaci konwencji międzynarodowej dotyczącej uprowadzenia dzieci, która jest wspólna dla wszystkich państw-stron⁴¹⁶. Ten sam autor zaakcentował również, że problem nielegalnego transferu dzieci współcześnie występuje coraz częściej z uwagi na istniejącą współcześnie swobodę wyjazdów za granicę⁴¹⁷.

⁴¹⁴ J. Wierciński, *Klauzula ne exeat a prawo do pieczy nad dzieckiem. Cywilnoprawne aspekty uprowadzenia dziecka za granicę*, „Rodzina i Prawo” 2010, nr 16, s. 5-6 (dalej cyt. jako J. Wierciński, *Klauzula ne exeat*...).

⁴¹⁵ L. Kuziak [w:] *Władza rodzicielska*..., s. 338.

⁴¹⁶ J. Wierciński, *Klauzula ne exeat*..., s. 5.

⁴¹⁷ J. Wierciński, *Poważne ryzyko szkody fizycznej lub psychicznej i sytuacja nie do zniesienia. Cywilnoprawne aspekty uprowadzenia dziecka za granicę*, „Studia Prawa Prywatnego”, zeszyt 3(18) z 2010 r., s. 51 (dalej cyt. jako J. Wierciński, *Poważne ryzyko*...).

Co się tyczy celów konwencji, to można wśród nich wyróżnić dwie grupy: cele ogólne oraz szczegółowe, jednakże należy podkreślić, że wszelkie podziały i klasyfikacje pojęć przedstawione na gruncie tematu „celów konwencji” mają charakter umowny.

Do funkcji ogólnych można zaliczyć: funkcję prewencyjną oraz funkcję polegającą na pozbawieniu osoby, która bezprawnie uprowadziła lub zatrzymała dziecko, praktycznych i prawnych skutków jej działania. Funkcja prewencyjna jest realizowana dzięki regulacji z art. 16 konwencji, ponieważ przepis ten stanowi, że organy sądowe lub administracyjne kraju, do którego małoletni został uprowadzony lub w którym je zatrzymano, po otrzymaniu informacji o bezprawnym uprowadzeniu lub zatrzymaniu nie będą mogły podjąć merytorycznej decyzji w kwestii prawa do opieki. Dlatego też dzięki temu unormowaniu osoba, która uprowadziła lub zatrzymała dziecko w innym państwie niż państwo dotychczasowego stałego pobytu dziecka, nie ma prawnej możliwości, by dokonać niejako „zatwierdzenia skutków” swego bezprawnego działania na obszarze „nowego” państwa oraz by uzyskać decyzję od sądów „nowego” państwa, na mocy której przyznano by jej wyłączne prawo do opieki. Z kolei druga z wymienionych funkcji ogólnych jest realizowana dzięki nakazowi zarządzenia powrotu dziecka do państwa, w którym dziecko ma stały pobyt (art. 12 konwencji)⁴¹⁸.

Funkcje szczegółowe zostały wprost wyrażone w art. 1 konwencji, a mianowicie można do nich zaliczyć: efektywne przeciwdziałanie bezprawnym działaniom osoby uprowadzającej lub zatrzymującej dziecko, która narusza w ten sposób prawo innej osoby, instytucji lub organizacji do opieki nad dzieckiem. Z kolei drugim z celów szczegółowych konwencji jest przywrócenie możliwości wykonywania prawa do odwiedzin dziecka osobie, u której dziecko nie przebywa, w sytuacji gdy wykonywanie tegoż prawa zostało jej uniemożliwione lub ograniczone. Urzeczywistnianie obu tych celów następuje za pomocą innych środków prawnych. Pierwszy z nich jest realizowany poprzez nałożenie obowiązku na organy orzekające, zarządzenia niezwłocznego powrotu dziecka do państwa jego stałego pobytu (na podstawie art. 12 konwencji), z kolei drugi – poprzez nałożenie na organy centralne obowiązku współpracy i popierania współpracy między innymi organami w zakresie spraw o ochronę wykonywania prawa do odwiedzin (na zasadzie art. 21 konwencji). W szczególności organy centralne zostały zobowiązane do wszczynania lub ułatwiania wszczynania postępowań sądowych lub administracyjnych celem ochrony wykonywania prawa do odwiedzin⁴¹⁹.

Rola współpracy organów centralnych państw-stron konwencji jest bardzo duża, o czym wyżej wspomniałam. W tym miejscu chciałabym tę myśl rozwinąć o rozważania dotyczące konkretnych postanowień konwencji dotyczących omawianej współpracy. Mianowicie wskazywanie organów centralnych przez państwa-strony konwencji, w celu realizacji obowiązków wynikających z konwencji, następuje na podstawie art.

⁴¹⁸ L. Kuziak [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 341.

⁴¹⁹ Tamże, s. 306-307.

6 ust. 1 konwencji. Z kolei art. 7 konwencji nakłada wprost na te organy obowiązek współdziałania między sobą oraz popierania współpracy między właściwymi władzami (na przykład sądami czy innymi organami państwowymi) w ich państwach również celem realizacji zadań wynikających z omawianej konwencji. W drugiej części przepisu art. 7 konwencji wskazuje przykładowe cele, jakie organy te powinny realizować za pomocą odpowiednich środków w ramach omawianej współpracy; i tak – wymieniono wśród nich na przykład: ustalenie miejsca pobytu dziecka bezprawnie uprowadzonego lub zatrzymanego, zagwarantowanie własnowolnego wydania dziecka lub doprowadzenie do polubownego rozstrzygnięcia konfliktu, przyznanie lub ułatwienie pomocy sądowej i prawnej (łącznie z udziałem adwokata i doradcy prawnego). W Polsce rolę organu centralnego pełni Wydział Prawa Międzynarodowego Ministerstwa Sprawiedliwości⁴²⁰.

M. Kulas zwraca uwagę na to, że jego zdaniem podstawowym celem konwencji jest sformułowanie takich norm, które ułatwiłyby niezwłoczny powrót dziecka do miejsca jego stałego pobytu na wypadek jego bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania. Na gruncie tego ogólnego założenia poczynił on trzy uwagi szczegółowe. W pierwszej kolejności podkreślił, że konwencja nie normuje sytuacji uprowadzeń dzieci o charakterze kryminalnym ani porwań dla okupu, ponieważ dotyczy wyłącznie „cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka”. Po drugie wskazał, że konwencja nie służy do badania prawa do opieki na dzieckiem, lecz jedynie ma gwarantować niezwłoczny powrót dziecka do państwa jego stałego pobytu – jak wskazałam wyżej. Jego zdanie zostało podzielone również przez SN, który stwierdził, że kognicja sądu, w ramach konwencji, nie obejmuje rozstrzygania w kwestii władzy rodzicielskiej⁴²¹. W trzeciej kolejności podniósł, że kluczową rolę na gruncie omawianej konwencji pełni postulat szybkości postępowania, a mianowicie tylko wtedy w prawidłowy sposób chroni się dobro dziecka, gdy postępowanie w sprawie jego powrotu jest prowadzone w jak najszybszy sposób. Postulat ten jest realizowany, zdaniem tegoż autora, dzięki przepisowi art. 11, który zobowiązuje władze sądowe i administracyjne państw-stron konwencji do podjęcia niezwłocznie działań w celu powrotu małoletniego. Moim zdaniem, kolejnym przepisem, który sprzyja realizacji tegoż postulatu, jest art. 2 konwencji, który podkreśla powinność stosowania przez sąd państwa wezwanego najszybszych krajowych procedur, po to, by realizować cele konwencji oraz art. 14 konwencji, który wprowadza pewne ułatwienia na gruncie stwierdzenia, czy doszło do bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dziecka⁴²².

⁴²⁰ L. Kuziak [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 312.

⁴²¹ postanowienie SN z 4.02.1998 r., I CKN 921/97.

⁴²² M. Kulas, *Praktyka stosowania...*, s. 16-17.

1.2. Zakres zastosowania

Konwencja o uprowadzeniu dziecka jest stosowana w przypadku naruszenia prawa do opieki nad dzieckiem lub naruszenia prawa określonej osoby do odwiedzin dziecka w sprawach o charakterze transgranicznym (art. 1 konwencji). Już w tym miejscu rozważań należy podkreślić, że po pierwsze – konwencji nie stosuje się do każdego sposobu naruszenia prawa do opieki, lecz jedynie do takiego, które można zakwalifikować jako „bezpprawne uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka” (o którym mowa w art. 3 konwencji). Instytucję bezpprawnego uprowadzenia oraz zatrzymania dziecka szczegółowo omówię niżej. Po drugie – omawianej konwencji nie stosuje się do przypadków, w których nie narusza się czyjegoś prawa do opieki nad dzieckiem, poprzez przemieszczenie lub zatrzymanie dziecka o charakterze transgranicznym. Przykład ilustrujący drugą z omawianych sytuacji jest następujący: dziadkowie – niebędący jednocześnie rodziną zastępczą dla dziecka – wychowywali je, następnie dziecko to wyjechało do matki mieszkającej za granicą i tam pozostało. W sprawie tej należało przyjąć, że dziadkowie ci nie mieli prawa do opieki nad wnukiem zgodnie z art. 5 lit. a konwencji. Ostatecznie skutkuje to przyjęciem tezy, że nie mają oni również prawa do żądania powrotu dziecka zgodnie z przepisami konwencji. Z kolei co się tyczy naruszenia prawa do odwiedzin, to zasadniczo konwencja znajdzie zastosowanie do sytuacji, w których dochodzi do uniemożliwienia lub ograniczenia osobie uprawnionej wykonywania tegoż prawa⁴²³.

Kolejne przesłanki zastosowania omawianej konwencji – poza wspomnianą już wyżej przesłanką naruszenia prawa do opieki lub prawa do odwiedzin dziecka – są następujące: po pierwsze przemieszczenie dziecka musi nastąpić na terytorium państwa-strony konwencji (zgodnie z art. 1 lit. a konwencji), po drugie, konwencja może znaleźć zastosowanie jedynie do dziecka, które nie ukończyło 16. roku życia oraz miało miejsce stałego pobytu w państwie-stronie konwencji bezpośrednio przed naruszeniem prawa do opieki lub do odwiedzin (art. 4 konwencji). Dlatego też, gdyby doszło do zabrania dziecka z miejsca jego stałego pobytu, które znajdowało się w państwie niebędącym stroną konwencji, to konwencja nie mogłaby znaleźć zastosowania, nawet gdyby dziecko pochodziło z państwa-strony konwencji⁴²⁴. Po trzecie, konwencja może znaleźć zastosowanie jedynie do przypadków naruszenia prawa do opieki lub do odwiedzin o charakterze transgranicznym, które zaistniały po jej wejściu w życie w stosunkach między konkretnymi państwami-stronami (art. 35 konwencji). Innymi słowy, należy ustalić, czy w chwili uprowadzenia lub zatrzymania dziecka obowiązywała konwencja o uprowadzeniu dziecka we wzajemnych relacjach pomiędzy państwem stałego pobytu dziecka a państwem, do którego uprowadzono dziecko lub je zatrzymano.

⁴²³ L. Kuziak [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 339.

⁴²⁴ M. Kulas, *Praktyka stosowania...*, s. 17.

Zdaniem L. Kuziaka, można wyróżnić przedmiotowy i podmiotowy zakres stosowania omawianej konwencji. Co się tyczy pierwszego z nich, to należy zauważyć, że przedmiotem konwencji jest zagwarantowanie poszanowania prawa do opieki i do odwiedzin dziecka oraz niezwłocznego powrotu dzieci bezprawnie uprowadzonych lub zatrzymanych (art. 1 konwencji). Tak więc przedmiotem ochrony, który został objęty przepisami konwencji, są: prawo osoby, instytucji lub innej organizacji do sprawowania opieki nad dzieckiem oraz prawo osoby do odwiedzin dziecka. Na marginesie należy zaznaczyć, że państwo, z którego pochodzi wniosek o powrót dziecka albo o ochronę wykonywania prawa do odwiedzin, określane jest mianem „państwa wzywającego”, z kolei państwo, do którego skierowany jest opisany wniosek, nazywa się „państwem wezwany” (art. 11 zd. 2 konwencji).

