



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa, 4 października 2017 r.

Adam Bodnar

IV.7021.91.2017.MK

**Pan Zbigniew Ziobro**  
**Minister Sprawiedliwości**

W kontynuacji korespondencji dotyczącej kwestii zdefiniowania w polskim systemie prawnym „opieki naprzemiennej/opieki równoważnej/pieczы naprzemiennej” dziękuję za odpowiedź, udzieloną pismem Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości, Pana Marcina Warchoła, z 23 czerwca 2017 r.

Odnosząc się do treści nadesłanych wyjaśnień, pragnę wskazać, że w mojej ocenie aktualne pozostają argumenty zawarte w uprzednim piśmie, wskazujące na **konieczność zdefiniowania w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym opieki/pieczы sprawowanej przez rodziców w powtarzających się okresach**, i wskazujące problemy wynikające z braku takiej ustawowej definicji. Braku tego nie wypełnia nowelizacja z 7 lipca 2017 r. (Dz.U. z 2017 r., poz. 1428), wchodząca w życie 1 stycznia 2018 r. i zmieniająca ustawę z 11 lutego 2016 r. o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci (Dz.U. z 2016 r., poz. 195 ze zm.). Dookreśla ona, że opieka naprzemienna ma być „sprawowana w porównywalnych i powtarzających się okresach”. Jednakże wskazać trzeba, że definicje zawarte w tej ostatniej ustawie są z natury systemu prawa definicjami stosowanymi w sprawach rozstrzyganych na mocy tej ustawy i na potrzeby tej ustawy, nie zaś w sprawach rodzinnych, w których o opiece/pieczы naprzemiennej rozstrzygają sędziowie w sądach powszechnych na podstawie Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Ponadto dookreślenie to nie definiuje samej istoty opieki/pieczы naprzemiennej. Tym samym nie zapobiega **niepewności prawnej u obywateli co do tego, czy zdaniem sądu rodzinnego, sądu administracyjnego czy organu administracji publicznej sprawowana przez nich piecza nad dzieckiem jest czy nie jest opieką/pieczą naprzemienną.**

Z praktyki obserwowanej w moim Biurze wynika, że sądy stosują czasem orzeczenie o kontaktach przy ograniczeniu władzy jednego z rodziców jako substytut niezdefiniowanej ustawowo opieki/pieczy naprzemiennej, mimo że zdaniem Pana Ministra nie jest równoznaczne ze sprawowaniem pieczy naprzemiennej wydanie przez sąd orzeczenia o kontaktach przy równoczesnym ograniczeniu władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców. Podobnie takie orzeczenia traktuje część sądów administracyjnych, rozstrzygających w sprawach o przyznanie świadczenia wychowawczego.

Pan Minister Marcin Warchoł wskazał w udzielonej na moje wystąpienie odpowiedzi, że „Tego rodzaju propozycja prowadziłaby nadto do wyłączenia uznania za pieczę naprzemienną sprawowania jej przez rodziców pozostających w rozłączeniu, którzy dokonali zgodnych ustaleń w tym zakresie bez udziału sądu”. Tymczasem właśnie **obecna regulacja wyłącza uznanie za opiekę/pieczę naprzemienną władzę rodzicielską sprawowaną przez rodziców w rozłączeniu bez ingerencji sądu** – przynajmniej w świetle ustawy o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci, bowiem regulacja ta umożliwia zaliczenie dziecka jednocześnie do członków rodzin obojga rodziców oraz proporcjonalny podział kwoty świadczenia wychowawczego jedynie w przypadku dzieci, nad którymi opieka naprzemienna sprawowana jest „zgodnie z orzeczeniem sądu” (dowodem na to poniżej opisane orzeczenie NSA z 22 sierpnia 2017 r.). Tym samym rodzice żyjący w rozłączeniu i sprawujący władzę rodzicielską nad dziećmi w powtarzających się okresach bez orzeczenia sądu (np. w przypadku dzieci narodzonych w konkubinacie obecnie rozdzielnie żyjących rodziców, bez ingerencji sądu na podstawie art. 107 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego) nie mają podstawy do zastosowania art. 2 pkt 16 oraz art. 5 ust. 2 ustawy o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci. Takiej sytuacji nie dotyczy wspomiane przez Pana Ministra orzeczenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z 1 grudnia 2016 r. (II Sa/Ol 1208/16), gdyż zostało ono wydane w sytuacji, w której istniało orzeczenie rozwodowe, inkorporujące ustalenia rodziców co do sprawowania pieczy i kontaktów z dziećmi.

