2*

**W SPRAWIE RZĄDOWEGO PROJEKTU USTAWY O ZMIANIE USTAWY —
KODEKS RODZINNY I OPIEKUŃCZY ORAZ NIEKTÓRYCH INNYCH USTAW
(DRUK NR 3254)**

**ON THE GOVERNMENT'S BILL AMENDING THE FAMILY
AND GUARDIANSHIP CODE AND SOME RELATED ACTS
(PRINT NO. 3254)**

In the paper, remarks are presented concerning the planned reform of the family law, assuming, i.a., the introduction of the institution of immediate alimony, information proceedings in divorce cases and new solutions as regards alternating custody. It is pointed that the regulations in the scope of immediate alimony are an appropriate proposal. However, doubts arise as to alternating custody being the most beneficial solution for a child of parents living separately. Solutions related to information proceedings are evaluated negatively.

Słowa kluczowe: projekt ustawy, rodzina, kodeks rodzinny i opiekuńczy, alimenty, rozwód
Key words: bill, family, Family and Guardianship Code, alimony, divorce

I. TEZY OPINII

1. Projekt dotyczy materii społecznie ważnej i zarazem wrażliwej, normuje on bowiem stosunki między małżonkami, rodzicami i dziećmi, w sytuacji gdy w rodzinie pojawia się kryzys w relacjach interpersonalnych albo dochodzi do jej rozpadu.

2. Trafnym rozwiązaniem wydaje się instytucja tzw. natychmiastowych alimentów, natomiast wątpliwości budzi to, czy rozwiązaniem korzystnym dla dziecka rodziców żyjących w rozłączeniu jest stosowanie pieczy naprzemiennnej, polegającej na tym, że dziecko będzie przebywać u każdego z rodziców przez określony czas, zgodnie z ustalonym harmonogramem. Krytycznie należy ocenić rozwiązania dotyczące postępowania informacyjnego, które miałyby poprzedzać orzeczenie rozwodu albo separacji, w przypadku gdy małżonkowie mają wspólne małoletnie dzieci.

3. Wydaje się, że uprawnienie do otrzymania natychmiastowych świadczeń alimentacyjnych powinno przysługiwać dziecku do czasu wydania wyroku w sprawie o zasądzenie alimentów na podstawie art. 135 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego [dalej k.r.o.], a nie do chwili wytoczenia powództwa, tak jak przewidziano w projektowanym art. 133¹ § 1 k.r.o. Ponadto w przepisie tym powinno zostać sprecyzowane, o jakim i czym powództwie jest w nim mowa.

4. Pokrzywdzeniu pozwanego, którego możliwości zarobkowe i majątkowe będą niewystarczające do tego, aby spełnić świadczenia w wysokości wynikającej z projektowanego art. 133¹ k.r.o., może częściowo zapobiegać proponowany art. 505⁴³ kodeksu postępowania cywilnego [dalej: k.p.c.], zgodnie z którym w przypadku wniesienia zarzutów przeciwko alimentacyjnemu nakazowi zapłaty sąd może na wniosek pozwanego wstrzymać wykonanie tego nakazu. W projektowanym art. 505⁴³ k.p.c. warto

* Opinia została napisana 13 marca 2019 r. (*przyp. red.*).

byłoby jednak dodać, że sąd wstrzymuje (albo może wstrzymać) wykonanie nakazu, szczególnie wtedy, gdy pozwany uprawdopodobni, że spełnienie świadczeń przekracza jego możliwości zarobkowe i majątkowe.

5. Przepisy projektu dotyczące pieczy naprzemiennej nie budzą wątpliwości natury legislacyjnej. Z uwagi na to, że wykonywanie pieczy naprzemiennej ma nie tylko aspekty prawne, wskazane jest, aby instytucja ta została oceniona także przez specjalistów z innych dziedzin nauki, w szczególności przez ekspertów z zakresu psychologii.

6. Ponieważ w projektowanych regulacjach założono, że postępowanie informacyjne (obejmujące posiedzenie informacyjne i mediację) stanowiłoby warunek *sine qua non* rozwiązania małżeństwa albo orzeczenia separacji, istnieje poważne ryzyko, że działania podejmowane wbrew woli samych zainteresowanych nie przyniosą pożądanego skutku, podobnie jak wówczas, gdy zabiegi koncyliacyjne były podejmowane w ramach obligatoryjnego postępowania pojednawczego.

7. Na podstawie obowiązującego art. 429 k.p.c. w zw. z art. 163 k.p.c. oraz projektowanym art. 436² § 1 k.p.c. sąd będzie mógł skazać na grzywnę (do 3 tys. zł) stronę, która mimo wezwania do osobistego stawiennictwa bez usprawiedliwionych powodów nie stawiała się na posiedzenie informacyjne.

