

Uchwała składu siedmiu sędziów z dnia 8 marca 2006 r., III CZP 98/05

Prezes SN Tadeusz Ereciński (przewodniczący)

Sędzia SN Jacek Gudowski

Sędzia SN Iwona Koper (sprawozdawca)

Sędzia SN Barbara Myszka

Sędzia SN Zbigniew Strus

Sędzia SN Mirosława Wysocka

Sędzia SN Dariusz Zawistowski

Sąd Najwyższy na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej w dniu 8 marca 2006 r., przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jana Szewczyka, na skutek zagadnienia prawnego przedstawionego przez Rzecznika Praw Obywatelskich we wniosku z dnia 31 sierpnia 2005 r.:

„Czy wydając postanowienie w trybie art. 755 § 1 k.p.c. dotyczące uregulowania na czas trwania postępowania kontaktów z rodzicem odseparowanym od dziecka sąd związany jest treścią art. 113 § 1 k.r.o., a zatem czy w postanowieniu zabezpieczającym może być orzeczony zakaz osobistej styczności z dzieckiem względem rodzica dysponującego władzą rodzicielską przy braku wcześniejszego orzeczenia sądu o pozbawieniu władzy rodzicielskiej tego rodzica?"
podjął uchwałę:

Przepis art. 113 § 1 k.r.o. nie wyłącza udzielenia na podstawie art. 755 § 1 k.p.c. zabezpieczenia przez zakazanie rodzicom niepozbawionym władzy rodzicielskiej osobistej styczności z dzieckiem.

Uzasadnienie

Rzecznik Praw Obywatelskich, działając na podstawie art. 60 § 2 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. Nr 240, poz. 2052) i art. 16 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (jedn. tekst: Dz.U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147), wystąpił z wnioskiem o podjęcie przez Sąd

Najwyższy uchwały w celu wyjaśnienia ujawnionych w orzecznictwie rozbieżności w wykładni i stosowaniu przepisu art. 113 § 1 k.r.o.

Wskazał, że w doktrynie nie ma sporu co do tego, że zakaz osobistej styczności z dzieckiem może dotyczyć wyłącznie rodziców pozbawionych władzy rodzicielskiej, nie jest zaś dopuszczalny taki zakaz w stosunku do rodziców, których władza została zawieszona, ograniczona do określonych obowiązków i praw względem dziecka (art. 58 § 1 i art. 107 k.r.o.) oraz w przypadku wydania zarządzeń wskazanych w art. 109 k.r.o. Nie ma możliwości zawieszenia kontaktów rodziców z dzieckiem na określony czas, choćby tylko na czas postępowania. Aby osiągnąć czasowe wstrzymanie kontaktów, czego potrzebę dostrzega się w praktyce, konieczne jest pozbawienie władzy rodzicielskiej. Pojawiła się jednak – będąca przedmiotem skarg kierowanych do Rzecznika – krańcowo odmienna linia orzecznicza sądów, które w postanowieniach dotyczących zabezpieczenia zakazały rodzicom mającym władzę rodzicielską kontaktów z dziećmi. Wobec rozbieżności w orzecznictwie, wynikającej z odmiennego ustalenia znaczenia przepisów, unormowanie prawne, regulujące kwestię dopuszczalności wydania orzeczenia zakazującego osobistej styczności z dzieckiem w trybie postanowienia zabezpieczającego, wymaga wykładni prawa. W ocenie Rzecznika, powinna ona urzeczywistniać zasadę dobra dziecka jako dobra nadrzędnego, zgodnie z art. 3 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526), oraz uwzględniać gwarantowaną konstytucyjnie (art. 48 ust. 2 Konstytucji) ochronę praw rodzicielskich, obejmujących także te elementy stosunku prawnorodzinnego między rodzicami a dzieckiem, które nie mieszczą się w pojęciu władzy rodzicielskiej, a więc również prawo do osobistej styczności z dzieckiem, z zachowaniem przy tym zasady proporcjonalności między użytym dla ograniczenia prawa środkiem a osiąganym celem (art. 31 ust. 3 Konstytucji). W tym kontekście podniósł kwestię dopuszczalności stosowania zakazu kontaktów w postanowieniu zabezpieczającym ze względu na treść art. 731 k.p.c.

