

Marek Andrzejewski*

Wokół Projektu Kodeksu Rodzinnego przedłożonego w lipcu 2018 r. przez Rzecznika Praw Dziecka**1

I. PROJEKT KODEKSU RODZINNEGO – KONTEKST POWSTANIA I LEGISLACYJNE FIASKO

Tradycją polskiej legislacji jest respekt dla idei tworzenia kodeksów. Poprzeczkę dla legislacyjnych standardów wysoko zawiesili twórcy kodeksów powstałych w okresie międzywojennym, a zwłaszcza Kodeksu zobowiązań². Do 1989 r. uchwalono ich niewiele³, a po przełomie ustrojowym powstały kodeksy: karny, postępowania karnego, karny wykonawczy, karny skarbowy, postępowania w sprawach wykroczeń, spółek prawa handlowego, morski, wyborczy. Najistotniejszą przyczyną ich tworzenia była nieprzystawalność poprzednio obowiązujących uregulowań do reguł państwa demokratycznego, co w szczególny sposób dotyczyło uwikłanego w aksjologię komunistyczną ustawodawstwa karnego, a także do reguł ekonomii wolnego rynku, co z kolei wiązało się z koniecznością stworzenia Kodeksu spółek handlowych⁴.

Natomiast w odniesieniu do Kodeksu cywilnego⁵, Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego⁶, a także procedur zawartych w Kodeksie postępowania cywilnego⁷

* Dr hab. Marek Andrzejewski jest profesorem w Instytucie Nauk Prawnych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego, Polska, ORCID 0000-0002-6838-8414, e-mail: marek.andrzejewski@usz.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 30.09.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 30.10.2019 r.

¹ W artykule wykorzystano uwagi i spostrzeżenia zgłoszone w trakcie seminarium naukowego, które odbyło się 1.10.2018 r. w Poznaniu, w siedzibie Poznańskiego Centrum Prawa Rodzinnego i Praw Dziecka Instytutu Nauk Prawnych PAN. Udział w nim wzięli: prof. dr hab. T. Smoczyński, dr hab. prof. UAM J. Haberko, dr hab. prof. UJK J. Gajda, dr M. Łączkowska (INP PAN), dr A.N. Schulz (INP PAN), dr A. Urbańska-Łukasiewicz (INP PAN), dr J. Łukasiewicz (WPiA UR), dr R. Łukasiewicz (WPiA UR), K. Jadach (WSE UAM). Wymienieni, którym dziękuję za inspiracje, nie biorą oczywiście odpowiedzialności za treść tego artykułu.

² J. Kola, *Działalność Komisji Kodyfikacyjnej RP w obszarze prawa zobowiązań. Refleksje z okazji 80. rocznicy Kodeksu zobowiązań*, „Palestra” 2013/9–10, s. 250–260; L. Górnicki, *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1919–1939*, Wrocław 2000.

³ Kodeks rodzinny (1950 r.), Kodeks postępowania administracyjnego (1960 r.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy (1964 r.), Kodeks cywilny (1964 r.), Kodeks postępowania cywilnego (1964 r.), Kodeks karny (1969 r.), Kodeks postępowania karnego (1969 r.), Kodeks karny wykonawczy (1969 r.), Kodeks wykroczeń (1971 r.), Kodeks pracy (1974 r.).

⁴ Ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 505 ze zm.).

⁵ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145) – dalej k.c.

⁶ Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2017 r. poz. 682 ze zm.) – dalej k.r.o.

⁷ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.) – dalej k.p.c.

przeważył pogląd, iż właściwsze będzie dokonywanie w nich zmian w sposób ewolucyjny. Idea stworzenia nowej kodyfikacji cywilnej pojawiła się, co prawda, w wypowiedziach doktryny na tyle mocno, że wyeksponowano ją w nazwie działającej latach 1996–2015 Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości, jednak zrealizowanie jej było przewidziane w dalszej, nieokreślonej czasowo, perspektywie⁸, a czynione w tym kierunku wysiłki nie spowalniały modyfikowania (często głębokiego) uregulowań zawartych w poszczególnych księgach Kodeksu cywilnego i przepisach prawa rodzinnego.

W 2012 r. rozpoczęła pracę Komisja Kodyfikacyjna Prawa Rodzinnego i Opiekuńczego przy Rzeczniku Praw Dziecka (dalej RPD lub rzecznik)⁹. Utworzenie jej było krokiem zaskakującym. Funkcjonująca wówczas od kilku lat komisja ministerialna miała bowiem znaczny dorobek również w zakresie prawa rodzinnego¹⁰. Patrząc ze współczesnej perspektywy, można przypisać zdystansowanie się RPD w stosunku do komisji ministerialnej przyczynom merytorycznym, takim jak odmiennie postrzeganie pozycji dziecka w rodzinie (relacji rodzice–dziecko)¹¹, czy też umiejscowienia prawa rodzinnego w systemie prawa jako działu odrębnego od prawa cywilnego, a Kodeksu rodzinnego (dalej k.r.) jako osobnej i samodzielnej regulacji. Wcześniej posunięcie to było niezrozumiałe, gdyż cechą procedowania Komisji stworzonej przez RPD była daleko posunięta dyskrejonalność. Jej prace owiane były tajemnicą do chwili upublicznienia omawianego projektu Kodeksu rodzinnego (dalej projekt KR). Do środowiska naukowego, a tym bardziej do szerszej publiczności, nie docierały informacje o kierunku jej poczynania. Ich efektów nie prezentowano na konferencjach naukowych, w fachowych czasopismach, na konferencjach prasowych rzecznika ani na jego stronie internetowej. W nieoficjalnych, koleżeńskich rozmowach (społeczność osób naukowo zajmujących się prawem rodzinnym nie jest nadmiernie liczna) członkowie Komisji przyznawali, że taką formułę pracy uznali za najwłaściwszą i do końca pozostali jej wierni¹².

⁸ Namysł nad jego koncepcją zaowocował projektem części ogólnej i naukowo zarysowaną wizją całości w: Z. Radwański [red.] *Zielona księga – optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006.

⁹ Podsumowanie prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Rodzinnego (dalej KKPC) przy RPD, <https://brpd.gov.pl/aktualnosci/podsumowanie-prac-komisji-kodyfikacyjnej-prawa-rodzinnego-przy-rpd> (dostęp: 23.09.2019 r.).

¹⁰ Szczegółowa dokumentacja dotycząca pracy KKPC przy MS znajduje się na stronie internetowej resortu sprawiedliwości, <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/komisja-kodyfikacyjna-prawa-cywilnego>.

¹¹ O kierunku prac w kwestii pozycji dziecka w rodzinie można było wnioskować z treści książki: S.L. Stadniczenko [red.] *Konwencja o prawach dziecka. Wybór zagadnień (artykuły i komentarze)*, Rzecznik Praw Dziecka, Warszawa 2015, a także z publikacji członka Komisji: P. Jaros, *Prawo dziecka do rodziców (odpowiedzialności rodzicielskiej) w kontekście polskich zobowiązań międzynarodowych*, Warszawa 2015. W tytule tej książki posłużono się pojęciem *odpowiedzialność rodzicielska* rozumianym w sposób zbliżony do tego, w jaki uregulowano ową odpowiedzialność w Konwencji o Prawach Dziecka i w dokumentach Komitetu Ministrów Rady Europy – zob. w: W. Stojanowska, *Rekomendacja Nr 84(4) w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej a stan prawny obowiązujący w Polsce* [w:] M. Safjan, *Standardy prawne Rady Europy*, t. I, *Prawo Rodzinne*, Warszawa 1993, s. 217–233.

¹² Komisja ministerialna natomiast o swych poczynaniach i ich efektach systematycznie informowała. Były one również obszernie omawiane. Liczne teksty na ten temat (w tym materiały robocze w formie projektów) publikowane były na łamach takich czasopism jak np.: „Monitor Prawniczy”, „Kwartalnik Prawa Prywatnego”, „Rodzina i Prawo”, „Rejent”, a także dziennika „Rzeczpospolita” i innych. Jedyne tytułem przykładowo warto wskazać na: *Założenia i ogólny kierunek zmian w prawie cywilnym, prawie rodzinnym i gospodarczym oraz w postępowaniu cywilnym – ustalenia dokonane na posiedzeniach plenarnych KKPC w dniach 5 grudnia 1996 r. i 8 stycznia 1997 r.*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1997/2, s. 319 i n.; Z. Radwański, K. Goner, *Nowa kodyfikacja prawa prywatnego*, „Monitor Prawniczy” 1997/5, s. 177 i n.; K. Goner, *Założenia i ogólny kierunek zmian w prawie cywilnym (z prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego)*, „Państwo i Prawo” 1997/9, s. 80 i n.; M. Nazar, *Problemy nowelizacji prawa rodzinnego*, „Rejent” 2005/9, s. 81–110;

W lipcu 2018 r. RPD opublikował opracowany przez swoją Komisję projekt Kodeksu rodzinnego¹³, który następnie rozesłał do podmiotów mających prawo inicjatywy ustawodawczej, wnosząc o skierowanie go do łaski marszałkowskiej¹⁴. Nic nie wiadomo, aby projekt był wcześniej konsultowany z jakimkolwiek podmiotem zainteresowanym treścią proponowanych rozwiązań, co jest wymogiem według zasad techniki legislacyjnej¹⁵. Tylko Kancelaria Prezydenta RP podjęła namysł nad projektem. Sekcja „Polityka społeczna, rodzina”, działająca w ramach Narodowej Rady Rozwoju będącej gremium doradczym Prezydenta RP, zamówiła opinie i zorganizowała jesienią 2018 r. spotkania eksperckie na jego temat. Na tej podstawie nie zarekomendowała jednak prezydentowi wystąpienia z wnioskiem o wszczęcie procedury legislacyjnej. Pozostałe podmioty zignorowały ten projekt.

Zaskakuje nieumiejętność spożytkowania przez RPD wieloletnich wysiłków Komisji. Sposób, a w szczególności termin publikacji projektu wynikał bowiem ze zbliżającego się zakończenia kadencji rzecznika, a nie z tego, że temat (idea nowego kodeksu, dopracowanie przygotowywanego projektu) do tego dojrzał. Wzięcie odpowiedzialności za wprowadzenie pod obrady parlamentu projektu KR wymagałoby czasu na przygotowanie się do tej roli, a na to rzecznik M. Michalak nie dał nikomu szansy. Trudno oczekiwać, by funkcjonujący na scenie politycznej podmiot zaryzykował promowanie obszernego projektu dotyczącego delikatnej materii rodzinnej, jeśli otrzymał go kilka tygodni przed końcem urzędowania sygnującego go RPD. Tym bardziej, że przed otrzymaniem dokumentu nic o nim nie wiedział, a kończący kadencję rzecznik nie ponosiłby żadnej odpowiedzialności za efekty ewentualnego procedowania projektu. U podłoża legislacyjnego fiaska projektu KR leży błędna koncepcja nieujawniania przez Komisję cząstkowych efektów prac, a więc również uniemożliwienia prowadzenia na ich temat jakiegokolwiek debaty, co w konsekwencji mogło spotkać się z przychylnością tych, którzy projektu nie poparli.

Fiasko poczynąń RPD jest swoistym argumentem przemawiającym za ... podjęciem dyskusji na temat projektu KR. Dokument sygnowany przez konstytucyjny organ, nad którym sześć lat pracował wieloosobowy zespół, powinien stać się przedmiotem analizy naukowej¹⁶.

M. Wróbel (opr.), *Główne założenia projektu Kodeksu cywilnego*, Dodatek do „Monitora Prawniczego” 2007/14; T. Smyczyński, *Kierunki reformy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1999/2, s. 299–321; J. Strzebińczyk, *Nowelizacja przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w zakresie małżeńskiego prawa majątkowego*, część I, „Rejent” 2004/8, s. 134–164; i J. Strzebińczyk, *Nowelizacja przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w zakresie małżeńskiego prawa majątkowego*, część II, „Rejent” 2004/9, s. 88–102 (oraz przedstawiona tam debata rozpisana na kilkanaście artykułów naukowych na temat tytułowej nowelizacji). Przedmiotem naukowych wypowiedzi były też skutki poszczególnych nowelizacji k.r.o. – np. w: M. Andrzejewski [red.] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy po wielkich nowelizacjach*, „Acta Iuris Stetinensis” 2014/6.

¹³ <https://brpd.gov.pl/aktualnosci/rpd-prezentuje-nowy-oczekiwany-spoecznie-kodeks-rodzinny>; treść projektu znajduje się na stronie: http://brpd.gov.pl/sites/default/files/projekt_kodeksu_rodzinnego_z_autopoprawka_z_uzasadnieniem.pdf (dostęp: 19.07.2019 r.).

¹⁴ M. Michalak, *Zawsze będę wspierał dzieci* [wywiad], „Świdnica24” z 19.09.2018 r., <https://swidnica24.pl/2018/09/marek-michalak-zawsze-bede-wspieral-dzieci-wywiad/> (dostęp: 20.09.2019 r.).

¹⁵ S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz do zasad techniki prawodawczej z dnia 20 czerwca 2002 r.*, Warszawa 2004, s. 22–25.

¹⁶ Jedyna publikacja, jak dotychczas, to: M. Nazar, *Projekt kodeksu rodzinnego i postulaty galeziowego wyodrębnienia prawa rodzinnego*, „Przegląd Sądowy” 2019/7–8, s. 7–26. Na Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej „Akademicki Projekt Kodeksu Cywilnego” (Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Gdański 23–24.05.2019 r.) miało miejsce wystąpienie W. Stojanowskiej i M. Koska pt. „Zagrożenie dobra dziecka przez nieprofesjonalne próby tworzenia nowego Kodeksu rodzinnego?”. Jego treści nie znam.

Należy zastrzec, że podjęcie próby przeprowadzenia takiej analizy napotyka na poważne przeszkody, gdyż dyskrejonalny sposób pracy Komisji sprawił, iż jedyną niemalże podstawą dla formułowania opinii jest treść projektu i jego uzasadnienie. Ponadto, obszerność i wielowątkowość dokumentu sprawia, że ramy niniejszego artykułu nie pozwalają odnieść się do wszystkich związanych z projektem istotnych kwestii. Uwagę skoncentrowano wyłącznie na tych, których omówienie daje podstawę do sformułowania oceny: a) trafności proponowanej konstrukcji KR, b) zasadności zawartych w nim (ale jedynie kluczowych) regulacji oraz c) strony technicznej/warsztatowej projektu. Podjęto te kwestie jedynie w zakresie pozwalającym odpowiedzieć na pytanie: czy **uchwalenie przedłożonego przez RPD projektu KR i zastąpienie nim obowiązującego KRO** byłoby dobrą zmianą w odniesieniu do prawnej ochrony rodziny?

II. OFICJALNE MOTYWY STWORZENIA PROJEKTU KODEKSU RODZINNEGO

Wśród motywów stworzenia projektu KR wymienionych w jego uzasadnieniu, wskazano na: konieczność: „(...) *dostosowania przepisów do nowej filozofii pojmowania zagadnień rodzinno-prawnych, myślenia o dziecku i rodzinie, ich podmiotowości i o ochronie tych dóbr (...)*”, gdyż „*Obecne pojmowanie praw człowieka, w tym praw dziecka, praw rodziny – w porównaniu z prądami myślowymi lat 60-tych ubiegłego wieku, a także rzeczywistość, w której przyszło żyć współczesnej rodzinie – są diametralnie inne*”.

Przytoczono też argument o zmarginalizowaniu prawa rodzinnego, którym zajmują się głównie cywiliści: „(...) *w większości nieznający problematyki i specyfiki spraw rodzinnych. Nie funkcjonują katedry prawa cywilnego, nie rozwija się nauka i metodyka tego prawa*”. „*Ujmowanie prawa rodzinnego, jako części prawa cywilnego to swoisty hamulec rozwojowy prawa rodzinnego*”. W konsekwencji spowodowało to sytuację, która sprawia, że istnieje potrzeba: „(...) *wprowadzenia przystających do rzeczywistości nowoczesnych rozwiązań prawnych w przedmiotowej kwestii*”.

Kolejnym powodem stworzenia KR była niezbędność stworzenia nowej, przejrzystej procedury dla rozstrzygania sporów rodzinnych, a w konsekwencji jasnego, precyzyjnego i komunikatywnego prawa rodzinnego m.in. poprzez połączenie w jednym akcie prawnym uregulowań zarówno materialno-prawnych, jak i formalno-prawnych. Uszczegóławiając ten wątek, wskazano na niezadowolające funkcjonowanie sądów rodzinnych, a także instytucji mediacji, z którą wiązano nadzieje na bardziej koncyliacyjne prowadzenie postępowań. Podkreślono konfliktogenność sądowych procedur i nikłą skuteczność wydawanych orzeczeń. Podkreślono specyfikę sądownictwa rodzinnego, które powinno mieć na celu pomoc rodzinom i ochronę interesów ich członków, z czym wiążą się wysokie wymagania w stosunku do sędziów rodzinnych.

W uzasadnieniu projektu KR znajduje się też szereg nawiązań do filozofii personalistycznej, którą uczyniono dyrektywą wyznaczającą kierunek przyjętych unormowań i ich uzasadnienie aksjologiczne. Zadeklarowanie filozoficznej afiliacji – moim zdaniem w uzasadnieniu zbędne – zapewne spotkałaby się z krytyką ze strony środowisk opowiadających się za neutralnością światopoglądową państwa.