8. Wbrew deklaracjom projektodawcy mediacja przeprowadzana w toku postępowania informacyjnego nie jest dobrowolna. Zgodnie z projektowanymi przepisami podjęcie mediacji, w tym np. uczestnictwo w spotkaniach z mediatorem, jest prawnym obowiązkiem małżonków, choć jego niespełnienie nie wiąże się z żadnymi bezpośrednimi sankcjami. Niemniej jednak według ogólnych reguł prawa rodzinnego niewykonanie tego obowiązku (który ma na celu m.in. pojednanie małżonków) będzie mogło stanowić podstawę do przypisania winy za powstanie zupełnego i trwałego rozkładu pożycia.

9. Uchylenie regulacji, w której przewidziano zwrot połowy opłaty od pozwu o rozwód będzie zniechęcało (przynajmniej niektórych) małżonków do składania wniosku o nieorzekanie o winie. W rezultacie w tych sprawach sąd będzie badał, których z nich ponosi winę zupełnego i trwałego rozkładu pożycia, natomiast postępowanie dowodowe w tym zakresie najczęściej prowadzi do zwiększenia konfliktu między małżonkami, a przez to utrudnia współdziałanie w sprawach dotyczących ich wspólnego dziecka.

10. Zwrot połowy opłaty od pozwu nie będzie obejmował nawet tych małżonków, którzy w toku postępowania informacyjnego zawarli ugodę dotyczącą stosunków między rodzicami i dziećmi po rozwodzie. W związku z tym wykonanie takiej ugody może być zagrożone, jeśli małżonkowie zdecydują się na konfliktogenne postępowanie z orzekaniem o winie.

II. PRZEDMIOT OPINII

Opinia dotyczy rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (druk nr 3254). W niniejszej opinii przywołano postanowienia następujących aktów prawnych:

1. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 29 listopada 1930 r. — Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 1950 r. nr 43, poz. 394).

2. Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. — Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 682, ze zm.; dalej: k.r.o. z 1930 r.).

3. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 1025, ze zm., dalej: k.c.).

4. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 1360, ze zm.; dalej: k.p.c.).

5. Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 172, poz. 1438).

III. ZAKRES PROPONOWANYCH ZMIAN

W projekcie zaproponowano wprowadzenie m.in.:

1. Instytucji natychmiastowych świadczeń alimentacyjnych oraz nakazowego postępowania alimentacyjnego.

2. Przepisów, w których *expressis verbis* przewidziano możliwość orzekania o naprzemiennej pieczy nad dzieckiem.

3. Rodzinnego postępowania informacyjnego, które ma poprzedzać wszczęcie sprawy o rozwód lub o separację małżonków posiadających wspólne małoletnie dzieci.

4. Regulacji zakazującej zwrotu połowy opłaty od pozwu w razie orzeczenia rozvodu na zgodny wniosek stron bez orzekania o winie.

5. Obowiązku zawiadamiania prokuratora przez sąd o każdej sprawie dotyczącej dziecka, którego dobro jest zagrożone, w szczególności w sprawach o ograniczenie lub pozbawienie władzy rodzicielskiej.

6. Odpowiedzialności karnej za uchylanie się od wykonania orzeczenia lub ugody w przedmiocie kontaktów z dzieckiem lub orzeczenia, w którym sąd określił, że dziecko będzie mieszkać z każdym z rodziców w powtarzających się okresach.

7. Odpowiedzialności karnej za uchylanie się od wykonania orzeczenia o przymusowym odebraniu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką.

IV. OCENA PROPONOWANYCH ROZWIĄZAŃ

1. Natychmiastowe alimenty

A. W projekcie zaproponowano dodanie do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego art. 133¹, który regulowałby instytucję natychmiastowych alimentów. Proponowana regulacja pozwoli na uzyskanie przez małoletniego świadczeń alimentacyjnych w „uśrednionej” wysokości, stanowiących określony procent kwoty przeliczeniowej.

Po wejściu w życie projektu, art. 133¹ § 1 k.r.o. stanowiłby: „jeżeli nie wytoczono innego powództwa, dziecku przysługują natychmiastowe świadczenia alimentacyjne w wysokości:

— 38% kwoty przeliczeniowej względem jednego dziecka,

— 34,5% kwoty przeliczeniowej na każde z dwojga dzieci pochodzących od tych samych rodziców,

— 31% kwoty przeliczeniowej na każde z trojga dzieci pochodzących od tych samych rodziców,

— 27,5% kwoty przeliczeniowej na każde z czworga dzieci pochodzących od tych samych rodziców,

— 24% kwoty przeliczeniowej na każde z pięciorga i więcej dzieci pochodzących od tych samych rodziców”.