Prokurator Prokuratury Krajowej wnosił o podjęcie uchwały, że sąd wydając postanowienie na podstawie art. 755 § 1 k.p.c. jest związany treścią art. 113 § 1 k.r.o. i nie może orzec zakazu osobistej styczności rodzica z dzieckiem, jeśli nie został on pozbawiony władzy rodzicielskiej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Problematyka kontaktów osobistych rodziców z dziećmi uwzględniona została w europejskich standardach prawnych. Zasada 6 rekomendacji nr R (84) w sprawie władzy rodzicielskiej z dnia 28 lutego 1984 r. (przyjętej przez Komitet Ministrów Rady Europy) zapewnia rodzicowi niewychowującemu dziecka prawo do utrzymywania z nim kontaktów osobistych, z wyjątkiem sytuacji, w których kontakty te poważnie szkodzą interesom dziecka. Konwencja o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 r. ujmuje prawo do utrzymywania kontaktów osobistych z rodzicami jako prawo samego dziecka. Zgodnie z art. 9 ust. 3, dziecko ma prawo do utrzymywania regularnych stosunków osobistych i bezpośrednich kontaktów z obojgiem rodziców, z wyjątkiem przypadków, gdy jest to sprzeczne z najlepiej pojętym interesem dziecka. Artykuł 10 Konwencji stanowi natomiast, że dziecko, którego rodzice przebywają w różnych państwach, ma prawo do utrzymywania regularnych, z wyjątkiem okoliczności nadzwyczajnych, osobistych stosunków i bezpośrednich kontaktów z obojgiem rodziców. Przyjęta w dniu 3 maja 2002 r. w Wilnie przez Komitet Ministrów Rady Europy Konwencja dotycząca kontaktów z dziećmi, podpisana przez Polskę dnia 24 września 2003 r., która w stosunku do Polski nie weszła jednak jeszcze w życie, określa pojęcie kontaktów w szerokim ujęciu. Obejmuje ono nie tylko osobistą styczność – w tym poza miejscem zamieszkania dziecka – ale także kontakt telefoniczny oraz przez pocztę elektroniczną, co nie zastępuje, lecz uzupełnia kontakty bezpośrednie, a może je zastąpić jedynie w wyjątkowych, uzasadnionych przypadkach. W pojęciu tym mieści się również obowiązek informowania osoby uprawnionej o dziecku i dziecka o tej osobie. W konwencji przyjęto jako zasadę prawo do nienadzorowanego kontaktu, jednak gdyby leżało to w interesie dziecka, można ustanowić nadzór nad kontaktami lub inne formy niż kontakt bezpośredni. Konwencja proklamuje prawo do kontaktów dla innych osób niż rodzice dziecka, które mogą się ubiegać o ich ustalenie, jeżeli jest to uzasadnione rodzinnymi związkami z dzieckiem wynikającymi z prawa albo z faktycznych relacji niezwiązanych z pokrewieństwem.

Polskie prawo rodzinne nie reguluje bezpośrednio kwestii prawa do kontaktów rodziców z dzieckiem, zarówno jako prawa rodziców, jak i prawa dziecka. Prawo takie znajduje wyraz normatywny w art. 113 k.r.o., na podstawie którego określa się jego treść i charakter. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli wymaga tego dobro dziecka, sąd opiekuńczy zakaże rodzicom pozbawionym władzy rodzicielskiej osobistej styczności z dzieckiem. W wyjątkowych przypadkach sąd opiekuńczy może

ograniczyć osobistą styczność z dzieckiem rodziców, których władza rodzicielska została ograniczona, przez umieszczenie dziecka w rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej.