Gdy chodzi o zakres podmiotowy stosowania omawianej konwencji, to należy podkreślić, że pojęcie dziecka użyte w konwencji o uprowadzeniu dziecka ma węższy zakres niż w innych konwencjach haskich (na przykład w konwencji z 1996 r. o odpowiedzialności rodzicielskiej). Wynika to z przyjętego założenia przez autorów konwencji, że dziecko powyżej szesnastego roku życia jest już w stanie przyjąć własne stanowisko co do miejsca swego zamieszkania i że należy to zdanie wziąć pod uwagę. Nie sposób nie zauważyć, że omawiana konwencja nie odwołuje się w ogóle do obywatelstwa dziecka, dlatego też obowiązek zarządzenia powrotu dziecka bezprawnie uprowadzonego spoczywa na danym organie, bez względu na obywatelstwo dziecka. Ważne jest jedynie to, by dzieci miały stały pobyt w państwie-stronie konwencji bezpośrednio przed ich uprowadzeniem⁴²⁵.

1.3. Prawo do opieki nad dzieckiem

1.3.1. Według konwencji

Wspomniałam wyżej, że konwencja o uprowadzeniu dziecka jest stosowana m.in. w przypadku naruszenia prawa do opieki nad dzieckiem w sprawach o charakterze transgranicznym, które można zakwalifikować jako bezprawne uprowadzenie dziecka lub jego zatrzymanie. (art. 1 i 3 konwencji). W tym miejscu pracy należy omówić kwestię, co należy rozumieć pod autonomicznym pojęciem „prawa do opieki nad dzieckiem” w rozumieniu konwencji oraz jakie są relacje między prawem do opieki w świetle konwencji a prawem do opieki według prawa krajowego.

Zgodnie z art. 5 lit. a konwencji, prawo do opieki obejmuje „prawo dotyczące opieki nad osobą dziecka, w szczególności prawo do decydowania o miejscu pobytu dziecka”. Dlatego też kwestia ochrony majątku dziecka nie jest regulowana przepisami

⁴²⁵ L. Kuziak [w:] *Władza rodzicielska* ..., s. 344-345.

konwencji o uprowadzeniu dziecka. Z kolei artykuł 3 ust.1 lit. a konwencji wprowadził zasadę, że to, czy wnioskodawcy przysługuje prawo do opieki, ocenia się na podstawie przepisów prawa państwa, w którym dziecko posiadało miejsce stałego pobytu bezpośrednio przed bezprawnym uprowadzeniem lub zatrzymaniem. Wzajemne relacje między prawem do opieki w świetle konwencji i prawem do opieki w rozumieniu prawa krajowego opisał sąd angielski w jednym ze swych orzeczeń⁴²⁶. Wskazał on, że na gruncie stwierdzenia, czy doszło do bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dziecka, ważne jest to, czy prawo do opieki przyznane w oparciu o przepisy prawa krajowego mieści się w pojęciu „prawo do opieki” w rozumieniu konwencji. Dlatego też sąd orzekający w sprawie powrotu dziecka w pierwszej kolejności ustala, czy wnioskodawca ma prawo do opieki nad dzieckiem zgodnie z prawem państwa stałego pobytu dziecka, a następnie, czy jego prawo wchodzi w zakres pojęcia „prawo do opieki” w rozumieniu art. 5 lit. a konwencji⁴²⁷.

Ustalenie, czy wnioskodawcy przysługuje prawo do opieki, nie jest prostym zadaniem. Dodatkowo sprawę komplikuje fakt istnienia rozbieżnych stanowisk w doktrynie i orzecznictwie w kwestii, czy prawo do odwiedzin, zabezpieczone tzw. klauzulą *ne exeat order*, jest prawem do opieki, czy nie. Klauzula ta występuje zwłaszcza na gruncie systemu prawnego *common law*⁴²⁸.

J. Wierciński definiuje klauzulę *ne exeat order* jako prawo sprzeciwu w kwestii wyjazdu dziecka za granicę, przyznane rodzicowi, któremu sąd nie przyznał prawa do opieki nad dzieckiem, lecz przyznał mu jedynie prawo do odwiedzin⁴²⁹.

Przedmiotem niniejszych rozważań będzie więc to, czy rodzic, który posiada prawo do odwiedzin zabezpieczone klauzulą *ne exeat order*, może liczyć na podniesienie przyznanego mu prawa do odwiedzin do rangi prawa do opieki w rozumieniu konwencji, a tym samym, czy umożliwia się rodzicowi niesprawującemu pieczy wnoszenie o powrót dziecka w przypadku jego uprowadzenia lub zatrzymania za granicą. Zgodnie z pierwszym stanowiskiem w tej kwestii, orzeczenie o przyznaniu opieki, które zabrania rodzicowi mającemu prawo do opieki wyjazdu za granicę z dzieckiem, bez zgody drugiego rodzica, posiadającego jedynie prawo do odwiedzin (innymi słowy, chodzi tu o orzeczenie, które zawiera klauzulę *ne exeat order*) – nadaje prawu do odwiedzin rangę prawa do opieki. W orzecznictwie międzynarodowym dominuje właśnie to stanowisko, a tytułem przykładu można przytoczyć orzeczenie w sprawie *C v. C* z 1989 r.⁴³⁰. Stan faktyczny wyglądał następująco: zostało zawarte małżeństwo między Angielką i Australijczykiem; małżeństwo po ślubie zamieszkało w Australii; z tegoż związku narodził

⁴²⁶ 2 ALL E.R. 465 (1989), Baza INCADAT, HC/E/UKe 34.

⁴²⁷ L. Kuziak [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 378-379.

⁴²⁸ Tamże, s. 380-381.

⁴²⁹ J. Wierciński, *Klauzula ne exeat...*, s. 12.

⁴³⁰ *C v. C* (1989) 1 W.L.R. 654 (Eng. C.A. 1989).

się syn; sąd rozwodowy przyznał opiekę matce, jednakże w swym orzeczeniu jednocześnie ustalił, że żaden z małżonków nie może wyjechać z ich wspólnym dzieckiem za granicę bez zgody drugiego rodzica. Matka złamała ten zakaz i wyjechała z synem do Anglii. Następnie sąd angielski zarządził powrót dziecka, na wniosek ojca, ponieważ uznał, że ojcu przysługiwało prawo do opieki w rozumieniu konwencji.

Z kolei według drugiego stanowiska w tej kwestii, prawo do odwiedzin, nawet zabezpieczone klauzulą *ne exeat order*, nie jest prawem do opieki w rozumieniu konwencji⁴³¹. Tytułem przykładu można przytoczyć sprawę *Croll v. Croll*⁴³². W sprawie tej sąd w Hongkongu przyznał wyłączną opiekę nad dzieckiem matce, z kolei ojcu przyznał prawo do kontaktów zabezpieczone klauzulą *ne exeat order*, tym samym zakazując wyjazdu dziecka za granicę bez zgody ojca. Matka złamała ten zakaz i przenieśli się wraz z dzieckiem do Nowego Jorku, wbrew woli ojca. Ojciec wszczął postępowanie przed sądem amerykańskim o nakazanie powrotu dziecka. Sąd amerykański w pierwszej instancji uznał, że ojciec miał prawo do opieki w rozumieniu art. 5 lit. a konwencji, z uwagi na zawartą klauzulę, a więc miał prawo żądać powrotu dziecka. Jednakże sąd amerykański drugiej instancji zajął stanowisko przeciwne i odmówił powrotu dziecka.

Moim zdaniem, bardziej korzystnym stanowiskiem, z punktu widzenia dobra dziecka i interesów osób uczestniczących w postępowaniu o powrót dziecka, jest pierwsze z wymienionych stanowisk. Mianowicie klauzula *ne exeat order* pozwala na zagwarantowanie dziecku oraz rodzicowi nieposiadającemu prawa do opieki prawa do utrzymywania ze sobą systematycznych kontaktów.

W związku z tym, że ustalenie przez sąd, czy wnioskodawca posiada prawo do opieki, nie jest zabiegiem łatwym, przewidziano pewne ułatwienie dla sądu orzekającego. Mianowicie, zgodnie z art. 15 konwencji, sąd państwa wezwanego może zażądać od wnioskodawcy złożenia orzeczenia lub oświadczenia, które będzie pochodziło od władz państwa stałego pobytu oraz które będzie stwierdzało, że uprowadzenie lub zatrzymanie było bezprawne w rozumieniu art. 3 konwencji.

1.3.2. W prawie polskim

Jak już wspomniano wyżej, artykuł 3 ust. 1 lit. a konwencji wprowadził zasadę, że to, czy wnioskodawcy przysługuje tak w ogóle prawo do opieki, ocenia się na podstawie przepisów prawa państwa, w którym dziecko miało miejsce stałego pobytu bezpośrednio przed bezprawnym uprowadzeniem lub zatrzymaniem. Prawo do opieki, o którym mowa w tymże artykule, może wynikać w szczególności z mocy prawa, z orzeczenia sądowego lub administracyjnego (z zastrzeżeniem, że w Polsce orzeczenie administracyjne nie może być źródłem prawa do opieki) lub ugody, mającej moc prawną w świetle przepisów ustawodawstwa tegoż państwa. Na gruncie prawa polskiego odpowiednikiem „prawa do opie-

⁴³¹ J. Wierciński, *Klauzula ne exeat...*, s. 20 – autor ten jest zwolennikiem drugiego stanowiska.

⁴³² 229 F3d 133 (2000), Baza INCADAT, HC/E/Usf 313.

ki” w znaczeniu konwencyjnym jest prawo do pieczy nad osobą dziecka, o którym mowa w art. 96 § 1 k.r.o. Dlatego też, wbrew pierwszemu skojarzeniu, nie można utożsamiać prawa do opieki w ujęciu konwencyjnym z instytucją prawa opiekuńczego, występującą w prawie polskim, którą określa się mianem „opieki”⁴³³.

Pojęcie „pieczy” nie jest wprost zdefiniowane w prawie polskim. Zgodnie z przepisami k.r.o. w skład władzy rodzicielskiej wchodzi głównie piecza nad osobą dziecka oraz piecza nad jego majątkiem (art. 95 § k.r.o.). Z punktu widzenia uprowadzenia dziecka znaczenie ma jedynie pierwszy z wymienionych rodzajów pieczy. W skład pieczy nad osobą dziecka wchodzi bardziej szczegółowe elementy, takie jak: wychowanie i kierowanie dzieckiem – tu chodzi głównie o dbałość o rozwój fizyczny i psychiczny dziecka oraz o troskę o jego zdrowie, wykształcenie oraz kształtowanie sytuacji prawnej dziecka – gdzie największe znaczenie mają uprawnienia rodziców, takie jak: decydowanie o miejscu pobytu dziecka, innym niż miejsce jego zamieszkania, nadanie imienia dziecku⁴³⁴.

Miejsce, w którym przebywa dziecko, ma ogromne znaczenie dla rodziców, m.in. z punktu widzenia możliwości uczestniczenia przez nich w procesie wychowawczym swego potomstwa. Stąd też, gdy jeden z rodziców zostanie pozbawiony tej możliwości, wskutek uprowadzenia dziecka lub jego zatrzymania, to rodzic ten równocześnie traci realną możliwość decydowania o jego należytym wychowaniu⁴³⁵. Dlatego też chciałabym zwrócić uwagę na zagadnienie dotyczące kręgu osób uprawnionych, na gruncie prawa polskiego, do decydowania o miejscu pobytu dziecka.

Na wstępie należy przypomnieć, że w świetle prawa polskiego czym innym jest miejsce zamieszkania dziecka, a czym innym miejsce jego pobytu (szczegółowe uwagi w tym zakresie poczyniłam w pierwszym rozdziale mej pracy), z kolei w tym miejscu zajmę się jedynie kwestiami tyżącymi się pojęcia „miejsce pobytu dziecka”.

