

# PIECZA NAPRZEMIENNA A WŁADZA RODZICIELSKA RODZICÓW ŻYJĄCYCH W ROZŁĄCZENIU

Katarzyna Kamińska

---

---

---



Wolters Kluwer



# **PIECZA NAPRZEMIENNA A WŁADZA RODZICIELSKA RODZICÓW ŻYJĄCYCH W ROZŁĄCZENIU**

Katarzyna Kamińska

---

---

---



Wolters Kluwer

WARSZAWA 2022

SERIA **MONOGRAFIE**

Praca powstała w wyniku realizacji projektu badawczego  
nr 2019/33/N/HS5/00284 finansowanego ze środków  
Narodowego Centrum Nauki

Katarzyna Kamińska, nr ORCID: 0000-0002-4438-0127

Stan prawny na 10 czerwca 2022 r.

Recenzent

Dr hab. Małgorzata Balwicka-Szczyrba, prof. UG

Wydawca

Magdalena Stojek-Siwińska

Redaktor prowadzący

Adam Choiński

Opracowanie redakcyjne

JustLuk

Projekt okładek serii

Wojtek Janikowski, Przemek Dębowski

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2022

ISBN 978-83-8286-555-4

ISSN 1897-4392

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 728 313 462

e-mail: PL-ksiazki@wolterskluwer.com

księgarnia internetowa [www.profinfo.pl](http://www.profinfo.pl)

# SPIS TREŚCI

|                                                                                          |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Wykaz skrótów .....</b>                                                               | <b>9</b>   |
| <b>Wstęp .....</b>                                                                       | <b>15</b>  |
| <b>Rozdział I</b>                                                                        |            |
| <b>Geneza i kształtowanie się wspólnej władzy rodzicielskiej .....</b>                   | <b>23</b>  |
| 1. Geneza rozwoju władzy rodzicielskiej w odniesieniu do matki oraz ojca dziecka .....   | 23         |
| 2. Zasady sprawowania władzy rodzicielskiej w amerykańskim prawie rodzinnym .....        | 42         |
| 3. Rozumienie zasady dobra dziecka w kontekście władzy rodzicielskiej .....              | 67         |
| 4. Amerykańska terminologia dotycząca władzy rodzicielskiej i pieczy naprzemiennej ..... | 95         |
| <b>Rozdział II</b>                                                                       |            |
| <b>Rozwój pieczy naprzemiennej w amerykańskim systemie prawnym .....</b>                 | <b>114</b> |
| 1. Wspólne wykonywanie władzy rodzicielskiej przez rodziców żyjących w rozłączeniu ..... | 114        |
| 2. Cechy i rodzaje pieczy naprzemiennej .....                                            | 147        |
| 3. Regulacje pieczy naprzemiennej w poszczególnych stanach .....                         | 165        |

## Rozdział III

|                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Funkcjonowanie pieczy naprzemiennej w zagranicznych systemach prawnych</b> ..... | 196 |
| 1. Piecza naprzemienna na poziomie europejskim i międzynarodowym .....              | 196 |
| 2. Rozwój prawa krajów europejskich w zakresie pieczy naprzemiennej .....           | 211 |
| 2.1. Uwagi ogólne .....                                                             | 211 |
| 2.2. Belgia, Francja, Holandia, Szwecja .....                                       | 214 |
| 2.3. Dania, Czechy, Włochy, Szwajcaria .....                                        | 232 |
| 2.4. Wielka Brytania, Niemcy, Rumunia .....                                         | 240 |
| 3. Doświadczenia australijskie i kanadyjskie związane z pieczą naprzemienną .....   | 256 |
| 4. Alternatywne metody rozwiązywania sporów rodzicielskich .....                    | 269 |

## Rozdział IV

|                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Piecza naprzemienna w polskim prawie rodzinnym</b> .....                         | 290 |
| 1. Normatywne przesłanki orzekania o pieczy naprzemiennej .....                     | 290 |
| 2. Plan wychowawczy a orzeczenie pieczy naprzemiennej .....                         | 325 |
| 3. Pojęcie i charakter prawny pieczy naprzemiennej .....                            | 339 |
| 4. Piecza naprzemienna a inne rodzaje stosunków między rodzicami a dziećmi .....    | 353 |
| 4.1. Uwagi ogólne .....                                                             | 353 |
| 4.2. Kontakty z dzieckiem .....                                                     | 354 |
| 4.3. Obowiązek alimentacyjny .....                                                  | 365 |
| 4.4. Miejsce zamieszkania i miejsce pobytu dziecka .....                            | 370 |
| 5. Piecza naprzemienna w Polsce – czy istnieje potrzeba zmian legislacyjnych? ..... | 377 |

## Rozdział V

|                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Warunki stosowania pieczy naprzemiennej</b> .....                              | 409 |
| 1. Ryzyka związane z pieczą naprzemienną .....                                    | 409 |
| 2. Korzyści wynikające z pieczy naprzemiennej .....                               | 433 |
| 3. Pozanormatywne przesłanki wpływające na orzekanie o pieczy naprzemiennej ..... | 461 |

---

|                                                                                                      |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.1. Uwagi ogólne .....                                                                              | 461 |
| 3.2. Wiek dziecka .....                                                                              | 461 |
| 3.3. Wzajemne nastawienie rodziców .....                                                             | 469 |
| 3.4. Odległość między domami rodziców .....                                                          | 482 |
| 3.5. Warunki mieszkaniowe każdego z rodziców .....                                                   | 489 |
| 3.6. Społeczno-demograficzna charakterystyka rodziców .....                                          | 490 |
| 3.7. Problemy w rodzinie .....                                                                       | 495 |
| 4. Równowaga rodzicielska (wnioski <i>de lege lata</i> i postulaty<br><i>de lege ferenda</i> ) ..... | 498 |
| <b>Podsumowanie</b> .....                                                                            | 513 |
| <b>Wykaz aktów prawnych</b> .....                                                                    | 537 |
| <b>Bibliografia</b> .....                                                                            | 543 |



# WYKAZ SKRÓTÓW

## Źródła prawa

|                  |                                                                                                                                                                                                                                              |
|------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| BGB              | – niemiecka ustawa z 18.08.1886 r. – Kodeks cywilny (Bürgerliches Gesetzbuch)                                                                                                                                                                |
| d.pr.mał.        | – dekret z 25.09.1945 r. – Prawo małżeńskie (Dz.U. Nr 48, poz. 270)                                                                                                                                                                          |
| EKPC             | – europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.)           |
| FLA              | – australijska ustawa z 1975 r. – Prawo rodzinne (Family Law Act), <a href="http://classic.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/fla1975114/">http://classic.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/fla1975114/</a> (dostęp: 16.02.2022 r.) |
| k.c.             | – ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.)                                                                                                                                                                 |
| k.k.             | – ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1138)                                                                                                                                                                           |
| Konstytucja RP   | – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)                                                                                                                                                        |
| k.p.             | – ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2020 r. poz. 1320 ze zm.)                                                                                                                                                                   |
| k.p.c.           | – ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.)                                                                                                                                                  |
| k.p.c. z 1950 r. | – obwieszczenie Ministra Sprawiedliwości z 25.08.1950 r. o ogłoszeniu jednolitego tekstu kodeksu postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 394 ze zm.)                                                                                       |

|            |                                                                                                                                                      |
|------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| KPD        | – Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20.11.1989 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.) |
| k.r.       | – ustawa z 27.06.1950 r. – Kodeks rodzinny (Dz.U. Nr 34, poz. 308 ze zm.; uchylony z dniem 1.01.1965 r.)                                             |
| k.r.o.     | – ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2020 r. poz. 1359)                                                                  |
| UMDA       | – amerykańska ustawa – Prawo małżeńskie i rozwodowe (Uniform Marriage and Divorce Act) z 1970 r.                                                     |
| u.p.p.     | – ustawa z 11.02.2016 r. o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci (Dz.U. z 2019 r. poz. 2407 ze zm.)                                                   |
| u.w.r.     | – ustawa z 9.06.2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz.U. z 2022 r. poz. 447)                                                 |
| u.p.d.o.f. | – ustawa z 26.07.1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1128 ze zm.)                                                  |

## Organy orzekające

|     |                                                      |
|-----|------------------------------------------------------|
| FCA | – Sąd Rodzinny Australii (Family Court of Australia) |
| NSA | – Naczelny Sąd Administracyjny                       |
| SA  | – sąd apelacyjny                                     |
| SKO | – samorządowe kolegium odwoławcze                    |
| SN  | – Sąd Najwyższy                                      |
| SO  | – sąd okręgowy                                       |
| SR  | – sąd rejonowy                                       |

## Czasopisma i publikatory

|                |                                                                      |
|----------------|----------------------------------------------------------------------|
| AIS            | – Acta Iuris Stetinensis                                             |
| AJO            | – American Journal of Orthopsychiatry                                |
| AUWr           | – Acta Universitatis Wratislaviensis, Przegląd Prawa i Administracji |
| BGLJ           | – Berkeley Journal of Gender, Law and Justice                        |
| BLR            | – Bond Law Review                                                    |
| BYU Law Review | – Brigham Young University Law Review                                |

---

|                  |                                                                      |
|------------------|----------------------------------------------------------------------|
| CFLQ             | – Child and Family Law Quarterly                                     |
| CKS              | – Challenges of the Knowledge Society                                |
| CLR              | – California Law Review                                              |
| CLRJ             | – Children’s Legal Rights Journal                                    |
| CRQ              | – Conflict Resolution Quarterly                                      |
| CSLR             | – Cleveland State Law Review                                         |
| CYSR             | – Children and Youth Services Review                                 |
| DPP              | – Demokratyczny Przegląd Prawniczy                                   |
| DR               | – Demographic Research                                               |
| EIRP Proceedings | – European Integration: Realities and Perspectives Proceedings       |
| EJLR             | – European Journal of Law Reform                                     |
| EPS              | – Europejski Przegląd Sądowy                                         |
| FCCR             | – Family and Conciliation Courts Review                              |
| FCR              | – Family Court Review                                                |
| FLQ              | – Family Law Quarterly                                               |
| FLR              | – Federal Law Review                                                 |
| FP               | – Forum Prawnicze                                                    |
| FSULR            | – Florida State University Law Review                                |
| HPO              | – Health Psychology Open                                             |
| IJFS             | – Interdisciplinary Journal of Family Studies                        |
| IJJF             | – International Journal of Jurisprudence of the Family               |
| IJLPF            | – International Journal of Law, Policy and the Family                |
| ILJ              | – Indiana Law Journal                                                |
| JAACAP           | – Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry |
| JCFS             | – Journal of Comparative Family Studies                              |
| JCL              | – Journal of Child Law                                               |
| JECH             | – Journal of Epidemiology and Community Health                       |
| JELS             | – Journal of Empirical Legal Studies                                 |
| JFP              | – Journal of Family Psychology                                       |
| JFS              | – Journal of Family Studies                                          |
| JLFS             | – Journal of Law and Family Studies                                  |
| JSI              | – Journal of Social Issues                                           |
| JSWFL            | – Journal of Social Welfare and Family Law                           |
| KLJ              | – Kentucky Law Journal                                               |
| LLR              | – Louisiana Law Review                                               |

---

|                 |                                                             |
|-----------------|-------------------------------------------------------------|
| LSR             | – Law and Society Review                                    |
| MHI             | – Miscellanea Historico-Iuridica                            |
| MLR             | – Michigan Law Review                                       |
| MoP             | – Monitor Prawniczy                                         |
| NCFR            | – National Council on Family Relations                      |
| NDLR            | – North Dakota Law Review                                   |
| NiS             | – Nauczyciel i Szkoła                                       |
| NIU Law Review  | – Northern Illinois University Law Review                   |
| NKLR            | – Northern Kentucky Law Review                              |
| OSN             | – Orzecznictwo Sądu Najwyższego                             |
| OSNC            | – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna               |
| OSNCK           | – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna i Izba Karna  |
| OSNKW           | – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa |
| OSPika          | – Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych       |
| OwSS            | – Orzecznictwo w Sprawach Samorządowych                     |
| Pal.            | – Palestra                                                  |
| PDz             | – Prawo w działaniu                                         |
| PiP             | – Państwo i Prawo                                           |
| PriP            | – Prokuratura i Prawo                                       |
| PS              | – Przegląd Sądowy                                           |
| RAIP            | – Roczniki Administracji i Prawa                            |
| RiP             | – Rodzina i Prawo                                           |
| RPEiS           | – Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny               |
| S/C             | – Societas/Communitas                                       |
| SCLR            | – Santa Clara Law Review                                    |
| SI              | – Studia Iuridica                                           |
| SJPH            | – Scandinavian Journal of Public Health                     |
| SLPR            | – Stanford Law and Policy Review                            |
| SP              | – Studia Prawnicze                                          |
| SP KUL          | – Studia Prawnicze Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego    |
| UCLR            | – University of Cincinnati Law Review                       |
| UCS             | – Uniwersyteckie Czasopismo Socjologiczne                   |
| UMKC Law Review | – University of Missouri-Kansas City Law Review             |
| UPLR            | – University of Pennsylvania Law Review                     |
| ULR             | – Utah Law Review                                           |

|         |                                                                 |
|---------|-----------------------------------------------------------------|
| VLR     | – Vermont Law Review                                            |
| WLLR    | – Washington and Lee Law Review                                 |
| WLR     | – Wisconsin Law Review                                          |
| WwR     | – Wychowanie w Rodzinie                                         |
| ZP UKSW | – Zeszyty Prawnicze Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego |
| ZtF     | – Zeitschrift für Familienforschung                             |

## Inne

|      |                                                                                                 |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ALI  | – Amerykański Instytut Prawa (American Law Institute)                                           |
| BIG  | – Biuro Informacji Gospodarczej                                                                 |
| CEFL | – Komisja Europejskiego Prawa Rodzinnego (Commission on European Family Law)                    |
| ELI  | – Europejski Instytut Prawa (European Law Institute)                                            |
| ETPC | – Europejski Trybunał Praw Człowieka                                                            |
| FDR  | – Mediacje w sprawach rodzinnych w Australii (Family Dispute Resolution)                        |
| ICL  | – Niezależny prawnik do reprezentowania dziecka w Australii (Independent Children's Lawyer)     |
| ICSP | – Międzynarodowa Rada do spraw Pieczy Naprzemiennej (International Council on Shared Parenting) |
| NOW  | – Amerykańska Organizacja Kobiet (National Organization for Women)                              |
| NPO  | – Amerykańska Organizacja Rodziców (National Parents Organization)                              |
| OZSS | – opiniodawczy zespół sądowych specjalistów                                                     |
| PRC  | – Amerykańskie Centrum Badawcze (Pew Research Center)                                           |
| RODK | – rodzinny ośrodek diagnostyczno-konsultacyjny                                                  |
| RPD  | – Rzecznik Praw Dziecka                                                                         |
| RPO  | – Rzecznik Praw Obywatelskich                                                                   |
| USCB | – amerykańska agencja rządowa (United States Census Bureau)                                     |



## WSTĘP

Przedmiotem niniejszej pracy jest piecza naprzemienna jako sposób uregulowania wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej po rozstaniu, najczęściej spowodowanym przez rozwód, ale również przez rozpad związków nieformalnych. Piecza naprzemienna polega na tym, że dziecko po rozstaniu rodziców przebywa na zmianę raz u jednego, raz u drugiego rodzica w takim samym lub zbliżonym okresie. Od pewnego czasu zaobserwować można postępujący wzrost popularności instytucji pieczy naprzemiennej, który jest odpowiedzią na zachodzące zmiany społeczne, kulturowe i prawne. Najistotniejsze z nich to: rosnąca aktywność kobiet na rynku pracy, rosnąca świadomość społeczeństwa na temat roli ojca w życiu dziecka, nabieranie przekonania w kwestii korzyści osiągniętych przez dziecko z utrzymywania relacji z obojgiem rodziców po ich rozstaniu, stosowanie alternatywnych metod rozwiązywania sporów pomiędzy rodzicami oraz zmiana przepisów na takie, które zmierzają do równego traktowania ojca i matki pod względem praw i obowiązków wobec dziecka, zarówno przed, jak i po rozstaniu.

Brak wyraźnej regulacji dotyczącej pieczy naprzemiennej stanowił asumpt do podjęcia analizy tej instytucji w polskim prawie. Zagadnienie to jest bardzo ważne z punktu widzenia praktyki prawa. Piecza naprzemienna ma wymiar narodowy i międzynarodowy. Bezpośrednim celem rozważań zawartych w niniejszym opracowaniu było dokonanie inwentaryzacji rozwiązań w wybranych porządkach prawnych pod kątem pieczy naprzemiennej, dokonanie analizy tych regulacji w celu ustalenia ich *ratio legis*, podstawowych założeń, zasad stosowania, występujących podobieństw oraz różnic, a następnie zve-

ryfikowanie polskiego prawa i praktyki orzeczniczej w tym zakresie. Piecza naprzemienna najczęściej kojarzy się z wprowadzeniem do porządku prawnego priorytetu równego czasu pieczy nad dzieckiem w sytuacji rodziców żyjących w rozłączeniu. Niniejsza monografia jest odpowiedzią na potrzebę zmiany postrzegania tej instytucji, kojarzonej wyłącznie jako układ symetrycznej pieczy nad dzieckiem po rozstaniu rodziców.