Zakaz osobistej styczności z dzieckiem ma szerszy zakres niż zakaz widywania się z dzieckiem, o którym mówił art. 44 § 2 dekretu z dnia 22 stycznia 1946 r. – Prawo rodzinne (Dz.U. Nr 6, poz. 52). Pojęcie osobistej styczności obejmuje poza widywaniem się z dzieckiem także wszelkie inne postacie osobistych kontaktów, w tym prowadzenie korespondencji w każdej formie, przeprowadzanie rozmów za pośrednictwem telefonu i innych technicznych środków łączności oraz prawo osoby uprawnionej i dziecka do informacji o drugiej osobie. W piśmiennictwie wyrażany jest pogląd, że zakaz osobistej styczności ma charakter generalny, co uniemożliwia objęcie nim tylko niektórych form styczności z utrzymaniem pozostałych. Odnotować trzeba jednak także odmienne zapatrywanie, zgodnie z którym, w drodze argumentu *a maiori ad minus* należy przyjąć, że stosownie do okoliczności zakaz ten może być wydany w węższym zakresie, tj. ograniczony tylko do niektórych form kontaktów osobistych (np. obejmować samo tylko widywanie się), może też być z góry ograniczony w czasie.

Zasadnicze znaczenie w rozważaniach dotyczących charakteru i podstawy prawnej osobistej styczności w prawie rodzinnym ma zagadnienie relacji pomiędzy władzą rodzicielską a prawem do osobistych kontaktów z dzieckiem.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego ukształtował się jednolity pogląd, zapoczątkowany uchwałą pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 1968 r., III CZP 70/66 (OSNCP 1968, nr 5, poz. 77), że prawo do utrzymywania kontaktu z dzieckiem nie należy do sprawowania władzy rodzicielskiej (w uchwale: „nie zależy od sprawowania władzy rodzicielskiej”), skoro do zakazania styczności osobistej z dzieckiem rodzicom pozbawionym władzy rodzicielskiej konieczne jest specjalne orzeczenie sądu. Teza ta, oparta na gramatycznej wykładni art. 113 § 1 k.r.o. i wywiedziona wprost z jego brzmienia, nie została w uzasadnieniu uchwały szerzej rozwinięta. Podobny pogląd wyraził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 26 września 1983 r., III CZP 46/83 (OSNCP 1984, nr 4, poz. 49), w której stwierdził, że nieprzyznanie ojcu dziecka władzy rodzicielskiej w wyroku ustalającym ojcostwo nie wyłącza jego prawa do osobistej styczności z dzieckiem. Na uchwałę z dnia 18 marca 1968 r. powołał się Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 14 czerwca 1988 r., III CZP 42/88 (OSNCP 1989, nr 10, poz. 156),

podzielając pogląd, że sfera osobistej styczności z dzieckiem pozostaje poza władzą rodzicielską i nie wpływa w niczym na uszczuplenie jej zakresu (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., III CZP 75/05, OSNC 2006, nr 9, poz. 142 oraz postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 5 maja 2000 r., II CKN 761/00, "Przegląd Sądowy" 2001, nr 9, s.122 i z dnia 7 listopada 2000 r., I CKN 1115/00, OSNC 2001, nr 3, poz. 50). Sąd Najwyższy stwierdził, że władza rodzicielska, co wynika z całokształtu przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, a zwłaszcza z art. 95 § 1, art. 96 i 98 § 1, stanowi ogół obowiązków i praw względem dziecka, mających na celu zapewnienie mu należytej pieczy i strzeżenie jego interesów. Zakres władzy rodzicielskiej nie oznacza wyłączności rodziców w stosunku do dziecka i powinna być ona wykonywana tak, jak wymaga dobro i interes dziecka. Rodzicom przysługuje prawo do osobistej styczności z dzieckiem, jest ono ich prawem osobistym i niezależnym od władzy rodzicielskiej. Przysługuje rodzicom, mimo pozbawienia ich władzy rodzicielskiej, jej zawieszenia lub ograniczenia. Pozbawienie lub ograniczenie tych kontaktów wymaga odrębnego orzeczenia przez sąd, takie bowiem uregulowanie zawarte jest w odrębnym przepisie kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (art. 113).

Odnosić też należy postanowienie z dnia 30 sierpnia 1977 r., III CRN 204/77 („Gazeta Prawnicza” 1978, nr 5, s. 8), w którym Sąd Najwyższy, wskazując na związek pomiędzy władzą rodzicielską a kontaktami osobistymi rodziców z dzieckiem, stwierdził, że uniemożliwienie utrzymania właściwego kontaktu osobistego pomiędzy rodzicem a dzieckiem narusza w zasadzie interes małoletniego i może stanowić przyczynę uzasadniającą zmianę prawomocnego postanowienia regulującego wykonywanie władzy rodzicielskiej (art. 577 k.p.c.).