Uwagi odnoszące się do projektu KR należy poprzedzić polemiką z poglądem, że stworzenie go było konieczne, albowiem obecna sytuacja rodzin różni się od istniejącej wówczas, gdy tworzone Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Sugeruje on, że nowy Kodeks rodzinny miałby zastąpić k.r.o. w jego wersji z 1964 r., a przecież wszystkie jego instytucje były – w mniejszym lub większym stopniu, a niektóre radykalnie – nowelizowane, a do tego sukcesywnie wprowadzano uregulowania nieznanne k.r.o. w jego pierwotnej wersji¹⁷.

Nieprawdziwa jest też opinia RPD o doktrynie prawa rodzinnego, jako obszarze zaniedbanym przez cywilistów. Liczne zmiany dokonywane w k.r.o. były bowiem skutkiem ich namysłu. Poza dorobkiem doktryny znaczący udział należy też przypisać orzecznictwu Sądu Najwyższego, a także osiągnięciom nauk społecznych, dla których rodzina jest przedmiotem badań. Istnieje bogata dokumentacja potwierdzająca wkład naukowców i sędziów w dokonanie licznych zmian w prawie rodzinnym i w ich ewaluację¹⁸. W samym tylko okresie po 1989 r. doszło – m.in. dzięki temu – do uchwalenia takich rozwiązań jak m.in.:

- dopuszczalność zawierania związków małżeńskich w formie wyznaniowej ze skutkami dla prawa świeckiego;
- modyfikacje prawa rozwodowego, zmierzające ku odpowiedzialnemu kreowaniu sytuacji członków rodziny po rozwodzie (porozumienie rodzicielskie, mediacja), a więc w kierunku odwrotnym niż w zdecydowanej większości państw Europy, które w ostatnich dekadach wprowadziły przepisy trywalizujące instytucję małżeństwa zarówno w kontekście uregulowań dotyczących jego zawierania, jak i ułatwiania, by nie rzecz nakłaniania, do występowania o rozwód (odstępowanie od przesłanek rozwodowych na rzecz orzekania rozwodu na żądanie małżonków; przekazywanie spraw rozwodowych organom administracji i notariuszom);
- znacząco inne od poprzednich, bo dostosowane do potrzeb funkcjonowania małżeństw w ramach gospodarki wolnorynkowej, przepisy o ustrojach majątkowo-małżeńskich,
- całkowicie nowe uregulowania dotyczące kontaktów z dzieckiem, jako zagadnienia ściśle powiązanego z władzą rodzicielską, a zwłaszcza ze sprawowaniem jej przez rodziców po rozwodzie lub rodziców, którzy nie byli małżonkami;
- nowe przepisy o pieczy zastępczej jako instytucji, której celem jest przede wszystkim służyć reintegracji rodzin wychowanków;
- nieznaną powojennemu polskiemu prawu separację;
- istotne modyfikacje w przepisach dotyczących przysposobienia, alimentacji, opieki prawnej, filiacji;
- modyfikacje przepisów o relacji rodzice–dzieci podkreślających podmiotowość dziecka i zobowiązujące sądy rodzinne do współdziałania na rzecz rodziny z instytucjami działającymi w środowisku lokalnym.

¹⁷ J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, wyd. 4, Warszawa 2016, s. 44–63; M. Nazar, *Problemy nowelizacji prawa rodzinnego*, „Rejent” 2005/9, s. 81–110; K. Jadach, K. Perzanowska, A. Urbańska-Lukaszewicz, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy po wielkich nowelizacjach*, „Rodzina i Prawo” 2014/29, s. 5–25.

¹⁸ Bogatą dokumentację tej tezy zawiera chociażby strona internetowa Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości w zakładce Prawo w Działaniu. Sprawy cywilne, <https://www.iws.org.pl/prawo-w-dzialaniu/numery-archiwalne/tom-1-sprawy-cywilne/>, gdzie można się zapoznać z wynikami badań empirycznych na temat wielu instytucji prawa rodzinnego i prawa dotyczącego rodziny.

Poza nowelizacjami przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, doszło w ostatnim trzydziestolecu do ratyfikowania wielu konwencji międzynarodowych dotyczących funkcjonowania rodziny, co spowodowało zmiany polskiego prawa – zarówno prywatnego, jak i publicznego. Bez podbudowy naukowej nie byłoby to możliwe. Zamiast wielu przykładów wystarczy wskazać chociażby na oddziaływanie Konwencji o prawach dziecka¹⁹, konwencji haskich czy też szeregu dokumentów Rady Europy²⁰.

Konsekwentne nowelizowanie k.r.o. i sukcesywne uchwalanie związanych z nim ustaw zwykłych sprawiło, że nie pojawiły się żądania radykalnych zmian prawa rodzinnego i opiekuńczego, a jeżeli formułowano – czasami stanowczo – rozmaite oczekiwania (np. wprowadzenia swobody rozwodów, pieczy naprzemiennej), to nie dotyczyły one zmiany całego kodeksu, lecz jego fragmentów²¹. Wyjątkiem jest tocząca się dyskusja o zasadności usytuowania księgi poświęconej rodzinie w ramach przygotowywanego nowego Kodeksu cywilnego. W tej sprawie doktryna jest podzielona, a projekt KR zawiera opowiedzenie się przeciwko stanowisku ministerialnej Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego. Do tego zagadnienia przyjdzie wrócić poniżej.

Nie wchodząc w bardziej drobiazgową polemikę, należy odrzucić tezę RPD o prawie rodzinnym, jako obszarze zaniedbanym przez cywilistów²², jako krzywdzącą dla wielu badaczy prawa rodzinnego, którzy właśnie jako cywiliści byli w stanie czynić to w sposób pogłębiony, albowiem odpowiadający umiejscowieniu prawa rodzinnego w systemie prawa, jako działu cywilistyki²³. Taki był, i na tę chwilę jest, stan normatywny. Wyłącznie cywiliści są też zaangażowani w spór o uplasowanie prawa rodzinnego. Jest dobrym prawem twórców projektu KR, by idąc za głosem części doktryny prawa cywilnego, opowiadać się za odrębnością Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego od Kodeksu cywilnego i za samodzielnością prawa rodzinnego, jednak należy sprzeciwić się użyciu w tym celu nierzetelnych uogólnień.

¹⁹ T. Smyczyński [red.] *Konwencja o Prawach Dziecka. Analiza i wykładnia*, Poznań 1999; S.L. Stadniczeńko [red.] *Konwencja o prawach dziecka. Wybór zagadnień (artykuły i komentarze)*, Warszawa 2015.

²⁰ M. Safjan [red.] *Standardy prawne Rady Europy*, t. I, *Prawo Rodzinne*, Warszawa 1993.

²¹ Może najbardziej twórcze spojrzenie na k.r.o., w tym liczne pomysły jego modyfikowania, zawiera książka: J. Mazurkiewicz, *Zanim pomysły nasze szczerą wraz z nami. Wrocławskie projekty ochrony prawnej dzieci i kobiet*, Wrocław 2016.

²² Można, co najwyżej zgodzić się, że zmiana przepisów o ustrojach majątkowo-małżeńskich nastąpiła zbyt późno, bo po 15 latach od przełomu ustrojowego wprowadzającego reguły gospodarki wolnorynkowej, do których dawne przepisy nie przystawały, podobnie jak można – w zależności od prezentowanych poglądów – kwestionować dystans ustawodawcy do niektórych postulatów zgłaszanych w debacie publicznej. W tej drugiej płaszczyźnie należy jednak dać prawo ustawodawcy i wspierającym działania legislacyjne agendum, do własnego zdania.

²³ Byli wśród nich m.in.: Z. Radwański, J. Ignatowicz, J. Winiarz, J.S. Piątowski, B. Walaszek, J. Gwiazdomorski, A. Stelmachowski, A. Szpunar, J. Pietrzykowski, S. Grzybowski, A. Dyoniak, S. Szer, a spośród współczesnych należy wskazać na takich autorów jak: T. Smyczyński, L. Stecki, K. Pietrzykowski, W. Stojanowska, A. Mańczyński, K. Piasecki, E. Holewińska-Łapińska, M. Nazar, T. Sokołowski, A. Olejniczak, J. Panowicz-Lipska, E. Skowrońska-Bocian, J. Mazurkiewicz, P. Mostowik, J. Gajda, M. Goettel, T. Justyński, ks. M. Kosek, J. Wierciński, G. Jędrejek, J. Haberko, P. Telusiewicz, J. Strzebińczyk, K. Bagan-Kurluta, M. Andrzejewski. Do tego grona dołączyć należy ściśle współpracujących z nimi grono kanonistów jak: m.in. abp A. Dzięga, ks. W. Góralski, ks. M. Szychmiller i wielu wybitnych sędziów, jak np. niezjący już: B. Dobrzański, S. Breyer, S. Gros, M. Grudziński czy współcześni: H. Ciepla, B. Czech, R. Zegadło, J. Gudowski, M. Sychowicz, M. Manowska, J. Ignaczewski i wielu innych. Znaczący jest też dorobek wielu naukowców młodszego pokolenia (np. grono autorów komentarza zredagowanego przez J. Osajdę i komentarza pod redakcją J. Wiercińskiego), a także tych spośród profesorów, dla których prawo rodzinne było etapem w ich naukowej drodze (np. M. Safjan, A. Szlęzak). Dorobek w postaci opracowań z obszaru prawa adopcyjnego i alimentacyjnego, a następnie konstytucyjnego i teorii prawa, w tym metodologii nauk prawnych, pozostawił też znamienity teoretyk prawa Z. Ziemiński. Ten przypis mógłby być znacznie bardziej szczegółowy. Zamieszczono go dla uniknięcia zarzutu gołosłowności i pomimo niepokoju, że z powodu ram, jakich przypis nie powinien przekraczać, nie uwzględniono w nim nazwisk wszystkich osób, które powinny być się w nim znaleźć.

Na marginesie można dodać, że swój pozbawiony podstaw zarzut RPD sformułował dla wzmocnienia tezy o konieczności wyodrębnienia prawa rodzinnego, co może dziwić, gdyż istnienie lub nieistnienie konieczności opracowania nowego kodeksu nie zależy od dorobku doktryny, lecz od potrzeby zapewnienia rodzinie należytej ochrony prawnej oraz przekonania o tym, że dla owej ochrony uchwalenie nowego kodeksu jest konieczne, a co najmniej przydatne.

Teza o zmarginalizowaniu prawa rodzinnego miała uwiarygodnić zarzut, że jako nienowoczesne nie przystaje ono do wyzwań współczesności. Znaczenie, w jakim użyto słowa *nowoczesność* można zrekonstruować na podstawie deklaracji, że projekt KR powstał, by wprowadzić zmiany odnoszące się *do nowego, europejskiego pojęcia stosunków rodzinnych* (uzasadnienie s. 102). Odniesienie do europejskości i nowoczesności budzi niepokój (w sensie merytorycznym, a także ze względu na niespójność projektu), gdyż są to kryteria, według których przyjęto wiele rozwiązań trudnych do pogodzenia z założeniami filozofii personalistycznej, do której w uzasadnieniu poczyniono silne nawiązania. Wystarczy wskazać np. na: dopuszczalność zawierania małżeństw bez ograniczeń odnośnie do płci, stanu psychiki i intelektu nupturientów (istnieją postulaty tworzenia małżeństw wieloosobowych), orzekanie rozwodów i separacji na żądanie małżonków (bez wykazywania rozpadu małżeństwa)²⁴, powszechność ustanawiania tzw. pieczy naprzemienną przy orzekaniu rozwodów i separacji²⁵, czy umożliwianie orzekania adopcji ma rzeczw. małżeństw homoseksualnych²⁶. W tym nurcie mieści się też dopuszczalność tzw. macierzyństwa zastępczego²⁷. Wszystkie te rozwiązania są nowatorskie i odzwierciedlają tendencje w ewolucji systemów prawnych wielu państw Europy. Między innymi dlatego, że zaprzeczają one ideom filozofii personalistycznej (zwłaszcza odpowiedzialności za siebie i innych), powinny być traktowane raczej jako zagrażające rodzinie (ryzykowne dla niej) niż zmierzające ku jej ochronie; jako ostrzeżenie, a nie jako drogowskaz.

To prawda, że projekt RPD nie zawiera wiele spośród wymienionych rozwiązań. Posłużenie się w jego uzasadnieniu kategorią nowoczesności skłoniło do zanegowania takiego kryterium tworzenia i oceniania prawa rodzinnego. Jedynym sposobem odczytania postulatu czynienia prawa nowoczesnym, z jakim należy się zgodzić, jest nakaz, aby ustawodawca reagował na potrzeby społeczne i odpowiednio je zmieniał. W odniesieniu do prawa rodzinnego tak właśnie się dzieje.

²⁴ Postuluje to R. Dubowski, *Materialnoprawne przesłanki rozwodu – analiza krytyczna i postulaty de lege ferenda*, Józefów 2017; J. Mazurkiewicz, „Rozwodzie” jest przeciwieństwem „zwoździe”, czyli o potrzebie zasadniczej reformy prawa rozwodowego [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Bogusławowi Gawlikowi*, red. J. Pisuliński, P. Tereskiewicz, F. Zoll, Warszawa 2012. W opozycji: M. Andrzejewski, *O potrzebie zmian w polskim prawie rozwodowym*, „Studia Prawnicze INP PAN” 2016/3.

²⁵ J. Zajączkowska, *Pieczna naprzemienna w sytuacji ostrego konfliktu rodzicielskiego a kontakty z dzieckiem* [w:] *Rodzina w sytuacji okolorowudowej. Współczesne dylematy psychologiczne i prawne*, red. A. Czerederecka, Kraków 2018, s. 175–198.

²⁶ J. Gajda, „Adopcja” przez pary homoseksualne [w:] *Związki partnerskie – debata na temat projektowanych zmian prawnych*, red. M. Andrzejewski, Toruń 2013, s. 117–126; T. Sokołowski, *Dobro dziecka wobec rzekomego prawa do adopcji*, Toruń 2013, s. 103–116; A. Śledzińska-Simon, *Adopcja przez osoby homoseksualne* [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, Warszawa 2009; A. Śledzińska-Simon, *Prawne możliwości adopcji przez pary jedнопłciowe w Europie. Perspektywa polska* [w:] *Tężowe rodziny w Polsce. Prawo a rodziny lesbijskie i gejowskie*, red. M. Zima, Warszawa 2010; M. Drapalska-Grochowicz, *Kilka uwag na tle statusu prawnego rodzin z wyboru*, „Studia Iuridica Toruniensia” XXIII, s. 31–54.

²⁷ Niezwykle wszechstronne omówienie w: P. Mostowik [red.] *Fundamentalne prawne problemy surrogate motherhood. Perspektywa krajowa*, Warszawa 2019.

Abstrahując od znaczenia, w jakim użyto słowa *nowoczesność*, należy stwierdzić, że prawo w ogóle, a prawo regulujące funkcjonowanie rodziny w szczególności, nowoczesne być nie musi, albowiem nie jest to istotne kryterium jego oceny. Ważniejszy jest namysł nad prawną ochroną rodziny prowadzony w nawiązaniu chociażby do treści Konstytucji RP²⁸, do której notabene w uzasadnieniu do projektu KR nie ma żadnego nawiązania ... Wśród wskazanych w niej kryteriów, jakim powinny sprostać uregulowania dotyczące funkcjonowania tej grupy społecznej nie ma nowoczesności, a są np.:

- ochrona życia od poczęcia do naturalnej śmierci (art. 38);
- ochrona małżeństwa rozumianego jako związek mężczyzny i kobiety, macierzyństwa, rodzicielstwa (art. 18);
- równość mężczyzn i kobiet, w tym równość małżonków w ich związku;
- prymat rodziców w wychowaniu dzieci (art. 48 ust. 1);
- autonomia rodziny względem wpływu państwa (art. 47; z dopuszczalnością roztropnej ingerencji w jej funkcjonowanie – art. 48 ust. 2);
- nakaz wspierania rodzin nieradzących sobie z realizacją funkcji ekonomicznej (art. 71), czy
- ochrona praw dziecka (art. 72).

U źródła wskazanych uregulowań konstytucji znajduje się specyficznie rodzinne idee ochrony przed nadaktywnością państwa, a także zapewnienia jej stabilności (emocjonalnej, ekonomicznej, prawnej)²⁹. Nawiązując do eksponowanej w uzasadnieniu projektu KR filozofii personalistycznej, są dalekie od wskazanych wyżej rozwiązań znanych wielu zagranicznym systemom prawnym.

III. O KLUCZOWYCH MATERIALNOPRAWNYCH UREGULOWANIACH PROJEKTU KODEKSU RODZINNEGO

1. Kodeks rodzinny jako samodzielny względem Kodeksu cywilnego

Nie wypowiadam się w tym fragmencie o zasadności uczynienia prawa rodzinnego odrębną gałęzią prawa, lecz wyłącznie tym, w jaki sposób ideę tę przedstawiono w projekcie KR. Zawiera on rozstrzygnięcie sporu na ten temat³⁰. Zagadnienie

²⁸ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

²⁹ Na stabilność zwrócono uwagę opisując kryteria oceny podejmowanych decyzji zgodnie z dobrem dziecka w: T. Sokołowski, *Prawo rodzinne – zarys wykładu*, wyd. 6, Poznań 2016, s. 3.