Z informacji przedstawionych przez Ministerstwo Sprawiedliwości 26 lutego 2019 r. wynika, że na tamten dzień alimenty natychmiastowe wynosiłyby około 500 zł na jedno dziecko, 900 zł na dwoje dzieci, a 1200 zł na troje¹. Należy zauważyć, że art. 133¹ § 1 k.r.o. *in principio* stanowiłyby, że alimenty natychmiastowe przysługują, „jeżeli nie wytoczono innego powództwa”. Tym samym oznacza to, że wytoczenie powództwa o zasądzenie świadczeń alimentacyjnych uwzględniających usprawiedliwione potrzeby dziecka oraz zarobkowe i majątkowe możliwości rodzica (zgodnie z obowiązującym art. 135 k.r.o.), wiązałoby się z pozbawieniem dziecka prawa do natychmiastowych świadczeń alimentacyjnych. W rezultacie takie rozwiązanie może zniechęcać do dochodzenia wyższych świadczeń. W związku z tym wydaje się, że uprawnienie do otrzymania natychmiastowych świadczeń powinno przysługiwać dziecku do czasu wydania wyroku w sprawie o zasądzenie alimentów na podstawie art. 135 k.r.o., a nie do chwili wytoczenia powództwa. Na marginesie trzeba też wskazać, że zwrot „jeżeli nie wytoczono innego powództwa” jest nieprecyzyjny i tylko można domyślać się, iż projektodawcy chodziło o „wytoczone przez dziecko powództwo o zasądzenie alimentów”.

B. Regułą wynikającą z art. 135 k.r.o. jest to, że zakres świadczeń alimentacyjnych zależy od usprawiedliwionych potrzeb uprawnionego oraz od zarobkowych i majątkowych możliwości zobowiązanego. W praktyce niekiedy mogą jednak wystąpić takie sytuacje, w których możliwości zarobkowe i majątkowe zobowiązanego będą niewystarczające do tego, aby spełnić świadczenia w wysokości wynikającej z projektowanego art. 133¹ k.r.o. Niemniej jednak wydaje się, że pokrzywdzeniu zobowiązanego do alimentacji (pозwanego) może zapobiegać projektowany art. 505⁴³ k.p.c., zgodnie z którym w przypadku wniesienia zarzutów przeciwko alimentacyjnemu nakazowi zapłaty, sąd może — na wniosek pozwanego — wstrzymać wykonanie tego nakazu. Chociaż wskazany przepis może służyć do ochrony interesów zobowiązanego, to jednak warto byłoby w tym przepisie dodać, że w szczególności odnosi się on do takich sytuacji, w których pozwany uprawdopodobni, że spełnienie świadczeń przekracza jego możliwości zarobkowe i majątkowe. Zasadne byłoby nawet wprowadzenie takiej regulacji, zgodnie z którą w takim przypadku sąd byłby obowiązany do wstrzymania wykonania nakazu.

Natomiast trzeba dodać, że nawet takie rozwiązania, jak proponowane, jeżeli nie będą w tych (zapewne nielicznych) sytuacjach właściwie stosowane, nie zabezpieczą uzasadnionych interesów pozwanego. Jeśli pozwany do czasu rozpatrzenia

¹ Ministerstwo Sprawiedliwości, Biuro Komunikacji i Promocji, *Rząd przyjął reformę prawa rodzinnego — zmiany dla dobra dzieci i rodzin*, <<https://www.ms.gov.pl/pl/informacje/news>>, dostęp 10 III 2019.

zarzutów wypłacał świadczenia nienależne alimentacyjne, to ich zwrot na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu i nienależnym świadczeniu może być utrudniony z uwagi na art. 409 k.c., który stanowi, że „obowiązek wydania korzyści lub zwrotu jej wartości wygasa, jeżeli ten, kto korzyść uzyskał, zużył ją lub utracił w taki sposób, że nie jest już wzbogacony, chyba że wyzbywając się korzyści lub zużywając ją, powinien był liczyć się z obowiązkiem zwrotu”.

2. Piecza naprzemienna

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, „piecza naprzemienna polega na ustaleniu, że dziecko będzie na przemian — zgodnie ze z góry określonym harmonogramem — przebywać w (zasadniczo) równych odstępach czasu u każdego z rodziców (np. tydzień lub miesiąc u matki, a następnie tydzień lub miesiąc u ojca), którym przysługuje władza rodzicielska”², a „podzielone w czasie (wymienne) jest jedynie sprawowanie bezpośredniej pieczy nad dzieckiem, a więc następuje podzielenie w czasie jedynie jednego z atrybutów władzy rodzicielskiej”³.