Publikacja wychodzi naprzeciw potrzebie kompleksowego, wielopłaszczyznowego oraz rzetelnego opracowania zagadnień dotyczących pieczy naprzemiennej w polskiej nauce prawa. Jednocześnie celem rozważań było wprowadzenie do dyskursu prawniczego tego dość młodego rozwiązania prawa rodzinnego, które stanowi wyzwanie dla ustawodawcy i organów stosujących prawo. Jednak dylemat polskiego ustawodawcy polegający na tym, jak uregulować kwestię powierzania wykonywania władzy rodzicielskiej w sytuacji rodziców żyjących osobno, aby urzeczywistniała ona zasadę dobra dziecka, ma charakter uniwersalny. Był i nadal jest on obecny w innych systemach prawnych, również tych, które, jak prawo amerykańskie, mogą wydawać się odległe w stosunku do polskich rozwiązań. Rozbieżność systemowa nie okazała się jednak zbyt poważna, skoro polski ustawodawca uwzględnił postulat przeniesienia do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego<sup>1</sup> amerykańskiej koncepcji planu wychowawczego. Ustawodawca polski inspirował się rozwiązaniami dotyczącymi władzy rodzicielskiej obecnymi w Stanach Zjednoczonych, co stanowiło jedną z przyczyn uczynienia prawa amerykańskiego przedmiotem głównych rozważań w pracy. Podstawowym powodem było jednak to, że Stany Zjednoczone są kolebką instytucji pieczy naprzemiennej i najwcześniej zaczęły stosować ten sposób rozstrzygania o wykonywaniu władzy rodzicielskiej przez rodziców po ich rozstaniu.

W opracowaniu przedstawiono doświadczenia amerykańskie dotyczące pieczy naprzemiennej, ale też wyniki badań australijskich oraz rozwój prawa krajów europejskich w tym kontekście. Uwzględnienie

---

<sup>1</sup> Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2020 r. poz. 1359).

wzajemnych wpływów obcych ustawodawstw i konsekwentne przedstawienie w kolejnych rozdziałach publikacji wpływu tych ustawodawstw na rozwiązania przyjęte w Polsce – ze wskazaniem różnic oraz podobieństw – pozwala na stwierdzenie, że praca ma charakter komparatystyczny. Odwoływanie się do rozwiązań prawnych przyjętych w obcych systemach prawnych stanowiło tło do dokonania ocen co do trafności polskich instytucji prawa rodzinnego oraz sformułowania twierdzeń o charakterze postulatywnym. Ponadto korzystanie z doświadczeń państw obcych ma wymiar pozytywny. Omówione rozwiązania proceduralne, wypracowane w Australii czy Kanadzie, mogą stanowić przykłady dobrych praktyk w zakresie równoważności rodzicielskiej oraz tworzenia warunków wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej po rozstaniu.

Instytucja pieczy naprzemiennej jest interesującym i istotnym obszarem badawczym, ponieważ jest zagadnieniem o charakterze międzynarodowym i interdyscyplinarnym. Może być widziana z różnych perspektyw przez naukowców reprezentujących szerokie spektrum dziedzin nauki. W rozważaniach odwoływano się do poglądów prezentowanych przez polskich i zagranicznych przedstawicieli nauki, praktyków, sędziów, mediatorów, lekarzy, psychologów, socjologów, pedagogów, wreszcie samych zainteresowanych – dzieci i ich rodziców.

Monografia nadano strukturę pięciu rozdziałów. W rozdziale I zarysowano tło prawne pieczy naprzemiennej poprzez ogólną charakterystykę genezy i kształtowania się wspólnej władzy rodzicielskiej. Ukazanie rozwoju władzy rodzicielskiej było ważne dla zrozumienia tego, jak władza ta powinna być wykonywana w sytuacji rodziców żyjących w rozłączeniu. Dlatego też zaktualizowała się potrzeba dookreślenia zasad sprawowania władzy rodzicielskiej. Za punkt wyjścia do analizy możliwych rozwiązań wybrano prawo amerykańskie, ponieważ koncepcja utrzymania wspólnej władzy rodzicielskiej rodziców była najwcześniej i najszerzej analizowana w doktrynie i orzecznictwie amerykańskim. W dalszej części rozdziału omówiono zasadę dobra dziecka w kontekście władzy rodzicielskiej, a także teorie, które miały tłumaczyć, co jest zgodne z dobrem dziecka, i ułatwiać amery-

kańskim sądom rozstrzyganie spraw z zakresu władzy rodzicielskiej. Rozdział I poświęcono także angielskiej terminologii odnoszącej się do władzy rodzicielskiej oraz pieczy naprzemiennej. Podjęto próbę wyjaśnienia i uporządkowania najważniejszych pojęć i określeń z zakresu omawianej problematyki oraz znalezienia polskich odpowiedników poszczególnych rodzajów rozstrzygnięć o władzy rodzicielskiej.

Rozdział II obejmuje szczegółowe zagadnienia dotyczące wykonywania władzy rodzicielskiej przez oboje rodziców w Stanach Zjednoczonych. Osią rozważań było kształtowanie się pieczy naprzemiennej w amerykańskim systemie prawnym. W rozdziale sporządzono tabelaryczne zestawienie porównawcze uregulowań władzy rodzicielskiej w sytuacji rozłączenia rodziców w każdym z amerykańskich stanów. Dalsza część rozważań została poświęcona cechom pieczy naprzemiennej. Zebrano i uporządkowano najczęściej spotykane w Stanach Zjednoczonych rodzaje pieczy naprzemiennej. Miało to na celu wykazanie, że piecza ta nie zawsze sprowadza się do symetrycznego podziału czasu opieki nad dzieckiem. Analiza tych zagadnień jest o tyle interesująca, że stosunki prawnorodzinne stanowią materię prawodawczą każdego stanu, a praktyka sądowa może być różna w zależności od miejsca rozpoznawania sprawy i wydawania orzeczenia.

Rozdział III poświęcony jest porównawczemu ujęciu problematyki pieczy naprzemiennej w prawie krajów europejskich, m.in. Belgii, Francji, Holandii i Szwecji. Szukano odpowiedzi na następujące pytania: jakie są ramy prawne oraz kontekst funkcjonowania pieczy naprzemiennej w danym kraju. W jakim stopniu piecza ta jest dominująca w porównaniu z innymi sposobami sprawowania władzy rodzicielskiej po rozwodzie lub rozstaniu rodziców? Wybrane systemy prawne pogrupowano według podobieństw w regulacji pieczy naprzemiennej. Rozważania uzupełniono doświadczeniami australijskimi i kanadyjskimi dotyczącymi tego rodzaju pieczy. Analiza rozwiązań przyjętych w Australii (np. *Family Dispute Resolution*, FDR) oraz Kanadzie (np. *collaborative law*) pozwoliła wywieść wnioski dla polskiej praktyki. Z uwagi na rosnącą rolę organizacji międzynarodowych w procesie tworzenia nowoczesnych systemów prawnych i sądownictwa w rozdziale III dokonano również przeglądu aktów prawa mię-

dzynarodowego oraz prawa Unii Europejskiej pod kątem ustalenia, czy i jak ustawodawcy międzynarodowy i europejski regulują wspólne wykonywanie władzy rodzicielskiej i pieczę naprzemienną.

Polska praktyka w zakresie pieczy naprzemiennej rozwija się stosunkowo późno w porównaniu z praktyką innych krajów, dlatego dopiero w rozdziale IV omówiono tę instytucję w kształcie przyjętym w polskim systemie prawnym. Skoncentrowano się na analizie pojęcia, charakteru prawnego i przesłanek normatywnych orzekania o pieczy naprzemiennej, uwzględniając zmiany legislacyjne i rozwój zapatrywań polskiego ustawodawcy na temat sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej. Rozważania objęły m.in. obligatoryjność porozumienia rodziców i weto rodzicielskie w stanie prawnym sprzed 2015 r., różnicę między ograniczeniem władzy rodzicielskiej na podstawie przepisów art. 58 i 107 k.r.o. a ograniczeniem tej władzy w oparciu o art. 109 k.r.o., zasady rozstrzygania o wykonywaniu władzy rodzicielskiej przez rodziców żyjących w rozłączeniu, wzajemną relację zasad dobra dziecka oraz prawa dziecka do wychowania przez oboje rodziców. W tej części pracy przybliżono również praktykę polskich sądów i organów administracyjnych w zakresie pieczy naprzemiennej. Uzupełnieniem rozważań była analiza tej pieczy w kontekście innych stosunków między rodzicami a dziećmi, tj. kontaktów i obowiązku alimentacyjnego. Analiza objęła również kwestię miejsca zamieszkania dziecka oraz miejsca jego pobytu. Rozdział IV stanowi próbę odpowiedzi na pytanie dotyczące potrzeby nowelizacji regulacji krajowych w zakresie wprowadzenia pojęcia i definicji pieczy naprzemiennej oraz zasady orzekania o niej w pierwszej kolejności w sądach.

Rozdział V poświęcony jest badaniom empirycznym dotyczącym dotyczących pieczy naprzemiennej, które od lat 70. XX w. prowadzone są i sukcesywnie publikowane głównie w Stanach Zjednoczonych i Europie Zachodniej. Konieczne okazało się spojrzenie na zagadnienie pieczy naprzemiennej z szerszej perspektywy, z włączeniem w ten obszar badawczy kontekstu psychologicznego, pedagogicznego oraz społecznego. Dziedziny nauki takie jak psychologia, pedagogika i socjologia były pomocne przy poszukiwaniu odpowiedzi na pytanie, czy

omawiana instytucja urzeczywistnia zasadę dobra dziecka. Starano się wykazać warunki stosowania pieczy naprzemiennej, które muszą zostać spełnione, aby orzeczenie tej pieczy miało korzystny i realny wpływ na rozwój dziecka. W toku rozważań zaprezentowano ryzyka związane z pieczą naprzemienną i wynikające z niej korzyści. W rozdziale V omówiono również pozanormatywne przesłanki wpływające na orzekanie o pieczy naprzemiennej, tj. wiek dziecka, wzajemne nastawienie rodziców, odległość między ich domami, warunki mieszkaniowe, społeczno-demograficzną charakterystykę rodziców i problemy w rodzinie. Wyjaśniono, na czym polega równoważność rodzicielska oraz jaka jest relacja między równoważnością rodzicielską a pieczą naprzemienną. Na tym tle wskazano wyzwania dla rozwoju instytucji pieczy naprzemiennej i zalecenia w tym zakresie.

W pracy posłużono się następującymi metodami badawczymi. Po pierwsze, wykorzystana została metoda formalno-dogmatyczna, której istotą jest dokonywanie analizy prawa w oparciu o wypowiedzi doktryny i judykatury. Pomocnicza wobec tej metody jest metoda historyczna, którą analizowane są regulacje prawne już nieobowiązujące oraz rozwój regulacji prawnych i myśli prawniczej w odniesieniu do analizowanego zagadnienia. Inną ważną metodą jest metoda komparatystyczna, której celem jest dokonywanie porównań rozwiązań w różnych systemach prawnych w celu oceny regulacji polskiej oraz możliwości i potrzeby jej zmian. Do analizy wybrano zwłaszcza system amerykański z uwagi na fakt, że najwcześniej stosowano tam pieczę naprzemienną oraz ze względu na najbardziej obszerny materiał doktrynalny i orzeczniczy w tym zakresie, oraz system prawa australijskiego i kanadyjskiego z uwagi na niedawne reformy prawa rodzinnego pod kątem pieczy naprzemiennej, które są oceniane pozytywnie w literaturze międzynarodowej. Metoda komparatystyczna została wykorzystana w dwóch wariantach: jako statyczne badanie prawa obcego (*black letter law*) oraz w ujęciu funkcjonalnym, które pozwoliło na zbadanie *law in action*. Posiłkową, lecz istotną metodą uzupełniającą rozważania jest metoda empiryczna, która polega na sięgnięciu do wyników badań empirycznych z omawianej problematyki w celu identyfikacji wad i zalet, a także wyzwań i zagrożeń dla regulacji pieczy naprzemiennej.

Niniejsza monografia stanowi zmodyfikowaną wersję rozprawy doktorskiej obronionej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach. Rozprawa ta została napisana pod kierunkiem Pani dr hab. prof. UŚ Magdaleny Habdas, której pragnę podziękować za opiekę naukową, nieocenione wsparcie merytoryczne oraz życzliwość. Dziękuję również Recenzentom rozprawy – Pani dr hab. prof. KUL Hannie Witczak oraz Panu prof. dr hab. Mariuszowi Załuckiemu za cenne wskazówki, które wpłynęły na ostateczny kształt pracy.



## Rozdział I

# GENEZA I KSZTAŁTOWANIE SIĘ WSPÓLNEJ WŁADZY RODZICIELSKIEJ

## 1. Geneza rozwoju władzy rodzicielskiej w odniesieniu do matki oraz ojca dziecka

Problematyka rodziny i właściwego wychowywania w niej dzieci należy do najważniejszych wyzwań stojących przed współczesnymi społeczeństwami. Odpowiednie rozwiązanie tych zagadnień ma znaczenie dla przyszłego bytu społeczeństw. Podzielić należy pogląd, że rodzina jest naturalną i podstawową komórką społeczną<sup>1</sup>. Można jednak pójść o krok dalej i stwierdzić, że rodzina jako grupa społeczna jest „żywym” organizmem, który podlega pewnej zmienności, tak jak jednostki go tworzące<sup>2</sup>. Rodzina jest jedną z najstarszych instytucji społecznych, starszą nawet niż państwo i prawo<sup>3</sup>. Prawne aspekty funkcjonowania rodziny nurtowały już jurystów rzymskich i do dzisiaj są przedmiotem opracowań uczonych reprezentujących wiele dziedzin prawa. W przepisach polskiego prawa nie zdefiniowano pojęcia rodziny, dlatego w nauce prawa wykorzystywane są definicje wypracowane w innych naukach społecznych, w szczególności w socjologii czy psychologii.

---

<sup>1</sup> A. Zieliński, *Rozwód. Materialnoprawne podstawy rozvodu oraz postępowanie odrębne w sprawie o rozwód. Komentarz praktyczny z orzecznictwem. Wzory pism procesowych*, Warszawa 2016, s. 83–84.

<sup>2</sup> T. Bajkowski, *System rodzinny w przestrzeni międzykulturowej*, „Pograniczne Studia Społeczne” 2017/30, s. 168–169.

<sup>3</sup> *Rodzina i jej prawa*, red. J. Rominkiewicz, Wrocław 2012, s. 9.

W socjologii wypracowano pojęcie rodziny małej, w skład której wchodzi kobieta i mężczyzna pozostający w związku małżeńskim wraz z ich małoletnimi dziećmi, czyli krewni w linii prostej w pierwszym stopniu, oraz rodziny wielkiej składającej się z kilku małych rodzin, tworzonych przez dziadków, rodziców i dzieci<sup>4</sup>. W doktrynie przyjmuje się, że w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym pojęcie rodziny ograniczono do rodziny małej, zwanej też nuklearną<sup>5</sup>. A. Szczekala zauważa, że rodzina mała oznacza sytuację, w której rodzice zamieszkują razem, prowadząc wspólne gospodarstwo domowe<sup>6</sup>. Niektórzy autorzy do pojęcia rodziny małej dodają przymiotnik „sformalizowana”. Określenie „sformalizowana rodzina mała” oznacza wspólnotę kobiety i mężczyzny opartą na związku małżeńskim<sup>7</sup>. W przedstawionych definicjach rodzinę połączono z małżeństwem. Z pewnością należy jednak zgodzić się, że rodzice pozostający w związku konkubenckim, a nie w związku małżeńskim, także tworzą społeczną strukturę rodzinną<sup>8</sup>. W związku z tym można przyjąć uogólnioną definicję rodziny autorstwa F. Adamskiego, zgodnie z którą rodzina jako grupa społeczna oznacza „duchowe zjednoczenie szczupłego grona osób skupionych we wspólnym ognisku domowym aktami wzajemnej pomocy i opieki, oparte na wierze w prawdziwą lub domniamaną łączność biologiczną, tradycję rodzinną i społeczną”<sup>9</sup>. Warto zauważyć, że w definicji tej nie ujęto warunku małżeństwa, odmiennych płci osób, które dają podstawę rodzinie, ani też dziecka jako konsekwencji ich związku.