Zasadniczo prawo do decydowania o miejscu pobytu dziecka mają oboje rodziców, gdy przysuguje im w pełni władza rodzicielska, ponieważ jednym z elementów władzy rodzicielskiej jest piecza nad osobą dziecka (art. 93 § 1 k.r.o. i art. 95 § 1 k.r.o.). Samodzielne wykonywanie władzy rodzicielskiej przez obojga rodziców to ustawowy model wykonywania władzy rodzicielskiej, który jednak może ulec modyfikacji. Wówczas należy pamiętać o innych zasadach przy ustalaniu kręgu osób uprawnionych w opisywanej sytuacji. Pierwszy przypadek może objąć sytuację, gdy sąd polski powierzył wykonywanie władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców, ograniczając tę władzę drugiemu z nich do współdecydowania z drugim rodzicem o miejscu pobytu dziecka (na zasadzie art. 58 § 1a k.r.o. lub art. 107 § 2 k.r.o.). Wówczas tak określone uprawnienie

⁴³³ E. Holewińska-Lapińska, *Urowadzenie dziecka za granicę a „prawo do opieki” w prawie polskim*, „Jurysta” 1999, nr 10-11, s. 31 (dalej cyt. jako E. Holewińska-Lapińska, *Urowadzenie dziecka...*).

⁴³⁴ T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, wyd. 5, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 219-221.

⁴³⁵ L. Kuziak [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 383.

rodzica posiadającego ograniczoną władzę rodzicielską stanowi wystarczającą podstawę do żądania powrotu dziecka do Polski, zgodnie z przepisami konwencji o uprowadzeniu dziecka. Drugi przypadek może zajść, gdy sąd polski ograniczył władzę rodzicielską na zasadzie art. 109 k.r.o. Takie orzeczenie sądu również może mieć wpływ na kształt uprawnień rodziców do określenia miejsca pobytu swego dziecka. Sposób, w jaki ono wpływa na omawiane uprawnienie rodziców, jest zależny od treści konkretnego rozstrzygnięcia sądu. I tak, gdy sąd zdecyduje się, by umieścić dziecko w rodzinie zastępczej, placówce opiekuńczo-wychowawczej, rodzinnym domu dziecka, zakładzie poprawczym lub powierzy tymczasowo pełnienie funkcji rodziny zastępczej małżonkom lub osobie, niespełniającym warunków dotyczących rodzin zastępczych (zgodnie z art. 109 § 2 pkt 5 k.r.o.), to równocześnie wyłączy w ten sposób uprawnienie rodziców do decydowania o miejscu pobytu dziecka, albowiem prawo to nabędą odpowiednio: rodzice zastępczy, dyrektor placówki opiekuńczo-wychowawczej lub innej placówki. W związku z powyższym to właśnie te osoby, a nie rodzice, będą legitymowane do tego, by żądać powrotu dziecka w przypadku jego bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania⁴³⁶.

Również ocenę, czy doszło do naruszenia prawa do opieki, które można kwalifikować jako bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka, trzeba dokonać na podstawie przepisów prawa państwa, w którym dziecko miało miejsce stałego pobytu bezpośrednio przed bezprawnym uprowadzeniem lub zatrzymaniem (zgodnie z art. 14 konwencji). A dokładniej przepis ten uprawnia sąd państwa wezwanego do wzięcia bezpośrednio pod uwagę przepisów prawa dotyczących się prawa do opieki, które obowiązują w państwie stałego pobytu dziecka oraz orzeczeń o opiece uznanych lub nie uznanych, które są w mocy w tymże państwie. Przywołany przepis tworzy formalną podstawę prawną do tego, by zastosować prawo państwa stałego pobytu dziecka, bez potrzeby odwoływania się do szczególnego trybu postępowania, przewidzianego w prawie państwa wezwanego, dla stwierdzania właściwości tegoż prawa (w Polsce taki tryb przewiduje art. 1143 k.p.c.) oraz bez potrzeby nawiązywania do trybów właściwych dla uznania zagranicznych orzeczeń. Widać więc wyraźnie, w jakim celu wprowadzono do konwencji tę regulację, a mianowicie celem największego skrócenia postępowania o powrót dziecka⁴³⁷.

I tak – w prawie polskim wyróżnia się pięć podstawowych przypadków, w których możemy mieć do czynienia z naruszeniem prawa do opieki w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. a konwencji⁴³⁸. Pierwszy taki przypadek ma miejsce, gdy obojgu rodzicom przysługuje pełna władza rodzicielska, jednakże jeden z nich, wbrew woli drugiego,

⁴³⁶ L. Kuziak [w:] *Władza rodzicielska*..., s. 384-386.

⁴³⁷ Tamże, s. 352.

⁴³⁸ E. Holewińska-Lapińska [w:] *Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę a przepisy prawa polskiego*, Warszawa 1999, s. 27-28.

zmienił miejsce pobytu dziecka. Dochodzi wówczas do naruszenia omawianego prawa do opieki, ponieważ zmiana miejsca pobytu dziecka jest „istotną sprawą dziecka” w rozumieniu art. 97 § 2 k.r.o., dlatego też rodzice muszą wspólnie zdecydować o zmianie miejsca pobytu wspólnego dziecka, a w braku ich porozumienia – rozstrzyga sąd opiekuńczy. Drugi przypadek zajdzie, gdy jeden z rodziców ma pełną władzę rodzicielską, z kolei drugi – ograniczoną na zasadzie art. 58 § 1a k.r.o. lub art. 107 § 2 k.r.o. do współdecydowania o miejscu pobytu dziecka, jednakże rodzic mający pełną władzę rodzicielską zmieni miejsce pobytu dziecka, bez porozumienia się z drugim z nich. Trzeci przypadek obejmuje sytuację, gdy jeden z rodziców ma pełną władzę rodzicielską, z kolei drugi – ograniczoną na zasadzie art. 109 k.r.o., przy założeniu, że ograniczenie to nie pozbawia go prawa do współdecydowania o miejscu pobytu dziecka, jednakże rodzic mający pełną władzę rodzicielską zmieni miejsce pobytu dziecka, bez porozumienia się z drugim z nich. Kolejny przypadek przedstawia się następująco: rodzic ma ograniczoną władzę rodzicielską na zasadzie art. 109 k.r.o. przez umieszczenie dziecka w rodzinie zastępczej lub w innych placówkach i dokonuje zmiany miejsca pobytu dziecka. Piąty, ostatni przypadek dotyczy zmiany miejsca pobytu dziecka przez rodzinę zastępczą, dyrektora placówki opiekuńczo-wychowawczej etc., jednakże bez uzgodnienia z sądem.

1.3.3. Sprawy o powrót dziecka

Postępowanie w sprawie o powrót dziecka, które zostało bezprawnie uprowadzone lub zatrzymane, toczy się na wniosek legitymowanego podmiotu. Krąg osób uprawnionych do złożenia tegoż wniosku został określony stosunkowo szeroko, tj. uprawnienie to przyznano każdej osobie, instytucji lub innej organizacji, która twierdzi, że dziecko uprowadzono lub zatrzymano z naruszeniem prawa do opieki (art. 8 konwencji). Przepis ten określa również wymogi formalne stawiane wnioskowi o powrót dziecka. Zdaniem M. Kulasa, użyty w tej regulacji zwrot „wszelkie dostępne informacje” wskazuje na to, że w przypadku, gdy określone dane nie są dostępne dla wnioskodawcy (na przykład na skutek wywiezienia dziecka do miejsca nieznanego wnioskodawcy), to wniosek, który nie zawiera tychże danych, nie powinien zostać odrzucony⁴³⁹.

L. Kuziak zwraca uwagę na to, że w praktyce istotnymi informacjami podawanymi w tymże wniosku są: data urodzenia dziecka – z uwagi na to, że dzięki temu łatwiej będzie ustalić miejsce pobytu dziecka przy pomocy odpowiednich rejestrów oraz informacje dotyczące miejsca pobytu dziecka. Z kolei gdy chodzi o dokumenty dołączane do wniosku, które mają duże znaczenie w praktyce, to należy wśród nich wymienić: fotografię dziecka oraz dokument poświadczający uprawnienie wnioskodawcy do opieki nad dzieckiem. Wnioskodawca ma również obowiązek wskazania źródła prawa

439 M. Kulas, *Praktyka stosowania...*, s. 19.

do opieki w postaci prawa stanowionego, orzeczenia sądowego lub administracyjnego albo umowy zawartej między rodzicami. Ostatni z wymienionych załączników może przybrać formę na przykład opinii przygotowanej przez adwokata lub radcę prawnego, która będzie dotyczyła omawianego prawa wnioskodawcy, przysługującego mu zgodnie z prawem miejsca stałego pobytu dziecka (art. 8 ust. 2. lit. f)⁴⁴⁰.

Konwencja ustanawia dwa tryby złożenia wniosku o powrót dziecka, a mianowicie – wnioskodawca może się z nim zwrócić bądź do organu centralnego państwa stałego pobytu dziecka lub organu centralnego każdego innego państwa-strony (art. 8 ust. 1 konwencji), bądź też bezpośrednio do sądu państwa wezwanego (art. 29 konwencji). Pierwszy z przytoczonych trybów pozwala wnioskodawcy wybrać ten organ centralny, który w jego przekonaniu w sposób najbardziej skuteczny może zapewnić bezzwłoczny powrót dziecka. Z opisywanym uprawnieniem wnioskodawcy nierozdzielnie wiąże się obowiązek organu centralnego – który otrzymał omawiany wniosek, przy równoczesnym założeniu, że dziecko nie przebywa na obszarze państwa, na teren którego wpłynął wniosek, lecz przebywa w innym państwie-stronie konwencji – dotyczący przesłania tegoż wniosku do organu centralnego państwa-strony, w którym dziecko faktycznie przebywa, lub istnieją przesłanki ku temu, by twierdzić, że tam przebywa (art. 9 konwencji). Z kolei, gdy wnioskodawca zdecyduje się na skorzystanie z drugiego z zagwarantowanych konwencją trybów przekazywania wniosków o powrót dziecka, to równocześnie spowoduje to wyłączenie kompetencji do działania ze strony organów centralnych na podstawie art. 7 i n. konwencji⁴⁴¹.

I tak – odpowiednio organ centralny państwa albo władza sądowa lub administracyjna danego państwa mają obowiązek podjęcia niezwłocznych działań, zmierzających do powrotu dziecka (art. 10 i 11 konwencji). Gdy władze sądowe lub administracyjne w ciągu sześciu tygodni od chwili wpływu wniosku nie powezmą stosownych działań, to zarówno wnioskodawca, jak i organ centralny państwa wezwanego mogą domagać się zaprezentowania przyczyn zwłoki. Należy jednakże podkreślić, że prawo to nie określa dozwolonego czasu trwania postępowania przed sądem, lecz ma wyłączenie wydzwięk dyscyplinujący⁴⁴².

Gdy chodzi o dane statystyczne dotyczące wniosków przygotowywanych w trybie konwencji o uprowadzeniu dziecka, to w 2012 r. do Polski wpłynęło 76 wniosków, z czego najwięcej pochodziło z Wielkiej Brytanii i Niemiec, a z Polski wysłano ich 77, w tym najwięcej z nich przesłano do Wielkiej Brytanii i Niemiec, zgodnie z kilkuletnią już tendencją⁴⁴³.

⁴⁴⁰ L. Kuziak [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 360-361.

⁴⁴¹ Tamże, s. 364.

⁴⁴² M. Kulas, *Praktyka stosowania...*, s. 18.

⁴⁴³ Informacje ze strony Ministerstwa Sprawiedliwości – <http://bip.ms.gov.pl/pl/ministerstwo/wspolpraca-miedzynarodowa/konwencja-haska-dot-uprowadzenia-dziecka/>

W przypadku spełnienia łącznie wszystkich przywołanych warunków władza sądowa lub administracyjna państwa wezwanego musi rozważyć, czy zarządzić powrót dziecka (zgodnie z art. 12 ust. 1 i 2 konwencji), czy odmówić zarządzenia powrotu dziecka (na podstawie art. 12 ust. 2, art. 13 ust. 1 lit. a, art. 13 ust. 1 lit. b., art. 13 ust. 2, art. 20 konwencji).