Natomiast sytuacji takiej (tj. sprawowania przez rodziców opieki w sposób naprzemienny bez orzeczenia sądu, ale na podstawie dwustronnego porozumienia) dotyczy orzeczenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z 26 stycznia 2017 r. (sygn. akt II SA/Łd 943/16), podtrzymane przez Naczelny Sąd Administracyjny wyrokiem z 22 sierpnia 2017 r. (sygn. akt I OSK 947/17). Naczelny Sąd Administracyjny oddalił skargę kasacyjną od wyroku WSA w przedmiocie prawa do świadczenia wychowawczego dla rodzica, który sprawował opiekę nad dzieckiem na przemian z drugim rodzicem (bez zawierania związku małżeńskiego i bez ingerencji sądu opiekuńczego), zgadzając się z wydanym w tej sprawie wyrokiem WSA w Łodzi z 26 stycznia 2017 r. W wyroku tym wskazano, iż „wykładnia przepisu art. 2 pkt 16 ustawy prowadzi do wniosku, że **konieczną przesłanką uprawniającą do zaliczenia dziecka do rodzin obojga rodziców jest**

**legitymowanie się przez rodziców orzeczeniem sądu, z którego wynika, że opieka nad dzieckiem sprawowana jest naprzemiennie przez oboje rodziców (...)** Ustawodawca nie przewidział natomiast możliwości uznania za sprawowanie opieki naprzemiennie sytuacji, gdy taka opieka wynikałaby z obustronnego porozumienia rodziców. Nie jest więc wystarczające znajdujące się w aktach sprawy oświadczenie skarżącego wskazujące, że na mocy porozumienia z matką dziecka sprawowanie opieki nad synem ma charakter naprzemienny. **Brak orzeczenia sądu, z którego wynikałby obowiązek sprawowania opieki nad K. W. w sposób naprzemienny, uniemożliwia zaliczenie dziecka do rodzin obojga rodziców żyjących w rozłączeniu**". Jednocześnie znaczący jest fakt, że do wyroku WSA w Łodzi z 26 stycznia 2017 r. jedna z trojga sędziów orzekających złożyła zdanie odrębne, w którym stwierdziła m.in.: „Skoro w sprawach, w których władza rodzicielska poddana jest kontroli sądu (rozwód, separacja, konieczność orzekania o ograniczeniu czy pozbawieniu władzy rodzicielskiej), z woli ustawodawcy ingerencję tę ograniczać należy do minimum, jeżeli nie koliduje to z dobrem dziecka, nadto akcentuje się rolę porozumienia rodziców w tej kwestii, to tym bardziej **trudno oczekiwać, że ingerencji takiej (orzeczenia sądu) będą poszukiwać rodzice dzieci narodzonych w nieformalnych związkach**. Już choćby z tego względu nie sposób wymagać, aby osoby ubiegające się w kwietniu 2016 roku o świadczenie wychowawcze legitymowały się takim orzeczeniem sądu, skoro brak było jakichkolwiek podstaw do orzekania o opiece naprzemiennie. (...) **Trudno też przypuszczać, że wołą ustawodawcy było, aby w związku z zapisem art. 2 pkt 16 ustawy rodzice posiadający dzieci z różnych związków gremialnie zwracali się teraz do sądów rodzinnych** o regulowanie sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej i rozstrzyganie ex post, czy sprawowanie tej władzy przed dniem wejścia w życie ustawy odpowiada nieznannej dotychczas w ustawodawstwie formule pieczy naprzemiennie. Po pierwsze spowodowałyby to zapewne gwałtowny napływ spraw do sądów rodzinnych, po drugie nie znajdują podstaw do orzekania w tym zakresie z mocą wsteczną. Ponadto zastosowanie kwestionowanej przez mnie wykładni art. 2 pkt 16 ustawy p.p.w.d. z uwagi na krótki, bo dwumiesięczny okres vacatio legis prowadziłoby do niezmiernego raczej przez ustawodawcę **wykluczenia z kręgu osób uprawnionych do świadczenia znaczącej liczby rodzin**, które do tej pory nie poddawały ocenie sądu rodzinnego sposobu pieczy nad własnymi dziećmi, ale pochodzącymi z różnych związków. W tym też kontekście za sprzeczne z regułami poprawnej legislacji uznać należy powiązanie prawa do świadczenia wychowawczego z obowiązkiem legitymowania się orzeczeniem sądu, regulującym władzę rodzicielską za okres, w których na rodzicach obowiązek uzyskania takich regulacji nie ciążył”.