³⁰ Zobacz zwłaszcza w: E. Holewińska-Łapińska, *Uwagi na temat przedstawionego w „Zielonej Księdze” usytuowania prawa rodzinnego w przyszłej kodyfikacji* [w:] *Finis legis Christus. Księga Pamiątkowa dedykowana Księdzu Profesorowi Wojciechowi Góralskiemu z okazji siedemdziesiątej rocznicy urodzin*, red. J. Wroceński, J. Krajczyński, Warszawa 2009; E. Holewińska-Łapińska, *Samodzielność kodeksowa prawa rodzinnego* [w:] *Prawo cywilne – stanowienie, wykładnia i stosowanie. Księga pamiątkowa dla uczczenia setnej rocznicy urodzin Profesora Jerzego Ignatowicza*, red. M. Nazar, Lublin 2015; M. Nazar, *Problemy nowelizacji prawa rodzinnego*, „Rejent” 2005/9, s. 81–110; Z. Radwański, *Miejsce prawa rodzinnego w systemie prawa* [w:] *Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Smoczyńskiego*, red. M. Andrzejewski, L. Kociucki, M. Łączkowska, A.N. Schulz, Toruń 2008; Z. Radwański, *Kodeks cywilny a prawo regulujące zagadnienia rodziny*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego” 1983/19–20, s. 200–221; Z. Radwański, *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego* [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Witolda Czachórskiego*, Warszawa 1985; T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i stosunki rodzinnoprawne* [w:] *Prawo rodzinne i opiekuńcze, System Prawa Prywatnego*, t. 11, wyd. 2, red. T. Smoczyński, Warszawa 2014.

pojawiło się w latach powojennych mając genezę ideologiczną³¹, jednak od dawna teza o separacji prawa rodzinnego głoszona jest w oparciu o obserwowaną ewolucję prawa rodzinnego, w którym łatwo wskazać (narastające) odrębności w stosunku do rozwiązań klasycznych dla cywilistyki³². Wiąż k.r.o. z częścią ogólną, a także, co najmniej, z Księgą czwartą k.c. dotyczącą spadków (rodzinny charakter regulacji, silne podbudowanie etyczne przyjętych rozwiązań itp.) jest jednak oczywista.

Jednocześnie coraz istotniejszą rolę odgrywa relacja między k.r.o. a innymi, niż k.c., ustawami regulującymi funkcjonowanie rodziny należącymi do rozmaitych gałęzi prawa, zwłaszcza administracyjnego, karnego, a także finansowego i innych zwanych prawem dotyczącym rodziny (o czym poniżej). Te procesy – lekko separacyjne względem prawa cywilnego, a mocne w kierunku prawa dotyczącego rodziny – mają po części charakter obiektywny, w tym sensie, że zachodzą niezależnie od decyzji jakichkolwiek instytucji czy też woli lub poglądów poszczególnych autorów. Jeżeli jednak swoją wolę w omawianej sprawie miałby wyrazić ustawodawca, to taka formalna decyzja przesądziłaby spór na długi czas³³.

Zawarty w projekcie KR art. 6 stanowi, że w kwestiach nieuregulowanych w Kodeksie rodzinnym stosuje się odpowiednio przepisy k.c. i k.p.c., jeżeli nie są one sprzeczne z zasadami prawa rodzinnego. Jest to przepis, który kształtuje relację k.r. – k.c. na wzór relacji między Kodeksem pracy³⁴ a Kodeksem cywilnym (art. 300 k.p.).

Poza wskazanym przepisem, wyodrębnieniu prawa rodzinnego z cywilistyki i k.r. z k.c. przyświeca również wprowadzenie do projektu KR preambuły i dwóch pierwszych tytułów Księgi pierwszej zatytułowanej *Część ogólna*. Mają one za zadanie wzmocnienie idei separacji prawa rodzinnego poprzez strukturę dokumentu. Pod tym względem projekt KR idzie dalej niż wszystkie inne kodeksy, które nie mają uroczystych wstępów. Ten zrozumiały z punktu widzenia projektodawców socjotechniczny zabieg zrealizowano jednak w sposób nieprzekonywający, a nawet osłabiający wymowę tych wypowiedzi naukowych, które tę ideę wcześniej w pogłębiony sposób wyrażały³⁵. Jak na część ogólną kodeksu jest ona bowiem lakoniczna i na tyle ogólna, że niemal powierzchowna. Zawarte w niej przepisy są w większości powtórzeniem uregulowań istniejących, a więc nie wnoszą nowych treści do polskiego prawa, co można kwestionować już chociażby ze względu na kryteria poprawnej legislacji. Jako takie raczej skłaniają do rezerwy względem idei uczynienia prawa rodzinnego osobną gałęzią prawa, a k.r. samodzielnym kodeksem. Należy zwrócić uwagę na treść *Części ogólnej* projektu:

- art. 2 (*Państwo stoi na straży praw dziecka i chroni autonomię rodziny*.) jest powtórzeniem art. 47 i 72 Konstytucji RP i uregulowań Konwencji o Prawach Dziecka (dalej KoPD)³⁶;

³¹ P. Fiedorczyk, *Unifikacja i kodyfikacja prawa rodzinnego w Polsce (1945–1964)*, Białystok 2014, s. 649 i n.

³² M. Andrzejewski, *Relacja rodzice i inne osoby dorosłe a dzieci w świetle nowych przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego i niektórych innych ustaw (wybrane problemy)*, „Acta Iuris Stetinensis” 2014/6, s. 371–400.

³³ Przed powstaniem projektu KR wyraziła stanowisko Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości, plasując prawo rodzinne w jednej z ksiąg swego projektu Kodeksu cywilnego – zob. Z. Radwański [red.] *Zielona księga. Optymalna wizja kodeksu cywilnego Rzeczypospolitej Polskiej*, Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego działająca przy Ministrze Sprawiedliwości, Warszawa 2005, s. 29–33.

³⁴ Ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2019 r. poz. 1040 ze zm.) – dalej k.p.

³⁵ E. Holewińska-Łapińska, *Uwagi...*; E. Holewińska-Łapińska, *Samodzielność...* [w:] *Prawo...*

³⁶ Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526.

- art. 3 (*Ingerencja organów władzy publicznej w stosunki rodzinnoprawne może nastąpić tylko przy poszanowaniu zasady pomocniczości i zapewnieniu ochrony dobra dziecka.*) zawierający proklamację zasady dobra dziecka, można – ze względu na rangę zagadnienia – uznać za potrzebny pomimo to, że w 1997 r. uzyskała ona status konstytucyjny, jednak trudno zaakceptować odwoływanie się do niej w kilkunastu innych przepisach zarówno części ogólnej, jak i w dalszych uregulowaniach projektu KR;
- art. 4 (*W sprawach dotyczących dziecka sąd może działać z urzędu i ustanowić dla niego adwokata dziecka.*) jest rozwinięciem regulacji istniejącej w k.p.c.; możliwość ustanowienia adwokata dla dziecka jest uregulowaniem szczegółowym, dla którego właściwym miejscem jest księga poświęcona prawu formalnemu;
- art. 5 (*Nikt nie może czynić ze swego prawa użytku, jeżeli godzi to w dobro dziecka i rodziny.*) w znacznej mierze nawiązuje do treści art. 3 (*dobro dziecka*);
- art. 7 (począwszy od tego przepisu nadano poszczególnym artykułom tytuły – art. 7 nazwano: *Zasada podmiotowości dziecka*) jest powtórzeniem art. 72 Konstytucji RP oraz idei zrealizowanej przez uchwalenie KoPD;
- art. 8 (*Zasada dobra dziecka*) – jest już trzecim odniesieniem do tej zasady; trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie dla braku sporządzenia jednego kompleksowego przepisu na jej temat, poza domysłem, że uczyniono tak, aby *Księga pierwsza*, której istnienie ma uzasadniać odseparowanie prawa rodzinnego od prawa cywilnego nie stała się jeszcze bardziej lakoniczna;
- art. 10 (*Zasada wysłuchania dziecka*) jest powtórzeniem artykułów 12 i 13 KoPD;
- art. 12 (*Zasada ochrony rodziny*) stanowi: *Organy władzy publicznej zobowiązane są wspierać rodzinę oraz zgodnie z zasadą subsydiarności umożliwić jej prawidłowe funkcjonowanie*, co jest powtórzeniem jednej z idei wyrażonych w art. 18 Konstytucji RP; autorzy nie dostrzegli, że wspomniana w przepisie zasada subsydiarności jest tym samym, co wspomniana w art. 3 projektu zasada pomocniczości ...;
- art. 13 (*Zasada monogamii*) powtarza uregulowanie zawarte w art. 13 k.r.o., które na gruncie prawa międzynarodowego prywatnego ma rangę klauzuli porządku publicznego;
- art. 15 (*Zasada subsydiarności państwa*), który stanowi: *Sąd i inne organy władzy publicznej, uznając autonomię rodziny udzielają wsparcia dziecku, rodzicom i innym osobom ponoszącym taką odpowiedzialność jak rodzice oraz rodzinie na warunkach określonych w ustawie*) jest rozwinięciem treści wyrażonej w art. 12 i mógłby, co najwyżej, być w nim ustępem 2, a nie osobnym przepisem (kolejną zasadą prawa rodzinnego).

W przedstawionym brzmieniu większość przepisów *Księgi pierwszej* jest zbędna, gdyż nie wnoszą nowych treści zawierając powtórzenia. Jako takie nie wspierają one pomysłu wyodrębnienia prawa rodzinnego, lecz wzmacniają argumentację strony temu przeciwnej. Tak właśnie będą funkcjonowały w debacie naukowej o dalszych losach prawa rodzinnego...

2. Zawarcie małżeństwa przez osoby z niepełnosprawnością intelektualną

W przepisach o zawarciu małżeństwa zaproponowano jedną istotną zmianę, a mianowicie dopuszczalność zawierania małżeństw przez osoby zaburzone psychicznie lub upośledzone intelektualnie, o ile ich stan nie daje podstawy do ubezwłasnowolnienia całkowitego (art. 35 k.r.). Na temat dopuszczalności zawierania małżeństw przez osoby zaburzone psychicznie w tym także takie, które nie mogą prowadzić swoich spraw samodzielnie (a więc mogą zostać ubezwłasnowolnione), toczy się spór będący elementem szerszego zagadnienia zastąpienia ubezwłasnowolnienia³⁷ inną konstrukcją znaną ustawodawstwu zagranicznemu, jak np. pełnomocnictwo opiekuńcze³⁸. Zyskał on impuls w Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych formułującej ideę zrównania statusu osób z niepełnosprawnościami (w tym intelektualnymi) z innymi osobami (art. 12 ust. 1 i 2). Jej uszczegółowienie dotyczące małżeństwa zawarte w art. 23, który brzmi: *Państwa Strony podejmą efektywne i odpowiednie środki w celu likwidacji dyskryminacji osób niepełnosprawnych we wszystkich sprawach dotyczących małżeństwa, rodziny, rodzicielstwa i związków, na zasadzie równości z innymi osobami, w taki sposób, aby zapewnić: (a) uznanie prawa wszystkich osób niepełnosprawnych, które są w odpowiednim do zawarcia małżeństwa wieku, do zawarcia małżeństwa i do założenia rodziny, na podstawie swobodnie wyrażonej i pełnej zgody przyszłych małżonków*. Polska złożyła zastrzeżenia do tego przepisu³⁹.

Proponowane w projekcie Kodeksu rodzinnego rozwiązanie prowadziłyby do uchylenia obowiązującego obecnie art. 12 k.r.o., który – według opinii nurtu progresywnego we wspomnianym sporze – dyskryminuje osoby z zaburzeniami psychicznymi oraz narusza prawo każdego do prywatności⁴⁰. Ważkim kontekstem sporu, na który zwraca uwagę druga jego strona, jest natomiast zasada trwałości małżeństwa, wymagająca od nupturienta odpowiedniego pułapu rozwoju intelektualnego i zdrowia psychicznego. Trybunał Konstytucyjny (dalej TK) odrzucił wniosek RPO o uznanie art. 12 k.r.o. *za sprzeczny z zasadą określoności przepisów prawa wynikającą z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, z art. 30 oraz z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji*⁴¹. Uznano, że kwestionowana regulacja nie dyskryminuje wymienionej w niej grupy osób, a naruszenie prywatności tych osób jest w tym przypadku uzasadnione w świetle konstytucyjnych kryteriów. Uchylenie art. 12 k.r.o. stwarzałoby ponadto możliwość zawierania związków małżeńskich

³⁷ Zob. np. w: M. Zima-Paraszewska, *Artykuł 12 Konwencji ONZ o prawach osób z niepełnosprawnościami a ubezwłasnowolnienie w Polsce* [w:] *Prawa osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną w świetle międzynarodowych instrumentów ochrony praw człowieka*, red. D. Pudziański, Warszawa 2014, s. 127 i n. Kluczowy fragment nosi patetycznie brzmiący tytuł: „Konwencja – początek nowej ery”. Podobnie w: M. Szreniawska, *Znaczenie ratyfikacji Konwencji o Prawach Osób Niepełnosprawnych*, „Niepełnosprawność – zagadnienia, problemy, rozwiązania” Nr III/2012(4). Por. w: B. Kmiecik, *Szaletstwo versus małżeństwo. Uwagi na tle orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego ws. uzgodnionego zakazu zawierania małżeństwa przez osoby chore psychicznie oraz upośledzone umysłowo*, „Prawo i Medycyna” 2018/1, s. 93–111.

³⁸ L. Kociucki, *Zdolność do czynności prawnych osób dorosłych i jej ograniczenia*, Warszawa 2010.

³⁹ Oświadczenie rządowe z 25.09.2012 r. w sprawie mocy obowiązującej Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych, sporządzonej w Nowym Jorku 13.12.2006 r. (Dz.U. z 2012 r. poz. 1170).

⁴⁰ Zob. wniosek RPO do TK z 12.05.2015 r., https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wniosek_do_TK_ws._pobzawienia_osob_z_dysfunkcjami_zdrowotnymi_prawa_do_zawarcia_malzenstwa_i_zalozenia_rodziny.pdf (dostęp: 25.08.2019 r.).

⁴¹ Wyrok TK z 22.11.2016 r., K 13/15.

przez osoby, które nie byłyby w stanie sprostać obowiązkom spoczywających na małżonkach, co byłoby sprzeczne z konstytucyjnym nakazem chronienia małżeństwa, w tym jego trwałości. W uzasadnieniu do projektu KR nie odniesiono się do debaty na temat ubezwłasnowolnienia, treści Konwencji ONZ o osobach niepełnosprawnych ani do wspomnianego orzeczenia TK na temat art. 12 k.r.o.

Treść projektowanej regulacji pozwala przypisać RPD do nurtu myślenia o małżeństwie, którego cechą jest przeszacowanie idei równości i niedyskryminacji (zdaniem TK w tym przypadku dyskryminacja jednak nie występuje), kosztem odpowiedzialnego podejścia do kształtowania takich związków. Stanowisku rzeczownika, jako stymulującemu ku tworzeniu sytuacji ryzykownych, można zarzucić niespójność z eksponowanym w innym miejscu projektu KR i uzasadnieniu pojęciem *odpowiedzialności rodzicielskiej*, w którym słowa *odpowiedzialność* użyto w rozumieniu odpowiedzialnej postawy (rodzica względem dziecka). Tak rozumiana odpowiedzialność, gdyby ją stosować do małżonków (za siebie nawzajem, a następnie za potomstwo), powinna skłaniać raczej do rezerwy względem pomysłu dopuszczalności zawierania małżeństwa dla osób, które takiej postawy nie są w stanie z siebie wykrzesać⁴².

3. Sytuacja prawna dziecka

3.1. Pojęcie dziecka

Sytuacja prawna dziecka, w tym zwłaszcza jego uplasowanie w rodzinie (względem rodziców), jest szczególnie istotnym zagadnieniem podjętym w projekcie KR. Kwestii tej dotyczą fragmenty preambuły, kilka przepisów części ogólnej i wiele regulacji rozmieszczonych w niemal wszystkich fragmentach jego części prawno-materialnej. Omówienie tego zagadnienia zacząć należy od sformułowanej w projekcie definicji pojęcia *dziecko*. Prezentując projekt, rzecznik stwierdził, że dziecko jest w nim pojmowane jako *każda istota ludzka od poczęcia do pełnoletności*⁴³. Kilka dni po rozwiązaniu Komisji, rzecznik dokonał samodzielnie zmiany, określając dziecko jako: *każdą istotę ludzką w wieku poniżej osiemnastu lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ona wcześniej pełnoletność* (art. 21 pkt 3 projektu KP). Zmiana sprowadza się do odstąpienia od sformułowania zawartego w Ustawie o Rzeczniku Praw Dziecka na rzecz tego, jakie znajduje się w art. 1 Konwencji o Prawach Dziecka⁴⁴. Różnica między treścią projektu KR a ową kon-

⁴² M. Andrzejewski, *Ochrona prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny w prawie polskim (wybrane problemy)* [w:] *Ius connubii – ochrona i ograniczenia w prawie międzynarodowym, polskim i kanonicznym*, red. W. Góralski, Płock 2016.

⁴³ RPD prezentuje nowy, oczekiwany społecznie Kodeks rodzinny, <https://brpd.gov.pl/aktualnosci/rpd-prezentuje-nowy-oczekiwany-spoecznie-kodeks-rodzinny> (dostęp: 20.09.2019 r.). Por. na ten temat w tekście członka Komisji: P. Jaros, *Definicja dziecka* [w:] *Konwencja...*, s. 5162. Samodzielne dokonanie przez rzecznika zmiany tak istotnego przepisu zaskakuje zwłaszcza ze względu na jednoznaczne poglądy wielu członków Komisji na potrzebę zapewnienia dzieciom nienarodzonym maksymalnej ochrony prawnej życia. Inna sprawa, że żadna z tych osób publicznie tej zmiany nie zanegowała.