Regulacja zawarta w przepisie art. 12. ust. 1 konwencji jest oparta na założeniu, że bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka jest sprzeczne z dobrem dziecka, dlatego też zapewnienie szybkiego powrotu dziecka do miejsca jego stałego pobytu jest zgodne z jego dobrem. Jest to uzasadnione tym, że wówczas przywraca się dziecku środowisko, w którym dotychczas funkcjonowało⁴⁴⁴. Zgodnie z przytoczoną regulacją sąd (lub władza administracyjna) państwa, w którym faktycznie przebywa dziecko, zasadniczo zarządza powrót dziecka, zarówno w sytuacji, gdy nie minął jeden rok od momentu uprowadzenia lub zatrzymania dziecka, jak i w sytuacji, gdy ten jeden rok upłynął – w chwili wpłynięcia wniosku do władzy sądowej lub administracyjnej państwa miejsca faktycznego pobytu dziecka. Jednakże w drugiej z przytoczonych sytuacji – w art. 12 ust. 2 konwencji – przewidziano wyjątek, stanowiący jedną z podstaw odmowy zarządzenia wydania dziecka, o którym będzie mowa niżej. L. Kuziak wyraźnie podkreśla, że okres jednego roku liczy się od chwili uprowadzenia lub zatrzymania dziecka do chwili wpływu wniosku do sądu, a nie do organu centralnego. Dlatego też, gdy wniosek o powrót dziecka zostanie skierowany do organu centralnego państwa wezwanego, a następnie zostanie przesłany do właściwego sądu, jednakże stanie się to po upływie rocznego terminu, to osobie niewyrażającej zgody na wydanie dziecka, przysługuje zarzut z art. 12 ust. 2 konwencji w postaci zaadaptowania się dziecka do nowego środowiska.⁴⁴⁵

Tematyka podstaw odmowy powrotu dziecka jest problematyką bardzo obszerną, znacznie wykraczającą poza ramy niniejszej pracy, dlatego też ograniczę się jedynie do przedstawienia najważniejszych zagadnień w tym zakresie.

Pierwszy wyjątek od zarządzenia powrotu dziecka został przewidziany w art. 12 ust. 2 konwencji, zgodnie z którym w sytuacji, gdy dziecko przystosowało się już do swojego nowego środowiska, po upływie jednego roku od jego przemieszczenia, sąd nie ma obowiązku nakazania wydania dziecka. Użyty w tym przepisie zwrot „przystosowanie się do nowego środowiska”, zdaniem Specjalnej Komisji Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego, która odbyła się w 1993 r., może być rozumiany w dwojaki sposób: zgodnie z pierwszym stanowiskiem, dla przyjęcia wniosku, że dziecko zaadaptowało się do nowego otoczenia, wymaga się, by dziecko nawiązało stałe więzi społeczne na różnych polach (na przykład takich, jak: edukacja, rekreacja czy relacje z grupami rówieśniczymi), z kolei wedle drugiego stanowiska – wymaga się

⁴⁴⁴ J. Wierciński, *Klauzula ne exeat...*, s. 6.

⁴⁴⁵ L. Kuziak [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 394.

asymilacji dziecka jedynie do życia w „nowym” środowisku rodzinnym, tj. wyłącznie z osobami, z którymi zamieszkało ono po uprowadzeniu lub zatrzymaniu⁴⁴⁶.

Drugą grupę podstaw odmowy zarządzenia powrotu dziecka zawarto w art. 13 ust. 1 lit. a konwencji. W przytoczonej regulacji opisano aż trzy odrębne podstawy odmowy, a mianowicie: faktyczne nierealizowanie prawa do opieki przez wnioskodawcę w chwili uprowadzenia lub zatrzymania, zgoda wnioskodawcy na zmianę miejsca stałego pobytu dziecka lub późniejsze przyzwolenie wnioskodawcy na zmianę miejsca stałego pobytu dziecka. Wszystkie te trzy okoliczności, które dotyczą wnioskodawcy, muszą zostać wykazane przez osobę sprzeciwiającą się wydaniu dziecka⁴⁴⁷.

Oddalenie wniosku o powrót dziecka z powodu faktycznego niewykonywania prawa do opieki przez wnioskodawcę może nastąpić w przypadku stwierdzenia po jego stronie niechęci bądź obojętności w stosunku do utrzymywania systematycznych kontaktów z dzieckiem czy też w sytuacji, gdy wnioskodawca przerzuca decydowanie o osobie dziecka na drugiego rodzica, zamiast sam podejmować decyzje w tym zakresie, będąc do tego osobą uprawnioną⁴⁴⁸.

Należy podkreślić, że jedynie zgoda wnioskodawcy na trwałą zmianę stałego miejsca pobytu dziecka może stanowić podstawę odmowy wydania dziecka. Tytułem przykładu, zgoda wyrażona w odniesieniu do wakacyjnego pobytu dziecka za granicami kraju nie może być uznana jako zgoda na stałą zmianę miejsca pobytu dziecka, w którym przebywało ono do tej pory. Przy ustalaniu kwestii, czy wnioskodawca wyraził zgodę, o której mowa, należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności danej sprawy, a nie jedynie jednorazowe zachowania wnioskodawcy. I tak – wyrażenie zgody przez jednego z rodziców na wydanie paszportu dziecku czy zakup biletu lotniczego dziecku nie muszą świadczyć o tym, że wnioskodawca zgodził się na trwałą zmianę miejsca stałego pobytu dziecka⁴⁴⁹.

Przyzwolenie, o którym mowa w omawianym przepisie, przyjmuje postać aktywną lub pasywną. Pierwsza z nich polega na wyrażeniu późniejszej zgody w sposób wyraźny za pomocą słów lub odpowiedniego zachowania. Z kolei druga z nich powoduje, że do wyrażenia omawianej zgody przez wnioskodawcę dochodzi poprzez jego milczenie lub bezczynność⁴⁵⁰.

Trzecią grupę okoliczności, które mogą zostać podniesione przez osobę sprzeciwiającą się wydaniu dziecka, przewidziano w art. 13 ust. 1 lit. b konwencji. Są nimi: istnienie poważnego ryzyka, iż powrót dziecka naraziłby je na szkodę fizyczną lub psychiczną albo na inną sytuację niemożliwą do zniesienia.

⁴⁴⁶ M. Kulas, *Praktyka stosowania...*, s. 25.

⁴⁴⁷ J. Wierciński, *Poważne ryzyko...*, s. 51.

⁴⁴⁸ L. Kuźniak [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 401.

⁴⁴⁹ Tamże, s. 403-404.

⁴⁵⁰ Tamże, s. 404-405.

Co się tyczy sposobu rozumienia pojęcia „poważne ryzyko szkody”, to J. Wierciński podkreśla, że ryzyko to musi być o wiele bardziej poważne w porównaniu z tym, które wiąże się z niewątpliwie nieuchronnym chaosem, który następuje po nie do końca chcianym powrocie do państwa stałego miejsca pobytu dziecka. Autor ten zaznacza również, że ryzyko to traci charakter „poważnego”, gdy sąd dotychczasowego miejsca, w którym przebywało dziecko przed uprowadzeniem lub zatrzymaniem, jest w stanie zapewnić dziecku odpowiednią ochronę, w związku z czym nie istnieje podstawa do odmowy wydania⁴⁵¹.

Powoływanie się na zarzut, że powrót dziecka spowodzi poważne ryzyko narażenia go na szkodę fizyczną, jest bardzo rzadkie, co potwierdza międzynarodowe orzecznictwo sądów w tychże sprawach. Termin „szkoda fizyczna” dotyczy sytuacji, w których dziecko doświadcza molestowania seksualnego lub fizycznego znęcania się nad nim. Osoba sprzeciwiająca się wydaniu dziecka ma obowiązek dowieść, że tak rozumianą szkodę fizyczną wyrządzało dziecku w kraju jego stałego miejsca pobytu już wcześniej, oraz powinna przedstawić sądowi, jakie środki podjęła celem zapobieżenia tejże szkodzie (na przykład w postaci zgłoszenia tego faktu właściwym organom państwowym). W międzynarodowym orzecznictwie zwraca się również uwagę na to, że omawiane ryzyko zajdzie jedynie w przypadku, gdy państwo, w którym do tej pory dziecko przebywało, nie jest w stanie zagwarantować jemu należytej ochrony. Wynika z tego, że zwykle ten rodzaj ryzyka nie powstaje, z uwagi na to, że dziecko nie wraca do swego oprawcy, lecz do państwa, w którym do tej pory żyło, z kolei ono zwykle jest w stanie właściwie zaopiekować się dzieckiem we wskazanej sytuacji⁴⁵².

Z kolei podnoszenie zarzutu, że powrót dziecka wiąże się z powstaniem poważnego ryzyka narażenia go na szkodę psychiczną, jest bardzo częste, co potwierdza międzynarodowe orzecznictwo sądów w tychże sprawach. Zwykle na gruncie omawianej podstawy odmowy wydania dziecka strona sprzeciwiająca się powrotowi dziecka wskazuje, że wyjazd dziecka do państwa jego stałego miejsca pobytu będzie skutkował rozdzieleniem dziecka z rodzicem, który dokonał jego uprowadzenia lub zatrzymania, a w konsekwencji – narazi dziecko na poważne dolegliwości psychiczne. Przykładem sprawy, w której sąd stwierdził, że istniejące ryzyko nie jest dostateczne, by odmówić powrotu dziecka, jest szwajcarska sprawa *Korowin v. Korowin*⁴⁵³. Na gruncie tejże sprawy matka dwuletniego dziecka, mieszkająca w Szwajcarii, podniosła, że w tymże państwie ma ona lepsze perspektywy życiowe, dlatego też nie chciała razem z dzieckiem powrócić do USA, które to państwo było krajem stałego pobytu dziecka. Matka argumentowała swe stanowisko tym, że rozdzielenie dwuletniego dziecka z jego wyłącznym opiekunem może u niego spowodować poważną szkodę psychiczną, dlatego

⁴⁵¹ J. Wierciński, *Poważne ryzyko...*, s. 53-54.

⁴⁵² Tamże, s. 55-56.

⁴⁵³ orzeczenie sądu szwajcarskiego z dnia 13.02.1992 r. Nr 138036, Bezirksgericht des Kanton Horgen.

też wnosiła o odmowę wydania dziecka. Jednakże sąd przyjął, że problemy, na które powoływała się matka, były nieznaczące, w związku z czym opisane ryzyko nie stanowiło odpowiedniej przesłanki ku temu, by odmówić powrotu dziecka, a więc w tej sprawie sąd zarządził powrót dziecka, zgodnie z zasadą ogólną. Z kolei przykładem sytuacji, w których sądy przyjmują istnienie poważnego ryzyka narażenia dziecka na szkodę psychiczną i w związku z tym odmawiają zarządzenia powrotu, jest groźba popełnienia samobójstwa stosowana przez rodzica, który uprowadził lub zatrzymał dziecko na wypadek, jeżeliby zarządzono powrót dziecka⁴⁵⁴.