<sup>4</sup> W. Stojanowska, *Prawa i obowiązki (małżonków, rodziców i dzieci) w rodzinie* [w:] *Zagadnienia praw rodziny. XII Dni Praw Człowieka w Katolickim Uniwersytecie Lubelskim* 1994, red. J. Rebeta, Lublin 1997, s. 29–30.

<sup>5</sup> Problematykę pojęcia rodziny w prawie polskim podejmuje m.in. P. Fiedorczyk, *Attempts at Redefining the Family in Contemporary Polish Law*, IJFF 2012/3, s. 357.

<sup>6</sup> A. Szczekala, *Sposoby kształtowania władzy rodzicielskiej nad wspólnym dzieckiem rozwodzących się małżonków (zagadnienia wybrane)* [w:] *Prawo cywilne – stanowienie, wykładnia i stosowanie. Księga pamiątkowa dla uczczenia setnej rocznicy urodzin Profesora Jerzego Ignatowicza*, red. M. Nazar, Lublin 2015, s. 428.

<sup>7</sup> A. Gałakan-Halicka, *Ograniczenie władzy rodzicielskiej w świetle regulacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (wybrane zagadnienia)* [w:] *Prawo cywilne – stanowienie, wykładnia i stosowanie. Księga pamiątkowa dla uczczenia setnej rocznicy urodzin Profesora Jerzego Ignatowicza*, red. M. Nazar, Lublin 2015, s. 99.

<sup>8</sup> K. Gromek, *Praxis. Prawo rodzinne dla sędziów i pełnomocników*, Warszawa 2019, s. 2.

<sup>9</sup> F. Adamski, *Rodzina. Wymiar społeczno-kulturowy*, Kraków 2002, s. 29.

Nie wyłączono z niej także dalszych krewnych. W prawnym kręgu rodzinnym występują niejednokrotnie dziadkowie, tj. krewni w linii prostej w drugim stopniu, tworząc rodzinę wielopokoleniową.

Niniejsze opracowanie koncentruje się przede wszystkim na rodzinie nuklearnej. W tym ujęciu funkcjonowanie organizmu rodzinnego, w skład którego wchodzi dzieci, jest w dużej mierze uzależnione od tego, w jaki sposób ustawodawca ukształtował władzę rodzicielską<sup>10</sup>. Władza rodzicielska jest jedną z najważniejszych instytucji prawnych. Odgrywa kluczową rolę, gdy chodzi o określenie praw i obowiązków między rodzicami a dziećmi. Treść tego stosunku prawnego zdeterminowana jest w polskim porządku prawnym przez naczelną zasadę prawa rodzinnego, jaką jest zasada dobra dziecka<sup>11</sup>.

W nauce prawa wskazuje się, że samo określenie „władza rodzicielska” pojawiło się po raz pierwszy w niemieckim Kodeksie cywilnym (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) uchwalonym w 1896 r.<sup>12</sup>, jednak początkowe regulacje dotyczące władzy rodzicielskiej nie przewidywały równouprawnienia obojga rodziców<sup>13</sup>. Pełna realizacja postulatu równouprawnienia obojga rodziców nastąpiła dopiero w najnowszych europejskich systemach prawnych. W Polsce te postępowe tendencje przejawiały się już w pracach nad przygotowaniem Kodeksu Stanisława Augusta, które stanowiły ostatnią próbę kodyfikacji prawa w Rzeczypospolitej szlacheckiej przed jej upadkiem, ale dopiero w Kodeksie Andrzeja Zamoyskiego z 1778 r. zrównano oboje rodziców w „rządach” dotyczących spraw dzieci<sup>14</sup>. Pomimo że Kodeks Sta-

<sup>10</sup> K. Jagielski, *Istota i treść władzy rodzicielskiej*, Kraków 1963, s. 97.

<sup>11</sup> Dotychczas w polskiej literaturze prawniczej najbardziej kompleksową definicję dobra dziecka zaproponowała W. Stojanowska, *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979, s. 27.

<sup>12</sup> Niemiecka ustawa z 18.08.1886 r. – Kodeks cywilny, ze zm., <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (dostęp: 16.02.2022 r.).

<sup>13</sup> T. Sokołowski, *Władza rodzicielska nad dorastającym dzieckiem*, Poznań 1987, s. 56; por. K. Sójka-Zielińska, *Wielkie kodyfikacje cywilne. Historia i współczesność*, Warszawa 2009, s. 327–331.

<sup>14</sup> Pełny tytuł Kodeksu Andrzeja Zamoyskiego: *Zbiór praw sądowych na mocy konstytucji roku 1776 przez J. W. Andrzeja Zamoyskiego EX Kanclerza Koronnego, Kawalera Orderu Orła Białego ułożony y na seym roku 1778. podany*.

niśława Augusta nie był dziełem kodyfikacyjnym *sensu stricto* ani projektem Kodeksu, w odróżnieniu od Kodeksu Zamoyskiego, w Kodeksie Stanisława Augusta dokonano recepcji niektórych instytucji prawa rzymskiego<sup>15</sup>. Na rozwiązaniach prawa rzymskiego familijnego oparto stosunki prawne między rodzicami a dziećmi. W rozdziale III Kodeksu Stanisława Augusta strukturę rodziny przedstawiono w taki oto sposób: „najpierwsza jest władza rodzicielska nad dziećmi. Rodzą się dzieci z rodziny, której ojciec jest głową”.

Zatem pierwowzoru stosunków rodzinnych można upatrywać w prawie rzymskim, ponieważ tam też były one oparte na silnej władzy ojca rodziny (*pater familias*). Na marginesie można wskazać, że w prawie rzymskim dziecko traktowane było jako przedmiot władzy ojca<sup>16</sup>. Władza ta miała zaspokajać przede wszystkim potrzeby rodziny, a zwłaszcza ojca, któremu przysługiwało w stosunku do dziecka w zasadzie nieograniczone imperium<sup>17</sup>. Na treść władzy ojcowskiej (*patria potestas*) składało się m.in. prawo życia i śmierci (*ius vitae ac necis*) wobec osób pozostających *sub patria potestate*. Było to najbardziej skrajne, dziś odbierane jako drastyczne prawo ojca do zabijania własnych dzieci<sup>18</sup>. Na uwagę zasługuje fakt, że Rzymianie mieli świadomość tej nietypowej konstrukcji prawnej, jaką była władza ojcowska. Gajusz z pewną dumą pisał, że „nie ma chyba żadnych innych

<sup>15</sup> I. Jakubowski, *Prawo rzymskie w projektach kodyfikacyjnych polskiego Oświecenia*, Łódź 1984, s. 99.

<sup>16</sup> Była to władza absolutna – wyłączna i nieograniczona – praktycznie pozostająca pod niewielką kontrolą społeczną i kontrolą państwa; zob. I. Żeber, *Expositio infantis (porzucenie dziecka) w antycznym Rzymie* [w:] *Dziecko i jego pozycja prawna w dziejach*, red. A. Pasek, Wrocław 2014, s. 31.

<sup>17</sup> Por. J. Rominkiewicz, *Władza ojcowska w starożytnych Atenach* [w:] *Rodzina i jej prawa*, red. J. Rominkiewicz, Wrocław 2012, s. 25–27. Autor omawia instytucję władzy ojcowskiej w starożytnych Atenach, w tym m.in. najważniejsze uprawnienia ateńskiego ojca, zwanego *kyrios*, wobec dzieci oraz różnice w porównaniu z rzymską władzą ojcowską. Ogólnie można stwierdzić, że ateński ojciec miał szereg uprawnień, jednak ich zakres nigdy nie był tak szeroki jak prawa rzymskiego ojca. Z dzisiejszej perspektywy można stwierdzić, iż władza ojcowska w starożytnych Atenach, w porównaniu z władzą ojcowską w Imperium Romanum, miała bardziej humanitarny rys.

<sup>18</sup> Szczegółowo problematykę tę rozwija m.in. B.F. Wierzbowski, *Treść władzy ojcowskiej w rzymskim prawie poklasycznym. Władza nad osobami dzieci*, Toruń 1977, s. 23–24.

ludzi, którzy mieliby taką *potestatem* nad swoimi dziećmi, jaką my mamy”<sup>19</sup>.

Na zasadach podobnych do przyjętych w Kodeksie Stanisława Augusta opierała się władza ojcowska w średniowiecznym prawie polskim. Chociaż początkowo była ona bardzo silna, obejmując uprawnienia decyzyjne ojca w sprawach majątkowych i niemajątkowych rodziny oraz jej członków, to jednak później te więzi uległy pewnemu osłabieniu<sup>20</sup>. Rozwój polskiego prawa rodzinnego przebiegał, jak wskazuje P. Mostowik, podobnie jak w innych ustawodawstwach europejskich, niemniej unormowanie pozycji prawnej kobiety, także jako matki, wyprzedzało rozwiązania przyjmowane w innych państwach. W prawie polskim wcześniej niż w wielu ustawodawstwach europejskich za niepożądane uznawano np. poddanie żony władzy męża, a za istotne uznano położenie nacisku na uprawnienia i interesy rodziców przy kształtowaniu stosunków prawnych między rodzicami a dziećmi<sup>21</sup>. Ponadto w prawie średniowiecznym w Polsce zasadą było sprawowanie władzy rodzicielskiej przez mężczyznę. Za wyjątek od niej można uznać przyjęty wśród rycerstwa-szlachty w dawnym prawie polskim zwyczaj, że władzę rodzicielską po śmierci ojca sprawowała matka. Opiekunce-wdowie przydzielano jednego z bliskich krewnych męskich jako współopiekuna. K. Sójka-Zielińska zwraca uwagę na to, że zwyczaje powierzania władzy rodzicielskiej kobietom świadczyły o wysokiej pozycji szlachcianek w polskim prawie ziemskim<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Gajusz, *Instytucje (Gai Institutionvm Commentarii)*, Księga I, 55, tłum. P. Hoffman, <http://biblioteka.kijowski.pl/antyk%20rzymski/06.%20gajusz%20-%20instytucje.pdf> (dostęp: 16.02.2022 r.).

<sup>20</sup> I. Jakubowski, *Prawo...*, s. 103, 107–108.

<sup>21</sup> P. Mostowik, *Władza rodzicielska i opieka nad dzieckiem w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2014, s. 44–45 i literatura tam przywołana w przypisie 93.

<sup>22</sup> K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 2011, s. 98; por. A. Krajewska, *Konteksty ojcostwa [w:] Nowi mężczyźni? Zmieniające się modele męskości we współczesnej Polsce*, red. M. Fuszara, Warszawa 2008, s. 75–77; autorka, dokonując analizy rysu historycznego ojcostwa w Polsce, wskazuje, że rola ojca w rodzinie w Polsce w swoim historycznym rozwoju wpasowuje się w ewolucję ojcostwa w Europie. Jednak ojcostwo w Polsce posiada wiele cech niepowtarzalnych, związanych ze specyfiką historii Polski. System feudalny pojawił się w Polsce nieco później niż na Zachodzie, nie przyjął się w tak „czystej” formie, aparat państwowy był słabszy, w związku z czym w społeczeństwie polskim patrycentryzm nie zaznaczył się tak wyraźnie jak w krajach

Ostatecznie na ziemiach polskich władzę rodzicielską obojgu rodzicom nadał Kodeks Cywilny Królestwa Polskiego z 1825 r., jednak z przyznaniem przewagi ojcu w razie odmiennych zdań. Zniesiono prawo ojca do stosowania tzw. środków poprawy, które polegały na możliwości stosowania wobec dziecka przymusu fizycznego w postaci zamknięcia go przez władze sądowe w miejscu odosobnienia. Z drugiej strony wprowadzono środki tzw. karności domowej, tj. prawo obojga rodziców do karcenia dzieci, ale „sposobem zdrowiu ich i postępowi w naukach nieszkodliwym”. Wprowadzono ponadto sankcje za nadużywanie władzy rodzicielskiej<sup>23</sup>. Można wywnioskować, że były to pierwsze próby uregulowania uprawnienia matki do decydowania o dziecku, choć jego wychowanie leżało w jej gestii od dawna, ale też uznania prawa dziecka do ochrony przed krzywdzeniem<sup>24</sup>. Kształtowanie się władzy rodzicielskiej, w znaczeniu równej władzy rodziców nad dzieckiem, rozpoczęło się w XIX w. i trwa do dzisiaj. Najbardziej charakterystyczną funkcją władzy rodzicielskiej w ujęciu Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego jest jej funkcja ochronna wobec dziecka<sup>25</sup>. W Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym nie zdefiniowano pojęcia władzy rodzicielskiej. W nauce prawa rodzinnego określa się ją jako zespół praw i obowiązków rodziców względem małoletniego dziecka<sup>26</sup> w celu roztoczenia nad dzieckiem

---

Europy Zachodniej. Polski patriarchat łagodziła też silniejsza niż w innych krajach pozycja kobiety w społeczeństwie. Kobiety w Polsce, choć posiadały niższą pozycję społeczną od mężczyzn, miały i tak więcej praw w porównaniu z kobietami w Europie Zachodniej. Sytuacja polityczna Polski powodowała, że mężczyzna walczył lub przebywał na zesłaniu, a jego funkcje w rodzinie przejmowała kobieta-matka.

<sup>23</sup> K. Sójka-Zielińska, *Historia...*, s. 245.

<sup>24</sup> M. Dyrda, *Relacje rodzice – dziecko i ich prawne konteksty*, WwR 2014/10 (2), s. 288–289.

<sup>25</sup> S. Kalus, *Wybrane zagadnienia z zakresu znaczenia prawa dla ochrony rodziny* [w:] *Wszechnica Górnośląska – o umocnienie rodziny*, red. M. Lubina, Katowice–Opole–Cieszyn 1994, s. 48–49; por. H. Haak, *Władza rodzicielska. Komentarz*, Toruń 1995, s. 33; A. Kwak, A. Mościskier, *Rzeczywistość praw dziecka w rodzinie*, Warszawa 2002, s. 91.

<sup>26</sup> Dla określenia dziecka, oprócz ogólnego pojęcia „małoletni”, stosuje się w prawie nazwy bardziej jurydyczne, które mają swoje desygnaty określone w poszczególnych aktach prawnych. W ustawodawstwie polskim można wyróżnić następujące nazwy: „dziecko poczęte”, „młodociany”, „osoba podlegająca władzy rodzicielskiej, opiece lub kurateli”, „osoba, której postępowanie dotyczy” lub „ma dotyczyć”, „przysposobiony” albo „osoba mająca być przysposobiona”. Czasami pojęcia te pokrywają

pieczy, w szczególności kierowania nim, wychowywania i reprezentowania go oraz zarządzania jego majątkiem<sup>27</sup>.

Druga połowa XIX w. przyniosła w większości krajów europejskich zasadnicze zmiany w zakresie stosunków między rodzicami a dziećmi. Władza rodzicielska stała się przedmiotem szczegółowych regulacji prawnych, które wyraźnie określały treść tej władzy oraz przesłanki ingerencji w jej zakres. Wśród przyczyn tych zmian szczególną uwagę zwraca się na: zmianę w sposobie postrzegania dziecka, które przestało być przedmiotem regulacji prawnych, a stało się podmiotem praw; upowszechniające się równouprawnienie kobiet, które doprowadziło do przekształcenia się władzy ojcowskiej we władzę rodzicielską, czyli władzę ojca i matki sprawowaną na zasadach równości; ewolucję prawa w kierunku większej ingerencji państwa w sprawy rodziny<sup>28</sup>.

Z punktu widzenia naczelnej zasady prawa rodzinnego, jaką jest zasada dobra dziecka, istotne znaczenie ma to, jak rozwijała się władza rodzicielska oraz jej pojęcie, ponieważ rozwój ten wskazuje na to, że pozycja rodziców nie zawsze była równa. Choć od końca XVIII w. władza rodzicielska była regulowana przez prawo cywilne, to jednak funkcjonowała nadal na zasadzie podporządkowania władzy ojcowskiej. Ojciec decydował o wszystkich ważnych sprawach dziecka, takich jak miejsce jego zamieszkania, kierunek wychowania i wykształcenia, wybór zawodu, mimo że sam mało zajmował się dziećmi. Chociaż matka nie miała zagwarantowanej pełni praw wynikających z władzy rodzicielskiej, to na niej spoczywał ciężar wychowania dziecka. Matka sprawowała bieżącą pieczę nad dzieckiem. Bieżąca piecza oznaczała faktyczną codzienną troskę o stan zdrowia

---

się ze sobą, innym razem przyjmują odmienne znaczenia. W przypadku dziecka jako podmiotu praw i obowiązków w prawie cywilnym używa się pojęcia „małoletni”. Osobą pozostającą pod władzą rodzicielską jest małoletni – dziecko (niepełnoletnie) pozostające pod władzą rodzicielską (art. 92 k.r.o.); tak J. Bodio, *Status dziecka jako uczestnika postępowania nieprocesowego*, Warszawa 2019, s. 23–24, 29.