⁴⁴ Autopoprawka do projektu Kodeksu rodzinnego, <https://brpd.gov.pl/aktualnosci-wystapienia-generalne/autopoprawka-do-projektu-kodeksu-rodzinnego> (dostęp: 20.09.2019 r.). Ostateczne brzmienie definicji dziecka przystaje do politycznej postawy M. Michałaka, jako RPO, która stała w sprzeczności z uregulowaniem prawnym pełnionej przez niego funkcji. Okazał on pasywność w obliczu nawoływania do wprowadzenia w Polsce prawa dopuszczającego dokonywanie tzw. aborcji na życzenie, a art. 2 Ustawy o RPD nakazuje rzecznikowi obronę praw dzieci od momentu poczęcia.

wencją jest jednak taka, że jej preambuła nakazuje chronić dzieci *zarówno przed, jak i po urodzeniu*, czego w preambule do KR nie ma.

Według informacji pozyskanych od RPD, wyłączenie z zakresu pojęcia *dziecko* dzieci poczętych, a nienarodzonych, nie miało podstaw merytorycznych, gdyż było ustępstwem wobec ataku środowisk liberalnych na wersję pierwotną projektu KR⁴⁵.

Status prawny dziecka poczętego, a nienarodzonego, został w projekcie podjęty w przepisach dotyczących ochrony tych dzieci przed negatywnymi skutkami spożywania alkoholu przez ich matki w okresie ciąży ze względu na zagrożenie syndromem FAS⁴⁶. Odpowiedni przepis (art. 132) projektu KR brzmi: *Mając na względzie prawo dziecka do życia i ochrony zdrowia, w razie spożywania przez kobietę w ciąży alkoholu, lub używania innych substancji psychoaktywnych, sąd może zobowiązać ją do leczenia*. Projekt nie wyklucza leczenia szpitalnego, aczkolwiek go nie wymienia wśród form oddziaływania. Zagadnienie jest przedmiotem debaty⁴⁷. Postulat przymusowego leczenia nazywają radykalnym w zasadzie wyłącznie ci, którzy nie znają specyfiki syndromu FAS. Cena, jaką płacą dotknięte nim dzieci i blaha przyczyna ich upośledzenia (innymi słowy, łatwość jego uniknięcia) skłaniają ich adwersarzy do formułowania jednoznacznych rozwiązań legislacyjnych chroniących dziecko.

3.2. „Dziecko najpierw!”

O sytuacji prawnej *nasciturusa*, chociażby przez wzgląd na jego relację z matką, a przecież również ze względu na relację z ojcem (mężem matki lub mężczyzną, który uznał swoje ojcostwo⁴⁸), można mówić jako o sytuacji prawnej dziecka w rodzinie. Wątek ten zwykle się jednak odnosić do relacji rodziców z dzieckiem narodzonym.

Przepisy części ogólnej projektu KR, a także wiele innych jego uregulowań skłaniają do stwierdzenia, że projekt nazbyt eksponuje dziecko w stosunku do rodziny, której jest ono członkiem. Pozytywnym wyjątkiem jest nazwanie tytułu III Księgi II *Dziecko w rodzinie*. Charakterystyczne dla projektu KR jest jednak sformułowanie zawarte w preambule: *Rzeczypospolita Polska chroni dobro dziecka i dobro rodziny*. Taką kolejność – najpierw dziecko, a następnie rodzina – powtórzono w dalszych fragmentach preambuły. W wielu przepisach projektu pojawia się też odesłanie do zasady dobra dziecka – w samej tylko krótkiej *Księdze pierwszej* w art. 2, 7–11, 15, 16, 21 pkt 1, 2, 15, 16, 27. W kolejnych księgach liczne powoływania się na nią (począwszy od art. 22, a w sposób szczególnie nieumiarkowany przepisach o *odpowiedzialności rodzicielskiej*) wywołują zdziwienie, gdyż z punktu widzenia zasad techniki legislacyjnej są one zbędne, skoro dobra dziecka jest zasadą prawa

⁴⁵ Np. w: K. Grzelak, *Zenująca definicja „dziecka”*. *Nowy kodeks rodzinny to policzek wymierzony kobietom*, <https://mamadu.pl/137775,RPD-prezentuje-projekt-kodeksu-rodzinnego-kontrowersyjna-definicja-dziecka> (dostęp: 13.07.2018 r.).

⁴⁶ Jeśli chodzi o ochronę nienarodzonych, to M. Michalak, jako RPD, nie był konsekwentny, gdyż wspierał je, podejmując się ich ochrony w obliczu zagrożenia syndromem FAS, wywoływanym przez spożywanie alkoholu przez kobiety w ciąży.

⁴⁷ Szerokie i wszechstronne omówienia zagadnienia w: B. Bernfeld, J. Mazurkiewicz, M. Zaporowska, Z. Zaporowska, *Czy prawo musi pozostać bezradne? Prawne aspekty przeciwdziałania poalkoholowym uszkodzeniom płodu*, Warszawa 2019.

⁴⁸ J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010, zwłaszcza rozdział II: „Rodzice a dziecko poczęte”, s. 111–182.

rodzinnego i musi być respektowana przy stosowaniu ogółu uregulowań k.r. (bez każdorazowego wpisywania jej do kilkudziesięciu kolejnych przepisów)⁴⁹.

Aby plastyczniej wyrazić tę krytyczną myśl, należy odwołać się do treści KoPD. W tej konwencji – mającej słowo *dziecko* w nazwie, a więc już z tej przyczyny skoncentrowanej na dziecku – jest ono opisane jako członek rodziny, dziecko swoich rodziców, ktoś, kto w rodzinie przychodzi na świat, ją współtworzy, do niej należy, uzyskuje w niej wsparcie (zwłaszcza od rodziców), a nie jako ktoś postawiony ponad, obok czy też przed rodziną⁵⁰. W preambule KoPD napisano, że rodzina jest środowiskiem optymalnym dla rozwoju dziecka, a państwo, jeśli chce chronić dziecko (deklaruje taką wolę), powinno to czynić poprzez wzmacnianie pozycji /roli rodziców. Myśl tę wyrażono następnie wprost w kilku przepisach (art. 5, 18, a także 23, 27, 29 i in.). Właśnie w kontekście, jaki tworzy konwencja, można dostrzec, że Projekt KR eksponuje pozycję dziecka ponad uzasadnioną potrzebę, zwłaszcza z tego powodu, że – zgodnie z nazwą – ma to być kodeks rodzinny, a nie kodeks dziecka. W związku z tym, że jest to niewątpliwie efekt zamierzony, pozostaje jedynie wyznaczyć płaszczyznę ideowego sporu. Z punktu widzenia kryterium ochrony rodziny, a także mając na względzie najlepszy interes dziecka i możliwie pełną ochronę jego praw, należałoby raczej eksponować w projekcie KR dbałość o relacje rodzinne, akcentując wspólnotowość rodziny, solidarność tej grupy społecznej, szacunek dla więzów łączących jej członków i potrzebę ich wzmacniania. Projekt, stawiając dziecko ponad rodziną (jako ważniejsze od niej, bardziej zasługujące na ochronę), podnosi do rangi prawa myśl o poważnych wadach pedagogicznych.

3.3. Piecza naprzemienna

Z punktu widzenia ochrony interesów dziecka uregulowaniem równie nowoczesnym, co ryzykownym, jest dopuszczalność orzekania o sprawowaniu władzy rodzicielskiej po rozwodzie lub w ramach separacji w formie pieczy naprzemiennnej⁵¹. Pod względem formalnym było to dopuszczalne od początku obowiązywania KRO⁵² – projekt KR wypowiada to, co dotychczas można było wyinterpretować. Przez dziesięciolecia nie wnoszono jednak o ustanowienie pieczy naprzemiennnej ze względu na kulturowo przypisane role kobiety-matki i mężczyzny-ojca. W obliczu cywilizacyjnych przemian, w tym zwłaszcza dotyczących sposobu pełnienia ról rodzicielskich, dochodzi ostatnimi laty do orzekania owej pieczy coraz częściej. Dzieje się tak pomimo poważnych wątpliwości odnośnie do zgodności takich rozstrzygnięć z zasadą dobra dziecka. O pieczy naprzemiennnej mowa jest w projekcie KR już w słowniczku, gdzie określono ją mianem *piecza zrównoważona*,

⁴⁹ S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz do zasad techniki prawodawczej z dnia 20 czerwca 2002 r.*, Warszawa 2004, s. 31–35.

⁵⁰ Struktura komentarza do KoPD opracowanego przez zespół pod kierunkiem prof. T. Smoczyńskiego, który był współtwórcą pierwotnego (oddanego do ostatecznego zredagowania w ONZ) tekstu konwencji, zawiera wyodrębnioną część drugą pod tytułem *Prawo dziecka do rodziny*, eksponującą rodzinność tego aktu prawnego. Dopiero po niej następuje (w części trzeciej) komentarz do poszczególnych innych praw dziecka – zob. T. Smoczyński [red.] *Konwencja o Prawach Dziecka. Analiza i wykładnia*, Poznań 1999, s. 135–230.

⁵¹ Zob. w: J. Zajączkowska, *Pieczna...* [w:] *Rodzina...*, s. 175–197.

⁵² M. Andrzejewski, *Pieczna naprzemienna – między formalną dopuszczalnością a merytoryczną zasadnością jej orzekania* [w:] *Rodzina...*, s. 85–118.

czyli: *piecza rodziców sprawowana nad dzieckiem, określona w orzeczeniu sądu, sprawowana naprzemiennie przez każdego z rodziców w powtarzających się, ale niekoniecznie w takich samych okresach, zgodna z dobrem dziecka, uwzględniająca jego zdanie oraz prawo dziecka do wychowania przez oboje rodziców*⁵³. Już samo pojawienie się tego opisu w projekcie KR nada impuls do częstszego występowania o ukształtowanie sprawowania władzy rodzicielskiej w ten właśnie sposób, a uchwalenie k.r. uczyniłoby ten bodziec jeszcze silniejszym. Zagadnienie ma bogatą literaturę, w której głosy sceptycyzmu są w mniejszości. Przewagę zyskują wypowiedzi aprobujące orzekanie pieczy naprzemienniej⁵⁴, a nawet względem tej możliwości niemal entuzjastyczne⁵⁵. Podstawowym problemem zarówno stron procesowych, jak i sędziów, a jednocześnie ich najistotniejszym błędem jest nieuprawnione utożsamianie specyficznie pojmowanej równości rozwodzących się małżonków w ich „dostępie” do dziecka, z jego dobrem. Ekspozowanie marginalnego merytorycznie wątku równości jest bowiem wspieraniem postawy egoizmu (moralnej nieodpowiedzialności) rodziców kosztem oczekiwanej od nich postawy odpowiedzialności za dziecko i jego dobro.

4. Odpowiedzialność rodzicielska

4.1. Wstęp

Najistotniejsze znaczenie dla rekonstrukcji pozycji prawnej dziecka w projekcie KR, w tym zwłaszcza jego relacji względem rodziców, jest fragment pt.: *Odpowiedzialność rodzicielska*⁵⁶ (art. od 117 do 132). Miał on najsilniej ukazywać nowe spojrzenie na relację dziecko–rodzice, istotnie odmienne w stosunku do przepisów k.r.o. Według oficjalnej enuncjacji RPD: *Celem odpowiedzialności rodzicielskiej są troska o dziecko i zaspokajanie jego potrzeb, przygotowanie do życia w rodzinie i społeczeństwie oraz wypełnianie obowiązku alimentacyjnego. Jest realizowana, w szczególności, przez wykonywanie obowiązków i praw w zakresie pieczy nad osobą i majątkiem dziecka, reprezentacji, utrzymywania relacji osobistych, ustalania pochodzenia dziecka, jego imienia i nazwiska, miejsca pobytu. Odpowiedzialność rodzicielska odnosi się odpowiednio do osób, które na mocy orzeczenia sądu ponoszą wobec dziecka taką odpowiedzialność jak rodzice. Projekt Kodeksu rodzinnego reguluje również odpowiedzialność rodziców dziecka pozostających w konkubinacie*⁵⁷.

⁵³ Obok niego projekt przewiduje pieczę konsensualną. Jest to orzekana w sprawach o rozwód i separację *piecza rodziców sprawowana nad dzieckiem, oparta na porozumieniu między nimi, zgodna z dobrem dziecka, uwzględniająca jego zdanie oraz prawo dziecka do wychowania przez oboje rodziców*.

⁵⁴ Np. w: M. Kujawa, K. Jezierski, *Wspólne rodzicielstwo po rozwodzie – psychologiczne aspekty opieki naprzemienniej* [w:] *Standardy opinionowania psychologicznego w sprawach rodzinnych i opiekuńczych*, red. A. Czerederecka, Kraków 2016, s. 263–276.

⁵⁵ Np. w: R.E. Emery, *Dwa domy, jedno dzieciństwo. Jak wychowywać dziecko po rozwodzie*, Poznań 2018. Zob. też obszerną literaturę anglojęzyczną w opracowaniach tworzących tom: A. Czerederecka [red.] *Rodzina...*

⁵⁶ Teoretyczne podstawy koncepcji zawiera książka członka zespołu powołanego przez RPD: P. Jaros, *Prawo dziecka do rodziców (odpowiedzialności rodzicielskiej) w kontekście polskich zobowiązań międzynarodowych*, Warszawa 2015, zwłaszcza s. 116–231.

⁵⁷ RPD o nowym kodeksie rodzinnym, którego oczekuje społeczeństwo, „Rzeczpospolita” z 13.07.2018 r., <https://www.rp.pl/Rodzina/307139964-RPD-o-nowym-kodeksie-rodzinnym-ktorego-oczekuje-spolesczenstwo.html> (dostęp: 22.09.2019 r.). Należy nadmienić, że – wbrew tytułowi wypowiedzi rzecznika – nie ma żadnych badań na temat oczekiwań społecznych w tym zakresie...

Zdaniem projektodawców pojęcie *odpowiedzialność rodzicielska* lepiej oddaje istotę relacji rodzice–dzieci od dotychczasowego pojęcia *władza rodzicielska* i odzwierciedla pożądaną kierunek kształtowania postawy rodziców, który powinien prowadzić ku odpowiedzialnemu realizowaniu rodzicielskich powinności względem dziecka.

Na tym tle wylaniają się dwie kwestie:

- 1) terminologiczna – sprowadzająca się do oceny pomysłu zastąpienia w polskim prawie określenie *władza rodzicielska* pojęciem *odpowiedzialność rodzicielska* oraz
- 2) merytoryczna – skłaniająca do oceny zasadności zmiany obowiązujących przepisów k.r.o. o władzy rodzicielskiej. Ocenę zasadności owej zmiany można sformułować na podstawie rekonstrukcji z przepisów k.r.o. zawartego w nich modelu zachowań rodziców względem dziecka, w szczególności zaś tego, czy stymulują one rodziców do odpowiedzialnego (w sensie etycznym) traktowania dzieci czy też nie.

4.2. Władza, odpowiedzialność czy piecza?

Postulat o zastąpieniu pojęcia *władza rodzicielska* określeniem *odpowiedzialność rodzicielska* oparty jest na pojmowaniu odpowiedzialności na gruncie filozofii personalistycznej⁵⁸ i pedagogiki⁵⁹. Jak napisano w uzasadnieniu: *Odpowiedzialność ma wymiar podmiotowy 'za kogoś', 'za coś', 'przed kimś za coś' i 'przed samym sobą za coś'*. Kiedy katolicki kapłan, filozof i teolog pisał książkę pt. *Miłość i odpowiedzialność*, chodziło mu o odpowiedzialność pojmowaną jako postawa życiowa kogoś, kto darząc miłością nie zawiedzie, będzie wsparciem, nie ulegnie pokusie egoizmu, nie będzie – trawstując *Hymn o miłości* z Listu Św. Pawła do Koryntian⁶⁰ – szukał swego, będzie natomiast cierpliwy, łaskawy itd. Słowo *odpowiedzialność* ma w tym przekazie walor afirmatywny, a człowiek odpowiedzialny to ktoś, kto może być dla innych wzorem. Takie ujęcie abstrahuje od tradycji posługiwania się pojęciem „odpowiedzialność” na gruncie języka prawnego i prawniczego, gdzie osobą odpowiedzialną to ten, kto ponosi odpowiedzialność za taki, czy inny czyn (wyrządzenie szkody, popełnienie przestępstwa, niewykonanie zobowiązania, wykroczenie). Z tego powodu dotkną go zasłużone, negatywne konsekwencje (sankcje). Nie musi to oznaczać, że jest to człowiek nieodpowiedzialny, czyli ktoś, kto tak postępuje notorycznie. Jednak na gruncie języka prawniczego (także cywilistycznego, a w tym używanego w prawie rodzinnym) ma ono konotacje mniej lub bardziej negatywne jako naganne zachowanie albo jako sankcja zmierzająca do oddaniu sprawiedliwości społeczeństwu, osobie pokrzywdzonej, ofierze przestępstwa, osobie, która doznała szkody. W tym kontekście wprowadzenie pojęcia *odpowiedzialność rodzicielska* – wbrew intencjom projektodawców – stawiłoby rodziców w negatywnym świetle, jako tych, którzy ponoszą z tytułu rodzicielstwa odpowiedzialność.