W judykaturze przyjmuje się, że sąd rozwodowy, ograniczając władzę rodzicielską jednego z małżonków do określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do osoby dziecka, może określić wykonywanie prawa do osobistych kontaktów z dzieckiem tego małżonka na podstawie art. 97 § 2 k.r.o. (m.in. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 1968 r., III CZP 70/66, oraz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1992 r., III CZP 16/92, OSNCP 1992, nr 9, poz. 162).

Tezę, że osobista styczność z dzieckiem nie wchodzi w skład władzy rodzicielskiej, a wyłącznym źródłem tego uprawnienia jest pokrewieństwo łączące rodziców i dzieci, podziela większość doktryny. W ostatnim czasie w doktrynie wyrażane jest jednak także zapatrywanie, że osobista styczność rodziców jest nie

tylko uprawnieniem rodziców, ale także ich obowiązkiem, który ma być wykonywany dla dobra dziecka, i obowiązek ten stanowi jeden z elementów treści władzy rodzicielskiej. Wskazuje na to zamieszczenie art. 113 k.r.o. w ramach przepisów o władzy rodzicielskiej.

Niestabilność i dezintegracja rodzin powoduje, że coraz więcej z nich funkcjonuje jako rodziny niepełne lub „zrekonstruowane”, w związku z czym zwiększa się liczba dzieci pozbawionych kontaktu z jednym z rodziców. W konsekwencji wzrasta potrzeba ingerowania przez sądy w tę sferę stosunków, a wraz z tym konieczność rozważania i poszukiwania możliwości zwiększania efektywności środków prawnych, dostępnych w tym zakresie w obowiązujących przepisach.

Ujmowanie osobistej styczności jako prawa rodziców odrębnego od władzy rodzicielskiej wyłącza przepisy dotyczące władzy rodzicielskiej jako podstawę oceny korzystania z tego prawa przez rodzica pod kątem jego ewentualnego pozbawienia lub ograniczenia, a tym samym wyłącza je jako podstawę orzekania w tym przedmiocie. Stanowić ją może zatem jedynie art. 113 k.r.o., dotyczący – jak przyjmuje się w drodze wykładni *a contrario* – także sytuacji rodziców, którym przysługuje władza rodzicielska.

Zgodnie z powszechnie przyjmowaną wykładnią, art. 113 k.r.o. przewiduje ingerencję sądu opiekuńczego w sferę styczności rodziców z dziećmi jedynie w razie pozbawienia władzy rodzicielskiej oraz w razie jej ograniczenia polegającego na umieszczeniu dziecka w rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej. Nie uzasadnia takiej ingerencji zarówno zawieszenie władzy rodzicielskiej na podstawie art. 110 k.r.o., jak i inne niż wskazane w art. 113 § 2 k.r.o. jej ograniczenia na podstawie art. 109 k.r.o. Niedopuszczalne jest także zakazanie lub ograniczenie osobistej styczności z dzieckiem tego z rodziców, którego władzę rodzicielską sąd ograniczył na podstawie art. 58 § 1 lub art. 107 k.r.o. do określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do dziecka z tego powodu, że rodzice żyją w rozłączeniu. Od niedopuszczalnego ograniczenia osobistej styczności odróżnia się natomiast dopuszczalną możliwość regulacji tej styczności wtedy, gdy jej realizacja w pełnym zakresie i bez ograniczeń w czasie nie jest możliwa z powodu niezamieszkiwania rodzica z dzieckiem.

W takim stanie rzeczy uzasadniony jest prezentowany w doktrynie wniosek o braku możliwości zawieszenia w czasie trwania władzy rodzicielskiej kontaktów na

czas określony (na czas postępowania). Zastosowanie w tym zakresie art. 109 k.r.o. wyłącza stanowcze sformułowanie art. 113 § 2 k.r.o., który pozwala ograniczyć kontakty z rodzicami jedynie w przypadku umieszczenia w rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej. Dla czasowego wstrzymania kontaktów konieczne byłoby więc pozbawienie rodzica władzy rodzicielskiej.