<sup>27</sup> T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2018, s. 252; por. S. Szer, *Prawo rodzinne w zarysie*, Warszawa 1969, s. 197–198; B. Walaszek, *Zarys prawa rodzinnego i opiekuńczego*, Warszawa 1971, s. 169; K. Gromek, *Praxis...*, s. 586.

<sup>28</sup> I. Długoszewska, *Przesłanki ograniczenia władzy rodzicielskiej na ziemiach polskich*, ZP UKSW 2010/10 (1), s. 150–151 i literatura tam przywołana w przypisie 5.

dziecka, jego naukę, wypoczynek, sposób spędzania wolnego czasu, a także zapewnienie dziecku poczucia bezpieczeństwa i stabilizacji. Ojcowie mieli zatem więcej praw rodzicielskich, a mniej obowiązków. Dopiero w XIX w. matka uzyskała prawne potwierdzenie jej praw rodzicielskich, a władzę rodzicielską zaczęto kształtować w sposób zapewniający równy udział każdego rodzica w życiu dziecka. Aby to osiągnąć, należało przejść długi proces przemian w światopoglądzie, a następnie w prawie<sup>29</sup>. Jednak wbrew społecznym oczekiwaniom, że wychowaniem dziecka powinni zajmować się oboje rodzice w równym stopniu, w skali globalnej to nadal na kobietach spoczywa większość obowiązków.

Należy również rozważyć zmianę terminologii w polskim prawie rodzinnym i zastąpienie określenia władzy rodzicielskiej innym terminem, np. odpowiedzialności rodzicielskiej<sup>30</sup> lub nadzoru rodzicielskiego<sup>31</sup>. Niektórzy autorzy uważają, że określenie to jest utrwalone w świadomości społecznej i nie wzbudza zastrzeżeń<sup>32</sup>. Dyskusja w przedmiocie posługiwania się pojęciem władzy rodzicielskiej w obszarze prawa polskiego rozpoczęła się przy okazji nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, która została dokonana 13.06.2009 r.<sup>33</sup> W uzasadnieniu projektu ustawy podtrzymano tezę, że rodzice powinni dysponować władczymi kompetencjami wobec dziecka, które z uwagi na stan swojego rozwoju oraz brak doświadczenia życiowego nie jest w stanie podejmować samodzielnie decyzji w sposób zgodny z jego dobrem<sup>34</sup>. M. Andrzejewski podkreśla wręcz, że pojęcie władzy rodzicielskiej ma dobrą, „bo demokratyczną genealogię, jako że wiąże się z intencją

---

<sup>29</sup> I. Henke, *Ewolucja prawnej pozycji dziecka w kontekście historycznego rozwoju rodziny* [w:] *Prawo blisko człowieka. Z dziejów prawa rodzinnego i spadkowego*, red. M. Mikuła, Kraków 2007, s. 125.

<sup>30</sup> M. Michalak, P.J. Jaros, *Prawo dziecka do obojga rodziców*, „Dziecko krzywdzone. Teoria, badania, praktyka” 2014/13 (3), s. 42, 49–50.

<sup>31</sup> M. Heine, *Pedagogiczne następstwa ograniczenia władzy rodzicielskiej*, Wrocław 1991, s. 7.

<sup>32</sup> P. Mostowik, *Władza...*, s. 64.

<sup>33</sup> Ustawa z 6.11.2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 220, poz. 1431).

<sup>34</sup> Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw z 7.12.2007 r., VI kadencja, druk sejm. nr 629.

dowartościowania pozycji w rodzinie kobiety, matki i przełamania – zwłaszcza w oddziaływaniu w stosunku do dzieci – dominacji ojca”<sup>35</sup>. Z poglądem tym nie można się jednak zgodzić. Określenie „władza rodzicielska” może nawiązywać do rzymskiej instytucji *patria potestas*, dlatego też słowo „władza” szkodzi kojarzenie go z władzą ojcowską. Kolejną kwestią jest to, że polskie prawo rodzinne od swych początków podlega ewolucji. Małżeństwo ewoluowało od instytucji patriarchalnej do egalitarnej relacji opartej na prawnie chronionej równości stron i wzajemnej odpowiedzialności. Podobne uwagi można odnieść do władzy rodzicielskiej. Słusznie wskazuje H. Dolecki, że „władza rodzicielska nie jest czymś stałym i raz na zawsze ukształtowanym. Pojęcie to przeszło długą ewolucję od rzymskiej «*patria potestas*», z jej «*ius vitae ac necis*», poprzez władzę ojca i wreszcie po uzyskaniu przez kobiety równouprawnienia, stało się władzą obojga rodziców”<sup>36</sup>.

Postulat odejścia od pojęcia władzy rodzicielskiej można uzasadniać rozmiękaniem się jego treści, obejmującej w świetle prawa również (lub przede wszystkim) obowiązki rodzicielskie, ze znaczeniem słowa „władza”, a także potrzebą uświadomienia rodzicom ich obowiązków wobec dzieci. Społeczeństwo należy przyzwyczaić do tego, że istotą władzy rodzicielskiej nie jest sprawowanie władzy, lecz sprawowanie pieczy nad osobą i majątkiem dziecka oraz jego reprezentowanie. Mając na uwadze powyższe, w doktrynie zgłoszono propozycję zastąpienia pojęcia „władza rodzicielska” terminem „odpowiedzialność rodzicielska”. M. Michalak i P.J. Jaros uważają, że odpowiedzialność rodzicielska jest bardziej kompleksowa niż władza rodzicielska. Obejmuje ona, poza pieczą nad osobą dziecka, jego majątkiem i reprezentacją, także kontakty z dzieckiem oraz kwestie związane z jego utrzymaniem i miejscem pobytu<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> M. Andrzejewski, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2011, s. 143. W podobnym tonie wypowiada się P. Mostowik, który twierdzi, że nie ma podstaw do zmiany ustawowej pojęcia „władza rodzicielska” – P. Mostowik, *Kontakty matki i ojca z dzieckiem jako treść władzy rodzicielskiej* [w:] *Prawo cywilne – stanowienie, wykładania i stosowanie: księga pamiątkowa dla uczczenia setnej rocznicy urodzin Profesora Jerzego Ignatowicza*, red. M. Nazar, Lublin 2015, s. 258–259 i przywołana tam literatura.

<sup>36</sup> H. Dolecki, *Ingerencja sądu opiekuńczego w wykonywanie władzy rodzicielskiej*, Warszawa 1983, s. 23; por. K. Sójka-Zielińska, *Historia...*, s. 244–247.

<sup>37</sup> M. Michalak, P.J. Jaros, *Prawo...*, s. 26–37.

Omawianą zmianę terminologiczną zaproponowano w projekcie nowego Kodeksu rodzinnego z 2018 r., który przygotowała powołana przez Rzecznika Praw Dziecka Komisja Kodyfikacyjna<sup>38</sup>. Nowy Kodeks, nad którym prace trwały 6 lat, kładzie szczególny nacisk na podmiotowość dziecka. W opinii RPD „(...) nowy Kodeks to rewolucja w myśleniu o dziecku i jego rodzinie. To nowa koncepcja ochrony dzieciństwa, rodzicielstwa, małżeństwa, całej rodziny”<sup>39</sup>. Komisja uznała „władzę rodzicielską” za pojęcie przestarzałe, wprowadzając nowe, nieznane do tej pory prawu polskiemu rozwiązania, w tym także „pieczę równoważną” i „pieczę konsensualną”, o których będzie mowa w dalszych rozważaniach. Rozwiązania te spotkały się z krytyką części doktryny.

Jeżeli natomiast chodzi o propozycję nowego Kodeksu rodzinnego, to nie została ona przyjęta przez ustawodawcę. O ile można zastanawiać się nad potrzebą stworzenia nowego dokumentu tego rodzaju i nad tym, czy nie lepszym rozwiązaniem jest nowelizowanie obecnie obowiązującego Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego<sup>40</sup>, o tyle sam zamysł wprowadzenia do niego odpowiedzialności rodzicielskiej należy uznać za słuszny.

Poza dorobkiem doktryny znaczący udział w przemianach prawa rodzinnego należy przypisać orzecznictwu Sądu Najwyższego, a także osiągnięciom nauk społecznych, dla których rodzina stanowi przedmiot badań. Istnieje bowiem bogata dokumentacja potwierdzająca wkład naukowców i sędziów w dokonanie wielu zmian w prawie rodzinnym. W samym tylko okresie po 1989 r. dzięki badaniom naukowym doszło do modyfikacji przepisów w zakresie stosunków między rodzicami a dziećmi, podkreślających podmiotowość dziecka<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Projekt Kodeksu Rodzinnego 28.07.2018 r. opracowany w ramach działalności RPD, [http://brpd.gov.pl/sites/default/files/kodeks\\_rodzinny\\_projekt\\_z\\_uzasadnieniem.pdf](http://brpd.gov.pl/sites/default/files/kodeks_rodzinny_projekt_z_uzasadnieniem.pdf) (dostęp: 16.02.2022 r.).

<sup>39</sup> O. Zakolska, *Rzecznik Praw Dziecka przygotował projekt nowego Kodeksu rodzinnego*, <https://www.gazetaprawna.pl/artykuly/1172970,rzecznik-praw-dziecka-przygotowal-projekt-nowego-kodeksu-rodzinnego.html> (dostęp: 16.02.2022 r.).

<sup>40</sup> M. Andrzejewski, *Wokół Projektu Kodeksu Rodzinnego przedłożonego w lipcu 2018 r. przez Rzecznika Praw Dziecka*, PDz 2019/40, s. 36.

<sup>41</sup> M. Andrzejewski, *Wokół...*, s. 13 i literatura tam przywołana w przypisie 18.

Co ciekawe, do koncepcji odpowiedzialności nawiązywał również L. Stecki w kontekście skojarzeń ze słowem „rodzina”. Rodzina kojarzy się ze wspólną odpowiedzialnością jej członków wobec siebie, czyli także rodziców względem dziecka. Odpowiedzialność ta powinna rozciągać się również na czas następujący po rozwodzie. Autor przekonuje ponadto, że rozwiązaniu może ulec samo małżeństwo, natomiast rodzina ze swej natury jest nierozwiązywalna. W następstwie rozwodu zmienia się struktura rodziny, ale nie dochodzi do jej unicestwienia<sup>42</sup>.

Warto też zwrócić uwagę na potrzebę dostosowania ustawodawstwa polskiego do postanowień międzynarodowego prawa ochrony praw człowieka i wyrażanego w nich rozumienia relacji między rodzicami a dziećmi<sup>43</sup>. Określenie odpowiedzialności rodzicielskiej (*parental responsibility*) pojawiło się po raz pierwszy w ratyfikowanej przez Polskę konwencji haskiej z 1996 r.<sup>44</sup> Zostało ono zdefiniowane w art. 1 ust. 2 i oznacza władzę rodzicielską lub wszelki inny podobny stosunek władzy, który określa prawa, uprawnienia i obowiązki rodziców, opiekunów lub innych przedstawicieli ustawowych w stosunku do osoby lub majątku dziecka. Paradoksalne jest to, że w polskim tłumaczeniu tej konwencji trudno jest odejść od słowa „władza”, tłumacząc nowe określenie czy wręcz pojęcie odpowiedzialności rodzicielskiej. Przedstawiony w konwencji opis pojęcia ma celowo szeroki zakres. Inspiracją dla tego terminu był art. 18 Konwencji o prawach dziecka<sup>45</sup>. Omawiane pojęcie odpowiedzialności rodzicielskiej nie było jednak wystarczająco przejrzyste i precyzyjne dla niektórych

<sup>42</sup> L. Stecki, *Władza rodzicielska po rozwodzie*, PiP 1992/5 (555), s. 49.

<sup>43</sup> Szerzej na ten temat K. Flaga-Gieruszyńska, *Jurysdykcja krajowa w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej* [w:] *Kolizyjne i procesowe aspekty prawa rodzinnego*, red. J. Gołaczyński, W. Popiolek, Warszawa 2019, s. 39–40; por. J. Gutzeit [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. M. Habdas, M. Frasz, Warszawa 2021, s. 852–854.

<sup>44</sup> Konwencja o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci, sporządzona w Hadze 19.10.1996 r. (Dz.U. z 2010 r. Nr 172, poz. 1158). Konwencja weszła w życie wobec Polski 1.11.2010 r.

<sup>45</sup> Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20.11.1989 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.). Konwencja weszła w życie wobec Polski 7.07.1991 r.

państw, stąd szczegółowe omówienie w art. 1 ust. 2 konwencji haskiej z 1996 r.<sup>46</sup> Był to pierwszy wiążący instrument międzynarodowy, w którym posłużono się pojęciem odpowiedzialności rodzicielskiej jako zespołu obowiązków i uprawnień rodziców w stosunku do dziecka, a nie tradycyjnym pojęciem władzy rodzicielskiej<sup>47</sup>.

Ponadto termin „odpowiedzialność rodzicielska” pojawia się w prawie Wspólnot Europejskich oraz będącej jej następcą prawnym Unii Europejskiej, np. w rozporządzeniu Rady (WE) nr 1347/2000<sup>48</sup>, jak również w uchylającym to rozporządzenie tzw. rozporządzeniu Bruksela II bis<sup>49</sup>. W tym miejscu można jedynie zasygnalizować, że rozporządzenie Bruksela II bis stanowi podstawę współpracy sądowej w sprawach rodzinnych w UE. Ustalono w nim jednolite zasady w zakresie jurysdykcji w sporach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej w sytuacjach o charakterze transgranicznym.

Oprócz instrumentów prawnych takich jak rozporządzenie Rady (WE) nr 1347/2000 czy rozporządzenie Bruksela II bis, które można określić jako „twarde prawo” (*hard law*), istnieją także pokrewne

---

<sup>46</sup> Praktyczny podręcznik dotyczący funkcjonowania Konwencji haskiej z dnia 19 października 1996 r. o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci), <https://assets.hcch.net/docs/21e16e1c-526e-4a91-a047-0d99c2adf953.pdf> (dostęp: 16.02.2022 r.), s. 24 i źródło przywołane w przypisie 72.

<sup>47</sup> N. Nikolina, *Divided Parents, Shared Children. Legal Aspects of (Residential) Co-Parenting in England, the Netherlands and Belgium*, Cambridge–Antwerp–Portland 2015, s. 18–19.

<sup>48</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 1347/2000 z 29.05.2000 r. w sprawie jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej za dzieci obojga małżonków (Dz.Urz. WE L 160, s. 19, ze zm.; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 19, t. 1, s. 209).

<sup>49</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 2201/2003 z 27.11.2003 r. dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie (WE) nr 1347/2000 (Dz.Urz. WE L 338, s. 1, ze zm.; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 19, t. 6, s. 243). Rozporządzenie (WE) nr 2201/2003 zostanie zastąpione nowym rozporządzeniem (UE) 2019/1111 w sprawie jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej oraz w sprawie wprowadzenia dziecka za granicę (Dz.Urz. UE L 178, s. 1). Rozporządzenie (UE) 2019/1111 będzie miało zastosowanie od 1.08.2022 r.

prawa instrumenty, które nie mając charakteru prawnie wiążącego, posiadają jednocześnie swoistą doniosłość prawną oraz niosą pewnego rodzaju zobowiązania<sup>50</sup>. Przyjęcie aktów prawa miękkiego (*soft law*) może mieć też znaczenie przy interpretacji aktów prawnie wiążących<sup>51</sup>. Wśród aktów prawa miękkiego odnoszących się do instytucji odpowiedzialności rodzicielskiej na uwagę zasługuje Zalecenie nr R (84) 4 Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej z 28.02.1984 r. W regule 1 lit. a Zalecenia nr R (84) 4 zdefiniowano tę odpowiedzialność jako zespół obowiązków i uprawnień, których celem jest zapewnienie moralnego i materialnego dobra dziecka, w szczególności poprzez sprawowanie pieczy nad osobą dziecka, utrzymywanie z nim osobistych relacji, zapewnienie wykształcenia, utrzymania, reprezentacji oraz zarządzania jego majątkiem. Był to pierwszy międzynarodowy akt prawny, który szczegółowo określił obowiązki rodzicielskie<sup>52</sup>.

Za stosowaniem pojęcia „odpowiedzialność rodzicielska” opowiada się również Komisja Europejskiego Prawa Rodzinnego (Commission on European Family Law, CEFL)<sup>53</sup>. Pod jej auspicjami publikowane są obszerne zestawienia prawnoporównawcze dotyczące prawa państw unijnych oraz propozycje wzorcowych zasad niektórych zagadnień prawa rodzinnego<sup>54</sup>. Chcąc przyczynić się do umoc-

<sup>50</sup> K. Spryszak, *Rola standardów o charakterze soft law w zakresie kreowania zobowiązań w państwach członkowskich organizacji międzynarodowych*, „Humanities and Social Sciences” 2017/22 (24), s. 212.