Wprawdzie na stronie internetowej orzeczeń NSA widnieje na razie jedynie sentencja orzeczenia z 22 sierpnia 2017 r., jednak z doniesień prasowych wynika, że podczas ustnego wskazania motywów orzeczenia stwierdzono, iż „Z ustawy jasno wynika, że tylko

w przypadku gdy dziecko, zgodnie z orzeczeniem sądu, jest pod opieką naprzemienną obojga rodziców żyjących w rozłączeniu, zalicza się jednocześnie do członków rodzin obojwojga rodziców” (<http://www.rp.pl/Praca-emerytury-renty/308239978-Do-podzialu-500-pomiedzy-rodzicow-potrzeba-orzeczenia-sadu.html#ap-1>).

Powyżej opisane najbardziej aktualne orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego nie tylko zatem stanowi dowód na to, że obecna regulacja **wyłącza** uznanie za pieczę naprzemienną sprawowania jej przez rodziców pozostających w rozłączeniu, którzy dokonali zgodnych ustaleń w tym zakresie bez udziału sądu, ale także stanowi dowód na **brak jednolitości** orzecznictwa samych sądów administracyjnych w tym zakresie.

Bowiem zaledwie miesiąc wcześniej Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach w wyroku z 26 lipca 2017 r. (sygn. akt IV SA/Gl 196/17) zawarł skrajnie odmienną interpretację zasadności przyznania świadczenia wychowawczego w przypadku nieorzeczonej wyrokiem sądu opieki naprzemiennnej. W orzeczeniu tym WSA stwierdził, że **„automatyczne czynienie założenia, jak to uczynił organ pierwszej instancji, że z opieką naprzemienną mamy do czynienia tylko wówczas, gdy tak wprost orzekł sąd, byłoby nieracjonalne i niesprawiedliwe** wobec rodziców, którzy tak jak w niniejszej sprawie sami ustalili taką opiekę w formie planu wychowawczego przedłożonego sądowi i który to plan musiał zostać przez ten sąd zaakceptowany, biorąc pod uwagę treść rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej oraz kosztach utrzymania dzieci. Przyjęcie takiego założenia byłoby swoistym premiowaniem rodziców, którzy nie potrafią się porozumieć co do opieki nad dziećmi, w stosunku do tych rodziców, którzy są w stanie to uczynić. Takie zaś postępowanie jest **w ocenie Sądu niedopuszczalne, a wręcz godzi w podstawową zasadę równości wobec prawa**”. W tej sprawie WSA uchylił dwie decyzje odmawiające matce dwojga dzieci świadczenia wychowawczego w wysokości proporcjonalnej do liczby dni, w których sprawuje pieczę nad dziećmi.

Skoro zatem termin „opieka naprzemienna”, jak zauważa przedstawiciel Ministerstwa Sprawiedliwości, **nie oddaje w pełni właściwie istoty instytucji**, zaś stosowanie tego terminu zgodnie z treścią art. 2 pkt 16 oraz art. 5 ust. 2 ustawy powoduje problemy nie tylko dla rodziców sprawujących pieczę nad dziećmi w powtarzających się okresach bez ingerencji sądu, ale i dla samych sądów administracyjnych, orzekających skrajnie odmiennie w podobnych sytuacjach, w mojej ocenie kwestia skorelowania regulacji prawnych zawartych w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym oraz w ustawie o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci wymaga wnikliwego rozważenia.

W związku z powyższym, na mocy art. 16 ust. 2 pkt 1 ustawy z 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (t. j. Dz.U. z 2017 r., poz. 958) ponownie uprzejmie proszę o dokonanie analizy zasadności podjęcia inicjatywy ustawodawczej, mającej na celu

zdefiniowanie opieki/pieczy naprzemiennej nad dzieckiem we wszystkich sytuacjach prawnych i faktycznych.

Będę wdzięczny za przedstawienie stanowiska Pana Ministra w przedmiotowej sprawie.

*[Adam Bodnar]*