Przepisy projektu dotyczące pieczy naprzemiennej nie budzą wątpliwości natury legislacyjnej. Oczywiście dopuszczalność orzekania o ustanowieniu pieczy naprzemiennej jest wywodzona również z obowiązujących przepisów⁴, niemniej jednak wprowadzenie wyraźnej podstawy prawnej w celu — jak to ujął projektodawca — „wyeksponowania możliwości orzekania przez sąd o pieczy naprzemiennej”⁵, wydaje się zabiegiem usprawiedliwionym, zwłaszcza jeżeli weźmiemy pod uwagę, że piecza naprzemienna jest stosowana jedynie wyjątkowo⁶.

Inną kwestią jest natomiast zgodność pieczy naprzemiennej z dobrem dziecka. Zdania prawników w tej sprawie są podzielone⁷. Wydaje się jednak, że nie można *a priori* wykluczyć, że w niektórych sytuacjach piecza tego rodzaju będzie zgodna z jego dobrem⁸. Chociaż — co trzeba podkreślić — z uwagi na to, że piecza naprzemienna ma

² J. Pawliczak, uwagi do art. 58, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2018, Legalis, pkt 97.

³ M. Domański, cytaty za: J. Pawliczak, uwagi do art. 58...

⁴ *Vide* np. J. Gajda, K. Pietrzykowski, uwagi do art. 58, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2018, Nb 24.

⁵ Uzasadnienie, s. 4.

⁶ *Vide* J. Pawliczak, uwagi do art. 58..., pkt 100.3, gdzie autor, referując wyniki badań aktowych, stwierdza: „z badań aktowych, dotyczących wyroków rozwodowych wydanych w styczniu 2011 r., wynika, że piecza naprzemienna była stosowana, lecz wyjątkowo (*vide* E. Holewińska-Łapińska, *Pozostawienie władzy rodzicielskiej*, s. 46–47). Szerszy obraz spraw, w których ją zastosowano, daje badanie aktowe wyroków rozwodowych wydanych w 2014 r. (*vide* M. Domański, *Orzekanie*, s. 20 i n.). Jednakże również z tego badania wynika, że sprawy takie pojawiają się na terenie całego kraju, aczkolwiek mają charakter zupełnie wyjątkowy”.

⁷ Krytycznie o pieczy naprzemiennej *vide* np. W. Stojanowska, „Porozumienie” rodziców jako przesłanka pozostawienia im obojgu władzy rodzicielskiej po rozwodzie. Wybrane zagadnienia, „Acta Iuris Stetinensis” 2014, nr 6, s. 306–310. Odmienne np. J. Pawliczak, uwagi do art. 58..., pkt 100 wraz z powołanym tam piśmiennictwem.

⁸ *Vide* J. Pawliczak, uwagi do art. 58..., pkt 100.

nie tylko aspekty prawne, wskazane jest, aby instytucja ta została oceniona także przez specjalistów z innych dziedzin nauki, w szczególności przez ekspertów z zakresu psychologii.

3. Postępowanie informacyjne

W projektowanym art. 436¹ § 1 k.p.c. przewidziano, że „przed wniesieniem powództwa o rozwód lub o separację przeprowadza się rodzinne postępowanie informacyjne. Celem postępowania jest pojednanie małżonków, a w braku możliwości pojednania — zawarcie ugody regulującej sposób wykonywania władzy rodzicielskiej nad wspólnymi małoletnimi dziećmi, utrzymywanie kontaktów każdego z małżonków z ich wspólnymi małoletnimi dziećmi oraz alimenty między nimi a ich wspólnymi małoletnimi dziećmi”. Jednak zgodnie z projektem tego postępowania się nie przeprowadza, jeśli małżonkowie nie mają wspólnych małoletnich dzieci, a także jeśli małżonek przed wniesieniem pozwu o rozwód lub o separację został prawomocnie skazany za umyślne przestępstwo popełnione na szkodę drugiego małżonka lub ich wspólnego małoletniego dziecka albo przedstawiono mu zarzut popełnienia takiego czynu (przy czym małżonek pokrzywdzony takim czynem może wystąpić z wnioskiem o przeprowadzenie rodzinnego postępowania informacyjnego)⁹. Zgodnie z postanowieniami projektu bez przeprowadzenia postępowania informacyjnego we wskazanych wcześniej przypadkach niemożliwe będzie rozpoznanie sprawy z powództwa o rozwód albo separację, a tym samym uzyskanie orzeczenia w tym przedmiocie¹⁰.

Jak przewidziano w projektowanym art. 436¹ § 3 k.p.c., czynności w postępowaniu informacyjnym miałyby wykonywać sąd właściwy w sprawach o rozwód i separację bez udziału ławników. Postępowanie informacyjne składałoby się z dwóch etapów, tj. z posiedzenia informacyjnego (z udziałem mediatora) oraz mediacji rodzinnej¹¹. Na podstawie obowiązującego art. 429 k.p.c. w zw. z art. 163 k.p.c. oraz projektowanym art. 436² § 1 k.p.c. sąd będzie mógł skazać na grzywnę (do 3 tys. zł) stronę, która mimo wezwania do osobistego stawiennictwa bez usprawiedliwionych powodów nie stawiała się na posiedzenie informacyjne¹².