<sup>51</sup> Prawo miękkie może wyjaśniać pojęcia i przedstawiać nowe spojrzenie na dotychczas obowiązujące normy. Na temat funkcji miękkiego prawa zob. P. Skuczyński, *Soft law w perspektywie teorii prawa* [w:] *System prawny a porządek prawny*, red. O. Bogucki, S. Czepita, Szczecin 2008, s. 333–338.

<sup>52</sup> N. Nikolina, *Divided Parents...*, s. 29; por. K. Flaga-Gieruszyńska, *Jurysdykcja krajowa...*, s. 40–41.

<sup>53</sup> CEFL jest grupą badawczą, która powstała w 2001 r. Jej celem jest prowadzenie badań prawnoporównawczych, które stałyby się punktem wyjścia opracowania europejskiego kodeksu rodzinnego albo książki o prawie rodzinnym w europejskim kodeksie cywilnym. Przewodniczącą CEFL jest K. Boele-Woelki; organy CEFL tworzą Komitet Organizacyjny oraz Grupa Ekspercka. W składzie tej ostatniej należy odnotować obecność A. Mączyńskiego z Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie; zob. R.T. Manko, *Europejski kodeks cywilny – stan prac i perspektywy dalszego rozwoju*, SI 2004/43, s. 152–153 i literatura tam przywołana w przypisie 102.

<sup>54</sup> P. Mostowik, *Władza...*, s. 31.

nienia wspólnych wartości europejskich dotyczących praw dziecka oraz dążąc do harmonizacji prawa rodzinnego w Europie, CEFL w 2007 r. przyjęła „Zasady europejskiego prawa rodzinnego dotyczące odpowiedzialności rodzicielskiej” (*Principles of the European Family Law Regarding Parental Responsibilities*). W regule 3:1 Zasad zawarto spójną definicję odpowiedzialności rodzicielskiej, rozumianej jako zbiór praw i obowiązków, których celem jest promowanie i zabezpieczenie dobra dziecka. Obejmują one w szczególności: pieczę, ochronę i edukację; utrzymywanie osobistych relacji; ustalenie miejsca pobytu; zarząd majątkiem; reprezentację dziecka<sup>55</sup>.

Natomiast N. Nikolina dostrzega najbardziej aktualne spojrzenie społeczeństwa europejskiego na zagadnienie odpowiedzialności rodzicielskiej w instrumencie prawnym, który ma szansę stać się częścią prawa międzynarodowego, ale musi zostać wcześniej przyjęty przez Radę Europy. Mowa o Wstępnej Rekomendacji w sprawie praw i statusu prawnego dzieci oraz odpowiedzialności rodzicielskiej z 19.10.2011 r. (*Draft Recommendation on the Rights and Legal Status of Children and Parental Responsibilities*)<sup>56</sup>, opracowanej przez Komitet Ekspertów Prawa Rodzinnego Rady Europy (*Committee of Experts on Family Law*) pod przewodnictwem jednego z założycieli CEFL, N. Lowe. Podstawą do przygotowania założeń Wstępnej Rekomendacji był raport stanowiący podsumowanie badań nad funkcjonowaniem dzieci wychowywanych w rodzinach pełnych i niepełnych, bez względu na sytuację osobistą rodziców – czy są małżeństwem czy nie<sup>57</sup>. To, co wyróżnia Wstępną Rekomendację spośród innych istniejących lub proponowanych regulacji prawnych dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, to dość rozbudowana definicja tego pojęcia. Oprócz uprawnień i obowiązków rodzicielskich, o których

<sup>55</sup> K. Boele-Woelki, F. Ferrand, C. González-Beilfuss, M. Jänterä-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny, W. Pintens, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen–Oxford 2007, s. 25.

<sup>56</sup> Council of Europe Committee of Experts on Family Law, *Draft Recommendation on the Rights and Legal Status of Children and Parental Responsibilities*, CDCJ (2011) 15, 19 October 2011.

<sup>57</sup> N. Lowe, *A study into the rights and legal status of children being brought up in various forms of marital or non-marital partnerships and cohabitation*, Secretariat of the Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, 27 May 2010.

mowa w Zasadach CEFL, w regule 20 Rekomendacji wymieniono dbanie o zdrowie i rozwój dziecka, a w osobnym przepisie wyraźnie wskazano na obowiązek utrzymania dziecka. Doprecyzowano też poszczególne kategorie praw i obowiązków rodziców wobec dziecka. Przykładem może być reguła 30, zgodnie z którą rodzice odpowiedzialni są za pieczę nad osobą dziecka, jego bezpieczeństwo i edukację, co powinno służyć wspieraniu psychologicznego, emocjonalnego, intelektualnego i społecznego rozwoju dziecka, stosownie do jego potrzeb i możliwości<sup>58</sup>. Omawiany instrument zawiera także istotne rekomendacje odnośnie do wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej w sytuacji rodziców żyjących w rozłączeniu oraz praktyczne wskazówki dotyczące uregulowania miejsca pobytu dziecka po ich rozstaniu, zgodne z ustaleniami współczesnej nauki i najnowszymi tendencjami europejskimi, o czym będzie mowa w dalszych rozważaniach.

Dodatkowym argumentem przemawiającym za trafnością koncepcji odpowiedzialności rodzicielskiej jest to, że coraz więcej państw decyduje się na jej uregulowanie w ramach swoich wewnętrznych ustawodawstw. Jako przykład można wskazać australijskie prawo rodzinne. W 2006 r. „odpowiedzialność rodzicielska” zastąpiła obowiązujące pojęcie władzy rodzicielskiej określone w ustawie – Prawo rodzinne z 1975 r. (Family Law Act)<sup>59</sup>, co było wyrazem zmian w postrzeganiu roli rodziców w życiu dzieci. Deklarowanym *ratio legis* ustawy zmieniającej FLA<sup>60</sup> było stworzenie katalogu praw przyznanych dziecku, położenie nacisku na podmiotowość dziecka w rodzinie oraz odejście od akcentowania władztwa rodziców nad dzieckiem. Dla zobrazowania przemian i tendencji w australijskim prawie rodzinnym można wspomnieć tylko o przepisach: § 60 B (2) (a) FLA, który stanowi, że dzieci mają prawo do poznania swoich rodziców i pozostawania pod ich pieczę, niezależnie od tego, czy rodzice są małżeństwem, po-

<sup>58</sup> Szerzej na ten temat B. Saul, D. Kinley, J. Mowbray, *The International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials*, Oxford 2014, s. 774.

<sup>59</sup> Australijska ustawa z 1975 r. – Prawo rodzinne, ze zm., [http://classic.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol\\_act/fla1975114/](http://classic.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/fla1975114/) (dostęp: 16.02.2022 r.).

<sup>60</sup> Shared Parental Responsibility Act, 2006.

zostają w separacji prawnej, w separacji faktycznej bądź też nigdy nie byli małżeństwem i nie zamieszkują wspólnie, oraz kolejnym § 60 B (2) (b), zgodnie z którym dzieci mają prawo do utrzymywania osobistych relacji z każdym z rodziców poprzez spędzanie z nimi czasu i regularne komunikowanie się. Ustawodawca dążył do zagwarantowania prawa dziecka do wychowania przez oboje rodziców zarówno przed, jak i po ich rozstaniu. Na wzór prawa obowiązującego w Australii ustawodawca w Holandii zrezygnował z posługiwania się pojęciem „władza rodzicielska” (*gezag*) i w 2009 r. wprowadził regulację prawną odpowiedzialności rodzicielskiej (*ouderlijke verantwoordelijkheid*).

Dla porównania we Włoszech w 2006 r. w trakcie reformy prawa rodzinnego ustawodawca stanął przed dylematem, czy zrezygnować z pojęcia *la potestà genitoriale* będącego odpowiednikiem polskiej władzy rodzicielskiej. Należy podkreślić, że wskazana reforma była bardzo postępową; wprowadzono wtedy do włoskiego Kodeksu cywilnego (Il Codice Civile Italiano)<sup>61</sup> zasadę wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej, która znajduje zastosowanie, zarówno gdy rodzice żyją razem, jak i oddzielnie<sup>62</sup>. Zgodnie z art. 155 włoskiego Kodeksu cywilnego dziecko ma prawo do utrzymywania bliskich relacji nie tylko z każdym z rodziców po ich rozstaniu, ale także z innymi krewnymi zarówno ze strony matki, jak i ojca. Przyjmuje się, że w przypadku rozvodu czy rozstania rodziców zachowują oni swoje funkcje rodzicielskie i wspólnie wykonują władzę rodzicielską poprzez współdecydowanie w ważnych sprawach dziecka, takich jak zdrowie czy edukacja. Natomiast mimo że określenie *potestà* oznacza dosłownie „władztwo”, postanowiono go nie zmieniać. Dokonano tego dopiero w kolejnych reformach włoskiego prawa rodzinnego. Ustawą nr 219 z 2012 r. oraz dekretem ustawowym nr 154 z 2013 r., który wszedł w życie 7.02.2014 r., pojęcie „władza rodzicielska” zastą-

---

<sup>61</sup> Włoska ustawa z 16.03.1942 r. – Kodeks cywilny, ze zm., [http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter\\_Dictum/codciv/Codciv.htm](http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm) (dostęp: 16.02.2022 r.).

<sup>62</sup> F. Giardini, *Joint Custody of Children on Separation and Divorce: The Current Law in Italy: An Overview of the Law and How It Is Applied*, „International Survey of Family Law” 2014, s. 234.

piono terminem „odpowiedzialność rodzicielska” (*la responsabilità genitoriale*)<sup>63</sup>.

Jeszcze wcześniej ustawodawca brytyjski zauważył potrzebę zmiany prawa, uchwalając ustawę o dzieciach (*The Children Act*)<sup>64</sup> z 1989 r. Zastąpiono wówczas „prawa i obowiązki rodzicielskie” jednym określeniem odpowiedzialności rodzicielskiej, które obejmuje swoim zakresem „wszelkie prawa, obowiązki, uprawnienia, odpowiedzialności i władztwa, które z mocy prawa przysługują rodzicowi w stosunku do osoby dziecka i jego majątku”<sup>65</sup>. G. Douglas i N. Lowe podjęli próbę dookreślenia zakresu odpowiedzialności rodzicielskiej. Wyliczają, jakie prawa przysługują rodzicom i jakie są ich obowiązki. Należą do nich: wychowanie i kierowanie dzieckiem; utrzymywanie osobistych relacji; ochrona zdrowia i zapewnienie bezpieczeństwa; dostarczanie środków utrzymania; edukacja i wychowanie religijne; utrzymanie dyscypliny; zarząd majątkiem; reprezentacja dziecka przed sądem; wymóg uzyskania zgody na dokonanie następujących czynności dotyczących dziecka: zmiana imienia i nazwiska, zabieg medyczny, zawarcie małżeństwa, przysposobienie, wydanie paszportu, wyjazd poza granice Zjednoczonego Królestwa, dysponowanie zwłokami, ustanowienie opiekuna prawnego<sup>66</sup>. Wyliczenie to ma charakter przykładowy. B. Hoggett dodaje, że uprawnienia rodziców w stosunku do dziecka są wtórnym składnikiem odpowiedzialności rodzicielskiej<sup>67</sup>.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że samo zagadnienie władzy rodzicielskiej, czy wręcz samo pojęcie władzy rodzicielskiej, wymaga ponownego rozważenia, a być może nawet zastąpienia pojęciem odpowiedzialności rodzicielskiej. Przywiązanie do określenia „władza

<sup>63</sup> F. Giardini, *Unification of Child Status and Parental Responsibility: the Reform of Filiation Remodels the Family in the Legal Sense in the Italian Legal System*, IJFS 2017/22 (1), s. 2–3.

<sup>64</sup> Brytyjska ustawa z 16.11.1989 r. o dzieciach, ze zm., <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents> (dostęp: 16.02.2022 r.).

<sup>65</sup> Art. 3 (1) ustawy o dzieciach: „In this Act «parental responsibility» means all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property”.

<sup>66</sup> N. Lowe, G. Douglas, *Bromley's Family Law*, Oxford 2015, s. 337–338.

<sup>67</sup> B. Hoggett, *Joint parenting systems: the English experiment*, JCL 1994/6 (1), s. 9.

rodzicielska” prowadzi do postrzegania dziecka jako poddanego tej władzy rodzicielskiej, a rodziców jako uzurpatorów tej władzy tylko z tego powodu, że są rodzicami<sup>68</sup>. Liberalizacja życia społecznego i wpływ kultury indywidualistycznej, uznającej pierwszeństwo praw jednostki, przyczyniły się do podniesienia rangi dziecka w rodzinie i uznania pełni jego praw. Obecnie dziecko nie jest już traktowane jako dobro instrumentalne, ale jako pełnoprawny podmiot prawa. Dostrzega się jego indywidualne potrzeby. Zwiększyła się dbałość o rozwój dziecka, wzmocniły się interakcje osobowe z dzieckiem, skupiono się na jego świadomym wychowaniu. Zmiany te mają odzwierciedlenie w postanowieniach międzynarodowego prawa ochrony praw człowieka<sup>69</sup>. Przyjmuje się, że pierwszym powszechnym i wiążącym prawnie instrumentem, który podejmuje kwestię praw dziecka, jest Konwencja o prawach dziecka. Na prawa dziecka zwrócono uwagę już w Deklaracji praw dziecka z 1959 r. (zasada 2)<sup>70</sup> i w konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z 1980 r.<sup>71</sup>

Można jednak zastanawiać się, czy tego rodzaju zmiana nie oznaczałaby konieczności odejścia od kilkudziesięcioletniej praktyki i zbudowania treści ewentualnego nowego rozwiązania prawnego na nowo. Nawet jeżeli nomenklatura ustawowa nie jest optymalnie ukształtowana, to jednak kilkudziesięcioletnie orzecznictwo obudowane poglądami doktryny to wartość, od której trudno odejść, inspirując się kolejnymi projektami zmian ustawodawczych. Prawdą jest, że większość prawników jest intuicyjnie przyzwyczajonych do pojęcia „władza rodzicielska”. Proponowana „odpowiedzialność rodzicielska” może wydawać się określeniem niezgrabnym, wskazującym jedynie na obowiązki rodzicielskie. Problem polega na tym, że pojęcie „władza rodzicielska” również podkreśla tylko jeden aspekt, tj. władztwo rodziców nad dzieckiem i prawa rodzicielskie. Należy jednak podkreślić, że rodzice mają te same prawa i obowiązki, zarówno przy wła-

<sup>68</sup> M. Michalak, P.J. Jaros, *Prawo...*, s. 37.

<sup>69</sup> M. Dyrdół, *Relacje...*, s. 287.

<sup>70</sup> Deklaracja praw dziecka, uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne ONZ dnia 20.11.1959 r.

<sup>71</sup> Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, sporządzona w Hadze dnia 25.10.1980 r. (Dz.U. z 1995 r. Nr 108, poz. 528 ze zm.).

dzy, jak i odpowiedzialności rodzicielskiej, w związku z czym dorobek doktryny i orzecznictwa zostanie wykorzystany. Problem ma naturę terminologiczną. Z drugiej strony trzeba zaznaczyć, że język, którego używa się do opisu zjawisk, ma znaczenie. Sposób, w jaki określa się dane zjawisko, kształtuje jego postrzeganie społeczne. Terminologia może mieć duże znaczenie w kształtowaniu postaw rodzicielskich. Ponadto być może lepszym pojęciem byłaby „piecza rodzicielska”, ponieważ istotą władzy rodzicielskiej jest właśnie sprawowanie pieczy nad dzieckiem. Niemniej wydaje się, że jest za późno na wprowadzanie innych pojęć niż „odpowiedzialność rodzicielska”, ponieważ w opracowaniach anglojęzycznych powszechnie stosuje się już określenie *parental responsibility*.