Przesłanką zakazania rodzicom osobistej styczności z dzieckiem oraz jej ograniczenia jest dobro dziecka; orzeczenie takie może być wydane tylko w interesie dziecka. Przesłanka ta jest spełniona w szczególności, gdy osobista styczność rodzica z dzieckiem może zagrażać jego życiu, zdrowiu, prawidłowemu rozwojowi, bezpieczeństwu, prowadzić do jego demoralizacji, do kształtowania u niego postaw społecznych, a także postawy wrogości względem drugiego rodzica. Sformułowanie art. 113 § 1 k.r.o. „sąd zakaze rodzicom” oznacza obowiązek wydania orzeczenia zakazującego lub ograniczającego osobistą styczność, jeżeli wymaga tego dobro dziecka.

Nakaz uwzględnienia dobra dziecka stanowi podstawową regułę interpretacyjną obowiązującą przy wykładni przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego regulujących stosunki między rodzicami a dziećmi. Znaczenie zasady ochrony dobra dziecka wykracza poza porządek prawa krajowego. Podstawowym aktem międzynarodowym zawierającym nakaz uwzględniania dobra dziecka jest Konwencja o prawach dziecka, obowiązująca w Polsce od dnia 7 lipca 1991 r. W orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreśla się znaczenie art. 3 tej Konwencji jako dyrektywy generalnej przy rozpatrywaniu konfliktów rodziców na tle sprawowania opieki nad dziećmi (por. m.in. wyrok z dnia 8 czerwca 2000 r., V CKN 1237/00, nie publ., postanowienia z dnia 16 stycznia 1998 r., II CKN 855/97, OSNC 1998, nr 9, poz. 142 oraz z dnia 7 lipca 2000 r., III CKN 796/00, "Biuletyn SN" 2000, nr 10, s. 13). Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 8 czerwca 2000 r., art. 3 Konwencji, nakazujący we wszystkich działaniach dotyczących dzieci podejmowanych m.in. przez sądy kierować się interesem dziecka jako wartością nadrzędną, formułuje bezwzględny obowiązek prawny i odnosi się do każdej indywidualnej decyzji stosowania prawa przez sąd i to zarówno w sferze stosowania przepisów postępowania, jak i wykładni norm prawa materialnego, stanowiących merytoryczne usprawiedliwienie rozstrzygnięć dotyczących dzieci.

W związku z tym uznanie, że ze względu na treść art. 113 § 1 k.r.o. nie może być orzeczone w postanowieniu o udzieleniu zabezpieczenia zawieszenie na czas

postępowania sądowego kontaktów rodzica z dzieckiem w sytuacji, w której osobista styczność z rodzicem może zagrażać np. jego życiu, zdrowiu czy bezpieczeństwu, musiałoby się spotkać z uzasadnioną krytyką jako sprzeczne z zasadą ochrony dobra dziecka. Jednocześnie jednoznacznie negatywnie trzeba ocenić stan rzeczy, w którym środkiem do osiągnięcia celu wynikającego z tego przepisu miałyby być instrumentalnie traktowane pozbawienie rodzica władzy rodzicielskiej, naruszające konstytucyjnie gwarantowaną ochronę praw rodzicielskich.

Powstające na tym tle poważne wątpliwości, którym dał wyraz Rzecznik Praw Obywatelskich w uzasadnieniu wniosku, uprawniają do poszukiwania odmiennego rozwiązania zagadnienia natury prawnej osobistej styczności oraz odmiennej wykładni art. 113 k.r.o.