Oceniając tę propozycję, należy przede wszystkim zauważyć, że podobne rozwiązania zawierał kodeks postępowania cywilnego w pierwotnej wersji¹³. Obowiązywały one przez 40 lat i zostały uchylone w 2005 r.¹⁴ Zgodnie z art. 436 k.p.c. przed

⁹ *Vide* projektowany art. 436¹ § 4 k.p.c.

¹⁰ *Vide* projektowany art. 436⁴ k.p.c. oraz art. 130 obowiązującego k.p.c.

¹¹ *Vide* projektowany art. 436³ k.p.c.

¹² Z uwagi na to, że art. 436¹–436⁴ k.p.c. dotyczące postępowania informacyjnego zostałyby zamieszczone w rozdziale 2 zatytułowanym „Sprawy o rozwód i o separację”, nietrafny byłby argument, że art. 429 k.p.c. nie ma zastosowania w postępowaniu informacyjnym. Warto bowiem zauważyć, że zgodnie z art. 425 k.p.c. wspomniany art. 429 ma zastosowanie m.in. właśnie „w sprawach o rozwód i o separację na żądanie jednego z małżonków”, a więc w sprawach uregulowanych szczegółowo w rozdziale 2.

¹³ Dz.U. z 1964 r. nr 43, poz. 296.

¹⁴ *Vide* art. 1 pkt 12 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 172, poz. 1438).

wyznaczeniem terminu pierwszej rozprawy przewodniczący wzywał strony do osobistego stawienia się w sądzie na posiedzeniu pojednawczym, na którym wyznaczony sędzia nakłaniał strony do pojednania, mając w szczególności na uwadze dobro dzieci i społeczne znaczenie trwałości małżeństwa. Postępowanie pojednawcze w sprawach o rozwód było wszczynane z urzędu i stanowiło obligatoryjne stadium postępowania w sprawie rozwodowej¹⁵. Analogiczne regulacje zawierał art. 424 k.p.c z 1930 r., wprowadzony do tego aktu prawnego po II wojnie światowej¹⁶.

W okresie, w którym obowiązywały wskazane regulacje, dostrzegano, że posiedzenia pojednawcze nie spełniały swojej funkcji. Na przykład J. Górecki, badając sprawy rozwodowe z lat 1961–1963, przedstawił schemat posiedzenia pojednawczego. Wyróżnił w nim następujące etapy: zbieranie danych osobowych; próba zdiagnozowania konfliktu; godzenie małżonków przez sąd; działania zmierzające do zorganizowania dalszego przebiegu procesu rozwodowego. Czas trwania posiedzenia pojednawczego w sprawach analizowanych przez autora badań wynosił średnio 12,23 minuty¹⁷.

Dostrzegając, że „praktyka wskazuje, że tylko bardzo niewielki odsetek posiedzeń pojednawczych kończy się pojednaniem małżonków”, 9 czerwca 1976 r. Sąd Najwyższy wydał tzw. zalecenia kierunkowe w sprawie wzmoczenia ochrony rodziny¹⁸. Mając na uwadze potrzebę „wzmoczenia wysiłków na rzecz prób pojednania zwaśnionych małżonków”, stwierdził tam, że „należy [...] zwrócić uwagę na możliwość współpracy sądów z komórkami poradnictwa małżeńsko-rodzinnego, istniejącymi przy niektórych terenowych organach administracji państwowej lub przy niektórych organizacjach społecznych. Jakkolwiek przepisy procesowe nie przewidują wyraźnie takiej możliwości, będzie zgodne z ich intencją, jeżeli sąd, dostrzegając widoki pogodzenia się małżonków i odraczając posiedzenie w celu kontynuowania pojednawczego, zwróci uwagę małżonków na celowość skorzystania z poradnictwa rodzinnego. Za zgodą stron sąd może zaprosić przedstawiciela poradni rodzinnej do udziału w posiedzeniu pojednawczym [...] Należy również dołożyć starań w tym kierunku, aby posiedzeniom pojednawczym towarzyszył odpowiedni klimat sprzyjający próbom pogodzenia małżonków. Należy unikać pośpiechu i sztywnej atmosfery na sali sądowej nie sprzyjającej swobodnemu wypowiedzianiu się zdenerwowanych zwykle małżonków, a tym samym tłumiącej już w zarodku próbę pojednania. Przewodniczący sądu powinien korzystać w miarę potrzeby z uprawnienia zawartego w zdaniu ostatnim ust. 2 par. 12 regulaminu czynności sądów w sprawach cywilnych i karnych [...] i zezwalać małżonkom na pozostawanie w czasie posiedzenia pojednawczego w pozycji siedzącej”.