Przedstawiona wyżej geneza rozwoju władzy rodzicielskiej jest ważna dla zrozumienia tego, jak ta władza powinna być wykonywana w sytuacji rodziców żyjących oddzielnie. Jak ustalono, rozwój nauki i społeczeństwa doprowadził do tego, że uznaje się, iż władzę rodzicielską mają sprawować oboje rodzice. To ustalenie rzutuje natomiast na regulowanie wykonywania władzy rodzicielskiej w przypadku, gdy rodzice nie żyją razem, niezależnie od statusu prawnego ich związku. Skoro zatem przyjęto, że władzę rodzicielską powinni sprawować oboje rodzice, to dotyczy to zarówno sytuacji, gdy żyją razem, jak i w rozłączeniu. Fakt rozstania rodziców nie musi przekreślać rozstrzygnięcia, w którym władza rodzicielska nadal w pełni przysługuje obojgu z nich. Przykładowo orzeczenie rozwodu nie musi wcale oznaczać zasadniczych zmian w zakresie władzy rodzicielskiej, ponieważ sąd i w tym przypadku może pozostawić władzę obojgu rodzicom. Z drugiej strony rozwód w praktyce, ze względu na rozejście się rodziców i prawdopodobnie różne ich miejsca pobytu, niesie ze sobą zmiany dotyczące wykonywania praw i obowiązków wobec dziecka, w tym sprawowania nad nim pieczy (o ile faktyczna separacja rodziców nie nastąpiła wcześniej)<sup>72</sup>. Dlatego też aktualizuje się potrzeba

---

<sup>72</sup> P. Mostowik, *Kontakty dziecka z rodzicami, krewnymi i bliskimi a władza rodzicielska*, PS 2013/23 (3), s. 20–21; por. T. Sokołowski, *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Poznań 2013, s. 236 (obowiązek uregulowania sytuacji dziecka jest koniecznym elementem ochrony jego dobra).

dookreślenia zasad sprawowania władzy rodzicielskiej przez rodziców żyjących w rozłączeniu. Dobrym punktem wyjściowym do rozważenia możliwych rozwiązań w odniesieniu do sprawowania władzy rodzicielskiej przez rodziców żyjących w rozłączeniu jest prawo amerykańskie<sup>73</sup>. Wynika to z tego, że koncepcja utrzymania wspólnej władzy rodzicielskiej rodziców, którzy się rozstali, była najwcześniej i najszerzej analizowana w doktrynie i orzecznictwie w Stanach Zjednoczonych. W związku z tym za celowe uznano bliższe przedstawienie ewolucji teorii i praktyki prawa w tym zakresie w oparciu o dorobek amerykański.

## 2. Zasady sprawowania władzy rodzicielskiej w amerykańskim prawie rodzinnym

Jak już zostało wykazane, kwestia sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej ma zasadnicze znaczenie z punktu widzenia dobra dziecka. Kształtowanie się władzy rodzicielskiej wpłynęło na postrzeganie sprawowania pieczy nad osobą dziecka. To zagadnienie nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji rozłączenia rodziców. Ustawodawca amerykański stanął na stanowisku, że dziecko ma być wychowywane przez oboje rodziców. To założenie wpływa na kształt regulacji wykonywania władzy rodzicielskiej także w sytuacji, gdy żyją oni w rozłączeniu. Skoro wychowywanie dziecka przez oboje rodziców jest wartością samą w sobie, tj. akceptowalnym i uznanym modelem wychowawczym, to należy uznać, że pożądane jest także

---

<sup>73</sup> W publikacji posłużono się ogólnym pojęciem „prawo amerykańskie”, jednak stanowi to pewne uproszczenie. Stosunki rodzinnoprawne pomiędzy rodzicami a dziećmi są przedmiotem regulacji poszczególnych stanów, a nie prawa Stanów Zjednoczonych. Każdy stan ma własne ustawodawstwo w zakresie prawa rodzinnego, ale często pozostaje ono pod wpływem regulacji modelowej, jaką jest amerykańska ustawa – Prawo małżeńskie i rozwodowe (Uniform Marriage and Divorce Act, UMDA) z 1970 r., ze zm., i dlatego przyjmowane w ustawodawstwach stanowych rozwiązania prawne mogą być do siebie podobne. Taki też pogląd prezentowany jest zarówno w doktrynie (zob. np. M.J. Harbach, *Is the Family a Federal Question?*, WLLR 2009/66 (1), s. 140–143), jak i w orzecznictwie amerykańskiego Sądu Najwyższego [zob. np. *in re Burrus*, Supreme Court of the United States, 136 U.S. 586 (1890); *Elk Grove Unified School District v. Newdow*, Supreme Court of the United States, 542 U.S. 1 (2004)].

wspólne wychowywanie dziecka przez oboje rodziców po rozwodzie lub z innych powodów żyjących w rozłączeniu<sup>74</sup>. Jednym ze sposobów uregulowania wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej po rozstaniu rodziców (najczęściej spowodowanym przez rozwód, ale też przez rozpad związków nieformalnych) jest piecza naprzemienna. Polega ona na tym, że dziecko po rozstaniu rodziców przebywa naprzemiennie, w takim samym lub zbliżonym wymiarze czasu, raz u jednego, raz u drugiego rodzica.

Stany Zjednoczone to kraj, w którym najwcześniej rozwinęto instytucję pieczy naprzemiennnej. W tym kraju zapada też najwięcej orzeczeń o tej pieczy. Dążąc do kreowania oraz prowadzenia skutecznej i efektywnej polityki rodzinnej, Stany Zjednoczone wiodą prym pod względem liczby i jakości badań nad pieczą naprzemienną<sup>75</sup>. Aby jednak odpowiedzieć na pytanie, skąd wzięła się piecza naprzemienna i na czym polega jej fenomen, należy najpierw ustalić, w jaki sposób dochodzono do modelu wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej. Poniższe rozważania będą dotyczyć kształtowania się zasad wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej w amerykańskim systemie prawnym.

Amerykańskie prawo rodzinne ewoluuje. Początkowo opierało się na wzorach angielskiego prawa rodzinnego *common law*, a następnie zaczęto w nim uwzględniać wzorce europejskiego prawa stanowionego<sup>76</sup>. Obecnie oba te wzorce współistnieją w amerykańskim prawie rodzinnym na zasadach koegzystencji amerykańskiego systemu prawnego *common law* z prawem stanowionym, a ich treści i funkcje ulegają stałym przemianom<sup>77</sup>. Początków prawa rodzinnego można za-

<sup>74</sup> W takiej sytuacji mogą znajdować się rodzice, którzy nigdy nie byli małżeństwem i nie pozostają w faktycznym pożyciu, małżonkowie żyjący w separacji faktycznej, a także rodzice po unieważnieniu małżeństwa lub orzeczeniu separacji.

<sup>75</sup> B.M. Smith, *Special Issue on Shared-Time Parenting After Separation*, FCR 2017/55 (4), s. 494–495.

<sup>76</sup> R. Tokarczyk, *Prawo amerykańskie*, Warszawa 2011, s. 109.

<sup>77</sup> Pomimo różnorodności podsystemów prawnych poszczególnych stanów najważniejsze założenia prawa amerykańskiego oparte są na prawie angielskim; zob. M. Załucki, *Wydzielniczenie w prawie polskim na tle porównawczym*, Warszawa 2010, s. 264–265.

tem poszukiwać w angielskim *common law* i rodzinie patriarchalnej, w której dzieci były uważane za własność ojca. W okresie kolonialnym i w czasach wczesnej republiki prawo amerykańskie podążało za *common law*, gdzie ojciec stał na czele rodziny i sprawował absolutną, wyłączną i niczym nieograniczoną władzę nad wszystkimi członkami rodziny, zgodnie z zakorzenioną w prawie rzymskim doktryną *pater familias*<sup>78</sup>. Jak wskazuje J. Folberg, obowiązująca w Stanach Zjednoczonych w XIX w. władza ojcowska nie była tak surowa, jak w swej pierwotnej angielskiej wersji<sup>79</sup>. Dominował jednak model paternalistyczny, w którym matka zachowywała prawo do czci i szacunku, ale nie przysługiwały jej żadne instrumenty umożliwiające egzekwowanie praw rodzicielskich<sup>80</sup>. W systemie *common law*, naśladowanym przez amerykańskie prawo i praktykę, małżonkowie uznawani byli formalnie za jeden podmiot, ale w rzeczywistości decydujący głos właściwie w każdej dziedzinie miał mąż. Zapewniał środki utrzymania i decydował o domowym budżecie, sposobie zarządzania gospodarstwem domowym czy wychowaniu dzieci. W XIX-wiecznym społeczeństwie kobieta nie miała podmiotowości prawnej. Nie mogła np. być zatrudniana czy zawierać umów bez zgody męża<sup>81</sup>. W 1839 r. w Mississipp, a później również w innych stanach, uchwalono dokument zatytułowany *Married Women's Property Acts*, który zapowiadał równość praw i obowiązków małżonków w sprawach majątkowych<sup>82</sup>. W sporach z zakresu władzy rodzicielskiej prawo do sprawowania pieczy

<sup>78</sup> D. Abrams, N. Cahn, C. Ross, D. Meyer, *Contemporary Family Law (American Casebook Series)*, b.m.w. 2012, s. 673.

<sup>79</sup> J. Folberg, *Custody Overview* [w:] *Joint custody and shared parenting*, red. J. Folberg, New York–London 1991, s. 3–5.

<sup>80</sup> Równolegle w Europie utrzymywała się przewaga męża w stosunkach prawnych pomiędzy małżonkami oraz przewaga ojca w stosunkach prawnych z dzieckiem. Wielokrotne nowelizacje prawa rodzinnego państw europejskich, zwłaszcza w latach 60. i 70., doprowadziły do zrównania sytuacji prawnej męża i żony. Impulsem do tych reform były dokumenty prawa międzynarodowego w zakresie praw człowieka uchwalone przez Narody Zjednoczone i inne normy regionalne; zob. M. Grossberg, *Governing the Hearth: Law and the Family in Nineteenth-Century America (Studies in Legal History)*, b.m.w. 1985, s. 235–239.

<sup>81</sup> L.E. Hawkins, *Joint Custody in Louisiana*, LLR 1982/43 (1), s. 85–86.

<sup>82</sup> J.A. Custer, *The Three Waves of Married Women's Property Acts in the Nineteenth Century with a Focus on Mississippi, New York and Oregon*, „Ohio Northern University Law Review” 2014/2013–21, s. 401.

nad dziećmi przysługiwało niemal zawsze ojcu<sup>83</sup>. Takiemu prawu ojca towarzyszył obowiązek zapewnienia dzieciom podstawowych potrzeb<sup>84</sup>.

Tak ukształtowana relacja *quid pro quo*, tj. ojciec sprawujący pieczę nad osobą dziecka i jego majątkiem w zamian za wychowanie i przygotowanie zawodowe, tak żeby w przyszłości dziecko mogło zarobić na swoje utrzymanie, była akceptowana w amerykańskich sądach kolonialnych. Ojciec postrzegany był jako naturalny opiekun dziecka, dlatego sądy ingerowały w stosunki rodzinne tylko w skrajnych przypadkach „moralnego upadku ojca”<sup>85</sup>. W sytuacji natomiast, gdy ojciec nie mógł sprawować pieczy z powodu śmierci, niepełnosprawności lub braku kompetencji wychowawczych, pieczę nad dziećmi powierzano najbliższemu męskiemu krewnym, nawet wtedy gdy żyła matka<sup>86</sup>. Z czasem linia orzecznicza amerykańskich sądów zaczęła się zmieniać. Dostrzeżono, że dziecko nie stanowi własności ojca, ale jest odrębnym podmiotem, który zasługuje na szczególną ochronę<sup>87</sup>. Dziecko nie jest jednak miniaturą człowieka dorosłego; szczególnie w pierwszych latach życia potrzebuje troski ludzi dorosłych. Przyczyn takiego stanu

---

<sup>83</sup> K.T. Graham, *How the ALI Child Custody Principles Help Eliminate Gender and Sexual Orientation Bias from Child Custody Determinations*, „Duke Journal of Gender Law & Policy” 2001/8, s. 324.

<sup>84</sup> *Carter v. Carter*, 159 Md., Court of Appeals of Maryland 1929 (Md. 1929).

<sup>85</sup> W tym kontekście warto dodać, że prawo amerykańskie, w przeciwieństwie do prawa europejskiego, od zawsze unikało interwencji sądu w stosunki rodzinne ze względu na ideę rodzinnej prywatności oraz ideę neutralności. Idee te zakorzenione są w kulturze *common law*, a współistniejąca wraz z nią w amerykańskim prawie kultura prawa stanowionego wniosła ideę równości do małżeństwa i rodziny, wypierającą hierarchiczne relacje małżeńskie i rodzinne, zob. R. Tokarczyk, *Prawo...*, s. 119; por. J.H. DiFonzo, *Dilemmas of Shared Parenting in the 21<sup>st</sup> Century: How Law and Culture Shape Child Custody*, „Hofstra Law Review” 2015/43 (4), s. 1005; Prather v. Prather, 4 South Carolina 34, Desaussure (1809).

<sup>86</sup> S.D. Sexton, *A Custody System Free of Gender Preferences and Consistent with the Best Interests of the Child: Suggestions for a More Protective and Equitable Custody System*, KLJ 2000/88 (3), s. 766–768.

<sup>87</sup> W niektórych stanach zakazano stosowania pojęcia „dziecko” w kontekście własności ojca, a sprawą nadrzędną dla sądów orzekających według słuszności (*equity courts*) stało się dobro dziecka. Przykładem takiego stanu jest Maryland; zob. np. *McAndrew v. McAndrew*, 382 A.2d 1081, Court of Special Appeals of Maryland (1978), cytując: *Ross v. Hoffman*, 280 Md. 172, 175, 372, A.2d 582 (1977).

rzeczy można upatrywać w społeczno-ekonomicznych przemianach związanych z industrializacją, przejściem do pracy najemnej i oddzieleniem miejsca pracy od miejsca domu, które ulokowało mężczyzn w fabrykach, a kobiety w domach. Wszystko to w sposób istotny wpłynęło na dynamikę rodziny w XIX w.<sup>88</sup>

Te zmiany, a także rozwój organizacji feministycznych, doprowadziły pod koniec XIX w. do tego, że prawa amerykańskich kobiet ulegały stałemu poszarpaniu i upowszechnianiu. Z powodu nieobecności ojców w domu znacznemu osłabieniu uległa władza ojca rodziny, a w konsekwencji dychotomia ojciec/matka. Matka uzyskała prawne potwierdzenie jej prawa do kontaktów i do sprawowania pieczy nad dziećmi. Prawo amerykańskie stanęło wobec potrzeby nowego zdefiniowania ról matki i ojca w rodzinie. Chodziło bowiem o stworzenie modelu rodziny, w którym oboje rodzice mogą realizować swoje funkcje rodzicielskie. W sprawach z zakresu władzy rodzicielskiej priorytetem stało się dobro dziecka (*best interest of the child*), a inne dobra i interesy nie powinny mieć pierwszeństwa przed tą zasadą<sup>89</sup>. Niektóre źródła podają, że pierwszy na zasadę dobra dziecka powołał się Sąd Najwyższy Pensylwanii w wyroku wydanym w 1813 r.<sup>90</sup> Zgodnie z innymi pierwszy raz do tej zasady odwołano się w wyroku Sądu Najwyższego Kansas z 1881 r., stwierdzając, że „w sprawach o władzę

<sup>88</sup> J. Folberg, *Custody...*, s. 4.

<sup>89</sup> W Polsce sądy wyrokują, posilkując się zasadą dobra dziecka, a w Stanach Zjednoczonych mają na względzie dobrobyt dziecka (*well-being of the child*), który nosi miano *best interests of the child standard*. W literaturze polskojęzycznej określenie *best interest of the child* zazwyczaj jest tłumaczone jako dobro dziecka, najlepiej pojęty interes dziecka lub nadrzędny interes dziecka. Natomiast z uwagi na to, że zakresy obu pojęć – dobra dziecka i *best interests of the child standard* – w znacznej mierze pokrywają się, a także żeby zachować przejrzystość wywodów, w publikacji zdecydowano posługiwać jednolicie sformułowaniem dobra dziecka; zob. M. Cudowska, P. Pawluczuk-Bucko, *Koncepcja „nadrzędnego interesu dziecka” jako element sprawowania opieki nad dzieckiem – analiza porównawcza na przykładzie Polski i stanu Minnesota* [w:] *Prawo małżeńskie i jego relacje z innymi gałęziami prawa*, red. I.A. Jarszewska, G. Ćwikliński, Olsztyn 2017, s. 42.

<sup>90</sup> Wcześniej w Pensylwanii, według obowiązującego systemu *common law*, dzieci były postrzegane jako własność ojca; zob. A. Rosen, *A brief history of 'best interests'*, <https://www.avramrosen.com/blog/2011/may/a-brief-history-of-best-interests/> (dostęp: 16.02.2022 r.).

rodzicielską należy kierować się dobrem dziecka, a dopiero w dal-szej kolejności uwzględniać interesy rodziców<sup>91</sup>. Pomijając powyż-szy spór, należy stwierdzić, że na zasadę dobra dziecka zaczęto po-woływać się w Stanach Zjednoczonych w XIX w.<sup>92</sup> Obecnie zasada ta znajduje swoje zastosowanie na obszarze całego kraju, co wynika z przepisów prawa stanowionego lub prawa precedensowego<sup>93</sup>. Dobro dziecka stanowi wartość nadrzędną i rdzeń wszystkich przepisów do-tyczających praw dziecka<sup>94</sup>. Niewątpliwie pojęcie dobra dziecka, mimo poprawy sytuacji praw dziecka w ogóle, jest nadal zagadnieniem sze-roko dyskutowanym w nauce.