Zapewnienie możliwości powołania się na istnienie poważnego ryzyka, iż powrót dziecka naraziłby je na „inną sytuację niemożliwą do zniesienia” – w zamyśle twórców konwencji ma zagwarantować elastyczność konieczną do orzekania w tzw. trudnych przypadkach. Zarzut ten jest wykorzystywany głównie w przypadkach, gdy nie istnieją przesłanki, by uznać, że dziecku grozi ryzyko szkody fizycznej albo psychicznej, jednakże powrót dziecka do państwa jego stałego miejsca pobytu byłoby z innych przyczyn niedorzeczny. By bardziej zrozumieć istotę omawianej instytucji, przytoczę ustawę z dnia 21.01.2007 r. przyjętą w Szwajcarii, w której zauważono, że „sytuacja nie do zniesienia” w świetle art. 13 ust. 1 lit. b konwencji występuje, gdy kumulatywnie spełnione są następujące warunki: wydanie dziecka rodzicowi-wnioskodawcy jest sprzeczne z dobrem dziecka (na przykład, gdy udowodni się, że wnioskodawca używał przemocy wobec małżonka, nawet gdyby nie stosował jej względem dziecka), rodzic, który uprowadził lub zatrzymał dziecko nie zdoła troszczyć się o dziecko w państwie, będącym miejscem stałego pobytu dziecka (na przykład: wśród okoliczności usprawiedliwiających rodzica – który uprowadził lub zatrzymał dziecko, ale zdecydował się zostać w państwie, do którego bezprawnie przemieścił dziecko, zamiast wyjechać z nim do państwa jego stałego pobytu – wymienia się: nowe małżeństwo tegoż rodzica czy potrzeba sprawowania przez niego opieki nad osobą chorą z rodziny) oraz umieszczenie dziecka w rodzinie zastępczej albo placówce opiekuńczo-wychowawczej jest sprzeczne z dobrem dziecka. Gdy chodzi o ostatni z trzech wymienionych warunków, to oczywiste jest, że w przypadku, gdy istnieje możliwość, by dziecko było pod opieką rodzica, który prawidłowo się nim zajmuje, to umieszczenie dziecka w wymienionych instytucjach jest zasadniczo złym rozstrzygnięciem określonej sytuacji i można to zakwalifikować jako „sytuację nie do zniesienia”. Ostatnia przesłanka dotyczy głównie przypadku, gdy zarządzenie powrotu dziecka do państwa, będącego miejscem jego stałego pobytu, wiązałoby się z odebraniem dziecka rodzicowi, który go uprowadził lub zatrzymał, a który równocześnie sprawował nad nim faktyczną opiekę oraz rozdzielenie ich i umieszczenie dziecka we wskazanych placówkach – co byłoby sprzeczne z dobrem tegoż dziecka⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ J. Wierciński, *Poważne ryzyko...*, s. 56-57.

⁴⁵⁵ Tamże, s. 58-60.

Czwartą okoliczność wyłączającą obowiązek sądu zarządzenia wydania dziecka uregulowano w art. 13 ust. 2 konwencji. Mianowicie chodzi o sprzeciw dziecka w kwestii powrotu do dotychczasowego miejsca swego zwykłego pobytu. Jednakże wówczas sąd państwa wezwanego musi dodatkowo stwierdzić, że wiek dziecka i stopień jego dojrzałości pozwalają na wzięcie pod uwagę jego zdania przez ten sąd. Zdaniem L. Kuziaka, to sąd decyduje, czy w ogóle da dziecku możliwość przedstawienia swej opinii w tym zakresie. Negatywnym aspektem tejże regulacji jest więc niewątpliwie to, że sąd nie jest zobligowany do ustalania, czy dziecko wyraziło sprzeciw wobec powrotu do kraju swego stałego pobytu oraz że opinia dziecka nie jest wiążąca dla sądu⁴⁵⁶.

Piąty wyjątek od zarządzenia powrotu dziecka ustalono w art. 20 konwencji. Polega on na odmowie powrotu dziecka w przypadku, gdy zwrot ten byłby niedopuszczalny z punktu widzenia podstawowych zasad państwa wezwanego, odnoszących się do ochrony praw człowieka i podstawowych wolności.

1.4. Bezprawne uprowadzenie i bezprawne zatrzymanie dziecka

Wspomniałam wyżej, że konwencji o uprowadzeniu dziecka nie stosuje się do każdego sposobu naruszenia prawa do opieki, lecz jedynie do takiego, które można zakwalifikować jako „bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka” (art. 3 konwencji). E. Holewińska-Łapińska podkreśla, że decydujące znaczenie dla przyjęcia bezprawnego charakteru uprowadzenia lub zatrzymania dziecka ma łączne spełnienie dwóch przesłanek – prawnej i faktycznej. Po pierwsze, musi dojść do naruszenia „prawa do opieki”, przyznanego zgodnie z prawem państwa, w którym dziecko miało miejsce zwykłego pobytu bezpośrednio przed bezprawnym uprowadzeniem lub zatrzymaniem. Po drugie, organ orzekający musi dojść do przekonania, że prawo do opieki było rzeczywiście wykonywane w chwili uprowadzenia lub zatrzymania dziecka⁴⁵⁷.

Gdy chodzi o różnicę między bezprawnym uprowadzeniem a bezprawnym zatrzymaniem, to należy podkreślić, że z bezprawnym uprowadzeniem mamy do czynienia wówczas, gdy dochodzi do przemieszczenia dziecka z obszaru jednego państwa-strony konwencji na obszar drugiego państwa-strony konwencji, wbrew woli osoby posiadającej prawo do opieki nad dzieckiem. Z kolei do bezprawnego zatrzymania dojdzie wówczas, gdy dziecko znajduje się jedynie czasowo na obszarze innego państwa-strony, niż państwo jego zwykłego pobytu, jednakże nie powoduje to naruszenia czyjegokolwiek prawa do opieki, ponieważ odbywa się to na przykład w oparciu o orzeczenie sądowe przyznające prawo do odwiedzin rodzica mieszkającego za granicą. Równocześnie, żeby mogło dojść do bezprawnego zatrzymania, musi nastąpić faktyczne zatrzymanie

⁴⁵⁶ L. Kuziak [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 416-417.

⁴⁵⁷ E. Holewińska-Łapińska, *Urowadzenie dziecka...*, s. 30.

dziecka i brak powrotu dziecka do państwa stałego miejsca pobytu po upływie terminu wskazanego w orzeczeniu sądu. Pojęcia te wzajemnie się wykluczają, ponieważ o ile bezprawne uprowadzenie zajdzie już w chwili przekroczenia granicy przez dziecko, o tyle bezprawne zatrzymanie – dopiero po upływie czasu, przez który dziecko mogło legalnie przebywać za granicą. Dodatkowo należy podkreślić, że dobra lub zła wiara uprowadzającego lub zatrzymującego dziecko nie ma znaczenia na gruncie ustalania zaistnienia stanu bezprawności jego zachowania⁴⁵⁸.

1.5. Prawo do odwiedzin

Nazywane jest inaczej „prawem do kontaktu” lub „prawem do dostępu”⁴⁵⁹.

1.5.1. Według konwencji

Istota prawa do odwiedzin została ujęta w art. 5 lit. b konwencji. W przepisie tym stwierdzono, iż obejmuje ono prawo do zabrania dziecka na czas ograniczony w inne miejsce niż miejsce jego stałego pobytu. Należy podkreślić, że konwencja o uprowadzeniu dziecka nie ogranicza się wyłącznie do jednego, wskazanego sposobu kultywowania kontaktów z dzieckiem, lecz dopuszcza także inne formy utrzymywania z nim relacji⁴⁶⁰.

Ocenę, czy wnioskodawcy przysługuje tak w ogóle prawo do odwiedzin, należy dokonać na podstawie przepisów prawa państwa, w którym dziecko miało miejsce stałego pobytu przed ograniczeniem tegoż prawa. Jednakże dodatkowo należy wskazać, iż wymogiem dla zastosowania omawianej konwencji jest to, by przyznane wnioskodawcy prawo do odwiedzin, zgodnie z prawem państwa stałego pobytu dziecka, wchodziło w zakres pojęcia „prawo do odwiedzin” w rozumieniu art. 5 lit. b konwencji⁴⁶¹.

Z kolei artykuł 21 konwencji nakłada na organy centralne państw-stron ten sam obowiązek współpracy w zakresie zagwarantowania skutecznej realizacji prawa do odwiedzin, jak przy prawie do opieki. W szczególności organy te mają prawo wszczynać lub popierać postępowanie prawne zmierzające do organizowania prawa do odwiedzin.

Podkreśla się, że norma art. 21 może być stosowana w szerszym zakresie, aniżeli przepisy dotyczące się prawa do opieki. Jest to związane z tym, że o ile w przypadku prawa do opieki może mu zostać udzielona ochrona prawna jedynie w przypadku, gdy dojdzie do naruszenia tegoż prawa, które można zakwalifikować jako bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka, o tyle w przypadku prawa do odwiedzin wykazanie

⁴⁵⁸ L. Kuziak [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 392.

⁴⁵⁹ J. Wierciński, *Klauzula ne exeat...*, s. 9.

⁴⁶⁰ L. Kuziak [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 387.

⁴⁶¹ Tamże, s. 387.

przytoczonej przesłanki w postaci bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania nie jest wymagane dla uzyskania ochrony tegoż prawa⁴⁶².

1.5.2. W prawie polskim

Na gruncie prawa polskiego pojęciem równoważnym wobec pojęcia „prawo do odwiedzin” w rozumieniu konwencyjnym jest prawo do kontaktów, o którym mowa w przepisie art. 113 k.r.o. i n.⁴⁶³. W związku z tym wszystkie uwagi poczynione o prawie do kontaktów we wcześniejszym rozdziale mej pracy są jak najbardziej aktualne w tym miejscu.

1.6. Relacje między Konwencją dotyczącą cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z dnia 25.10.1980 r. a Konwencją haską o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej i środków ochrony dzieci z dnia 19.10.1996 r.

Relacje pomiędzy wskazanymi konwencjami haskimi zostały opisane w art. 50 zd. 1 konwencji z 1996 r., zgodnie z którym konwencja z 1996 r. nie narusza unormowań konwencji z 1980 r. W związku z tym należy uznać, że konwencja z 1980 r. używała pierwszeństwo stosowania w stosunku do konwencji z 1996 r., jednakże jedynie w kwestiach w niej uregulowanych. Równocześnie należy pochylić się nad regulacją zawartą w zdaniu drugim przywołanego przepisu, ponieważ ustanawia on możliwość odwoływania się do postanowień konwencji z 1996 r. celem doprowadzenia do powrotu dziecka bezprawnie uprowadzonego lub zatrzymanego. W związku z powyższym należy podkreślić, że gdy dojdzie do bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dziecka między krajami, będącymi stronami obu konwencji, to wnioskodawca ma dwie możliwości w zakresie dochodzenia powrotu dziecka, a mianowicie: może albo złożyć wniosek w trybie konwencji z 1980 r., albo skorzystać z możliwości, które przewiduje konwencja haska z 1996 r. A mianowicie zgodnie z konwencją z 1996 r. może on w pierwszej kolejności zgłosić się z wnioskiem o zarządzenie powrotu dziecka do sądu państwa stałego pobytu dziecka, a następnie – gdy sąd ten nakaże powrót dziecka – musi on zwrócić do sądu państwa aktualnego pobytu dziecka o uznanie i stwierdzenie wykonalności tegoż orzeczenia. Wnioskodawca może również skorzystać z obu tych rozwiązań naraz⁴⁶⁴.

⁴⁶² L. Kuziak [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 422.

⁴⁶³ Tamże, s. 389.

⁴⁶⁴ Tamże, s. 424-425.

W zasadzie przepisy konwencji z 1980 r. nie zawierają przepisów jurysdykcyjnych. Dlatego też w tym zakresie należy pochylić się nad przepisami konwencji z 1996 r. obowiązującymi jednakże jedynie w stosunkach między państwami nieczłonkowskimi UE, a w szczególności nad jej przepisem art. 7, który reguluje kwestię jurysdykcji w przypadku bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dziecka. I tak – w przypadku bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dziecka sądy państwa stałego pobytu dziecka zasadniczo zachowują swą jurysdykcję. Konwencja z 1996 r. przewiduje jednak dwa wyjątki od opisanej zasady – na rzecz uzyskania jurysdykcji przez sąd państwa aktualnego miejsca pobytu dziecka. Pierwsze odstępstwo zaistnieje po spełnieniu łącznie dwóch przesłanek, a mianowicie: dziecko musi uzyskać zwykły pobyt w nowym kraju pobytu oraz osoba, mająca prawo do pieczy nad dzieckiem, musi udzielić zgody na uprowadzenie lub zatrzymanie. Z kolei drugi wyjątek aktualizuje się, gdy wskazana osoba uprawniona nie wyraża zgody na uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka, wówczas wymaga się łącznego ziszczenia czterech warunków: dziecko musi uzyskać stały pobyt w państwie, do którego zostało przemieszczone, jego pobyt w tymże państwie musi trwać co najmniej jeden rok, musi się ono zaadaptować do nowych warunków środowiskowych oraz osoba mająca prawo do opieki nad tymże dzieckiem nie wysłała wniosku o powrót do sądu państwa aktualnego miejsca pobytu dziecka – w ciągu jednego roku od chwili, w której pozyskała ona informację o miejscu pobytu dziecka lub od chwili, w której mogła się ją uzyskać⁴⁶⁵.