Niemniej mimo że obowiązujące wówczas przepisy oraz wydane przez SN zalecenia stwarzały warunki do podejmowania zabiegów koncyliacyjnych, w 2005 r. obli-

¹⁵ *Vide* np. T. Żyźnowski, uwagi do art. 436, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2002, Nb 1.

¹⁶ *Vide* obwieszczenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 sierpnia 1950 r. o ogłoszeniu jednolitego tekstu kodeksu postępowania cywilnego (Dz.U. z 1950 r. nr 43, poz. 394).

¹⁷ J. Górecki, *Rozwód. Studium socjologiczno-prawne*, Warszawa 1965, s. 174–175.

¹⁸ Uchwała pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 1976 r., sygn. akt III CZP 46/75, OSNCP 1976, nr 9, poz. 184, Legalis nr 19477.

toryjne posiedzenie pojednawcze zostało jednak zniesione, albowiem — jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy zmieniającej — dotychczasowe rozwiązania nie zdały egzaminu, a prowadziły jedynie do przewlekłości postępowania¹⁹. Wówczas zamiast przepisów o obligatoryjnym postępowaniu pojednawczym wprowadzono przepisy o dobrowolnej mediacji, do której sąd może kierować małżonków, jeżeli istnieją widoki na utrzymanie małżeństwa²⁰.

Z uwagi na to, że w projektowanych regulacjach założono, że postępowanie informacyjne stanowiłoby warunek *sine qua non* rozwiązania małżeństwa albo orzeczenia separacji, istnieje poważne ryzyko, że działania podejmowane wbrew woli samych zainteresowanych nie przyniosą pożądanego skutku, podobnie jak wówczas, gdy zabiegi koncyliacyjne były podejmowane w ramach obligatoryjnego postępowania pojednawczego.

4. Udział stron w mediacji rodzinnej

Zgodnie z projektowanym art. 436² § 1 pkt 3 k.p.c. po złożeniu wniosku o przeprowadzenie rodzinnego postępowania informacyjnego sąd na posiedzeniu niejawnym zarządza przeprowadzenie mediacji rodzinnej. Jak założył projektodawca, mediacja rodzinna będzie trwać jeden miesiąc, licząc od dnia posiedzenia informacyjnego, lecz na zgodny wniosek stron sąd będzie mógł ją przedłużyć na czas oznaczony, nie dłuższy niż kolejne sześć miesięcy²¹.

Z powyższego wynika, że wbrew temu, co zadeklarował projektodawca²², nie można uznać, że mediacja rodzinna jest dobrowolna, dobrowolność zakłada bowiem możliwość zrezygnowania z niej w każdym momencie²³, natomiast — jak wskazało wcześniej — zgodnie z projektem powinna ona trwać co najmniej miesiąc. W tym kontekście ważniejsze jest jednak to, że w przepisach projektu nie przesądzono o tym, czy po zarządzeniu mediacji przez sąd strony są obowiązane brać udział w spotkaniach z mediatorem. W raporcie z konsultacji projektodawca wyjaśnił tę kwestię następująco: „po upływie [...] terminów mediator przedstawia protokół z mediacji”, a „sąd wydaje postanowienie w przedmiocie umorzenia rodzinnego postępowania informacyjnego zarówno wówczas, gdy mediację przeprowadzono, jak i wówczas, gdy do niej nie doszło, upłynął zaś wyznaczony przepisami czas”²⁴. Niemniej jednak, ponieważ w przypadku

¹⁹ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego, ustawy — Kodeks cywilny oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (druk nr 3213), IV kadencja Sejmu, s. 5.

²⁰ *Vide* art. 1 pkt 12 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 172, poz. 1438) oraz art. 436 obowiązującego k.p.c.

²¹ *Vide* projektowany art. 436² § 4 k.p.c.

²² *Vide* druk nr 3254, „Rządowa ocena skutków regulacji”, s. 6.

²³ *Confer* np. R. Morek, A. Budniak-Rogala, uwagi do art. 183¹, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. E. Marszałkowska-Krześ, Warszawa 2019, pkt 1; A. Zieliński, uwagi do art. 183¹, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, Warszawa 2017, Nb 2.

²⁴ *Vide* druk nr 3254, „Raport z konsultacji publicznych projektu o zmianie ustawy — Kodeks rodzinny i oraz niektórych innych ustaw (UD392)”, pkt 2.

mediacji rodzinnej przepisami projektu zniesiono zasadę dobrowolności mediacji (w odniesieniu do decyzji o jej wszczęciu i w zakresie dotyczącym czasu jej trwania), może budzić wątpliwości to, czy w pozostałym zakresie powinien mieć do niej zastosowanie art. 183¹ k.p.c., w którym ustanowiono zasadę dobrowolności mediacji.