Pojęcie „dobra dziecka” to zwrot niedookreślony, co jest charaktery-styczne dla klauzul generalnych, do których klauzula dobra dziecka jest zaliczana<sup>95</sup>. Korzystając z dorobku teorii prawa, można powie-dzieć, że klauzule generalne służą do korygowania prawa, a dokład-niej są korekturą zbyt sztywnych niekiedy rozwiązań dyktowanych przez postanowienia przepisów prawa (*ius strictum – ius aequum*)<sup>96</sup>. Zawierają one upoważnienie dla sędziego do dokonywania ocen w sprawach, w których nie można orzec trafnie tylko w oparciu

<sup>91</sup> „When the custody of children is the question, that the best interest of the children is the paramount; rights of father and mother sink into insignificance before that” – tłumaczenia z tekstów obcojęzycznych, jeśli nie podano inaczej, moje [K.K.]; zob. *in re Bort*, 25 Kansas Supreme Court 308 (1881).

<sup>92</sup> S.K. McGlothlin, *No More ‘Rag Dolls in the Corner’: A Proposal to Give Children in Custody Disputes a Voice, Respect, Dignity, and Hope*, JLSF 2008/11 (1), s. 80–81.

<sup>93</sup> Prawo precedensowe (*case law*) tworzą precedensy, mające kluczowe znaczenie na większości obszaru Stanów Zjednoczonych. Na szczeblu stanowym katalog źródeł prawa amerykańskiego przybiera postać następującej hierarchii: konstytucja stano-wa (*state constitution*), ustawy stanowe (*state statutes*), przepisy stanowione przez administrację stanową (*state regulations issued by state administrative agencies*) oraz prawo sądowe wynikające z orzeczeń sądowych (*state case law*); tak W. Kosior, *Federal law v. State law w Stanach Zjednoczonych – uwagi interpretacyjne*, RAIP 2014/14 (1), s. 75–76.

<sup>94</sup> J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010, s. 147.

<sup>95</sup> K. Mendecka, *Klauzula dobra dziecka w konwencji o prawach dziecka i w prawie polskim (wybrane problemy)*, „Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica” 2016/77, s. 31; G. Jędrejek, *Wyłączenie reprezentacji dzieci przez rodziców w postępowaniu cy-wilnym (Uwagi dotyczące wykładni przepisu art. 98 § 3 KRO)*, SP KUL 2009/2–3, s. 27.

<sup>96</sup> Tak: J. Nowacki, *Studia z teorii prawa*, Kraków 2003, s. 135–137.

o literę prawa<sup>97</sup>. Pojęcie dobra dziecka nie posiada powszechnie przyjętej definicji ani na płaszczyźnie doktrynalnej, ani normatywnej<sup>98</sup>. Jego rozumienie zależy od istnienia konkretnych okoliczności faktycznych, w jakich znajduje się dziecko<sup>99</sup>. Zamknięcie dobra dziecka w ramy definicji byłoby niecelowe, ponieważ istotą klauzul generalnych jest przyznanie swobody decyzyjnej, która umożliwi właściwą wykładnię prawa<sup>100</sup>. Warto przy tym wskazać, że pozostawienie pojęcia dobra dziecka jako klauzuli generalnej pozwala na elastyczne dostosowanie kategorii pojęciowej do konkretnej sytuacji dziecka oraz na ochronę praw dziecka w jak najszerszym zakresie, także w okolicznościach nieznanach ustawodawcy<sup>101</sup>.

Z drugiej strony pojawiają się problemy interpretacyjne dotyczące zakresu i znaczenia zasady dobra dziecka. Chodzi o praktyczne trudności w rozumieniu pojęcia dobra dziecka przez sędziów, a także rodziców występujących w postępowaniu, związane z brakiem jednolitych kryteriów oceny dobra dziecka. W takich przypadkach rodzi się niebezpieczeństwo nadużyć. Należy jednak mieć na uwadze, że zasada dobra dziecka jako klauzula generalna wiąże się z uznaniem i nakłada na sędziego obowiązek interpretacji. W amerykańskiej doktrynie prawa rodzinnego dyskusja na temat zasady dobra dziecka zaczęła się rozszerzać i zgłaszanych jest coraz więcej głosów krytycznych. D.L. Chambers uważa, że znaczna część społeczeń-

---

<sup>97</sup> Zasady te mają umożliwić ocenę, „co w konkretnym przypadku jest słuszne i prawe, co zaś niegodne społecznej aprobaty wyrażonej ustami sędziego”; tak J. Nowacki, *Studia...*, s. 143.

<sup>98</sup> Zasadę dobra dziecka ustanawia art. 3 KPD, wskazując formy ochrony praw dziecka. Podmiotami odpowiedzialnymi za tę ochronę są rodzice, państwo i organizacje społeczne. Ponadto wiele innych aktów prawa międzynarodowego odwołuje się do pojęcia dobra dziecka, m.in. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19.12.1966 r. (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167) czy Europejska konwencja o wykonywaniu praw dzieci, sporządzona w Strasburgu 25.01.1996 r. (Dz.U. z 2000 r. Nr 107, poz. 1128). Szerzej na ten temat A. Pisarska, *Psychologiczne i prawne aspekty dobra dziecka*, „Fides et Ratio” 2020/41 (1), s. 224.

<sup>99</sup> Por. K. Kamińska, *Dobro dziecka jako nadrzędna wartość przysposobienia zagranicznego*, PS 2021/2, s. 37.

<sup>100</sup> K. Mendecka, *Klauzula dobra...*, s. 35.

<sup>101</sup> A. Pisarska, *Psychologiczne...*, s. 225.

stwa postrzega rozstrzyganie spraw sądowych na podstawie otwartych i elastycznych kryteriów jako zbyt arbitralne, a samych sędziów poddaje krytyce za orzekanie na podstawie własnego światopoglądu, przyjętego systemu wartości i osobistych uprzedzeń, a nie prawa<sup>102</sup>. Stawiany jest im zarzut, że nie korzystają z dorobku innych dziedzin nauki, zwłaszcza psychologii dziecięcej. W amerykańskiej myśli społecznej takie jednostronne decyzje postrzegane są jako samowolne, ale też dyskryminujące.

Aby to zilustrować, rozważyć można typową sytuację: kierując się dobrem dziecka, sąd powierza pełnię władzy rodzicielskiej matce. Ojciec w odwołaniu prawdopodobnie podniesie, że wyrok jest arbitralny, ale również że jest on dyskryminujący ze względu na płeć, ponieważ sąd faworyzuje matkę, bo jest kobietą. Tymczasem sąd może uznać, że powierzenie matce pieczy nad niemowlęciem jest podyktowane dobrem dziecka. I odwrotnie – jeżeli ojcu zostanie przyznana pełna władza rodzicielska, przegrany rodzic, w tym przypadku matka, podniesie, że sąd nadał większą wagę sytuacji finansowej mężczyzny i na tej podstawie uznał, że będzie on lepszym opiekunem dla dziecka. Są to hipotetyczne dylematy, ale odzwierciedlają głębsze problemy dotyczące zasady dobra dziecka. Warto przy tym dodać, że gdy akty prawne są nieprecyzyjne, dające zbyt duże pole manewru, to ujemnie wpływają na możliwość właściwego rozeznania swojej sytuacji prawnej przez zainteresowanego rodzica. Mogą pojawiać się wątpliwości związane z rozumieniem zakresu własnych praw i obowiązków rodzicielskich<sup>103</sup>.

Co więcej, zasada dobra dziecka powinna przełamywać przyzwyczajenia oraz normy kulturowe i obyczajowe, które dziecku nie służą, co jest jednak trudne. Jak wskazuje K. Kurki-Suonio, zasada ta otwarta jest na różne interpretacje, w tym kulturowe. Może to oznaczać pewnego rodzaju konsensus społeczny, obowiązujący w danym czasie

---

<sup>102</sup> D.L. Chambers, *Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce*, MLR 1984/83, s. 480–486; por. C.E. Schneider, *Discretion, Rules and Law: Child Custody and the UMDA's Best-Interest Standard*, MLR 1991/89 (8), s. 2219; H.L. Robinson, *Joint Custody: Constitutional Imperatives*, UCLR 1985/54 (1), s. 59.

<sup>103</sup> M. Garrison, *Reforming Divorce: What's Needed, and What's Not*, „Pace Law Review” 2007/98, s. 5.

i miejscu, a dotyczący najlepszego sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej w rodzinie niepełnej. Kiedyś wyłączna piecza nad dzieckiem była uważana za lepszą dla dziecka w każdym wieku, a dziś zaczyna być orzekana wyjątkowo, natomiast preferowanym modelem sprawowania władzy rodzicielskiej jest model wspólnego wychowywania dziecka przez oboje rodziców po rozwodzie lub z innych powodów żyjących w rozłączeniu. Zgodzić należy się z twierdzeniem, że klauzula dobra dziecka jest złożona i konieczne jest indywidualne ustalanie jej znaczenia. Niemniej akt interpretacji prawa nie odbywa się w próżni: odzwierciedla także rozumienie pojęcia dobra dziecka w kulturze<sup>104</sup>.

W kontekście uwarunkowań kulturowych wpływających na rozumienie zasady dobra dziecka warto dodać, że do połowy XX w. uważano, iż rodzina jest „święta” i należy dążyć do jej utrzymania za wszelką ceną, dla dobra dzieci, nawet kosztem osobistego szczęścia<sup>105</sup>. Dopiero w latach 70. XX w. zaczęto zauważać, że szczęśliwy rodzic równa się szczęśliwe dziecko, a konflikt między rodzicami może szkodzić dzieciom bardziej niż rozwód. Przełożyło się to na zmiany w amerykańskim prawie rozwodowym. Najważniejszą zmianą w tym przypadku było złagodzenie przesłanek dopuszczalności rozwodu (*easy divorce*)<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> Na temat złożoności relacji między prawem a kulturą K. Kurki-Suonio, *Joint Custody as an Interpretation of the Best Interests of the Child in Critical and Comparative Perspective*, IJLPF 2000/14 (3), s. 183–184.

<sup>105</sup> W Anglii do 1857 r. nie znano rozwodu, natomiast Stany Zjednoczone w okresie kolonialnym tylko w stanach południa kraju były wierne pod tym względem wzorom angielskim. Nie był znany tam rozwód całkowity (*a vinculo matrimonii*), lecz tylko rzadko orzekana przez sądy tzw. separacja od stołu i łoża (*a mensa et thoro*). Promotorem rozwoju amerykańskiego prawa rozwodowego była Pensylwania, w której poczynając od 1682 r. stwierdzenie cudzołóstwa jednego z małżonków dawało drugiemu z nich „prawo do pisma rozwodowego”; zob. *The Source, A Guidebook of American Genealogy*, red. L.D. Szucs, S.H. Luebking, Provo 2006, s. 277.

<sup>106</sup> Zagadnienia przemian społecznych w Stanach Zjednoczonych podejmuje m.in. H. Jacob, który prowadzi wnikliwe i skłaniające do refleksji analizy doniosłych zmian w prawie amerykańskim w zakresie prawa rozwodowego, podziału majątku wspólnego małżonków i władzy rodzicielskiej w ciągu ostatnich kilkudziesięciu lat. W kontekście omawianej tematyki na uwagę zasługują analizy dotyczące transformacji prawa rozwodowego, które zachodziły sukcesywnie od 1966 r., w tym wprowadzenia pojęcia rozwodu bez orzekania o winie i jego wpływu na sposób rozstrzygania o władzy rodzicielskiej, zob. H. Jacob, *Silent revolution: the transformation of divorce law in the United States*, Chicago 1988, s. 127n.

Kalifornia była pierwszym stanem, w którym zalegalizowano rozwód bez winy jako niesporny, demokratyczny kompromis stron (*divorce by consent*), po stwierdzeniu przez sąd różnic nie do przezwyciężenia (*irreconcilable differences*), które były powodem nieodwracalnego rozpadu (*irremediable breakdown*) małżeństwa<sup>107</sup>. Obecnie we wszystkich stanach uznaje się rozwód bez orzekania o winie, jednak w niektórych wymaga się spełnienia dodatkowej przesłanki rozvodu, jaką jest oddzielne zamieszkiwanie rozwodzących się małżonków przez określony czas przed złożeniem pozwu o rozwód<sup>108</sup>. Nasuwa się refleksja, że ważne jest, aby sprawdzać aktualność i adekwatność przyjętych rozwiązań prawnych, uwzględniając sferę wartości oraz wspólnych odczuć funkcjonujących w społeczeństwie. Prawo jest narzędziem wprowadzającym zmiany. Niekiedy potrzeba jedynie impulsu, który spowoduje, że ukrywane przez milczącą większość faktyczne poglądy na daną sprawę zaczną wychodzić na światło dzienne. Może okazać się, że zmianę popiera większość społeczeństwa, która do tej pory zachowywała milczenie albo wręcz się tej zmianie deklaratywnie sprzeciwiała, ponieważ tak odczytywała obowiązującą społeczną normę<sup>109</sup>.

Jak zasygnalizowano, zasada dobra dziecka stanowi wyzwanie interpretacyjne. Sąd, orzekając o władzy rodzicielskiej, musi uwzględniać zarówno aktualne, jak i przyszłe interesy dziecka. Interesujące spostrzeżenie dotyczące powyższej kwestii przedstawia R. Mnookin, który uważa, że sędzia niczym czarodziej przepowiada przy-

---

<sup>107</sup> Podpis pod pierwszą w historii Stanów Zjednoczonych ustawą umożliwiającą orzeczenie rozvodu bez potrzeby wykazywania przed sądem winy współmałżonka złożył w 1969 r. R. Reagan – ówczesny gubernator Kalifornii i jednocześnie przyszły prezydent USA. Na temat skutków tej decyzji zob. W.B. Wilcox, *The Evolution of Divorce*, <https://www.nationalaffairs.com/publications/detail/the-evolution-of-divorce> (dostęp: 16.02.2022 r.); por. R. Tokarczyk, *Prawo...*, s. 121.

<sup>108</sup> Ostatnim stanem, w którym przyjęto regulacje zezwalające na rozwód bez winy, był Nowy Jork w 2010 r.; zob. *Divorce, American-style: No-fault is now the law in all 50 states*, <https://www.consumerreports.org/cro/news/2010/10/divorce-american-style-no-fault-is-now-the-law-in-all-50-states/index.htm> (dostęp: 16.02.2022 r.); por. *Fault and No-Fault Divorce: An Overview*, <https://family.findlaw.com/divorce/an-overview-of-no-fault-and-fault-divorce-law.html> (dostęp: 16.02.2022 r.).

<sup>109</sup> D. Sześciło, *Kiedy prawo może wywołać społeczną zmianę?*, <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1446523,prawo-a-zmiany-spoleczne.html> (dostęp: 16.02.2022 r.).

szłość dziecka, jednak bez pomocy szklanej kuli<sup>110</sup>. Oto co powiedział na temat zasady dobra dziecka Sąd Apelacyjny w Dystrykcie Kolumbii: „(...) wymaga ona od sędziego, przy założeniu ludzkich słabości i ograniczeń w kwestii przepowiadania losu drugiego człowieka, że dokona wyboru, który nie będzie dowolny, lecz racjonalny, uzasadniony i wolny od uprzedzeń. Słowem – najlepszy”<sup>111</sup>. Sąd Najwyższy Waszyngtonu, orzekając o władzy rodzicielskiej, przyznał, że „w żadnej innej sprawie nie potrzeba tyle umiejętności i uwagi, ale też w żadnej innej sprawie decyzja sądu nie ma tak daleko sięgających konsekwencji”<sup>112</sup>. W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Najwyższy Wirginii Zachodniej: „(...) nie istnieją sprawdzone i wiarygodne źródła wiedzy, oparte na empirycznych dowodach, z których można by korzystać, przewidując skutki decyzji dorosłych [tutaj: sędziego – K.K.] dla życia dziecka”<sup>113</sup>. Problem z rozstrzygnięciem o władzy rodzicielskiej z uwzględnieniem zasady dobra dziecka jest widoczny, gdy oboje rodzice są odpowiednimi kandydatami do sprawowania tej władzy, a prawo zmusza sędziego do wyboru jednego z nich<sup>114</sup>. W doktrynie wyrażono pogląd, że wybór rodzica jest nie-

---

<sup>110</sup> R. Mnookin, *Child Custody Revisited*, „Law and Contemporary Problems” 2014/77 (1), s. 251.

<sup>111</sup> „(...) requires the judge, recognizing human frailty and man’s limitations with respect to forecasting the future course of human events, to make an informed and rational judgment, free of bias and favor, as to the least detrimental of the available alternatives” – zob. *Matter of Adoption of JSR*, District of Columbia Court of Appeals, 374 A.2d 860 (1977).

<sup>112</sup> „No question ever submitted to the courts calls for greater care or wisdom in its decision, and none is more far-reaching in its consequences” – zob. *Brock v. Brock*, Supreme Court of Washington, 123 Wash. 450, 212 Pac. 550 (1923); por. *Gravning v. Gravning*, North Dakota Supreme Court, 389 N.W.2d 621 (1986): „Orzekanie o władzy rodzicielskiej jest najtrudniejszym z rozstrzygnięć sądowych” („Awarding custody of children is the most difficult of judicial decisions”).