1.7. Relacje między Konwencją dotyczącą cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z dnia 25.10.1980 r. a rozporządzeniem Rady nr 2201/2003/WE z dnia 27.11.2003 r. o jurysdykcji oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej

Relacje pomiędzy konwencją z 1980 r. a rozporządzeniem nr 2201/2003 zostały opisane w motywie 17. preambuły i w art. 60 lit. e tegoż rozporządzenia nr 2201/2003. Zgodnie z przywołanym punktem preambuły w przypadku bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dziecka, w celu jego powrotu stosowana jest konwencja haska z 1980 r., jednakże uzupełnia się ją rozporządzeniem nr 2201/2003. Z kolei art. 60 lit. e rozporządzenia wprowadza pierwszeństwo rozporządzenia przed konwencją z 1980 r. w zakresie spraw w nim unormowanych – przyjęto więc odwrotną zasadę niż ta, która istnieje na gruncie relacji między konwencjami haskimi z 1980 r. i 1996 r. M. Radwan podkreśla

⁴⁶⁵ Tamże, s. 424.

jednak, że w relacjach pomiędzy krajami członkowskimi UE w dalszym ciągu stosuje się konwencję z 1980 r., jednakże w niektórych przypadkach jej regulacje są wyłączane przez przepisy rozporządzenia nr 2201/2003, które wówczas uzyskuje pierwszeństwo stosowania. Dodatkowo, rozporządzenie nr 2201/2003 czasami ustanawia całkiem nowe unormowania, które zmieniają postanowienia konwencji z 1980 r. – tytułem przykładu można wśród nich wymienić: przykład jurysdykcji państwa stałego pobytu dziecka (art. 10 rozporządzenia) czy obowiązku poinformowania sądu z państwa stałego pobytu dziecka o odmowie zarządzenia powrotu dziecka (art. 11 ust. 6 rozporządzenia)⁴⁶⁶.

W zasadzie przepisy konwencji z 1980 r. nie zawierają przepisów jurysdykcyjnych. Dlatego też w tym zakresie należy pochylić się nad przepisami rozporządzenia nr 2201/2003 obowiązującymi w stosunkach między państwami członkowskimi UE, a w szczególności nad jego przepisami: art. 10-11, które to przepisy regulują kwestię jurysdykcji w przypadku bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dziecka. Unormowania te są w zasadzie podobne do art. 7 konwencji z 1996 r., dlatego też nie będą ich powtarzała w tym miejscu mej pracy.

Z kolei gdy chodzi o kwestię orzekania w sprawach o powrót dziecka, to jest ona zasadniczo uregulowana w konwencji z 1980 r., jednakże przepisy rozporządzenia nr 2201/2003 modyfikują unormowanie konwencyjne. A dokładniej, o ile konwencja z 1980 r. wymienia przesłanki, które muszą być spełnione, by sąd zarządził wydanie dziecka oraz podstawy odmowy powrotu dziecka, o tyle omawiane rozporządzenie ograniczyło zakres tychże okoliczności. W związku z tym, jeżeli sąd ustala przesłanki powrotu dziecka oraz odmowy tegoż powrotu, to musi brać pod uwagę, zarówno przepisy konwencji z 1980 r., jak i rozporządzenia nr 2201/2003.⁴⁶⁷

Co się tyczy spraw o odebranie dziecka, to od momentu rozpoczęcia stosowania rozporządzenia nr 2201/2003 (tj. od 1.03.2005 r.) zmianie uległy podstawy jurysdykcji w tychże sprawach. Mianowicie do tego momentu jurysdykcję w sprawach o odebranie dziecka określał przepis art. 1107 k.p.c., który posługiwał się łącznikiem obywatelstwa i przyznawał jurysdykcję sądom polskim generalnie w sprawach dotyczących stosunków między rodzicami a dziećmi (włącznie ze sprawami o odebranie dziecka). Natomiast od 1.03.2005 r. w sprawach o odebranie dziecka zaczęto stosować przepisy rozporządzenia nr 2201/2003, który w kwestii jurysdykcji posługuje się łącznikiem zwykłego pobytu dziecka, jak już wielokrotnie wspominałam. Dodatkowo należy jednak wyraźnie zaznaczyć, że w dalszym ciągu w sprawach o odebranie dziecka aktualna jest również jurysdykcja szczególna państwa wezwanego w trybie konwencji haskiej o uprowadzeniu dziecka⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ M. Radwan, *Wybrane zagadnienia postępowania wywołanego przez bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka w innym państwie członkowskim*, [w:] „Europejski Przegląd Sądowy”, nr 2(65) luty 2011, s. 13 (dalej cyt. jako M. Radwan, *Wybrane zagadnienia...*).

⁴⁶⁷ M. Radwan, *Wybrane zagadnienia...*, s. 15.

⁴⁶⁸ R. Zegadło [w:] *Władza rodzicielska...*, s. 263.

2. Urowadzenie dziecka w świetle orzecznictwa

Generalną tendencją zauważalną w orzecznictwie ETPC jest to, że w kwestiach odnoszących się do uprowadzenia lub zatrzymania dziecka, w przypadku gdy rodzice są po rozwodzie lub w trakcie separacji, Trybunał ten dokonuje wykładni art. 8 EKPC zgodnie z konwencją haską o uprowadzeniu dziecka. Dlatego też wspólnym celem przyjętym przez oba akty prawne jest doprowadzenie do niezwłocznego powrotu dziecka bezprawnie uprowadzonego lub zatrzymanego. Przykładem sprawy, na gruncie której Trybunał wytknął władzom krajowym opóźnienie w realizowaniu obowiązków, wynikających z konwencji, jest sprawa *Maire przeciwko Portugalii*.⁴⁶⁹ A mianowicie, stan faktyczny tej sprawy wyglądał pokrótce następująco: władza sądowa francuska w wyroku rozwodowym przyznała opiekę nad dzieckiem ojcu, jednakże matka zabrała dziecko i bezprawnie przemieściła je na teren Portugalii, które to państwo było krajem, z którego pochodziła. Matka nie chciała podać, gdzie przebywa dziecko, a organy portugalskie nie potrafiły ustalić miejsca pobytu dziecka. Miejsce to ustalił ojciec, jednakże dopiero po czterech latach postępowania sądowego wydano rozstrzygnięcie przeciwko matce. ETPC stwierdził, że Portugalia dopuściła się naruszenia konwencji z 1980 r. poprzez zwłokę w przekazaniu dziecka ojcu, co pozostawało w sprzeczności z dobrem dziecka.

Gdy chodzi o orzecznictwo SN w kwestiach dotyczących konwencji o uprowadzeniu dziecka, to należy zwrócić uwagę na prawie brak orzeczeń w tymże zakresie po roku 2000. Wiąże się to z tym, że od dnia 1.07.2000 r. – tj. od daty wejścia w życie nowelizacji k.p.c. – wyłączono możliwość wniesienia kasacji w sprawach związanych ze stosowaniem omawianej konwencji (art. 519¹ k.p.c.). Zdaniem J. Wiercińskiego⁴⁷⁰, nowelizację tę należy uznać za chybioną z uwagi na to, że interpretacja konwencji o uprowadzeniu dziecka przez Sąd Najwyższy przed 2000 rokiem stanowiła wskazówkę dla sądów niższej instancji.

Gdy chodzi jednak o przykłady orzeczeń SN, które dotyczą omawianej problematyki, to warto pochylić się nad postanowieniem SN z 7.10.1998 r.⁴⁷¹ oraz postanowieniem SN z 31.03.1999 r.⁴⁷². Na mocy pierwszego z przywołanych orzeczeń dopuszczono możliwość – w świetle przepisów prawa polskiego (w szczególności w świetle ustawy o obywatelstwie polskim z 15.02.1962 r.⁴⁷³) – wydania dziecka, będącego obywatelem polskim, za granicę. Uzasadniono to faktem, iż w sytuacji, gdy zajdą przesłanki, o których mowa w konwencji o uprowadzeniu dziecka, Polska ma obowiązek wydać

⁴⁶⁹ wyrok ETPC z 5.06.2003 r. Nr skargi 48206/99.

⁴⁷⁰ J. Wierciński, *Klauzula ne exeat...*, s. 8.

⁴⁷¹ postanowienie SN z 7.10.1998 r., I CKN 745/98.

⁴⁷² postanowienie SN z 31.03.1999 r., I CKN 23/99.

⁴⁷³ Dz.U. Nr 10, poz. 49.

dziecko, nawet gdy jest ono obywatelem polskim. Stan faktyczny wyglądał w ten sposób, że obywatele polscy wyjechali do Kanady, gdzie urodziła się ich wspólna małoletnia córka. Cała rodzina zamieszkiwała na obszarze Kanady, jednakże podczas jednych z wakacji spędzanych w Polsce matka dziecka oznajmiła ojcu, że chce na stałe pozostać z małoletnią córką w Polsce. Sądy niższej instancji zakwalifikowały zachowanie matki jako bezprawne zatrzymanie dziecka, dlatego też zarządziły wydanie dziecka ojcu, mieszkającemu w Kanadzie, gdzie znajdowało się miejsce zwykłego pobytu dziecka. Sąd Najwyższy podzielił zdanie sądów niższych instancji.

Z kolei drugie z przywołanych orzeczeń stanowi przykład sytuacji, w której sądy zastosowały odmowę wydania dziecka na podstawie art. 13 ust. 1 lit. b konwencji. Sprawa dotyczyła małżeństwa zawartego między obywatelką polską a obywatelem australijskim. Ze związku tego narodziło się w Polsce dziecko. Cała rodzina początkowo mieszkała w Polsce, po czym po trzech latach od urodzenia się dziecka wyjechała do Australii. W trakcie pobytu w Australii tamtejszy sąd rozwodowy przyznał opiekę nad dzieckiem matce, równocześnie ustalając sposób kontaktowania się ojca z dzieckiem. Po kolejnych trzech latach dziecko wraz z matką powróciło do Polski, gdzie zgodnie z oświadczeniem matki, mieli pozostać na stałe. Ojciec wystąpił z wnioskiem o powrót syna do Australii, jednakże matka nie wyraziła na to zgody z uwagi na to, że jej zdaniem dziecko zaklimatyzowało się w środowisku rodzinnym stworzonym w Polsce. Na gruncie niniejszej sprawy zarówno sądy niższych instancji, jak i Sąd Najwyższy przyjęły, że istnieje wyżej przywołana podstawa odmowy wydania dziecka. SN ustalił bowiem, że wydanie dziecka ojcu byłoby sprzeczne z jego dobrem, a oczywiście jest, że wszelkie postanowienia konwencji o uprowadzeniu dziecka, w tym art. 13 konwencji, muszą być interpretowane z uwzględnieniem dyrektywy dobra dziecka.

Zakończenie

Podsumowując wszystkie dotychczasowe rozważania, należy wyraźnie zaakcentować, iż zasadniczo największą rolę w uregulowaniu stosunków między rodzicami a dziećmi o charakterze transgranicznym pełnią w Polsce wskazane przepisy prawa prywatnego międzynarodowego, ustalane głównie na szczeblu międzynarodowym, a nie wewnętrznym.