Przeciwno stosowaniu art. 183¹ k.p.c. w zakresie dotyczącym udziału w spotkaniach z mediatorem przemawia projektowany art. 436² § 2 k.p.c., zgodnie z którym na posiedzeniu informacyjnym sąd poucza strony m.in. o „działaniach, które [...] powinny podjąć dla utrzymania małżeństwa lub zawarcia ugody, o której mowa w art. 436¹ § 1, w szczególności mediacji, terapii lub innej formie wsparcia rodziny”. Mając na uwadze, że w języku aktów prawnych „powinność” oznacza „obowiązek”, a nie „zalecenie”, trzeba stwierdzić, iż w kontekście projektowanych rozwiązań strony są obowiązane do podjęcia takich działań, jak np. mediacja lub terapia²⁵. Chociaż brak jest bezpośredniej sankcji za niewykonanie tego obowiązku, to jednak należy pamiętać, że zaniechanie jego realizacji będzie mogło stanowić podstawę do przypisania winy za powstanie zupełnego i trwałego rozkładu pożycia²⁶, tak jak np. naruszenie prawnego obowiązku wierności lub wzajemnej pomocy (art. 23 k.r.o.), które to obowiązki również nie są obwarowane żadną bezpośrednią sankcją.

W praktyce — być może — stosowanie art. 183¹ k.p.c. w zakresie dotyczącym spotkań z mediatorem byłoby uzasadniane tym, że pojęcie „powinność”, o której mowa w projektowanym art. 436² § 2 k.p.c., należy rozumieć jedynie jako „zalecenie”. Mimo to warto byłoby wprowadzić jednak unormowania jednoznacznie przesądzające, że obowiązek udziału w spotkaniach z mediatorem (lub terapeutą) nie ciąży na stronach. Brak takiej regulacji może prowadzić do tego, że informacja udzielana przez sąd będzie wprowadzać strony w błąd i wywoływać u nich mylne wrażenie co do charakteru powinności, o której mowa w proponowanym art. 436² § 2 k.p.c.

²⁵ *Vide* np. postanowienie SN z 14 maja 2013 r. w sprawie o sygn. akt II KZ 16/13, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/II%20KZ%2016-13.pdf>, w której skarżący przedstawił własną interpretację art. 526 § 2 k.p.k., zgodnie z którym „kasacja [...] powinna być sporządzona i podpisana przez obrońcę lub pełnomocnika będącego adwokatem albo radcą prawnym”. Wywodził on, że „przepis ten nie wprowadza «przymusu» sporządzenia kasacji przez adwokata, a — cytując liczne słownikowe definicje słowa «powinien» — jedynie taki postulat, który wcale nie przekreśla możliwości złożenia kasacji osobiście”. W postanowieniu tym SN jednoznacznie stwierdził, że „używając słownictwa skarżącego, można wskazać jedynie, że «elementarny zdrowy rozsądek» prowadzi do wniosku, iż jeśli tak wykladać treść przepisu art. 526 § 2 k.p.k., jak czyni to autor zażalenia, to przepis ten (jak i pozostałe identycznie sformułowane) byłby zbędny w Kodeksie postępowania karnego. Ostatecznie bowiem, to wyłącznie od strony zależałoby czy skorzysta z profesjonalnego obrońcy, czy też tego nie uczyni. Jedną z fundamentalnych reguł interpretacyjnych aktów prawnych jest zakaz wykładni odbierającej relewantne znaczenie słowom ustawy (*per non est*). Jedynie zatem wykładnia słowa «powinien» użytego w art. 526 § 2 k.p.k. jako synonimu słowa w języku ogólnym «musi», wskazuje na doniosłość jego znaczenia, implikującą, w przypadku niespełnienia tego warunku, uznanie, że kasacja dotknięta jest brakiem formalnym, uniemożliwiającym nadanie jej procesowego biegu”.

²⁶ Skoro mediacja lub terapia ma na celu utrzymanie małżeństwa, to niepodjęcie tych działań przyczynia się do pogłębienia i utrwalenia rozkładu. O problemie tzw. pogłębiania się oraz zupełnego i trwałego rozkładu pożycia oraz konieczności uwzględniania wszystkich okoliczności sprzed zamknięcia rozprawy *vide* np. A. Olejniczak, *O pogłębianiu rozkładu pożycia i winie małżonków*, [w:] M. Andrzejewski i in., *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Smoczyńskiego*, Toruń 2008.