<sup>113</sup> „(...) there are no reliable, empirical studies that can be used to predict the consequences of an adult’s [here: judge’s] assumed future behavior upon a child” – zob. *Jb v. Ab*, Supreme Court of Appeals of West Virginia, 242 S.E.2d 248 (1978); por. *Friederwitzer v. Friederwitzer*, Court of Appeals of New York, 55 NY2d 89 (1982): „Jedyną prawdą w regulacjach stosunków prawnych między rodzicami a dziećmi jest to, że nie ma żadnych prawd” („The only absolute in the law governing custody of children is that there are no absolutes”).

<sup>114</sup> Zob. np. *Finkelstein v. Finkelstein*, Appellate Division of the Supreme Court of New York, 698 N.Y.S.2d 914, 266 A.D.2d 505 (1999) – interesująca sprawa, w której przedmiotem sporu była władza rodzicielska nad dzieckiem ze zdiagnozowanym ze-

kiedy podyktowany własnymi przeczuciami sędziego i nie znajduje żadnego uzasadnienia w prawie<sup>115</sup>. Jest to zwykle związane z istniejącymi w społeczeństwie stereotypami i uprzedzeniami, a taka postawa sędziów tylko je utrwała<sup>116</sup>. Linia orzecznicza nie jest w tej materii jednolita, a wspomniana odpowiedniość (*fitness*) rodziców bywa różnie interpretowana w aspekcie fizycznym<sup>117</sup>, ekonomicznym<sup>118</sup>, psy-

społem nadpobudliwości psychoruchowej z deficytem uwagi i syndromem Aspergera, a osobiste właściwości każdego z rodziców, ich kwalifikacje i stan emocjonalnej więzi pomiędzy nimi a dzieckiem przemawiały za modelem wspólnego wychowywania dziecka po rozwodzie. Chociaż sąd pierwszej instancji uznał te okoliczności za ustalone, to ostatecznie przyznał władzę rodzicielską matce, powołując się na przesłankę stabilności życiowej dziecka. Podczas gdy stabilność życiowa faktycznie może odgrywać ważną rolę przy rozstrzyganiu spraw o władzę rodzicielską nad dziećmi ze specjalnymi potrzebami, to jednak nie powinno się pomijać innych przesłanek, takich jak zdolność rodzica do zapewnienia dziecku warunków prawidłowego rozwoju. Orzekając o wyłącznej władzy rodzicielskiej, sąd ograniczył ojca w decydowaniu o ważnych sprawach dotyczących dziecka, w tym o jego leczeniu. W odwołaniu od wyroku sądu pierwszej instancji ojciec podniósł, że syn potrzebuje z nim kontaktu i będzie potrzebował jeszcze większego wsparcia, gdy ten dorosnie, a „okoliczności staną się trudniejsze”. W przedmiotowej sprawie sąd nawet nie odniósł się do tego zarzutu, nie uwzględnił roli ojca w życiu dorastającego dziecka ani nie rozważył innego modelu wychowywania dziecka niż wyłączna piecza matki. Żaden z rodziców nie został przecież uznany za nienadającego się do pełnienia funkcji rodzicielskich. Urzeczywistnieniem zasady dobra dziecka w tej konkretnej sprawie byłoby, jak się wydaje, orzeczenie o wspólnej władzy rodzicielskiej obojga rodziców, dzięki czemu oboje decydowaliby o leczeniu syna, ale z wyznaczeniem miejsca pobytu dziecka przy matce jako podstawowym opiece; por. *Kilgore v. Kilgore*, Court of Civil Appeals of Alabama, 308 So. 2d 249 (1975); *Lewis v. Lewis*, Supreme Court of Kansas, 537 P.2d 204 (1975).

<sup>115</sup> Por. R.J. Levy, *Custody Investigations in Divorce-Custody Litigation*, JLSF 2010/12 (2), s. 446–447 (autor uważa, że sędzia, którego doświadczenie życiowe i przyjęty system wartości mogą bezpośrednio wpływać na wynik sprawy, powinien sam wyłączyć się od orzekania).

<sup>116</sup> J.G. Jr. Taussig, J.T. IV Carpenter, *Joint Custody*, NDLR 1980/56 (2), s. 224–225.

<sup>117</sup> Zob. np. *Creed v. Moriarty*, Court of Appeal of Louisiana, 244 So. 2d 286 (1971) – sprawa, w której rodzic uległ wypadkowi samochodowemu i nie mógł sprawować fizycznej pieczy nad dzieckiem, w związku z czym sąd pozbawił go władzy rodzicielskiej.

<sup>118</sup> Zob. np. *in re Cole*, Court of Appeal of Louisiana, 265 So. 2d 835 (1972) – sprawa, w której sąd powierzył pełnienie funkcji rodziców zastępczych dziadkom (sytuacja zbliżona do instytucji opieki z Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego), którzy byli w stanie zaspokoić wszelkie fizyczne, duchowe i emocjonalne potrzeby wnucząt, w tym w zakresie opieki medycznej, edukacji, wychowania religijnego, ubrania, nadzoru, a przede wszystkim miłości i troski.

chicznym<sup>119</sup> czy moralnym<sup>120</sup>. Zdarza się jednak też, że sędziowie rozstrzygają sprawy z zakresu władzy rodzicielskiej, posilkując się monetą. Taka sytuacja miała miejsce w sądzie w Michigan, gdzie orzekana była sprawa, w której strony nie mogły dojść do porozumienia w kwestii harmonogramu kontaktów z dzieckiem podczas świąt Bożego Narodzenia. W trakcie trwania rozprawy – ku zaskoczeniu wszystkich – sędzia wyjęła monetę i zwróciła się do stron z pytaniem „orzeł czy reszka?”. Takie zachowanie sędzi spotkało się z negatywną reakcją nie tylko samych stron postępowania, ale i środowiska sędziowskiego, które zgodnie uznało, że rzut monetą jako sposób wyrokowania narusza prawo stanu Michigan. Jedna sędzia skomentowała to zdarzenie jako „brak wycucia dla powagi procesu”<sup>121</sup>.

Na marginesie można przytoczyć dość nietypowe porównanie zasady dobra dziecka i gry *Calvinball*, które w literaturze przedmiotu zaproponowała N. Lapsatis. *Calvinball* jest to gra komputerowa z komiksu *Calvin and Hobbes*, popularna zarówno wśród dorosłych, jak i młodszych graczy, w której nie obowiązują żadne reguły oprócz tej, że gracze mogą zmieniać reguły gry w dowolnym momencie. W *Calvinball* nie można zagrać dwa razy tak samo, dlatego każda gra jest na swój sposób niepowtarzalna<sup>122</sup>. Według autorki tymi graczami są

<sup>119</sup> Zob. np. *Miyagi v. Miyagi*, Court of Appeal of Louisiana, 279 So. 2d 718 (1973) – sprawa, w której rodzic cierpiał na schizofrenię paranoidalną i był wielokrotnie hospitalizowany, w związku z czym sąd pozbawił go władzy rodzicielskiej.

<sup>120</sup> Zob. np. *Scrimsher v. Toler*, Court of Appeal of Louisiana, 331 So. 2d 105 (1976) – sprawa, w której sąd odmówił przyznania władzy rodzicielskiej matce z tego powodu, że dopuściła się zdrady małżeńskiej.

<sup>121</sup> D. Ashenfelter, *Coin toss could backfire on judge*, <https://www.chron.com/news/nation-world/article/Coin-toss-could-backfire-on-judge-2060948.php> (dostęp: 16.02.2022 r.). Podobne zdarzenie miało miejsce w sądzie karnym w Nowym Jorku, kiedy to na posiedzeniu, na którym była rozpatrywana sprawa o wykroczenie, sędzia użył monety, żeby ustalić wymiar kary. Sędzia stwierdził, że jeżeli wypadnie orzeł, to zasądzi 30 dni kary pozbawienia wolności, a jeżeli wypadnie reszka, to 20 dni kary pozbawienia wolności, ale w więzieniu w Rikers Island; zob. W.G. Blair, *Flip of coin decides jail term in a Manhattan criminal case*, <https://www.nytimes.com/1982/02/02/nyregion/flip-of-coin-decides-jail-term-in-a-manhattan-criminal-case.html> (dostęp: 16.02.2022 r.).

<sup>122</sup> Calvinball Rules, *The Official Rules of Calvinball*, <http://insaner.com/calvinball/rules.html> (dostęp: 16.02.2022 r.).

sędziowie orzekający na podstawie niejasnych, nieprecyzyjnych przepisów prawa<sup>123</sup>.

Zasada dobra dziecka rozszerzyła granice swobody sędziowskiej do tego stopnia, że część doktryny zaczęła utożsamiać ją z postulowanym działaniem sądu zgodnie z zasadą *parens patriae*<sup>124</sup>. Samo pojęcie *parens patriae* oznacza ojca narodu i nawiązuje do *common law* oraz uprawnień państwa w zakresie ochrony osób nieposiadających zdolności do działania we własnym imieniu<sup>125</sup>. Zgodnie z zasadą *parens patriae* państwo jest najwyższym opiekunem dzieci podlegających jego jurysdykcji, a sądy powinny interweniować w przypadkach zagrożenia dobra dziecka przez konflikt między rodzicami<sup>126</sup>. Uważano, że w sporach dotyczących władzy rodzicielskiej to sędzia ma najlepszą perspektywę do oceny faktów i okoliczności sprawy, a nie skonfliktowani rodzice. Istota zasady *parens patriae* trafnie została oddana w orzecznictwie Sądu Apelacyjnego w Nowym Jorku: „[Sędzia] przyjmuje postawę mądrego, czułego i opiekuńczego rodzica (...). Nie rozstrzyga o władzy rodzicielskiej «będąc między rodzicem a dzieckiem» albo «będąc między jednym rodzicem a drugim». Istotą sporu rodzicielskiego nie jest słuszność sama w sobie – po czyjej stronie leży i kto ma rację, lecz dobro dziecka”<sup>127</sup>.

<sup>123</sup> N. Lapsatis, *In the Best Interests of No One: How New York's Best Interests of the Child Law Violates Parent's Fundamental Right to the Care, Custody, and Control of Their Children*, „St. John's Law Review” 2012/86 (2–3), s. 674–675.

<sup>124</sup> Zob np. A.M. Caulley, *Equal Isn't Always Equitable: Reforming the Use of Joint Custody Presumptions in Judicial Child Custody Determinations*, „Boston University Public International Law Journal” 2018/27, s. 410.

<sup>125</sup> W niektórych publikacjach spotkać można jeszcze pokrewne pojęcie *uberparent*; zob. np. S. Stuart, *In Loco Parentis in the Public Schools: Abused, Confused and in Need of Change*, UCLR 2010/10–03, s. 6–7.

<sup>126</sup> Hasło *parens patriae* [w:] *Legal Dictionary*, <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/parens+patriae> (dostęp: 16.02.2022 r.); por. R. Longley, *What Is Parens Patriae? Definition and Examples*, <https://www.thoughtco.com/parens-patriae-definition-examples-4588615> (dostęp: 16.02.2022 r.).

<sup>127</sup> „[Judge] is to put himself in the position of a wise, affectionate and careful parent (...). He is not determining rights 'as between a parent and a child' or 'as between one parent and another'. Equity does not concern itself with such disputes in their relation to the disputants. Its concern is for the child” – zob. *Finlay v. Finlay*, Court of Appeals of the State of New York, 240 N. Y. 429, 148 N.E. 624 (1925).

Nieco odmienny pogląd w sprawie nieprzewidywalności rozstrzygnięć dokonywanych przez sądy prezentuje D.J. Miller, który uważa, że choć samo pojęcie dobra dziecka ma charakter nieostry i ocenny, podlega indywidualnemu badaniu w konkretnych okolicznościach każdego przypadku, to w odniesieniu do rozstrzygnięć w przedmiocie władzy rodzicielskiej sędziowie postępują rutynowo i schematycznie. Autor twierdzi nawet, że dobry pełnomocnik, który chce uzyskać dla swojego klienta określony model sprawowania władzy rodzicielskiej, np. w formie pieczy naprzemiennej, powinien wiedzieć, jakie nastawienie do owej pieczy ma sędzia wyznaczony do rozpatrywania jego sprawy – czy ją zaakceptuje czy raczej będzie poszukiwał innych rozwiązań, czy też z góry wie, że ten/ta sędzia powierzy automatycznie władzę rodzicielską matce (ponieważ jest znany/znana ze swoich poglądów, że dzieci powinny być wychowywane przez matkę)<sup>128</sup>. To koresponduje z opinią C.S. Bratt, która wskazuje, że doświadczenie sędziego wyniesione z jednej sprawy wpływa w znacznym stopniu na wynik kolejnej. Te doświadczenia kształtują w pewnym sensie nastawienie sędziów<sup>129</sup>.

Jak zostało wykazane, ogólny charakter zasady dobra dziecka sprawia, że sąd dysponuje szeroką swobodą w rozstrzyganiu spraw z zakresu władzy rodzicielskiej, co jednak spotyka się z krytyką doktryny. Z drugiej strony zasada ta od dawna utrzymuje się w amerykańskim prawie rodzinnym i obecnie nie przewiduje się żadnych zmian w tej materii, a część przedstawicieli doktryny opowiada się wręcz za rozszerzeniem owej sądowej dyskrecjonalności<sup>130</sup>. Do tej pory nie stworzono lepszej zasady, która chroniłaby prawa dziecka, a w dodatku prowadziłyby do zadowolenia obojga rozchodzących się rodziców w każdej sprawie. Idąc dalej, należy wskazać, że klauzula dobra

<sup>128</sup> D.J. Miller, *Joint Custody*, FLQ 1979/13 (3), s. 364; por. *McKee v. Dicus*, Court of Appeals of Iowa, 785 N.W.2d 733 (2010).

<sup>129</sup> C.S. Bratt, *Joint Custody*, KLJ 1978–1979/67 (2), s. 271–272.

<sup>130</sup> D.L. Forman, *Legal Relationships Between Adults and Children in the United States of America* [w:] *Adults and Children in Postmodern Societies. A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook*, red. J. Sosson, G. Willems, G. Motte, Cambridge–Antwerp–Chicago 2019, s. 583 (autorka proponuje, aby sądy mogły powierzać władzę rodzicielską nad dziećmi ich rodzicom „funkcjonalnym”, czyli ich opiekunom faktycznym, którzy zajmują się na co dzień dzieckiem i wychowują je, ale w świetle prawa rodzicami nie są).

dziecka, chociaż nie wydaje się skomplikowana, w praktyce okazała się dla stosujących ją sądów nie lada wyzwaniem<sup>131</sup>. W związku z tym w wielu stanach wprowadzono katalogi przesłanek, które sąd powinien rozważyć, stosując zasadę dobra dziecka. Oto kilka przykładów. W Wirginii sąd rodzinny bierze pod uwagę:

- 1) wiek, stan zdrowia i kondycję psychiczną dziecka, mając na względzie zmieniające się wraz z jego wiekiem potrzeby;
- 2) wiek, stan zdrowia i kondycję psychiczną każdego z rodziców;
- 3) relacje między rodzicami a dzieckiem, mając na względzie wpływ każdego z rodziców na życie dziecka oraz możliwości każdego z rodziców zaspokajania jego potrzeb;
- 4) potrzeby dziecka, mając na uwadze relacje dziecka z innymi osobami, np. rodzeństwem, rówieśnikami i dalszymi krewnymi;
- 5) funkcję, jaką pełni i będzie w przyszłości pełnił każdy z rodziców, wychowując i opiekując się dzieckiem;
- 6) nastawienie każdego z rodziców do kontaktów dziecka z drugim rodzicem, mając na względzie okoliczność, czy któryś z nich bezpodstawnie nie odmawia lub nie odmawiał w przeszłości takiego prawa;
- 7) nastawienie każdego z rodziców do utrzymywania osobistych relacji z dzieckiem, jak również do współpracy z drugim rodzicem w sprawach dziecka;
- 8) rozsądne życzenia dziecka, mając na względzie rozwój umysłowy, stopień dojrzałości, rozumienie zaistniałej sytuacji oraz zdolność do wyrażania własnych poglądów przez dziecko;
- 9) przypadki ewentualnych nadużyć w rodzinie lub wykorzystywania seksualnego;
- 10) każdą inną przesłanką, którą sąd uzna za ważną w danej sprawie<sup>132</sup>.

Dla porównania orzekając o władzy rodzicielskiej w Minnesocie, sąd uwzględnia w szczególności:

- 1) fizyczne, emocjonalne, kulturalne i duchowe potrzeby dziecka, oraz wpływ ustalonego przez rodziców planu wychowawczego na rozwój dziecka;

<sup>131</sup> Por. Maxfield v. Maxfield, Supreme Court of Minnesota, 452 N.W.2d 219 (1990).

<sup>132</sup> Paragraf 20–124.3 kodeksu Wirginii (Code of Virginia).