Władza rodzicielska, ze względu na swój charakter, wykazuje jako prawo podmiotowe szczególne cechy. Jej zasadniczą właściwość stanowi to, że jej atrybuty są zarazem obowiązkiem rodziców, podstawowym zaś celem jest funkcja ochronna względem dziecka. Zaspokajanie naturalnej i podstawowej potrzeby dziecka styczności z rodzicami stanowi element starań rodziców o sprawy dziecka (pieczy). Przez utrzymywanie styczności osobistej z dzieckiem rodzice zapewniają mu poczucie bezpieczeństwa oraz uczestniczą w jego wychowaniu. Codzienne, osobiste kontakty z dzieckiem pozwalają rodzicom poznać potrzeby dziecka, a w konsekwencji należycie troszczyć się o nie i jego wychowanie. Utrzymywanie osobistej styczności z dzieckiem, warunkujące prawidłowość działań wychowawczych jest więc niezbędne dla właściwego wykonywania władzy rodzicielskiej. W takim zakresie oraz w zakresie, w jakim osobiste kontakty stanowią obiektywną potrzebę dziecka, utrzymywanie osobistej styczności z dzieckiem jest obowiązkiem rodziców, który należy do normatywnych składników władzy rodzicielskiej. Zakres zachowania rodziców sprawujących pieczę nad dzieckiem nie wykracza w odniesieniu do ich kontaktów osobistych z dzieckiem poza jej ramy.

Upoważnia to do sformułowania wniosku, że w czasie trwania władzy rodzicielskiej nie występuje odrębne od władzy rodzicielskiej prawo do kontaktów osobistych. Zasada odrębności osobistej styczności od władzy rodzicielskiej dotyczy natomiast okresu przed powstaniem władzy rodzicielskiej oraz – co wynika wprost z art. 113 § 1 k.r.o. – po jej ustaniu, kiedy styczność osobista może istnieć samodzielnie. Treść i znaczenie tego przepisu należy rozumieć w ten sposób, że

odnosi się on wyłącznie do rodziców, którzy pozbawieni zostali władzy rodzicielskiej i ustanawia podstawę prawną ingerencji sądu w prawo osobistej styczności po pozbawieniu ich tej władzy. Na podstawie art. 109 § 1 k.r.o. możliwe jest natomiast zarówno całkowite, jak i częściowe ograniczenie osobistej styczności z dzieckiem rodzicom mającym pełną władzę rodzicielską, bez uprzedniego pozbawienia ich tej władzy. Modyfikacji zakresu osobistej styczności może dokonać także sąd, orzekając w wyroku rozwodowym o władzy rodzicielskiej.

Zmiana zakresu osobistej styczności z istoty swej polegać powinna na eliminacji niektórych jej form i – jeżeli jest to możliwe – tylko na określony czas. W niektórych wypadkach może jednak okazać się konieczne całkowite jej wyłączenie we wszystkich formach na czas określony lub nawet trwale.

Orzeczenie ograniczające osobistą styczność z dzieckiem może zapaść także w stosunku do rodziców, którym wcześniej ograniczono władzę rodzicielską. W odniesieniu do rodziców, których władzę rodzicielską ograniczono stosując art. 109 § 2 pkt 5 k.r.o., jego podstawę stanowiąc będzie art. 113 § 2 k.r.o. Przepis ten znajdzie zastosowanie w sytuacji, w której konieczne stanie się dalej idące ograniczenie styczności, niż wynika to z umieszczenia dziecka w placówce opiekuńczo-wychowawczej lub rodzinie zastępczej, przez wyłączenie form kontaktów niedających się pogodzić z dobrem dziecka (np. widywania się w przypadku, gdy przyczyną wydania orzeczenia izolującego dziecko od środowiska rodzinnego było popełnienie przez rodzica przestępstwa na jego szkodę).

Ustawą z dnia 2 lipca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2004 r. Nr 172, poz. 1804) dokonano istotnych zmian w przepisach o postępowaniu zabezpieczającym. (...) W sprawach dotyczących władzy rodzicielskiej rozpoznawanych przez sąd opiekuńczy, jeżeli zachodzi potrzeba tymczasowego uregulowania sytuacji dziecka na czas postępowania, sąd opiekuńczy może udzielić zabezpieczenia. Podstawą postanowienia są przepisy o zabezpieczeniu roszczeń innych niż pieniężne (art. 755-757 k.p.c.). Zgodnie z art. 755 § 1 k.p.c., sąd opiekuńczy uprawniony jest do zastosowania takiego sposobu zabezpieczenia, który stosownie do okoliczności uzna za odpowiedni. Zawarte w tym przepisie wyliczenie sposobów zabezpieczenia roszczeń niepieniężnych ma jedynie przykładowy charakter („w szczególności sąd może”). Sąd jest związany sformułowanym we wniosku żądaniem uprawnionego co do sposobu zabezpieczenia, możliwość wyboru istnieje natomiast wówczas, gdy

uprawniony wskazał we wniosku kilka sposobów zabezpieczenia, a zastosowanie jednego z nich lub niektórych wystarczy do zabezpieczenia albo gdy sąd może wydać postanowienie o udzieleniu zabezpieczenia z urzędu.