⁵⁸ K. Wojtyła, *Miłość i odpowiedzialność*, Lublin 2001.

⁵⁹ Np. w: S.L. Stadniczeńko, P. Zamelski, *Pedagogika prawa. Vade mecum! Pójdź ze mną*, Warszawa 2016, s. 96–110; M. Budajczak, *Prawa dziecka a wolność i odpowiedzialność* [w:] *Prawa dziecka. Konteksty prawne i pedagogiczne*, red. M. Andrzejewski, Poznań 2012, s. 107–116.

⁶⁰ Pierwszy list Św. Pawła Apostoła do Koryntian (rozdział 13).

Pojęcie *władza rodzicielska* była przedmiotem analiz naukowych⁶¹. Za pozostawieniem go w k.r.o. przesądziło powszechne zrozumienie w społeczeństwie, które nie dostrzeżę w zawartym w nim słowie *władza* przyzwolenia na agresję w stosunku do dziecka⁶². Powoływany jest też pogląd, że o charakterze stosunku prawnego, w tym przypadku łączącego rodziców z dziećmi, decyduje jego treść, a nie nazwa⁶³. Należy jednak przyznać, że słowo *władza* nie ma gorących zwolenników wśród opowiadających się za utrzymaniem dotychczasowej terminologii. Bardziej kierują się oni rezerwą względem słowa *odpowiedzialność*, niż aplauzem dla słowa *władza*. W tym kontekście pojawia się pole do poszukiwania kompromisu w postaci sugestii wprowadzenia do k.r.o. terminu *piecza rodzicielska*⁶⁴, który lepiej niż *władza* oddaje istotę relacji rodzice–dzieci, a nie budzi oporów podobnych do tych, jakie wiążą się z postulowanym w Kodeksie rodzinnym pojęciem *odpowiedzialność*. Jest to propozycja godna poparcia.

4.3. O odpowiedzialności rodziców za los ich dzieci w świetle przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego

Przeprowadzenie zmian w kierunku zaproponowanym w projekcie KR byłoby uzasadnione, gdyby przepisy k.r.o. o władzy rodzicielskiej nie stymulowały rodziców do sprawowania jej w sposób odpowiedzialny za rozwój ich dziecka, w szczególności zaś, gdyby sprzyjały zachowaniom nieodpowiedzialnym. Tak jednak nie jest⁶⁵. Przepisy k.r.o. o władzy rodzicielskiej są rozwinięciem konstytucyjnej zasady prymatu rodziców w wychowywaniu dzieci (art. 48 ust. 1 Konstytucji RP), rozumianego głównie jako pierwszeństwo względem oddziaływania państwa, co jest ujęciem spójnym z konstytucyjną zasadą pomocniczej roli państwa względem rodziny⁶⁶. Sprawowanie władzy rodzicielskiej, które zakłada wzajemny szacunek i wspieranie się rodziców i dzieci (art. 87 k.r.o.) oparte jest na dialogu między nimi, którego minimalny pułap określono normatywnie stanowiąc, że dziecko w sprawach, w których *może samodzielnie podejmować decyzje i składać oświadczenia woli, powinno wysłuchać opinii i zaleceń rodziców formułowanych dla jego dobra* (art. 95 § 2 k.r.o.), a rodzice, zanim powezmą decyzję *w ważniejszych sprawach dotyczących osoby lub majątku dziecka* mają obowiązek wysłuchać dziecko oraz uwzględnić w miarę możliwości jego rozsądne życzenia, *jeżeli rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości dziecka na to pozwala* (...) (art. 95 § 4 k.r.o.). Dialog w sprawach istotnych dotyczy w praktyce dzieci kilkunastoletnich, jednak nie miały on szans zaistnieć, gdyby rodzice nie

⁶¹ Np. T. Sokolowski, *Władza rodzicielska nad dorastającym dzieckiem*, Poznań 1987, s. 54–57; T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, wyd. 9, Warszawa 2018, s. 253–256. Zob. też w: P. Jaros, *Prawo...*, s. 102–116; W. Stojanowska, *Rekomendacji Nr 84(4)...*, s. 217–233.

⁶² Np. w: M. Nazar, *Prawo rodzinne w dorobku naukowym i orzecznictwym Profesora Jerzego Ignatowicza*, Lublin 2013, s. 112–113.

⁶³ J. Strzebinczyk, *Władza rodzicielska* [w:] red. T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, t. 12, wyd. 2, *System Prawa Prywatnego*, red. Z. Radwański, Warszawa 2011, s. 241–143.

⁶⁴ J. Strzebinczyk, *Władza...* [w:] *Prawo...*, t. 12, s. 241–143.

⁶⁵ M. Andrzejewski, *Wychowywanie dzieci w świetle przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (zarys problematyki)* [w:] *Pedagogika rodziny. Podejście systemowe*, t. 3, *Wychowanie do rodziny*, red. M. Marczewski, Gdańsk 2018, s. 225–242.

⁶⁶ Na temat zasady pomocniczości (subsidiarności) zob. m.in. w: A. Dylus, *Zasada pomocniczości a integracja Europy*, „Państwo i Prawo” 1995/5, s. 52–61; C. Millon-Delsol, *Zasada pomocniczości*, Kraków 1995; Z. Zgud, *Zasada subsydiarności w prawie europejskim*, Kraków 1999; K. Stopka, *Zasada pomocniczości w prawie pomocy społecznej*, Warszawa 2009; E. Popławska, *Zasada pomocniczości jako zasada konstytucyjna Rzeczypospolitej Polskiej oraz Unii Europejskiej* [w:] *Europeizacja prawa krajowego*, red. C. Mik, Toruń 2000, s. 49–84.

okazywali dziecku troski i szacunku od lat najmłodszych (art. 87 k.r.o.). Minimalnym wymogiem, aby móc mówić o okazywaniu szacunku i dialogu jest wykluczenie agresji. Dlatego rodzice – podobnie jak osoby pełniące funkcję opiekuna, rodziny zastępczej, wychowawcy – nie mogą w stosunku do małoletnich dzieci stosować kar cielesnych (art. 96¹ k.r.o.)⁶⁷. Kodeks nie poprzestaje na zakazie agresji, lecz wskazuje w sposób pozytywny kierunki oddziaływania wychowawczego rodziców i kryteria oceny tych poczynań. Decyzja rodzica dotycząca dziecka jest sprawowaniem władzy rodzicielskiej jedynie wówczas, gdy służy jego dobru (art. 95 § 3 k.r.o.) i jest wyrazem poszanowania jego praw i godności (art. 95 § 1 k.r.o.). Rodzice mają bowiem obowiązek *troszczyć się o fizyczny i duchowy rozwój dziecka i przygotować je należycie do pracy dla dobra społeczeństwa odpowiednio do jego uzdolnień* (art. 96 k.r.o.).

Przytoczone regulacje stanowią kontekst dla właściwego zrozumienia normy nakazującej dziecku posłuszeństwo względem rodziców. Powinno ono być, i w typowych przypadkach jest, naturalną postawą dzieci. Zestawienie słów *władza* (rodzicielska) i *posłuszeństwo* (dziecka) może jednak nasuwać wątpliwość, czy nie stanowi to przyzwolenia na dowolne korzystanie w owej „władczości”. Kodeks tę wątpliwość rozwiewa, traktując nadużywanie władzy rodzicielskiej jako przesłankę obligatoryjnego jej pozbawienia (art. 111 § 1 k.r.o.). Nadużywanie prawa nie jest wszak jego wykonywaniem. Jeżeli według k.r.o. dziecko winno rodzicom posłuszeństwo, to jedynie w stosunku do poleceń będących realizacją przez rodziców ich władzy rodzicielskiej, czyli służących jego dobru, będących wyrazem szacunku dla niego itp.⁶⁸

W podsumowaniu należy stwierdzić, że rekonstrukcja pozycji prawnej rodziców na podstawie treści ogółu przepisów k.r.o. o władzy rodzicielskiej prowadzi do wniosku, że nie chodzi w nich o sprawowanie władzy, rozumianej jako moc rządzenia, lecz o zachowania nacechowane troską o dziecko, wynikające z postawy służebnej względem niego.

Uchwalony przed ponad półwieczem Kodeks rodzinny i opiekuńczy nie był znacząco zmieniany, jeśli chodzi przepisy o władzy rodzicielskiej. Wyrażono je bowiem – co może zaskakiwać, jeśli zważyć okres polityczny, kiedy go uchwalono – w sposób niezideologizowany⁶⁹. Ogólne sformułowania przepisów pozostawiono do konkretyzacji sądom w ramach rozpatrywanych spraw. Przystają one do standardów, jakie wyznacza filozoficzny personalizm, wymagając od rodziców postawy odpowiedzialności za kształtowanie losu swoich dzieci. Przepisy projektu KR nie zawierają rozwiązań, jakie pod tym względem plasowałyby poziom rodzicielskiej odpowiedzialności na wyższy poziom niż ustalony w k.r.

4.4. Przepisy projektu Kodeksu rodzinnego o odpowiedzialności rodzicielskiej – uwagi szczegółowe

Poniżej wskazano na kilka przykładów spośród wielu szczegółowych rozwiązań dotyczących uregulowania odpowiedzialności rodzicielskiej, zawartych w k.r., które budzą wątpliwości.

⁶⁷ Ewentualne agresywne zachowania dziecka względem rodziców lub rodzeństwa mogą spotkać się z reakcją sądu rodzinnego na podstawie Ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich.

⁶⁸ M. Andrzejewski, *Wychowywanie...* [w:] *Pedagogika...*, t. 3, s. 232–234.

⁶⁹ P. Fiedorczyk, *Unifikacja...*, s. 741; T. Smyczyński, *Kierunki reformy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1999/2, s. 299.

- a) Przedmiotowym zakresem odpowiedzialności rodzicielskiej objęto: pieczę nad osobą, pieczę nad majątkiem i reprezentację dziecka, a także – i to jest zaskakujące – ustalania pochodzenia dziecka i wypełnianie obowiązku alimentacyjnego. Odpowiedzialność rodzicielska powinna być raczej pochodną ustalenia owego pochodzenia, a nie powinno ono wchodzić w zakres odpowiedzialności. Z kolei obowiązek alimentacyjny, który wszak dotyczy obecnie rodziców niesprawujących władzy rodzicielskiej, powinien dotyczyć również rodziców, których nie obejmowałaby odpowiedzialność rodzicielska.
- b) W dziale pt. *Wykonywanie obowiązków i praw rodzicielskich* (art. 117 projektu KR i n.) skoncentrowano uwagę wyłącznie na pieczy nad osobą dziecka, gdy tymczasem oczywistym wykonywaniem obowiązków i praw wynikających z odpowiedzialności rodzicielskiej jest – pominięty tam – zarząd majątkiem dziecka.
- c) *Odpowiedzialność rodzicielska* odnosi się nie tylko do rodziców, lecz także innych podmiotów, które jednak nie zostały w projekcie KR jednoznacznie określone.
- d) W art. 130 § 1 projektu KR przyznano dziecku kompetencję do występowania o pozbawienie, zawieszenie i ograniczenie odpowiedzialności rodzicielskiej jego rodzicom. Jest to zły pomysł. Dziecko nie powinno mieć uprawnienia do samodzielnego występowania w sprawach sądowych, sprowadzających się do oceny postępowania rodziców, w tym nakładania na nich sankcji. Nieroztropne skorzystanie z takiego uprawnienia (emocje mogą do tego skłonić, a także manipulatorskie poczynania ludzi złej woli) może przynieść dziecku i rodzinie niepowetowane straty. Na gruncie obowiązujących przepisów, dziecko może zwrócić się wszak do organizacji pozarządowej, prokuratora, do psychologa szkolnego, RPD oraz innych osób i instytucji, którym przysługują prawne narzędzia ochrony dziecka przed przemocą, a także reprezentowania w postępowaniach, które dziecka dotyczą. Ponadto, w trakcie postępowania sądowego może być ono wysłuchane lub poddane badaniu przez biegłego psychologa⁷⁰.

4.5. Inne kwestie materialnoprawne

Odnosnie do pozostałych zagadnień z zakresu problematyki prawna materialnego, projekt zawiera przepisy dotyczące w zasadzie tych samych kwestii, jakie uregulowane są obecnie w k.r.o. Tym, co w istotny sposób odróżnia projekt KR od Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego są – omówione wyżej – preambuła i część ogólna.

Zaskakuje jednak przyjęta w projekcie kolejność uregulowań. Dotyczy to zwłaszcza umiejscowienia przepisów o adopcji i o przysposobieniu przed uregulowaniami o odpowiedzialności rodzicielskiej. Piecza zastępcza jest formą zastępującą sprawowanie pieczy przez rodziców (stąd nazwa), dlatego usytuowanie jej w k.r.o. jest trafne, gdyż wskazuje na funkcjonalne powiązanie z władzą rodzicielską, której

⁷⁰ Zob. na temat sytuacji prawnej małoletniego w postępowaniu nieprocesowym wyważone stanowisko zaprezentowane w: A. Kallaus, *Udział osoby małoletniej w postępowaniu opiekuńczym*, Poznań 2015, s. 82–140; J. Bodio, *Status dziecka jako uczestnika postępowania nieprocesowego*, Warszawa 2019, s. 424–426.

rodzice w danym okresie nie są w stanie osobiście sprawować, jednak – jeżeli przyczyna umieszczenia dziecka poza rodziną odpadnie – dziecko do rodziców ma powrócić (zasada reintegracji rodziny)⁷¹. Uplasowanie pieczy zastępczej w projekcie KR (przed przepisami o odpowiedzialności rodzicielskiej) sugeruje (błędnie) jej autonomiczny, niezależny od relacji rodzice–dziecko byt.

Odnosnie do adopcji, umieszczenie dotyczących tej instytucji regulacji przed przepisami o odpowiedzialności rodzicielskiej dziwi z tej przyczyny, że najpierw zwykło się regulować sytuacje typowe, a w dalszej kolejności szczególne.

Podobne wątpliwości wzbudza umiejscowienie przepisów o prawach i obowiązkach małżonków (art. 157–167 projektu KR) po uregulowaniach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, przysposobienia i pieczy zastępczej, filiacji, kontaktów z dzieckiem i innych. Trudno znaleźć uzasadnienie dla takiej kolejności, zwłaszcza jeżeli ją porównać z kolejnością zagadnień podejmowanych w k.r.o., w którym prawa i obowiązki małżonków uregulowano bezpośrednio po przepisach dotyczących zawarcia małżeństwa.

W przepisach dotyczących filiacji zwraca uwagę przepis określający za niedopuszczalne zawieranie umów o zastępcze macierzyństwo (art. 42), co należy przyjąć z aprobatą. Jest to uregulowanie odpowiadające przeważającemu konserwatywnemu stanowisku doktryny⁷², które z przyczyn etycznych sprzeciwia się dominującej w wielu krach praktyce swobody zawierania takich umów.

Na przychylność zasługuje dostrzeżenie w przepisach o adopcji interesu dziecka osób, które zamierzają przysposobić dziecko. Ten ewentualny jego brat lub siostra musiałby zostać przez sąd wysłuchany w celu zapoznania się z jego postrzeganiem idei przysposobienia, jaką żywią jego rodzice (art. 90 projektu KR).

W przepisach dotyczących alimentacji, powtórzono w art. 227 projektu KR treść art. 128 k.r.o. pomimo to, że jego budowa błędnie sugeruje, iż jest to definicja legalna tego obowiązku, a w rzeczywistości owa treść odnosi się jedynie do przedmiotu świadczenia. Zbędny jest art. 129 projektu KR stanowiący o tym, że ingerencja sądu w sferę odpowiedzialności rodzicielskiej nie zwalnia rodzica z alimentowania dziecka. Jest to norma oczywista, której nigdy nie kwestionowano. Podobnie jest z art. 229 (również zbędnym), albowiem wyraża on normę (niedziedziczność alimentacji), dla której wystarczające podstawy istnieją w prawie spadkowym.

W art. 246, którego idea odpowiada treści art. 144¹ k.r.o., trafnie wskazano na możliwość uchylecia się od opłat za pobyt w domu pomocy społecznej, nakładanych na osoby bliskie pensjonariuszowi pomimo istnienia orzeczenia sądu o oddalenia względem nich roszczenia o alimenty, z którym wystąpił ów mieszkaniec placówki. Dotychczasowa praktyka stosowania art. 64a Ustawy o pomocy społecznej sprowadza się do wydawania not, nakazujących ponoszenie odpłatności w takiej sytuacji⁷³.

⁷¹ M. Andrzejewski, *Pieczka zastępcza* [w:] *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, t. 12, System Prawa Prywatnego, red. T. Smoczyński, wyd. 2, Warszawa 2012, s. 427–444.

⁷² J. Gajda, R. Łukasiewicz, Umowy o zastępcze macierzyństwo a przysposobienie: zarys problematyki [w:] *Fundamentalne...*, s. 457–471 i podana tam literatura.

⁷³ M. Gołowkin-Hudała, „Z rodziną najlepiej...” (*Krytycznie o art. 64a ustawy o pomocy społecznej*) – *wypowiedź na Międzynarodowej Konferencji Naukowej: „Prawna ochrona dziecka – deklaracje a rzeczywistość. Dobro dziecka pojmemy jak krzywda”*, Wrocław, 25.11.2016 r. Zob. też: Odpowiedź sekretarza stanu w Ministerstwie Pracy i Polityki Społecznej – z upoważnienia ministra – na interpelację nr 23513 w sprawie art. 64 ustawy o pomocy społecznej, <http://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/345288BB>.