5. Brak zwrotu połowy opłaty od pozwu

W projektowanym art. 96 ust. 1 pkt 14 ustawy o kosztach sądowych przesądzono o tym, że obowiązku uiszczenia kosztów sądowych nie ma strona w rodzinnym postępowaniu informacyjnym. Oprócz tego w postulowanym art. 183⁵ k.p.c. założono, że wynagrodzenie mediatora i zwrot wydatków związanych z prowadzeniem mediacji w ramach tego postępowania nie będą obciążać stron. Jednocześnie w projekcie zaproponowano jednak uchylenie regulacji przewidującej zwrot połowy opłaty sądowej uiszczonej od pozwu o rozwód, w sytuacji gdy małżeństwo rozwiązano na zgodny wniosek stron bez orzekania o winie²⁷. Oznacza to tym samym, że uzyskanie rozwodu będzie wiązało się z koniecznością poniesienia przez stronę większych wydatków.

Projektodawca wyjaśnił, że jego intencją jest uchylenie regulacji przewidującej zwrot opłaty od pozwu o rozwód po to, aby poczynione w tym zakresie „oszczędności” zostały przeznaczane na wynagrodzenie mediatorów w rodzinnym postępowaniu informacyjnym²⁸, które to postępowanie — jak już wskazano — ma na celu przede wszystkim pojednanie małżonków, a w razie braku możliwości pojednania — zawarcie ugody regulującej stosunki między rodzicami i dziećmi po rozwodzie. Niemniej należy jednak zauważyć, że przepisy zwiększające ponoszone przez stronę koszty będą godzić w tę wartość, którą postępowanie informacyjne ma chronić, tj. dobro dziecka. W interesie dziecka leży, aby małżonkowie (jeśli rozwód jest już nieunikniony) rozwiedli się w sposób jak najmniej konfliktowy. Natomiast wyeliminowanie regulacji przewidującej zwrot połowy opłaty od pozwu będzie zniechęcał (przynajmniej niektórych) małżonków do składania wniosku o nieorzeczenie o winie. W rezultacie w ich sprawie sąd będzie badał, które z nich ponosi winę zupełnego i trwałego rozkładu pożycia, co najczęściej prowadzi do zwiększenia konfliktu między małżonkami²⁹.

Poza tym należy zauważyć, że w kontekście projektowanych rozwiązań zwrot połowy opłaty od pozwu nie będzie obejmował nawet tych małżonków, którzy w toku postępowania informacyjnego zawarli ugodę dotyczącą stosunków między rodzicami i dziećmi po rozwodzie. W związku z tym wykonanie takiej ugody może być zagrożone, jeśli małżonkowie zdecydują się na konfliktogenne postępowanie z orzekaniem o winie.

V. WNIOSKI KOŃCOWE

Opiniowany projekt dotyka materii społecznie ważnej i zarazem wrażliwej, normuje on bowiem stosunki między małżonkami, rodzicami i dziećmi, w sytuacji gdy w rodzinie pojawia się kryzys w relacjach interpersonalnych albo dochodzi do jej

²⁷ Projektowany art. 79 ust. 1 pkt 3b ustawy o kosztach sądowych.

²⁸ *Vide* druk nr 3254, „Raport z konsultacji publicznych...”, pkt 3.

²⁹ *Confer* uwagi na temat konfliktogennego charakteru postępowania o rozwód: M. Wawilowa, *Ochrona interesów dziecka w sprawie rozwodowej*, „Nowe Prawo” 1968, nr 6, s. 966. Oczywiście ryzyko spotęgowania konfliktu istnieje nie tylko w procesach bez orzekania o winie, np. J. Górecki zaobserwował tarcia między małżonkami w procesach zgodnych, w których zgoda na rozstrzygnięcie sprawy bez orzekania o winie została wyrażona przez jednego z nich za namową innych osób; *vide* J. Górecki, *Rozwód...*, s. 136–137.

rozpadu. Trafnym rozwiązaniem wydaje się instytucja tzw. natychmiastowych alimentów. Wątpliwości budzi natomiast to, czy rozwiązaniem korzystnym dla dziecka rozwiedzionych rodziców (albo nierozwiedzionych, lecz żyjących w rozłączeniu) jest stosowanie pieczy naprzemiennej, polegającej na tym, że dziecko będzie przebywać u każdego z rodziców przez określony czas, zgodnie z ustalonym harmonogramem. Z kolei wydaje się, że krytycznie należy ocenić rozwiązania dotyczące postępowania informacyjnego, które miałyby poprzedzać orzeczenie rozwodu albo separacji, w przypadku gdy małżonkowie mają wspólne małoletnie dzieci.

*Rafał Dubowski**

*** Dr Rafał Dubowski**, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu,
rafal.dubowski@sejm.gov.pl, <https://orcid.org/0000-0001-7852-4275>