Jest to związane z tym, że współcześnie istnieje tendencja międzynarodowa do zmniejszania zastosowania przepisów krajowych w relacjach pomiędzy rodzicami a dziećmi o charakterze transgranicznym – na rzecz przyjęcia wspólnych regulacji w aktach prawa międzynarodowego i europejskiego w tejże materii. Istotne jest jednakże to, by ustawodawca krajowy starał się zachować spójność pomiędzy ustawodawstwem krajowym a regulacjami przyjętymi w aktach prawa międzynarodowego i europejskiego. W związku z tym cechą charakterystyczną współczesnego prawa prywatnego międzynarodowego jest to, że prawo to w coraz większym stopniu jest normowane poprzez umowy międzynarodowe i akty prawa wspólnotowego UE, w związku z czym przestaje ono być dziedziną prawa wewnętrznego, a zaczyna być gałęzią prawa międzynarodowego⁴⁷⁴.

Gdy chodzi o refleksję natury ogólnej, nawiązującą do obowiązujących w Polsce regulacji krajowych i międzynarodowych, a dotyczących wykonywania władzy rodzicielskiej, to moim zdaniem – z uwagi na współcześnie masowe wyjazdy zagraniczne Polaków – należy poważnie zastanowić się nad problematyką sposobu reagowania władz państwowych na tę sytuację. Zdaniem T. Sokołowskiego⁴⁷⁵, wskazane jest, by reakcja ta przyjęła formę zarówno zmian legislacyjnych, jak i zmian zachowań organów państwowych w ramach aktualnie obowiązującego systemu prawnego. Pierwszy rodzaj postulowanych zmian mógłby polegać chociażby na nałożeniu prawnego obowiązku na rodziców, którzy zamierzają wyjechać za granicę, w zakresie wskazania osób, które

⁴⁷⁴ A. Mączyński, *Ustawowe odesłania...*, s. 384.

⁴⁷⁵ T. Sokołowski, *Prawo do kontaktów...*, s. 37.

miałyby sprawować opiekę nad ich dziećmi. Z kolei, gdy chodzi o drugą kategorię proponowanych zmian, to wskazane byłoby wprowadzenie większej aktywności, na przykład ze strony szkoły, w zakresie obserwowania sytuacji rodzinnej dziecka.

Z kolei co się tyczy uwag podsumowujących obowiązujące w Polsce regulacje krajowe i międzynarodowe, a dotyczące się kontaktów rodziców z dziećmi, to zauważyłam, że przedstawione przeze mnie regulacje prawne są niezwykle rozbudowane i skomplikowane. Moim zdaniem, skomplikowane mechanizmy prawne nie służą szybkiej reakcji na uniemożliwianie lub utrudnianie kontaktów rodzica z dzieckiem. Dlatego też rodzic, który nie sprawuje bezpośredniej pieczy nad dzieckiem oraz mieszka za granicą, a któremu utrudnia się kontakt z dzieckiem, często kilka lat walczy o swe prawa w sądzie, z różnych rezultatów – co wyżej opisywałam. Uważam, że należy postulować o większą jednolitość regulacji w omawianym zakresie, co niewątpliwie wzmocni przewidywalność sądów w kwestiach orzekania o kontaktach z dzieckiem, w tym w szczególności o kontaktach transgranicznych. W związku z powyższym również na gruncie kontaktów rodziców z dziećmi należy postulować o dokonanie zmian ustawodawczych celem wdrożenia ogólnie opisanych wyżej tendencji. Zwłaszcza że liczba kontaktów transgranicznych stale w Polsce rośnie, o czym świadczy coraz bogatsze orzecznictwo sądów polskich w omawianej materii.

Gdy chodzi o wspomniane we wstępie niniejszej pracy zjawisko emigracji zarobkowej rodziców, to należy podkreślić, że wprawdzie jest ono nieuchronne, z uwagi na sytuację ekonomiczną panującą obecnie w Polsce, jednakże należy postulować o to, by łagodzić negatywne skutki dla rodziny tegoż zjawiska. Minimalizowanie tychże ujemnych konsekwencji może następować m.in. poprzez stosowanie właściwych środków przez sąd w ramach ingerencji w sferę władzy rodzicielskiej czy kontaktów w sytuacji zagrożenia dobra dziecka⁴⁷⁶. Dlatego też moim zdaniem, w przypadku zarobkowania rodziców za granicą, nie można absolutnie tracić z pola widzenia zagrożeń dla trwałości rodziny, jakie niesie za sobą to powszechne już w Polsce zjawisko.

⁴⁷⁶ W. Stojanowska, *Ingerencja sądu...*, s. 39.

Bibliografia

Wykaz literatury:

1. Bagan-Kurluta K., *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2011.
2. Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009.
3. Biuletyn z posiedzenia Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka nr 188 oraz Komisji Spraw Zagranicznych nr 145. Nr 3214/VI kad., z dnia 6.01.2010 r., ISSN 1230-7289.
4. Bodio J. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, pod red. A. Jakubckiego, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
5. Bodnar A. [w:] *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, red. J. Ignaczewski, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2012.
6. Ciepla H. [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, Lexis Nexis, wyd. 5, Warszawa 2011.
7. Ciepla H., *Nowelizacja kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z komentarzem*, Warszawa 2010.
8. Ciszewski J. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, pod red. T. Erecińskiego, wyd. 4, tom V, Lexis Nexis, Warszawa 2012.
9. Długoszewska I., *Przesłanki oraz skutki ograniczenia i pozbawienia władzy rodzicielskiej*, wyd. 1, Warszawa 2012.
10. Ereciński T. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, pod red. T. Erecińskiego, wyd. 4, tom V, Lexis Nexis, Warszawa 2012.
11. Gajda J. [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, pod red. K. Pietrzykowskiego, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2012.
12. Garlicki L. [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1-18*, pod red. L. Garlickiego, tom I, C.H. Beck, Warszawa 2010.

13. Gołaczyński J., *Jurysdykcja w sprawach małżeńskich i odpowiedzialności rodzicielskiej według rozporządzenia Rady (WE) Nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. o jurysdykcji oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylającego rozporządzenie (WE) Nr 1347/2000*, „Rodzina i Prawo” 2006, nr 3 (3).
14. Gołaczyński J., *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2011.
15. Góra-Błaszczkowska A. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, pod red. H. Doleckiego, T. Wiśniewskiego, tom III, wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
16. Gronowska B., *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z 23 czerwca 2005 r. w sprawie Zawadka przeciwko Polsce*, PiP 2005, z. 11.
17. Gromek K., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2009.
18. Gudowski J. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Postępowanie rozpoznawcze i zabezpieczające*, pod red. T. Erecińskiego, wyd. 4, tom III, Lexis Nexis, Warszawa 2012.
19. Gwiazdomorski J., *Założenia prawa rodzinnego w świetle konstytucji PRL* [w:] *Zagadnienia prawne konstytucji PRL*, Warszawa 1954.
20. Gwiazdomorski J. [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, pod red. J. S. Piątowskiego, część 1, Ossolineum, 1985.
21. Holewińska-Łapińska E., *Urowadzenie dziecka za granicę a „prawo do opieki” w prawie polskim*, „Jurysta” nr 10-11 z 1999 r.
22. Holewińska-Łapińska E. [w:] *Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę a przepisy prawa polskiego*, Warszawa 1999.
23. Hrycaj A. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, pod red. H. Doleckiego i T. Wiśniewskiego, tom V, wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
24. Ignaczewski J. [w:] *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem. Komentarz*, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2012.
25. Ignaczewski J. [w:] *Komentarz do spraw rodzinnych*, pod red. J. Ignaczewskiego, wyd. 1, Lexis Nexis, Warszawa 2012.
26. Ignatowicz J. [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, pod red. K. Pietrzykowskiego, C.H. Beck, Warszawa 2003.
27. Ignatowicz J. [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, pod red. K. Pietrzykowskiego, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2012.
28. Ignatowicz J. [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, pod red. J. S. Piątowskiego, część 1, Ossolineum, 1985.
29. Jarosz E., *Ochrona dzieci przed krzywdzeniem. Perspektywa globalna i lokalna*, wyd. 2. Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2009.
30. Jodłowski J., *Jurysdykcja krajowa w sprawach spadkowych w świetle kodeksu postępowania cywilnego*, „Studia Cywilistyczne” 1969, t. XIII-XIV.
31. Justyński T., *Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym*, wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2011.

32. Kalus S., *Zmiany w zakresie orzekania o władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem w wyroku rozwodowym w świetle noweli do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*. Referat wygłoszony na konferencji w Osnabrück w 2011 r.
33. Kociucki L. [w:] *Konwencja o prawach dziecka, analiza i wykładnia*, pod red. T. Smoczyńskiego, wyd. Ars boni et aequi, Poznań 1999.
34. Krzemiński Z., *Pytania i odpowiedzi prawne*, „Palestra” 1967, nr 1.
35. Kulas M., *Praktyka stosowania konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę*, „Palestra” 2009, nr 5-6.
36. Kuziak L. [w:] *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, pod red. J. Ignaczewskiego, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2012.
37. Ludwiczak W., *Międzynarodowe prawo rodzinne*, PiP 1971, z. 7.
38. Majkowska-Szulc S. [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, pod red. A. Wróbla, C.H. Beck, Warszawa 2013.
39. Maliszewska-Nienartowicz J. [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, pod red. A. Wróbla, tom I, wyd. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
40. Mączyński A., *Ustawowe odesłania do umów międzynarodowych i rozporządzeń unijnych dotyczących prawa prywatnego międzynarodowego* [w:] *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci prof. E. Gniewka*, C.H. Beck, Warszawa 2010.
41. Pazdan M., *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 14, Lexis Nexis, Warszawa 2012.
42. Pazdan M., *Zasięg jurysdykcji krajowej w sprawach spadkowych*, „Studia Cywilistyczne” 1972, t. XX.
43. Piasecki K., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do artykułów 1096-1217 KPC oraz aktów prawnych UE regulujących międzynarodowe postępowanie cywilne, tom III*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2007.
44. Piasecki K., *Zarys sądowego prawa procesowego Unii Europejskiej*, wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
45. Płonka E., *Uprawnienie rodziców do osobistej styczności z dzieckiem*, Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo 1981, nr 102.
46. Przybyłowski K., *Prawo prywatne międzynarodowe. Część ogólna*, Lwów 1935.
47. Radwan M., *Wybrane zagadnienia postępowania wywołanego przez bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka w innym państwie członkowskim*, [w:] „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 2 (65).
48. Radwański Z., *Dobro dziecka jako wartość nadrzędna w sprawach rodzinnych i opiekuńczych*, [w:] *Socjalistyczne prawo w umacnianiu rodziny i zapobieganiu zaburzeniom życia rodzinnego*, Warszawa 1980.
49. Rajski J., *Niektóre zagadnienia kodyfikacji prawa międzynarodowego postępowania cywilnego*, PiP 1961, z. 8-9.
50. Safjan M., *Skutki prawne orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego*, PiP 2003, nr 3.