Aprobata dla tej regulacji projektu nie może być jednak pełna, albowiem podjęte w niej zagadnienie powinno zostać unormowane w drodze dostosowania Ustawy o pomocy społecznej do prawa rodzinnego, a nie prawa rodzinnego do tejże ustawy.

4.6. Czego w projekcie KR zabrakło?

Projekt KR skłania do refleksji nie tylko o tym, co zawiera, ale również na temat wielu kwestii w nim pominiętych, mniejsza o to, czy intencjonalnie czy też przez niedopatrzenie. Chodzi o zagadnienia dotychczas nieuregulowane pomimo wyrażanych w tym względzie postulatów, jak i o unormowania istniejące (zwłaszcza w k.r.o.), które według poglądów doktryny wymagają zmian.

Wbrew deklaracji o nowoczesności projektu KR brakuje w nim odniesienia do kwestii zmiany płci.

Nie ma w projekcie KR nawiązania do debaty wokół art. 75¹ k.r.o. dotyczącego uznania ojcostwa w przypadku zastosowania procedury medycznie wspomaganą prokreacji⁷⁴.

Pominięto wnioski z szerokiej dyskusji na temat wielu problemów małżeńskiego prawa majątkowego takich jak np. przynależność udziałów w spółkach osobowych, przynależność praw wynikających z uczestnictwa w spółkach kapitałowych, przynależność przedmiotu nabytego przez jednego z małżonków za środki mieszane, czy treści art. 37 k.r.o.⁷⁵ Nie rozwinęto lakonicznych przepisów dotyczących ustroju rozdzielności majątkowej z wyrównaniem dorobków⁷⁶.

Nie skorzystano z okazji, aby systemowo uregulować instytucję przysposobienia, a co najmniej uporządkować przepisy, chociażby w ten sposób, żeby wyodrębnić przepisy wspólne dla wszystkich rodzajów adopcji, a następnie umieścić rozwiązania dotyczące poszczególnych form adopcji krajowej, a na końcu – adopcji zagranicznej.

W art. 86 utrzymano niedawno zmodyfikowaną instytucję tzw. przysposobienia ze wskazaniem pomimo to, że jej konstrukcja wywołała wiele wątpliwości w doktrynie⁷⁷.

W art. 371 projektu KR nie rozstrzygnięto występującego w praktyce problemu, czy dziecko, które nie ukończyło 13. roku życia jest uczestnikiem postępowania w sprawie o przysposobienie.

Nie wprowadzono instytucji uppełnoletnienia małoletniej kobiety w ciąży, jeśli swoją postawą na to zasługuje, co umożliwiłoby jej sprawowanie władzy rodzicielskiej nad dzieckiem, bez konieczności zawierania związku małżeńskiego. Rozwiązanie takie współgrałoby z intencją wspierania postaw odpowiedzialnych (za siebie i innych) członków rodziny, a więc postaw bliskich nakazom etycznym wpływającym z filozofii personalistycznej, do której nawiązano w uzasadnieniu projektu.

Debata na temat zapewnienia rodzinie należytej ochrony prawnej nie może ograniczać się wyłącznie do materii uregulowanej w k.r.o. czy też tej zawartej

⁷⁴ J. Haberko, *Ustawa o leczeniu niepłodności. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 408–418; A. Wojcieszak, *Zabieg medycznie wspomaganą prokreacji a ustalenie ojcostwa*, „Medyczna Wokanda” 2016/8, s. 205–215.

⁷⁵ Kwestii tej dotyczy kilka artykułów zawartych w: Z. Kuniewicz, K. Malinowska-Woźniak [red.] *Status prawny małżonków w spółkach cywilnych i handlowych*, Warszawa 2016.

⁷⁶ B. Bugajski, *Rozdzielność majątkowa z wyrównaniem dorobków*, Warszawa 2019.

⁷⁷ R. Łukasiewicz, *Dobro dziecka a interesy innych podmiotów w polskiej regulacji prawnej przysposobienia*, Warszawa 2019.

w projekcie KR. Należy ją prowadzić, otwierając się na obszar wyznaczony pojęciem *prawo dotyczące rodziny* rozumiany jako zbiór przepisów stworzonych do realizacji funkcji ochrony rodziny, a rozproszonych w wielu aktach prawnych⁷⁸ takich jak np. ustawodawstwo socjalne, ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, o pomocy uprawnionym do alimentów, prawo prywatne międzynarodowe, o planowaniu rodziny, ochronie płodu i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, o wychowaniu w trzeźwości, Kodeks karny, kodeksy prawa formalnego i wiele innych. W projekcie KR nie dostrzeżono tego zagadnienia. Brakuje w nim uregulowania dotyczącego relacji między k.r. a tymi ustawami, w których zostałyby wyrażony nakaz tworzenia i stosowania ich w sposób spójny formalnie, funkcjonalnie i prakseologicznie z odpowiadającymi im regulacjami kodeksowymi. Z punktu widzenia budowania systemu prawa w sposób spójny, by następnie tworzące go regulacje były spójnie stosowane przez sądy i organy administracji, a nade wszystko mając na uwadze ochronę rodziny, jest to zagadnienie ważniejsze teoretycznie i praktycznie od kwestii relacji między k.r. a k.c., którą w projekcie dostrzeżono i uregulowano w art. 6.

IV. PROCEDURA RODZINNA

1. Połączenie uregulowań prawa materialnego i prawa formalnego

W projekcie KR i uzasadnieniu nawiązano do oczywistej idei, by problematyka rodzinna rozpatrywana była w ramach procedur odpowiadających specyfice rodzinnych sporów prawnych. Owa specyfika powinna być odzwierciedlona w wyeksponowaniu zasady koncyliacyjności (zwłaszcza w odniesieniu do spraw dotyczących relacji osobistych) kosztem kontrydiktoryjności, która z kolei powinna pozostać zasadą postępowań dotyczących zagadnień majątkowych. Najważniejszym przejawem realizacji tej idei jest – zdaniem projektodawców – propozycja uregulowania w k.r. zagadnień prawa materialnego wraz z przepisami proceduralnymi. W uzasadnieniu wskazano bowiem, że taka struktura dokumentu posłużyć ma prawidłowemu stosowaniu nowo powstałych przepisów, a także przyczynić się do realizacji postulatu spójności prawa. Jest to szczytny motyw, jednak nie ma przekonujących argumentów, że da się go zrealizować w taki właśnie sposób. Nie ma dowodów na to (w szczególności w postaci szczególnie dobrych efektów takiego działania w praktyce polskiego czy obcego prawa), że połączenie w jednej ustawie unormowań materialnoprawnych oraz formalnoprawnych samo przez się nie zapewni ich spójności zarówno w trakcie tworzenia prawa, jak i w jego stosowaniu⁷⁹. Podobnie

⁷⁸ Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa–Poznań 1982, s. 126. Zob. też Z. Radwański, *Kodeks cywilny a prawo regulujące zagadnienia rodziny*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Badań Prawa Sądowego” 1983/19–20, s. 200–221; M. Andrzejewski, *Ochrona praw dziecka w rodzinie dysfunkcyjnej (dziecko – rodzina – państwo)*, Kraków 2003, s. 51–63; M. Andrzejewski, *Prawo cywilne – prawo rodzinne – prawo dotyczące rodziny (refleksje w czasie, gdy osłabił impet prac nad kodyfikacją prawa cywilnego)* [w:] *Meandry prawa – teoria i praktyka. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Mieczysława Goettela*, red. E.W. Plywaczewski, J. Bryk, Szczytno 2017, s. 21–36; J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, wyd. 5, Warszawa 2016, s. 63 i n.; M. Nazar, *Problemy nowelizacji prawa rodzinnego*, „Rejent” 2005/9, s. 87–91; P. Telusiewicz, *Slużebna rola zurotu 'rodzinny' w przepisach prawa polskiego*, Lublin 2013.

⁷⁹ Gdyby w taki sposób można było osiągnąć efekt większej spójności, to zapewne podjęto by wcześniej podobne rozwiązania. Przykładem może być prawo karne, którego przepisy prawno-materialne zawiera Kodeks karny,

jak uregulowanie problematyki materialnoprawnej i formalnoprawnej w osobnych aktach prawnych nie jest samo przez się źródłem niespójności między nimi. O spójność między prawem materialnym a procedurą należy czynić starania, jednak nie ma dowodów na to, że nie da się osiągnąć zadowalających efektów modyfikując przepisy dotyczące postępowań rodzinnych, uregulowanych w odpowiednio sprofilowanych unormowaniach Kodeksie postępowania cywilnego. Należy podkreślić, że kodeks ten ewoluuje w stronę większego respektowania specyfiki spraw rodzinnych. Wskazać należy zwłaszcza na przepisy o mediacji, czy instytucją mającą u podłoża ideę koncyliacji jest też porozumienie rodzicielskie zawierane w trakcie postępowania o rozwód lub separację.

Poza tradycją niełączenia w jednym akcie prawnym problematyki prawnomaterialnej z procesową, są również inne przeciwwskazania dla tworzenia aktów prawnych o tak złożonej strukturze. Pierwszym jest nadmierna objętość k.r. wpisująca się w tezę o jurydyzacji polskiego społeczeństwa czy też o spacyfikowaniu go prawem, które to określenia – choć brzmią publicystycznie – padają w wypowiedziach poważnych naukowców szukających semantycznych sposobów na oddania zła takiej sytuacji. Nadmiar unormowań osłabia pożądaną komunikatywność prawa, co powoduje dezorientację obywateli, a to szczególnie trudno zaakceptować w akcie prawnym dotyczącym spraw będących powszechnym doświadczeniem szerokich kręgów społeczeństwa.

2. Sądy rodzinne

W kontekście rozbudowanej struktury Kodeksu rodzinnego zaskakuje lakoniczność zawartych w projekcie unormowań dotyczących kwestii sądownictwa rodzinnego, którego rangę należałoby znacząco podnieść. Uzasadnienie projektu jest na ten temat dość szerokie, mocne i trafne. Fragmenty, które dotyczą części proceduralnej projektu k.r., w tym zwłaszcza krytyka sądownictwa rodzinnego, są przekonujące. W preambule (a także w art. 18 i 19 k.r.) wskazano wysoką jego rangę. Sprawozdawczo rzecz biorąc jest to jednak raczej postulat niż opis rzeczywistości. Ten segment sądownictwa trwa w kryzysie i wymaga reformy.

W art. 17 wyrażono zasadę koncyliacyjnego rozwiązywania rodzinnych problemów prawnych, która na gruncie zasad prawa rodzinnego dotychczas zgłaszana była jedynie w doktrynie. Przepisy wprowadzające k.r., których jednak nie przygotowano, powinny zawierać propozycję zmian w Ustawie o ustroju sądów powszechnych. Istotną tezę wyartykułowaną w uzasadnieniu jest postrzeganie sądu rodzinnego powołanego nie tyle do rozstrzygania sporów rodzinnych, ile raczej do pomocy w podejmowaniu prób rozwiązywania problemów rodzinnych.

3. Inne kwestie proceduralne

Na życzliwe zainteresowanie zasługuje idea ochrony dziecka w postępowaniach, które go (pośrednio czy bezpośrednio) dotyczą. Zagadnieniu temu poświęcona

proceduralne – Kodeks postępowania karnego, a wykonawcze – Kodeks karny wykonawczy. Zachowano ich odrębność pomimo to, że dla osiągnięcia efektu spójności pracowano nad nimi równoległe i tego samego dnia uchwalono. Podobnie jest z prawem cywilnym: jego materialno-prawne uregulowania zawiera Kodeks cywilny, a formalne uchwalony w tym samym 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego.

jest Konwencja o wykonywaniu praw dziecka, ewolucję przeszły przepisy k.p.c. Odnosnie do kwestii szczegółowych, można zgłosić jednak wątpliwości dotyczące instytucji *adwokata dziecka* począwszy od samej nazwy, która brzmi antagonizująco i dlatego lepszym określeniem jest *pełnomocnik*. Wyżej wskazano również na niezasadność wyposażenia dziecka w kompetencję do występowania o pozbawienie, zawieszenie i ograniczenie odpowiedzialności rodzicielskiej. W bardziej szczegółowy sposób niż w k.p.c. uregulowano w art. 299 i 300 projektu KR ważną proceduralnie instytucję wysłuchania dziecka, którego prawa proceduralne mogą być dzięki temu realizowane możliwie niskim kosztem psychicznym.

Za cenne i godne poparcia uznać należy przepisy proceduralne dotyczące ochrony dziecka poczętego, a nienarodzonego zagrożonego spożywaniem przez jego matkę alkoholu lub zażywaniem innych środków psychoaktywnych (art. 402–413 projektu KR).

Natomiast wśród przepisów wykonawczych (art. 479 i n. projektu KR) na uwagę zasługują uregulowania dotyczące relacji sądu rodzinnego ze środowiskowymi instytucjami wspierającymi rodzinę.

V. WARSZTAT LEGISLACYJNY I KONSEKWENCJE JEGO SŁABOŚCI

1. Skoro RPD przedłożył dokument będący projektem aktu prawnego, to odnieść się należy nie tylko do jego warstwy merytorycznej, lecz również do tego, co zwykło się określać jako warsztat legislacyjny. Jest to w odniesieniu do projektu KR tym bardziej uzasadnione, że wiele spośród technicznych uchybień ma istotne konsekwencje dla rozwiązań merytorycznych. Na wiele warsztatowych wad projektu wskazano już wyżej przy okazji omawiania rozmaitych zagadnień merytorycznych, w tym np. na powtórzenia w przepisach części ogólnej regulacji dawno przyjętych w innych aktach prawnych czy też na nadmierną objętość dokumentu uniemożliwiającą komunikację z jego nieprofesjonalnymi odbiorcami. Poniżej poczyniono uwagi krytyczne dotyczące wybranych uchybień spośród tych, które powodują negatywne skutki merytoryczne.

2. W pełni przygotowany projekt ustawy powinien zawierać przepisy wprowadzające i przejściowe, w tym zwłaszcza jasne rozwiązania intertemporalne. Takich wymagań nie stawia się dokumentom o charakterze ideowym w rodzaju założeń do projektów ustaw, jednak RPD przedstawił projekt aktu prawnego. Struktura projektu KR pozwala przypuszczać, że były to kolejny, obszerny, szczegółowy i niewątpliwie niezwykle też pracochłonny w przygotowaniu jego fragment.

3. Obok nadmiernej objętości przyczyną niekomunikatywności projektu KR są zawarte w nim zaskakujące, bo niezrozumiałe lub nieprecyzyjne sformułowania. Poniżej wybrane przykłady sformułowań w mniejszym lub większym stopniu sprzecznych z nakazem takiego redagowania przepisów, aby *dokładnie i w sposób zrozumiały dla adresatów zawartych w nich norm wyrażały intencje prawodawcy*⁸⁰.

⁸⁰ S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz...*, s. 36–37.

- a) W projekcie KR użyto określenia *wymuszone zaginięcie*, którego nie zdefiniowano, a populacja znających jego sens (nawet wśród prawników!) jest nieliczna⁸¹.
- b) Wiele jest w projekcie pojęć o rozmytych konturach – sformułowań, których stosowanie w praktyce byłoby trudne lub wręcz niemożliwe. Jak trafnie stwierdzono, określenia te oraz ich wyjaśnienia bardziej nadają się do wypowiedzi w ramach debaty naukowej prowadzonej na obszarze nauk społecznych niż do treści aktu prawnego. Jedyne tytułem przykładu wskazać należy na: *proces wzajemnych relacji, relacje osobiste, sytuacja wychowawcza*, a także *odpowiedzialność rodzicielska*. To ostatnie pojęcie opisano jako *zadanie, postawa i relacje rodziców z dzieckiem*, a więc poprzez użycie słów równie – lub bardziej – niejednoznacznych, niekomunikatywnych, nieznanych ani językowi prawnemu, ani prawniczemu jak pojęcie definiowane. Pozwala to zakwalifikować cały zabieg jako błąd definiowania *ignotum per ignotum*.
- c) Osobnym problemem jest niekomunikatywny sposób, w jaki nawiązano w uzasadnieniu do podstaw filozoficznych projektu. Przykładem sformułowań budzących wątpliwości ze względu na brak precyzji jest np. zdanie: *Prawo rodzinne z zawartymi w nim normami musi wyrażać świadomość, kim jest człowiek i obok wolności, i praw wskazywać na odpowiedzialność i obowiązki. Łączyć powinno filozoficzne pojmowanie powiązań między wolnością i odpowiedzialnością, przy uwzględnieniu myślenia personalistycznego. Aby właściwie rozumieć i interpretować prawo rodzinne, trzeba dostrzegać człowieka. (...)*. Wśród innych stwierdzeń znajdujących się w uzasadnieniu swoistym nadmiernym ładunkiem emocji i apodyktyczności razi następujące: *Rodzina jest podstawową strukturą społeczną w wymiarze uniwersalnym. (...) Utrata zdolności do racjonalnego i odpowiedzialnego myślenia jest jednym z głównych mechanizmów niepowodzeń w rodzinie.* (...) „*Żyjemy obecnie w okresie wielkich przemian cywilizacyjnych, odkryć naukowych oraz znaczącego rozwoju techniki. Te i inne zmiany mają istotny wpływ nie tylko na poziom rozwoju przemysłowego, społecznego, ale również wywierają znaczący wpływ na funkcjonowanie rodziny i wychowanie dzieci. Szkołą dojrzałej postawy nadal stają się te rodziny, w których dorośli dają odpowiedzialny przykład.*
- d) Innym przykładem niekomunikatywności jest sformułowanie znajdujące się wśród zasad prawa rodzinnego: *Autonomia rodziny wymaga poszanowania wolności i praw członków rodziny w procesie wzajemnych relacji, kształtowania solidaryzmu wewnątrzrodzinnego oraz pierwszeństwa rodziców w wychowaniu dzieci* (art. 14 k.r.). Skoro pojawiło się ono w treści projektu aktu normatywnego, to nasuwa się pytanie: kto na jego podstawie, jakie, i względem kogo ma obowiązki, aby wskazane wymaganie się ziszcilo? Jeżeli chodziło o nałożenie na instytucje publiczne

⁸¹ Według Międzynarodowej Konwencji w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami z 20.12.2006 r., jako wymuszone określa się zaginięcie, do którego doszło przez zatrzymanie, aresztowanie, uprowadzenie lub jakąkolwiek inną formę pozbawienia osoby wolności przez przedstawicieli państwa albo z jego upoważnienia, z jego pomocą lub za milczącą zgodą. Zob. na ten temat w: G. Baranowska, *Wymuszone zaginięcia w Europie. Kształtowanie się międzynarodowych standardów zapobiegania i egzekwowania odpowiedzialności państw*, Warszawa 2017.

obowiązku szanowania autonomii rodziny, to należało to jasno wyrazić, a nie czynić beneficjentem uregulowania ideę autonomii zamiast rodziny. Jeśli zaś jest to postulat, a nie element normy prawnej, wówczas właściwym dla niego miejscem mogłaby być ewentualnie preambuła... Należy też zauważyć, że treść tego przepisu jest w ścisłym związku z treścią art. 15 – ich rozbitcie nie ma merytorycznego uzasadnienia. Ponadto sformułowanie: *Autonomia rodziny wymaga (...) pierwszeństwa rodziców w wychowaniu dzieci* powtarza zasadę prymatu rodziców w wychowaniu dzieci, o czym jest mowa w art. 48 Konstytucji RP.