Artykuł 443 k.p.c. skreślony ustawą zmieniającą z dnia 2 lipca 2004 r. koncentrował w jednym sądzie całość spraw związanych z rozwodem i separacją małżeństwa, powierzając sądom prowadzącym wymienione sprawy, na czas ich trwania, orzekanie o wszelkich sprawach rodziny, w tym także o sposobie roztoczenia pieczy nad wspólnymi małoletnimi dziećmi stron. Wyłączało to prowadzenie odrębnego postępowania zarówno procesowego, jak i nieprocesowego mającego za przedmiot te kwestie. Jak przyjmowano w doktrynie, sformułowanie przedmiotu orzeczenia jako dotyczącego sposobu roztoczenia pieczy pozwalało na wydawanie na tej podstawie decyzji odnoszących się nie tylko do osoby i majątku dziecka, ale także do określenia kontaktów osobistych małżonków z dziećmi. Zgodnie z art. 451 k.p.c., przepis art. 443 k.p.c. miał odpowiednie zastosowanie w sprawach o unieważnienie małżeństwa, a postanowienia wydawane na jego podstawie spełniały tę samą rolę co orzeczenia zabezpieczające w postępowaniu zwykłym.

Zasada jednotorowości postępowania została zachowana w art. 445¹ k.p.c., który jednak – odmiennie niż art. 443 k.p.c. – wyłącza w toku sprawy o rozwód lub separację wszczęcie odrębnego postępowania dotyczącego władzy rodzicielskiej nad wspólnymi małoletnimi dziećmi stron. W razie potrzeby orzeczenia o władzy rodzicielskiej stosuje się przepisy o postępowaniu zabezpieczającym. Postępowanie w sprawie dotyczącej władzy rodzicielskiej wszczętej przed wytoczeniem powództwa o rozwód lub separację ulega zawieszeniu z urzędu, a o władzy rodzicielskiej przez cały czas trwania sprawy sąd orzeka w postępowaniu zabezpieczającym na podstawie art. 755 § 1 k.p.c. w sposób, który uzna za odpowiedni stosownie do okoliczności.

Ujęcie osobistej styczności rodziców z dzieckiem jako jednego z normatywnych składników przysługującej im władzy rodzicielskiej pozwala przyjąć, że w sprawie o rozwód i w sprawie o separację sąd może na podstawie art. 445¹ k.p.c. orzec w ramach udzielenia zabezpieczenia o sposobie wykonywania przez rodziców prawa do osobistej styczności z dzieckiem, w tym także przez jej zakazanie na czas trwania postępowania.

Uchylając art. 443 k.p.c. i dodając art. 445¹ k.p.c., ustawodawca nie dokonał natomiast koniecznej zmiany w art. 451 k.p.c. przez zastąpienie wymienionego w nim art. 443 k.p.c. przez art. 445¹ k.p.c. Podstawą stosowania art. 445¹ k.p.c. w sprawach o unieważnienie małżeństwa może być, uzupełniająca lukę w prawie, analogia.

Postanowienie sądu o udzieleniu zabezpieczenia przez zakazanie rodzicom osobistej styczności z dzieckiem ma charakter regulacyjny, tworzy w tym zakresie czasowo nową sytuację prawną. Zabezpieczenie takie, określane w literaturze mianem zabezpieczenia nowacyjnego, ma charakter tymczasowy, do którego nie stosuje się art. 731 k.p.c., ustanawiający zakaz trwałego i definitywnego zaspokojenia uprawnionego.

Z tych względów Sad Najwyższy podjął uchwałę, jak na wstępie (art. 1 pkt 1 lit. b w związku z art. 60 § 2 i art. 61 § 1 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym, Dz.U. Nr 240, poz. 2052 ze zm.).