51. Sekuła M., *Władza rodzicielska a prawo do osobistych kontaktów rodziców z dzieckiem*, „Myśl Ekonomiczna i Prawna” 2007, nr 2.
52. Siedlecki W. [w:] *System prawa procesowego cywilnego*, pod red. W. Berutowicza, tom II – *Postępowanie rozpoznawcze przed sądami pierwszej instancji*, red. tomu Z. Resich, Ossolineum, 1987.
53. Skąpski J., *Unification de règles des conflits de loins et unification du droit interne*, AICr 1968 r., vol. I.
54. Smoczyński T. [w:] *Konwencja o prawach dziecka, analiza i wykładnia*, pod red. T. Smoczyńskiego, wyd. Ars boni et aequi, Poznań 1999.
55. Smoczyński T., *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, wyd. 5, C.H. Beck, Warszawa 2009.
56. Sokołowski T., *Charakter prawny osobistej styczności rodziców z dzieckiem*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2000, nr 2.
57. Sokołowski T. [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, pod red. H. Doleckiego i T. Sokołowskiego, wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
58. Sołtysiński S., recenzja do pierwszego wydania podręcznika M. Pazdana – *Prawo prywatne międzynarodowe*, PiP 1988, nr 11.
59. Stojanowska W., *Ingerencja sądu w zakresie sprawowania władzy rodzicielskiej a emigracja zarobkowa rodziców*, „Rodzina i Prawo” 2009, nr 13.
60. Stojanowska W. [w:] *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza. Wykładnia. Komentarz*, pod red. W. Stojanowskiej, Warszawa 2011.
61. Stojanowska W., *Władza rodzicielska pozamałżeńskiego i rozwiedzionego ojca. Studium socjologiczno-prawne*, Warszawa 2000.
62. Strzebińczyk J. [w:] *System Prawa Prywatnego*, red. naczelny Z. Radwański, *Prawo rodzinne i opiekuńcze* pod red. T. Smoczyńskiego, t. 12, wyd. 2., C.H. Beck, Warszawa 2011.
63. Taborowski M. [w:] *Przestrzeń Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Współpraca sądowa w sprawach cywilnych*, W. Sadowski, M. Taborowski, tom XI, część 3, wyd. 1, EuroPrawo, Warszawa 2009.
64. Torbus A., *Umowa jurysdykcyjna w systemie międzynarodowego postępowania cywilnego*, wyd. 1, Toruń 2012.
65. Waligórski M., Glosa. *Postępowanie nad zagadnieniem dopuszczalności drogi procesu*, PiP 1950, z. 10.
66. Wawrzyk P., *Sądy cywilne w procesie integracji europejskiej*, Warszawa 2011.
67. Weitz K., *Jurysdykcja krajowa w postępowaniu cywilnym*, wyd. Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2005.
68. Weitz K., *Pojęcie uznania orzeczenia zagranicznego*, „Przegląd Sądowy” 1998, nr 7-8.
69. Weitz K., [w:] *Postępowanie cywilne*, J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Miściuk-Jodłowska, K. Weitz, wyd. 6, Lexis Nexis, Warszawa 2009.

70. Wierciński J., *Klauzula ne exeat a prawo do pieczy nad dzieckiem. Cywilnoprawne aspekty uprowadzenia dziecka za granicę*, „Rodzina i Prawo” 2010, nr 16.
71. Wierciński J., *Poważne ryzyko szkody fizycznej lub psychicznej i sytuacja nie do zniesienia. Cywilnoprawne aspekty uprowadzenia dziecka za granicę*, „Studia Prawa Prywatnego” 2010, zeszyt 3 (18).
72. Winczorek P., *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, wyd. 2, Liber, Warszawa 2008.
73. Winiarz J. [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, pod red. J. S. Piątowskiego, część 1, Ossolineum, 1985.
74. Wójcik M. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, pod red. A. Jakubckiego, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
75. Zegadło R., *Miejsce zamieszkania, miejsce pobytu, miejsce zwykłego pobytu dziecka oraz piecza naprzemienna*, „Rodzina i Prawo” 2011, nr 17-18.
76. Zegadło R., *Kontakty z dzieckiem. Wewnętrzne i międzynarodowe przesłanki modernizacji regulacji prawnej*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 4.
77. Zegadło R., *Prawo właściwe w sprawach opiekuńczych według konwencji haskiej z 1996 r.*, „Rodzina i Prawo” 2012, nr 20.
78. Zegadło R. [w:] *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, pod red. J. Ignaczewskiego, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2012.
79. Zieliński A. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, pod red. A. Zielińskiego, wyd. 6, C.H. Beck, Warszawa 2012.

Wykaz orzecznictwa:

1. Wyrok TK z dnia 10.07.2000 r., SK 21/99, OTK 2000, nr 5, poz. 144.
2. Uchwała SN z 09.06.1976 r., III CZP 46/75, OSNCPiUS z 1976 r., nr 9, poz. 184.
3. Wyrok SN – Izba Cywilna z dnia 08.06.2000 r., V CKN 1237/00.
4. Wyrok TK z dnia 28.04.2003 r., K 18/02.
5. Wyrok TK z dnia 17.04.2007 r., SK 20/05.
6. Teza IX pkt. 1 uchw. SN z 09.06.1976 r., III CZP 46/75, OSN 1976, nr 9, poz. 184.
7. Postanowienie SN – Izba Cywilna z dnia 09.07.1998 r., II CKN 887/97.
8. Postanowienie SN – Izba Cywilna i Administracyjna z dnia 06.03.1985 r., III CRN 19/85.
9. Postanowienie SN z 21.12. 2010 r., III CZP 114/10.
10. Wyrok SN z 03.04.2007 r., II UK 178/06, OSNP 2008, nr 9-10, poz. 141
11. Uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej SN z dnia 30.04.1977 r., III CZP 73/76.
12. Postanowienie SN z 7.06.1967 r., III CR 84/67, OSN 1968, nr 2, poz. 21.
13. Postanowienie SN z dnia 13.09.2000 r., II CKN 1141/00.
14. Uchwała SN z dnia 2.10.1991 r., III CZP 92/91.
15. Postanowienie SN z 2.06.2000 r., sygn. II CKN 960/00.

16. Postanowienie SN z 18.02.1998 r., I CKN 501/97.
17. Postanowienie SN z dnia 17.11.1998 r., II CKN 893/97.
18. Postanowienie SN z 2.06.2000 r., sygn. II CKN 960/00.
19. Postanowienie SN z 14.10.1970 r., III CRN 181/70.
20. Uchwała SN z 21.02.1968 r., III CZP 105/67.
21. Uchwała SN z 26.01.1973 r., III CZP 101/71.
22. Postanowienie SN z 26.09.2000 r., I CKN 776/00, OSNC 2001, nr 3, poz. 38.
23. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 22.12.2010 r., C-497/10 PPU.
24. Wyrok TSUE z dnia 2.04.2009 r., C 523/07.
25. Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 15.05.2009 r., V ACz 252/09.
26. Postanowienie SN z dnia 9.12.2010 r., III CZP 99/10, OSNC 2011, Nr 6, poz. 69.
27. Wyrok TSUE z 2.04.2009 r., C-403/09.
28. Wyrok TSUE z dnia 5.10.2010 r., C- 400/10.
29. Wyrok TSUE z dnia 2.04.2009 r., C-523/07.
30. Postanowienie SN z dnia 15.07.1978 r., IV CR 242/78.
31. Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 22.11.2002 r., I ACa 462/02, OSP 2003, nr 12, poz. 160.
32. Wyrok TSUE z dnia 15.07.2010 r. C-256/09.
33. Postanowienie SN z 9.01.1980 r., IV CR 478/79.
34. Postanowienie SN z 6.02.1975 r., II CR 849/74.
35. Postanowienie SN z dnia 21.04.1978 r. IV CR 65/78.
36. Uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej SN z dnia 18.03.1968 r., III CZP 70/66.
37. Uchwała SN z 14.06.1988 r., III CZP 42/88.
38. Postanowienie SN z 7.11.2000 r., I CKN 1115/00.
39. Uchwała SN z 21.10.2005 r., III CZP 75/05.
40. Uchwała SN z 18.03.2011 r., III CZP 139/10.
41. Postanowienie SN z 7.11.2000 r., I CKN 1115/00.
42. Postanowienie SN z 5.05.2000 r., II CKN 761/00.
43. Uchwała SN z 28.08.2008 r., III CZP 75/08.
44. Uchwała SN z 26.08.1955 r., ICO 28/55.
45. Uchwała SN z 28.08.2008 r., III CZP 75/08.
46. Wyrok ETPC z 23.06.2005 r. Nr skargi 48542/99.
47. Wyrok ETPC z 20.04.2010 r. Nr skargi 34694/06.
48. Wyrok ETPC z 14.06.2011 r. Nr skargi 29436/05.
49. Wyrok ETPC z 8.06.2004 r. Nr skargi 63627/00.
50. Postanowienie SN z 4.02.1998 r., I CKN 921/97.
51. Orzeczenie sądu angielskiego – 2 ALL E.R. 465 (1989). Baza INCADAT, HC/E/UKe 34.
52. Orzeczenie sądu angielskiego wydane w sprawie C v. C (1989) 1 W.L.R. 654 (Eng. C.A. 1989).

53. Orzeczenie sądu amerykańskiego wydane w sprawie Croll v. Croll – 229 F3d 133 (2000), Baza INCADAT, HC/E/USf 313.
54. Orzeczenie sądu szwajcarskiego z dnia 13.02.1992 r., nr 138036, Bezirksgericht des Kanton Horgen.
55. Postanowienie SN z dnia 7.10.1998 r., I CKN 745/98.
56. Wyrok ETPC z 5.06.2003 r. Nr skargi 48206/99.
57. Postanowienie SN z 7.10.1998 r., I CKN 745/98.
58. Postanowienie SN z 31.03.1999 r., I CKN 23/99.

Źródła internetowe:

1. <http://radalegislacyjna.gov.pl/dokumenty/opinia-z-14-lipca-2008-r-o-projekcie-ustawy-prawo-prywatne-miedzynarodowe>
2. <http://www.rops-opole.pl/pobierz/pomoc/2010/Prawnorodzinne.pdf>
3. <http://www.msz.gov.pl/resource/aa1c4aec-a52f-45a7-96e5-06658e73bb4e:JCR>
4. www.ms.gov.pl
5. www.bip.kprm.gov.pl
6. [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/68047150EDDA8EB1C12574B8004D-19C7/\\$file/888.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/68047150EDDA8EB1C12574B8004D-19C7/$file/888.pdf)
7. http://www.brpd.gov.pl/wystapienia/wyst_2012_04_27_msz.pdf
8. [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/32077F1E40A1F66AC12574B80052976E/\\$file/895.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/32077F1E40A1F66AC12574B80052976E/$file/895.pdf)
9. <http://bip.ms.gov.pl/pl/ministerstwo/wspolpraca-miedzynarodowa/konwencja-haska-dot-uprowadzenia-dziecka/>
10. http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_order/legal_order_gen_pl.htm
11. http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/index_pl.htm

Wykaz skrótów

- k.r.o. – Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy
(Dz.U. Nr 9, poz. 59 z późn. zm.)
- k.p.c. – Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego
(Dz.U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.)
- k.c. – Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny
(Dz.U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.)
- p.p.m. – Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe
(Dz.U. Nr 80, poz. 432 z późn. zm.)
- KoPD – Konwencja o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 r.
(Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 z późn. zm.)

Autorka, patrząc z perspektywy prawnej i społecznej, odnosi się do najistotniejszej kwestii w relacjach pomiędzy rodzicami i dziećmi, a mianowicie władzy rodzicielskiej i kontaktów rodziców z dziećmi. W publikacji kompleksowo zostały omówione zagadnienia zarówno materialne jak i proceduralne, krajowego i międzynarodowego prawa rodzinnego. Autorka porównuje rozwiązania obowiązujące w ramach polskiego porządku prawnego z zobowiązaniami międzynarodowymi, ukazując stopień harmonizacji norm krajowych z normami zawartymi w umowach i innych instrumentach międzynarodowych. Zwraca uwagę na mankamenty tych rozwiązań, jednocześnie kierując do ustawodawcy sugestie dotyczące pożądanych zmian. (...)



Bogata i dobrze dobrana literatura oraz orzecznictwo, cytaty i zestaw aktów prawnych, a także osobista refleksja autorki, skłaniają do uznania jej dzieła za rzetelne naukowo, świadcząc jednocześnie o dobrze przygotowanym warsztacie oraz dużej wrażliwości na losy każdego dziecka. Ta szlachetna postawa - w dzisiejszych czasach niezwykle potrzebna – ukazuje się w obliczu trudnej prawniczej tematyki, z której udaje się wydobyć żar racjonalnej troski o jak najlepszą pozycję dziecka. Prowadzi to do odrzucenia tego, co skostniałe i nieodpowiadające wyzwaniom współczesności oraz przedstawienia w to miejsce rozsądnych propozycji zmian. Problematyka pracy ukazana jest profesjonalnie i kompleksowo odnosząc się nie tylko do koniecznych prawniczych kontekstów, ale do szerokich aspektów socjologiczno-społecznych. Zachęcam gorąco do ciekawej i interesującej lektury.

Z przedmowy Rzecznika Praw Dziecka Marka Michalaka