- e) W sformułowaniu: *Rzeczpospolita wspiera rodzinę, w tym małżeństwo* zbędne jest swoiste podanie w wątpliwość, czy małżeństwo jest rodziną. Jest to też jeden z wielu przykładów wprowadzania do aktu prawnego regul już istniejących w systemie prawa (art. 18 Konstytucji RP).
- f) Zwrot zawarty w preambule: *Mając na uwadze wyjątkową rolę prawa rodzinnego (...) oraz jego wieloaspektowość w procesie stanowienia i stosowania prawa*, skłania do postawienia pytania o rozumienie owej wieloaspektowości w procesie tworzenia i w procesie stosowania prawa rodzinnego. Trudno dociec, czy może chodzi o włączenie do procesu legislacyjnego przedstawicieli innych dyscyplin naukowych, niż prawo czy też o wspieranie sądów rozwiązujących sprawy rodzinne przez psychologów, pedagogów, lekarzy i innych...
- g) Innego rodzaju zastrzeżenia budzi przyjęte w projekcie rozumienie słowa *konkubinat*. Według oficjalnej enuncjacji RPD, projekt, *jako pierwszy, definiuje instytucję konkubinatu, wskazując, że jest to nieformalny związek kobiety i mężczyzny oparty na porozumieniu osób niezwiązanych ze sobą stosunkiem małżeństwa, a pozostających w takich relacjach jak małżonkowie*. Owa definicja nie jest jednak na gruncie polskiego prawa *novum*, bowiem przytoczone sformułowanie nie odbiega od powszechnego pojmowania konkubinatu w doktrynie i orzecznictwie, łącznie z jego podstawową i oczywistą wadą, a mianowicie brakiem określenia momentu, od którego można mówić o danej heteroseksualnej parze, że jest konkubinatem. Sąd, rozstrzygając spór prawny między osobami tworzącymi (aktualnie lub w przeszłości) konkubinat, postrzega je z dłuższej perspektywy czasowej, która pozwala mu funkcjonowanie tych osób nazwać konkubinatem. Przy małżeństwie problemu jego początku nie ma, a przy konkubinacie problem ten jest i projekt KR nie przybliży do jego rozwiązania (jeżeli w ogóle jest ono możliwe).
- h) Wskazywano już wyżej na oczywistą wadę projektu, jaką jest zamienne używanie w projekcie pojęć *zasada pomocniczości* i *zasada subsydiarności* (art. 3, 12 i 15 k.r.) w odniesieniu do tej samej zasady filozofii społecznej, co jest sprzeczne z regułami techniki prawodawczej. Jest z tym związany jeszcze i ten problem, że nie ma podstaw założenie o powszechnej zgodzie w kwestii jej rozumienia, przeciwnie, jest ona w społeczeństwie słabo „rozpoznawalna”. Kłopot ze zrozumieniem zasady subsydiarności mają projektodawcy, gdyż jej nazwą zatytułowali art. 15 k.r., w którym mowa jest o tym, komu należy się wsparcie. Tymczasem istotą zasady subsydiarności nie jest wskazanie beneficjentów, lecz tego, w jakim celu

i jakimi metodami wsparcie powinno być udzielane. Ma ono doprowadzić do usamodzielnienia beneficjenta, a o tym w preambule i omawianym przepisie art. 15 nie ma mowy⁸².

- i) Według art. 21 pkt 12 projektu KR sądy wydają *decyzje*, tymczasem sądy wydają wyroki, postanowienia, czasami zarządzenia, a wydawanie decyzji jest kompetencją organów administracji.
- j) Wątpliwy jest podział KR na księgi, skoro np. Księga pierwsza ma tylko 21 artykułów, z czego znaczna część zawiera powtórzenia lub dotyczy kwestii już obowiązujących w polskim prawie.
- k) Treść art. 113 § 2 projektu KR o kontynuowaniu (na mocy orzeczenia sądu) odpowiedzialności rodzicielskiej względem dziecka, które osiągnęło pełnoletność, jeżeli dziecko ma ograniczoną możliwość samodzielnej egzystencji, skłania do postawienia pytania: czy dotyczy on wyłącznie osób z niepełnosprawnościami (na to wskazano w uzasadnieniu) czy też można go interpretować szerzej, obejmując niesamodzielne ekonomicznie dzieci pełnoletnie (tego nie wyklucza brzmienie przepisu)? Jest to istotne m.in. z tego powodu, że tuż po osiągnięciu pełnoletności większość dzieci nie jest ekonomicznie samodzielnych;
- l) Zbędna jest deklaracja zawarta w art. 157, że: *Trwałość związku małżeńskiego podlega ochronie w szczególności przez ograniczenie przesłanek jego ustania oraz dopuszczenie orzeczenia separacji*. Obie formy ochrony zostały przewidziane w projekcie k.r. (są też w k.r.o.) i ten przepis niczego w tym zakresie nie zmienia. Można dodatkowo podać w wątpliwość tezę, że ograniczenie przesłanek rozwodu wzmacnia trwałość małżeństwa, skoro głównym argumentem zwolenników swobody rozwodzenia się jest ograniczenie, a najlepiej likwidacja owych przesłanek, których wykazywanie tę swobodę zmniejsza.
- m) Projekt aktu prawnego nie powinien mieć na stronie tytułowej nazwiska ministra, który go publikuje – dopuszczalne jest co najwyżej wskazanie nazwy urzędu⁸³.

⁸² Na temat zasady pomocniczości zob. przypis 66.

⁸³ A oto kilka dalszych uchybień:

- a) W art. 21 pkt 16 *piecza* definiowana jest przez słowo *opieka*, co jest błędem, gdyż *opieka* ma swoje znaczenie w prawie rodzinnym rozumiane jako opieka prawna. Dodatkowo, należy wskazać, że we wskazanym pkt 16 użyto słowa *opieka* w innym znaczeniu od tego, jakie mu nadano w art. 21 pkt 11). Skoro przepis art. 54 projektu KR jest sprzeczny z Ustawą o leczeniu niepłodności w zakresie, w jakim powstał już zarodek, należało w przepisach wprowadzających, których w projekcie KR nie ma..., uchylić stosowny przepis ustawy. Dotyczy to zresztą wszystkich podobnych sytuacji.
- b) W kontekście art. 68 i 69 projektu KR pojawia się wątpliwość: czy pełnoletnie dziecko też musi mieć swojego *adwokata dziecka*?
- c) Zgodnie z art. 21 pkt 22 projektu KR konkubinaty może stanowić rodzinę – dlaczego w takim razie wśród zdarzeń kreujących rodzinę nie ma nic na jego temat?
- d) Zawarty w art. 22 projektu KR zwrot: *księga reguluje* powinien być zastąpiony stwierdzeniem, że przepisy (zawarte w tej księdze) regulują. Podobnych językowych potknięć jest więcej, by jedynie wspomnieć o tytule II w księdze I: *Relacje (? – M.A.) kreujące rodzinę i inne...*
- e) W art. 116 zd. 2 projektu mowa jest o tym, że poza odpowiedzialnością rodzicielską uregulowaną w KR, inne kwestie dotyczące konkubentów (w tym sprawy majątkowe) regulują zawarte przez nich umowy cywilnoprawne. Rzecz w tym, że trudno ten wątek pogodzić z tytułem *Dziecko w rodzinie*, w ramach którego został on umieszczony.
- f) W treści art. 219 § 1 projektu KR nie wiadomo, co oznacza sformułowanie o rozwodzie sprzecznym z zasadami prawa rodzinnego. Ze wszystkimi, a więc określonymi w art. 7, 10 czy 15 również?
- g) Z treści art. 379 § 2 projektu KR trudno dociec, dlaczego mowa jest w nim o osobie, która ma być wydana, a nie o dziecku, skoro Konwencja haska z 1980 r. dotyczy małoletnich do 16. roku życia.

VI. WNIOSKI

Analiza uregulowań zawartych w projekcie KR pozwala na stwierdzenie, że cele wskazane w jego uzasadnieniu nie zostały osiągnięte. Projekt zawiera wiele rozwiązań merytorycznych, z którymi nie sposób się zgodzić (relacja rodzice–dzieci), a poza tym budzi zastrzeżenia odnośnie do konstrukcji (połączenie w jednym akcie zagadnień materialnoprawnych i formalnoprawnych), języka (nieprecyzyjnego, pełnego sformułowań niekomunikatywnych) i strony technicznej. Warsztat legislacyjny projektu KR pozostawia ogromny niedosyt, a treść projektu, jak i jego uzasadnienie nie przekonują do potrzeby stworzenia nowego kodeksu regulującego funkcjonowanie rodziny.

Akt prawny regulujący funkcjonowanie rodziny nie powinien być obszernym dokumentem przede wszystkim dlatego, że dotyczy spraw, w których rozpatrywaniu obywatele nie korzystają z reguły z pomocy prawnej, chociażby z powodu bariery ekonomicznej, ale nade wszystko ze względu na ich delikatność, czasami intymność i prawie zawsze związany z nimi silny ładunek emocji. Mniejsze są szanse na optymalne rozwiązanie rodzinnego problemu prawnego, gdyby byli nakłaniany m.in. okolicznościami takimi jak rozległość i niekomunikatywność ustawy, aby z tej pomocy korzystać...

Unormowania prawa rodzinnego powinny zapewniać podmiotowe traktowanie ich adresatów, czyli obywateli, co przejawiać się powinno w komunikatywności tekstu prawnego. Istotę tego problemu można najdokładniej dostrzec postrzegając prawo (w tym przypadku projektowany KR) w świetle teoretyczno-prawnej koncepcji pedagogiki prawa traktującej je jako dialog o walorze wychowawczym prowadzony między władzą a społeczeństwem⁸⁴. Wypowiedzi rozwlekłe, jak akty prawne o objętości stu stron, zawierające uduziwnione konstrukcje itp. szansę dialogu minimalizują, a może nawet niweczą.

W spornej kwestii relacji prawa rodzinnego do prawa cywilnego, argumentacja przedstawiona w uzasadnieniu projektu za zadeklarowaną w nim odrębnością k.r. od k.c. nie przekonuje, a raczej osłabia to, co na rzecz tej tezy napisano w doktrynie prawa rodzinnego.

Wielu błędów projektu KR dałoby się uniknąć, gdyby nie dyskrejonalny sposób funkcjonowania zespołu, który go przygotował. Debata naukowa nigdy nie prowadzi do pogorszenia efektu finalnego prac nad projektami, a dobrze się sprawdza w dziele unikania błędów. W rezultacie pominięto wielu zagadnień, które powinny zostać uregulowane w projekcie, a wiele innych znalazło się tam w wersji wadliwej.

Każda zmiana prawa, a uregulowań dotyczących rodziny szczególnie, wymaga roztropności i delikatności. Ceniony jest spokojny namysł, a źle służy uleganie pokusie działań spektakularnych. Nie zadbano, aby projekt aktu normatywnego tej rangi zawierał wyłącznie regulacje w sposób niezwykle ostrożny i przemyślany wprowadzający zmiany.

Przewagą prawa obowiązującego nad projektowanym jest to, że ono już od jakiegoś czasu funkcjonuje, a poszczególne uregulowania obudowane są refleksją naukową i orzecznictwem. Niekiedy jest to dorobek znaczący, na którym wychowały się

⁸⁴ S.L. Stadniczeńko, P. Zamelski, *Pedagogika...*, s. 110–124.

pokolenia sędziów, adwokatów, prokuratorów, radców, urzędników administracji, a bywa, że wpłynął również na świadomość szerszych warstw społeczeństwa. Nawet, jeśli uregulowania zawierają wady, to wraz z wydawanymi na ich podstawie orzeczeniami i opartymi na nich wypowiedziami naukowymi, są interpretowane w sposób pomniejszający negatywne skutki legislacyjnych niedociągnięć. Zwłaszcza w prawie rodzinnym, w którym klauzule generalne i zwroty niedookreślone występują często, ranga ustaleń nauki i orzecznictwa jest szczególnie doniosła. Natomiast, kiedy prawo zostaje zmienione, w szczególności zaś w drodze uchwalenia nowego kodeksu, wówczas znaczenie tego dorobku się dezaktualizuje. Oczywiście, nie jest to wystarczający argument za pozostawieniem danej ustawy i odstąpieniem od wprowadzania zmian, jeżeli takowe są konieczne. Pozwala on jednak zwrócić uwagę, że u podłoża stanowczej decyzji o zmianie ustawy muszą leżeć niebudzące wątpliwości przyczyny, jak np. niemożność zniwelowania słabości regulacji w drodze wykładni, wysoka cena społeczna wydawania na ich podstawie niesprawiedliwych i nieracjonalnych orzeczeń czy też pilna konieczność wprowadzenia rozwiązań nieznanymi obowiązującemu prawu. Jeśli takich argumentów nie ma albo krytyczna ocena aktualnego prawa dotyczy jedynie jego wycinka, wówczas roztropność powinna skłaniać do proponowania nowelizacji, a nie uchwalenia nowego aktu prawnego.

Ustawowa rola instytucji takich jak RPO czy RPD przemawia raczej za wskazywaniem przez nich na potrzeby nowelizowania prawa, zamiast opracowywania projektów ustaw. Rzecznik Praw Dziecka, z racji swoich kompetencji lepiej by się przyczynił dla rozwoju ochrony prawnej rodziny, gdyby we współpracy z gronem naukowców stworzył założenia do ustawy, wskazał argumenty za potrzebą zmian legislacyjnych dotyczących stosunków prawnych związanych z funkcjonowaniem rodziny czy też zainicjował społeczną debatę na ten temat, i w ten sposób zainspirował do przeprowadzenia zmian prawa.

Spośród przyjętych rozwiązań szczegółowych są takie, które zasługują na podanie ich pod dyskusję, jednak stanowczo należy stwierdzić, że jest to materiał na punktowe nowelizacje Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego i Kodeksu postępowania cywilnego, a nie na wprowadzenie w życie nowego kodeksu. Przykładem takiego zagadnienia podjętego w projekcie KR, które ze względu na swą rangę wymaga pilnych prac legislacyjnych, jest ochrona dziecka poczętego przed upośledzeniem zwanym syndromem FAS. Szkoda, że dotychczas nie podjęto dostatecznych kroków dla społecznej edukacji w tym zakresie.

Abstract

Marek Andrzejewski, *On the Family Code Bill Submitted by the Ombudsman for Children in July 2018*

This paper puts forward a thesis that it was justifiable not to accept the Family Code Bill submitted by the Ombudsman for Children in 2018. At its very inception, the idea of the bill was flawed as there was no need for an instrument of this kind to be created. Amending the existing Family and Guardianship Code seems much more constructive. The author finds undesirable or even adverse numerous solutions taken over from legislations of other countries, including those relating to alternating custody or replacement of the

phrase 'parental power' with 'parental responsibility'. It also seems controversial to lump together the problems of substantive and procedural law in one legal instrument. Moreover, the author pinpoints many grave errors in the text from the point of view of legislative drafting rules and criticizes many expressions from which it is not possible to interpret norms; hence they should be never included in the draft of a legal instrument. Nonetheless, some detailed solutions seem worthy of approval, especially making alcohol addiction treatment mandatory for women who abuse alcohol while pregnant.

Keywords: Family and Guardianship Code, substantive law, procedural law, legislation, Civil Code, Ombudsman for Children

Streszczenie

Marek Andrzejewski, Wokół Projektu Kodeksu Rodzinnego przedłożonego w lipcu 2018 r. przez Rzecznika Praw Dziecka

Też artykułu jest to, że Projekt Kodeksu Rodzinnego przedłożony w 2018 r. przez Rzecznika Praw Dziecka słusznie nie został uchwalony. Zamyśl jego utworzenia był błędny, gdyż nie istnieje potrzeba stworzenia nowego dokumentu tego rodzaju. Lepszym rozwiązaniem jest nowelizowanie obecnie obowiązującego Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Za szczególnie niepożądane autor uważa liczne zapożyczenia z ustawodawstw innych państw, w tym te dotyczące pieczy naprzemiennnej, odpowiedzialności rodzicielskiej (w miejsce władzy rodzicielskiej). Wskazuje też na kontrowersyjność połączenia w jednym akcie prawnym problematyki prawa materialnego i formalnego, a także na rażące błędy z punktu widzenia zasad techniki legislacyjnej. W sposób szczególnie krytykuje wiele sformułowań, z których nie da się wyinterpretować norm, a więc nie powinno być dla nich miejsca w projekcie aktu prawnego. Za godne aprobaty uważa kilka szczegółowych rozwiązań, w tym zwłaszcza obowiązek leczenia odwykowego kobiet w ciąży, które spożywają alkohol.

Słowa kluczowe: Kodeks rodzinny i opiekuńczy, prawo materialne, prawo formalne, legislacja, Kodeks cywilny, Rzecznik Praw Dziecka

Literatura:

1. Andrzejewski M., *Ochrona praw dziecka w rodzinie dysfunkcyjnej (dziecko – rodzina – państwo)*, Kraków 2003;
2. Andrzejewski M., *O potrzebie zmian w polskim prawie rodzinnym*, Studia Prawnicze INP PAN 2016, z. 3;
3. Andrzejewski M., *Ochrona prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny w prawie polskim (wybrane problemy)* [w:] *Ius connubii – ochrona i ograniczenia w prawie międzynarodowym, polskim i kanonicznym*, red. W. Góralski, Płock 2016;
4. Andrzejewski M., *Prawo cywilne – prawo rodzinne – prawo dotyczące rodziny (refleksje w czasie, gdy osłabił impet prac nad kodyfikacją prawa cywilnego)* [w:] *Meandry prawa – teoria i praktyka. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Mieczysława Goettela*, red. E.W. Pływaczewski, J. Bryk, Szczytno 2017;
5. Andrzejewski M., *Pieczka zastępcza* [w:] *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, t. 12, *System Prawa Prywatnego*, wyd. 2, red. T. Smoczyński, Warszawa 2012;
6. Andrzejewski M., *Wychowywanie dzieci w świetle przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (zarys problematyki)* [w:] *Pedagogika rodziny. Podejście systemowe*, t. 3, *Wychowanie do rodziny*, red. M. Marczewski, Gdańsk 2018;

7. Andrzejewski M., *Piecza naprzemienna – między formalną dopuszczalnością a merytoryczną zasadnością jej orzekania* [w:] *Rodzina w sytuacji okolorozwodowej. Współczesne dylematy psychologiczne i prawne*, red. A. Czerederecka, Kraków 2018;
8. Andrzejewski M., *Relacja rodzice i inne osoby dorosłe a dzieci w świetle nowych przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego i niektórych innych ustaw (wybrane problemy)*, Acta Iuris Stetinensis 2014, nr 6;
9. Baranowska G., *Wymuszone zaginięcia w Europie. Kształtowanie się międzynarodowych standardów zapobiegania i egzekwowania odpowiedzialności państw*, Warszawa 2017;
10. Bernfeld B., Mazurkiewicz J., Zaporowska M., Zaporowska Z., *Czy prawo musi pozostać bezradne? Prawne aspekty przeciwdziałania poalkoholowym uszkodzeniom płodu*, Warszawa 2019;
11. Bodio J., *Status dziecka jako uczestnika postępowania nieprocesowego*, Warszawa 2019;
12. Budajczak M., *Prawa dziecka a wolność i odpowiedzialność* [w:] *Prawa dziecka. Konteksty prawne i pedagogiczne*, red. M. Andrzejewski, Poznań 2012;
13. Bugajski B., *Rozdzielność majątkowa z wyrównaniem dorobków*, Warszawa 2019;
14. Drapalska-Grochowicz M., *Kilka uwag na tle statusu prawnego rodzin z wyboru*, Studia Iuridica Toruniensia, t. XXIII;
15. Dubowski R., *Materialnoprawne przesłanki rozwodu – analiza krytyczna i postulaty de lege ferenda*, Józefów 2017;
16. Dylus A., *Zasada pomocniczości a integracja Europy*, Państwo i Prawo 1995, nr 5;
17. Emery R.E., *Dwa domy, jedno dzieciństwo. Jak wychowywać dziecko po rozwodzie*, Poznań 2018;
18. Fiedorczyk P., *Unifikacja i kodyfikacja prawa rodzinnego w Polsce (1945–1964)*, Białystok 2014;
19. Gajda J., „Adopcja” przez pary homoseksualne [w:] *Związki partnerskie – debata na temat projektowanych zmian prawnych*, red. M. Andrzejewski, Toruń 2013;
20. Gajda J., Łukasiewicz R., *Umowy o zastępcze macierzyństwo a przysposobienie: zarys problematyki* [w:] *Fundamentalne prawne problemy surrogate motherhood. Perspektywa krajowa*, red. P. Mostowik, Warszawa 2019;
21. Gołowkin-Hudała M., „Z rodziną najlepiej...” (Krytycznie o art. 64a ustawy o pomocy społecznej) – wypowiedź na Międzynarodowej Konferencji Naukowej: „Prawna ochrona dziecka – deklaracje a rzeczywistość. Dobro dziecka pojemne jak krzywdą”, Wrocław 25.11.2016 r.;
22. Gonera K., *Założenia i ogólny kierunek zmian w prawie cywilnym (z prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego)*, Państwo i Prawo 1997, nr 9;
23. Górnicki L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1919–1939*, Wrocław 2000;
24. Grzelak K., *Żenująca definicja „dziecka” Nowy kodeks rodzinny to policzek wymierzony kobietom*, <https://mmadu.pl/137775,rpd-prezentuje-projekt-kodeksu-rodzinnego-kontrowersyjna-definicja-dziecka>;
25. Haberko J., *Ustawa o leczeniu niepłodności. Komentarz*, Warszawa 2016;
26. Haberko J., *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010;
27. Holewińska-Łapińska E., *Uwagi na temat przedstawionego w „Zielonej Księdze” usytuowania prawa rodzinnego w przyszłej kodyfikacji* [w:] *Finis legis Christus. Księga Pamiątkowa dedykowana Księdzu Profesorowi Wojciechowi Góralskiemu z okazji siedemdziesiątej rocznicy urodzin*, red. J. Wroceński, J. Krajczyński, Warszawa 2009;
28. Holewińska-Łapińska E., *Samodzielność kodeksowa prawa rodzinnego* [w:] *Prawo cywilne – stanowienie, wykładnia i stosowanie. Księga pamiątkowa dla uczczenia setnej rocznicy urodzin Profesora Jerzego Ignatowicza*, red. M. Nazar, Lublin 2015;
29. Ignatowicz J., Nazar M., *Prawo rodzinne*, wyd. 5, Warszawa 2016;
30. Jadach K., Perzanowska K., Urbańska-Łukaszewicz A., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy po wielkich nowelizacjach*, Rodzina i Prawo 2014, nr 29;
31. Jaros P., *Definicja dziecka* [w:] *Konwencja o prawach dziecka. Wybór zagadnień (artykuły i komentarze)*, red. S.L. Stadniczeńko, Warszawa 2015;

32. Jaros P., *Prawo dziecka do rodziców (odpowiedzialności rodzicielskiej) w kontekście polskich zobowiązań międzynarodowych*, Warszawa 2015;
33. Kallaus A., *Udział osoby małoletniej w postępowaniu opiekuńczym*, Poznań 2015;
34. Kola J., *Działalność Komisji Kodyfikacyjnej RP w obszarze prawa zobowiązań. Refleksje z okazji 80. rocznicy Kodeksu zobowiązań*, Palestra 2013, nr 9–10;
35. Kujawa M., Jezierski K., *Wspólne rodzicielstwo po rozwodzie – psychologiczne aspekty opieki naprzemiennej [w:] Standardy opiniowania psychologicznego w sprawach rodzinnych i opiekuńczych*, red. A. Czerederecka, Kraków 2016;
36. Kmiecik B., *Szaleństwo versus małżeństwo. Uwagi na tle orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego ws. względnego zakazu zawierania małżeństwa przez osoby chore psychicznie oraz upośledzone umysłowo*, Prawo i Medycyna 2018, nr 1;
37. Kociucki, *Zdolność do czynności prawnych osób dorosłych i jej ograniczenia*, Warszawa 2010;
38. Kuniewicz Z., Malinowska-Woźniak K. [red.] *Status prawny małżonków w spółkach cywilnych i handlowych*, Warszawa 2016;
39. Łukasiewicz R., *Dobro dziecka a interesy innych podmiotów w polskiej regulacji prawnej przysposobienia*, Warszawa 2019;
40. Mazurkiewicz J., *Zanim pomysły nasze szczerą wraz z nami. Wrocławskie projekty ochrony prawnej dzieci i kobiet*, Wrocław 2016;
41. Mazurkiewicz J., „Rozwódzić” jest przeciwieństwem „zwoździć”, czyli o potrzebie zasadniczej reformy prawa rozwodowego [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Bogusławowi Gawlikowi*, red. J. Pisuliński, P. Tereszkiewicz, F. Zoll, Warszawa 2012;
42. Millon-Delsol C., *Zasada pomocniczości*, Kraków 1995;
43. Mostowik P. [red.] *Fundamentalne prawne problemy surrogate motherhood. Perspektywa krajowa*, Warszawa 2019;
44. Nazar M., *Problemy nowelizacji prawa rodzinnego*, Rejent 2005, nr 9;
45. Nazar M., *Prawo rodzinne w dorobku naukowym i orzecznictwym Profesora Jerzego Ignatowicza*, Lublin 2013;
46. Nazar M., *Problemy nowelizacji prawa rodzinnego*, Rejent 2005, nr 9;
47. Nazar M., *Projekt kodeksu rodzinnego i postulaty gależiowego wyodrębnienia prawa rodzinnego*, Przegląd Sądowy 2019, nr 7–8;
48. Nazar M., *Problemy nowelizacji prawa rodzinnego*, Rejent 2005, nr 9;
49. Popławska E., *Zasada pomocniczości jako zasada konstytucyjna Rzeczypospolitej Polskiej oraz Unii Europejskiej [w:] Europeizacja prawa krajowego*, red. C. Mik, Toruń 2000;
50. Radwański Z., *Miejsce prawa rodzinnego w systemie prawa [w:] Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego*, red. M. Andrzejewski, L. Kociucki, M. Łączkowska, A.N. Schulz, Toruń 2008;
51. Radwański Z., *Kodeks cywilny a prawo regulujące zagadnienia rodziny*, Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego 1983, z. 19/20;
52. Radwański Z., *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego [w:] Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Witolda Czachórskiego*, Warszawa 1985;
53. Radwański Z., *Problem struktury przyszłego kodeksu cywilnego*, Transformacje Prawa Prywatnego 2010, nr 4;
54. Radwański Z. [red.], *Zielona księga. Optymalna wizja kodeksu cywilnego Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2005;
55. Radwański Z. [w:] *Zielona księga – optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006;
56. Radwański Z., *Kodeks cywilny a prawo regulujące zagadnienia rodziny*, Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego, 1983, z. 19/20
57. Radwański Z., Gonera K., *Nowa kodyfikacja prawa prywatnego*, Monitor Prawniczy 1997, nr 5;
58. Stojanowska W., *Rekomendacji Nr 84(4) w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej a stan prawny obowiązujący w Polsce [w:] Standardy prawne Rady Europy*, t. I, red. M. Safjan, Warszawa 1993;

59. Smyczyński T. [red.] *Konwencja o Prawach Dziecka. Analiza i wykładnia*, Poznań 1999;
60. Smyczyński T., *Prawo rodzinne i stosunki rodzinnoprawne* [w:] *Prawo rodzinne i opiekuńcze. System Prawa Prywatnego*, t. 11, wyd. 2, red. T. Smyczyński, Warszawa 2014;
61. Smyczyński T., *Kierunki reformy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 1999, nr 2;
62. Smyczyński T., *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, wyd. 9, Warszawa 2018;
63. Smyczyński T. [red.] *Konwencja o Prawach Dziecka. Analiza i wykładnia*, Poznań 1999;
64. Sokołowski T., *Władza rodzicielska nad dorastającym dzieckiem*, Poznań 1987;
65. Sokołowski T., *Dobro dziecka wobec rzekomego prawa do adopcji*, Poznań 1987;
66. Sokołowski T., *Prawo rodzinne – zarys wykładu*, wyd. 6, Poznań 2016;
67. Stadniczeńko S.L. [red.] *Konwencja o prawach dziecka. Wybór zagadnień (artykuły i komentarze)*, Warszawa 2015;
68. Stadniczeńko S.L., Zamelski P., *Pedagogika prawa. Vade mecum! Pójdź ze mną*, Warszawa 2016;
69. Stopka K., *Zasada pomocniczości w prawie pomocy społecznej*, Warszawa 2009;
70. Strzebińczyk J., *Władza rodzicielska* [w:] red. T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, t. 12 wyd. 2, *System Prawa Prywatnego*, red. Z. Radwański, Warszawa 2011;
71. Strzebińczyk J., *Nowelizacja przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w zakresie małżeńskiego prawa majątkowego*, cz. I, *Rejent* 2004, nr 8;
72. Strzebińczyk J., *Nowelizacja przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w zakresie małżeńskiego prawa majątkowego*, cz. II, *Rejent* 2004, nr 9;
73. Szreniawska M., *Znaczenie ratyfikacji Konwencji o Prawach Osób Niepełnosprawnych*, *Niepełnosprawność – zagadnienia, problemy, rozwiązania*, nr III/2012(4);
74. Śledzińska-Simon A., *Adopcja przez osoby homoseksualne* [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, Warszawa 2009;
75. Śledzińska-Simon A., *Prawne możliwości adopcji przez pary jedнопłciowe w Europie. Perspektywa polska* [w:] *Tęczowe rodziny w Polsce. Prawo a rodziny lesbijskie i gejowskie*, red. M. Zima, Warszawa 2010;
76. Telusiewicz P., *Slużebna rola zwrotu ‘rodzinny’ w przepisach prawa polskiego*, Lublin 2013;
77. Wojcieszak A., *Zabieg medycznie wspomaganey prokreacji a ustalenie ojcostwa*, *Medyczna Wokanda* 2016, nr 8;
78. Wojtyła K., *Miłość i odpowiedzialność*, Lublin 2001;
79. Wronkowska S., Zieliński M., *Komentarz do zasad techniki prawodawczej z dnia 20 czerwca 2002 r.*, Warszawa 2004;
80. Wróbel M. [opr.] *Główne założenia projektu Kodeksu cywilnego*, *Dodatek do Monitora Prawniczego* 2007, nr 14;
81. Zajączkowska J., *Pieczą naprzemienną w sytuacji ostrego konfliktu rodzicielskiego a kontakty z dzieckiem* [w:] *Rodzina w sytuacji okolorozwodowej. Współczesne dylematy psychologiczne i prawne*, red. A. Czerederecka, Kraków 2018;
82. Zgud Z., *Zasada subsydiarności w prawie europejskim*, Kraków 1999;
83. Ziemiński Z., *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa–Poznań 1982;
84. Zima-Parjaszewska M., *Artykuł 12 Konwencji ONZ o prawach osób z niepełnosprawnościami a ubezwłasnowolnienie w Polsce* [w:] *Prawa osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną w świetle międzynarodowych instrumentów ochrony praw człowieka*, red. D. Pudzianowska, Warszawa 2014.

Enuncjacje prasowe i opublikowane na stronie internetowej Rzecznika Praw Dziecka:

- Podsumowanie prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Rodzinnego przy RPD (<https://brpd.gov.pl/aktualnosci/podsumowanie-prac-komisji-kodyfikacyjnej-prawa-rodzinnego-przy-rpd>), <https://brpd.gov.pl/aktualnosci/rpd-prezentuje-nowy-oczekiwany-spoecznie-kodeks-rodziny>;

- treść Projektu Kodeksu Rodzinnego RPD dostępny na stronie: http://brpd.gov.pl/sites/default/files/projekt_kodeksu_rodzinnego_z_autopoprawka_z_uzasadnieniem.pdf;
- M. Michalak, Zawsze będę wspierał dzieci [wywiad], Świdnica24 z 19.09.2018 r., <https://swidnica24.pl/2018/09/marek-michalak-zawsze-bede-wspieral-dzieci-wywiad/>;
- RPD prezentuje nowy, oczekiwany społecznie Kodeks rodzinny, <https://brpd.gov.pl/aktualnosci/rpd-prezentuje-nowy-oczekiwany-spoecznie-kodeks-rodzinny>;
- Autopoprawka do projektu Kodeksu rodzinnego, <https://brpd.gov.pl/aktualnosci-wystapienia-generalne/autopoprawka-do-projektu-kodeksu-rodzinnego>;
- RPD o nowym kodeksie rodzinnym, którego oczekuje społeczeństwo, Rzeczpospolita z 13.07.2018 r., <https://www.rp.pl/Rodzina/307139964-RPD-o-nowym-kodeksie-rodzinnym-ktorego-oczekuje-spoleczenstwo.html>.